De overeenkomst in het insolventierecht

Recht en Praktijk – Insolventierecht
Onder redactie van prof.mr. B. Wessels, prof.mr. N.E.D. Faber en mr.drs. C.M. Harmsen
InsR1. R.J. de Weijs, Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolvencies
InsR2. A.J. Berends, Insolventie in het internationaal privaatrecht – 2e druk
InsR3. T.T. van Zanten, De overeenkomst in het insolventierecht

Ontwerp omslag: Bert Arts bNO

ISBN 978-90-13-11026-5
ISBN 978-90-13-11025-8 (e-book)
NUR 822-201

© 2012 T.T. van Zanten

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht te Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op ale uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl.

RIJKSUNIVERSITEIT GRONINGEN

De overeenkomst in het insolventierecht

Proefschrift

ter verkrijging van het doctoraat in de
Rechtsgeleerdheid
aan de Rijksuniversiteit Groningen
op gezag van de
Rector Magnificus, dr. E. Sterken,
in het openbaar te verdedigen op
donderdag 11 oktober 2012
om 11.00 uur

door

Thijs Tiemen van Zanten
geboren op 9 februari 1978
te Zwolle

Promotor:	Prof. mr. F.M.J. Verstijlen
Beoordelingscommissie:	Prof. dr. E. Dirix Prof. mr. M.L. Lennarts Prof. mr. M.H. Wissink

Voorwoord

"Uit haren aard oefent de faillietverklaring op bestaande wederkeerige overeenkomsten niet den minsten invloed uit; de verbintenissen van den gefailleerde en diens mede-contractant worden er niet door gewijzigd", aldus de wetgever in de memorie van toelichting op artikel 37 Fw (Van der Feltz I, pagina 409). Dat de praktijk weerbarstiger is dan door de wetgever gedacht, blijkt ook uit de onderhavige studie van mr. T.T. van Zanten. De artikelen 37 en 37a Fw vormen de kern van zijn proefschrift. Het is in het bijzonder opvallend dat de redactie van artikel 37 Fw niet noemenswaardig is gewijzigd sinds de inwerkingtreding ervan in 1893, terwijl de maatschappij anno nu onvergelijkbaar is met die van 1893. Hieruit kan enerzijds worden geconcludeerd dat de wetgever in 1893 een zeer flexibele regeling omtrent de gevolgen voor een wederkerige overeenkomst van het faillissement van een van de partijen bij die overeenkomst heeft vormgegeven, maar anderzijds zou de conclusie ook kunnen zijn dat de redactie van artikel 37 Fw verouderd is en niet meer aansluit bij de huidige economische en juridische werkelijkheid. Het verouderd zijn van de Faillissementswet is voor Van Zanten een van de redenen voor het doen van zijn onderzoek. Daarnaast noemt hij het toegenomen belang van contracten voor ondernemingen, het feit dat er relatief weinig richtinggevende jurisprudentie bestaat en het feit dat de enige dissertatie op het gebied van de overeenkomst in het insolventierecht uit 1907 dateert. Zeker vanwege de eerst genoemde drie redenen, is de rechtspraktijk met het verschijnen van het proefschrift van Van Zanten zonder meer gediend.

Van Zanten onderzoekt de spanning tussen de uitgangspunten van het faillissementsrecht en de beginselen van het contractenrecht. Hij besteedt niet alleen aandacht aan de artikelen 37, 37a en 37b Fw, maar ook aan de sinds het Nebula-arrest uit 2006 prominent in de literatuur en de praktijk aan de orde zijnde problematiek van het recht van de curator op wanprestatie, meer in het bijzonder inzake de huurovereenkomst en de licentieovereenkomst. Ook dit hoofdstuk is voor de praktijk zeer relevant. Ten slotte analyseert hij de invloed van faillissement op andere dan obligatoire overeenkomsten, opschortings- en beëindigingsrechten en enkele specifieke contractsclausules, zoals het boetebeding en clausules die afbreuk doen aan contractuele verhaalsrechten van schuldeisers.

Wij nemen het systematisch goed uitgewerkte proefschrift van Van Zanten graag op in de serie Recht en Praktijk – Insolventierecht.

Prof. mr. N.E.D. Faber, Nijmegen/Amsterdam
Mevr. mr. drs. C.M. Harmsen, Amsterdam
Prof. mr. B. Wessels, Leiden/Dordrecht

‘[D]e jeugdige rechtsbeoefenaar mag er zich mede geluk wenschen, zijne privaatrechtelijke studiën te kunnen voortzetten bij het licht, dat de practische behandeling van het faillissement ontsteekt, want de faillissementsprocedure omvat de regeling van genoegzaam alle rechtsbetrekkingen van den schuldenaar, terwijl het samenloopen, zoo niet het zich verdringen der betaling-eischende crediteuren, tot een hoogst omzichtig onderzoek van het gehalte van ieders recht noodzaakt, en zoodoende het faillietenrecht maakt tot den toetssteen van het rechtssysteem.’[1]

1 Zie De Marez Oijens 1883, p. 1.

Inhoudsopgave

VOORWOORD V

HOOFDSTUK 1 INLEIDING 1

1.1 Introductie van het onderwerp 1
1.2 Rechtvaardiging en doel van het onderzoek 2
1.3 Afbakening van het onderzoeksterrein 3
1.4 Rechtsvergelijking 5
1.5 Het voorontwerp Insolventiewet 6
1.6 Plan van behandeling 8

HOOFDSTUK 2 HET FAILLISSEMENT 11

2.1 Inleiding 11
2.2 Belangrijke karakteristieken van het faillissement 11
2.2.1 Het faillissement als verhaalsinstrument 11
2.2.1.1 Het doel van het faillissement 11
2.2.1.2 De paritas creditorum 12
2.2.1.3 De rechtspositie van de curator en de gevolgen van zijn handelen en nalaten 12
2.2.1.4 De gezamenlijke schuldeisers 14
2.2.1.5 De boedel en het boedelbelang 15
2.2.1.6 Het belang van de schuldenaar 17
2.2.2 Het faillissement als saneringsinstrument 18
2.3 Het fixatiebeginsel 19
2.3.1 Inleiding 19
2.3.2 De fixatie van het actief 20
2.3.3 De fixatie van het passief 21
2.3.3.1 Algemeen 21
2.3.3.2 Vorderingen die ná faillissement ontstaan uit een daarvóór reeds bestaande rechtsverhouding 22
2.3.3.3 Uitzonderingen 25
2.4 De rechtsverhouding tussen de schuldeisers 27
2.5 De opmars van de maatschappelijke belangen 31
2.5.1 Inleiding 31
2.5.2 De praktijk 32

2.5.3	Literatuur en analyse	33
2.5.4	De beperkte rol van de maatschappelijke belangen in faillissement en de aansprakelijkheid van de curator	40
HOOFDSTUK 3	DE CONFRONTATIE TUSSEN HET INSOLVENTIERECHT EN HET CONTRACTENRECHT	43
3.1	Inleiding	43
3.2	Uitgangspunten	43
3.3	De toepasselijkheid van het gemene recht	47
3.3.1	Inleiding	47
3.3.2	Enige algemene verbintenisrechtelijke kanttekeningen	47
3.3.3	Art. 6:40 sub a BW	48
3.3.3.1	Contouren	48
3.3.3.2	Rechtvaardiging en toegevoegde waarde	51
3.3.3.3	Toekomstperspectief	53
3.3.4	Overeenkomsten op grond waarvan ten tijde van de faillietverklaring op slechts één partij een prestatieplicht rust	55
3.3.4.1	De prestatieplicht rust op de wederpartij	55
3.3.4.2	De prestatieplicht rust op de gefailleerde	56
3.3.4.2.1	Algemeen	56
3.3.4.2.2	Prijsfluctuaties	57
3.3.4.2.3	Conclusies	60
3.3.5	Overeenkomsten op grond waarvan ten tijde van de faillietverklaring op beide partijen een prestatieplicht rust	61
3.3.5.1	Inleiding	61
3.3.5.2	De toegevoegde waarde van art. 37 Fw	62
3.3.5.2.1	De curator doet de overeenkomst gestand	62
3.3.5.2.2	De curator doet de overeenkomst níet gestand	63
3.3.5.3	De positie van de wederpartij indien de curator gestanddoening weigert	65
HOOFDSTUK 4	DE REGELING VAN ART. 37 FW NADER BESCHOUWD	69
4.1	Inleiding	69
4.2	De verschillende functies van art. 37 Fw	70
4.3	Van art. 37 (oud) Fw naar het huidige art. 37 Fw	74
4.4	Art. 37 Fw als faciliteit voor de wederpartij	78
4.4.1	Algemeen	78
4.4.2	Vereisten voor een beroep op art. 37 Fw	80
4.4.2.1	Inleiding	80
4.4.2.2	Wederkerige overeenkomsten	80
4.4.2.2.1	Drie typen overeenkomsten	80
4.4.2.2.2	Andere rechtsbetrekkingen die strekken tot het wederzijds verrichten van prestaties	84
4.4.2.2.3	Meerpartijenovereenkomsten	87
4.4.2.2.4	Andere dan obligatoire overeenkomsten	89

4.4.2.3	De mate waarin over en weer prestaties openstaan	90
4.4.2.3.1	Algemeen	90
4.4.2.3.2	Garanties	90
4.4.2.3.3	Eigendomsvoorbehoud	94
4.4.2.4	Duurovereenkomsten	95
4.4.2.5	Het moment waarop aan de criteria van art. 37 Fw moet zijn voldaan	97
4.4.2.6	Nadere vereisten of belemmeringen voor een beroep op art 37 Fw?	99
4.4.2.6.1	De bereidheid van de wederpartij tot nakoming	99
4.4.2.6.2	De mogelijkheid tot ontbinding	99
4.4.2.6.3	Verzuim en schuldeisersverzuim	102
4.4.2.6.4	Temporele restricties?	103
4.4.2.6.5	De afkoelingsperiode	103
4.4.2.6.6	Conclusie	105
4.4.3	Vorm en inhoud van de termijnstelling	105
4.4.4	De redelijke termijn	106
4.4.5	De verhouding tot de artikelen 38 t/m 40 Fw	108
4.4.5.1	Inleiding	108
4.4.5.2	Art. 38 Fw	109
4.4.5.3	Art. 38a Fw	110
4.4.5.4	Art. 39 Fw	114
4.4.5.5	Art. 40 Fw	119
4.5	Art. 37 Fw als keuzerecht van de curator	122
4.5.1	Algemeen	122
4.5.2	De reikwijdte van het keuzerecht	123
4.5.2.1	Inleiding	123
4.5.2.2	Overeenkomsten die de schuldenaar vóór datum faillissement is aangegaan	124
4.5.2.3	Overeenkomsten die de schuldenaar ná datum faillissement is aangegaan	126
4.5.3	De keuze: gestanddoening of niet?	129
4.5.3.1	Algemeen	129
4.5.3.2	Van belang zijnde factoren	130
4.5.4	Keuzevrijheid, bezwaar en beroep	132
4.5.5	Rechterlijke machtiging	133
4.5.6	Advisering commissie uit schuldeisers	136
4.5.7	Aansprakelijkheid jegens de schuldeisers wegens een verkeerde keuze	137
4.5.8	De beperkte rol van het keuzerecht in de praktijk	139
4.6	De curator doet de overeenkomst gestand	140
4.6.1	De status van de uit de overeenkomst voortvloeiende vorderingen	140
4.6.1.1	Het geldende recht	140
4.6.1.2	De periode vóór datum faillissement	145
4.6.1.3	De periode ná datum faillissement	149
4.6.2	De verplichte zekerheidstelling van art. 37 lid 2 Fw	153

4.6.2.1	Inleiding	153
4.6.2.2	De aard van de zekerheid	154
4.6.2.3	Eisen aan de zekerheid	155
4.6.2.4	Omvang van de zekerheid	158
4.6.2.4.1	Algemeen	158
4.6.2.4.2	Duurovereenkomsten	159
4.6.2.4.3	Andere verbintenissen dan die tot betaling van een geldsom	160
4.6.2.4.4	Negatieve verbintenissen	161
4.6.2.4.5	Garantieverbintenissen	162
4.6.2.5	Welke vorderingen mogen op de zekerheid worden verhaald?	163
4.6.2.6	Het moment waarop de zekerheid moet zijn gesteld	164
4.6.2.7	Het effect van zekerheidstelling voor de boedel	165
4.6.2.8	Verleden, heden en toekomst	166
4.6.2.9	Een alternatieve regeling van de verplichte zekerheidstelling	168
4.6.3	Gestanddoening op initiatief van de curator	171
4.6.4	Stilzwijgende gestanddoening	172
4.6.4.1	Algemeen	172
4.6.4.2	Analyse verschillende casusposities	178
4.6.5	Aansprakelijkheid jegens de wederpartij	179
4.7	De curator doet de overeenkomst niet gestand	181
4.7.1	Het verlies van het recht om nakoming te vorderen	181
4.7.1.1	Achtergrond en doel van de regeling	181
4.7.1.2	Reikwijdte	183
4.7.1.2.1	Alleen voor de duur van het faillissement of ook daarna?	183
4.7.1.2.2	Bepaalde of alle contractuele rechten?	184
4.7.1.2.3	Overige bevoegdheden	187
4.7.1.3	De wederpartij verkrijgt toch nakoming of vervangende schadevergoeding	189
4.7.1.4	De wederpartij dient een vordering tot nakoming of vervangende schadevergoeding ter verificatie in	191
4.7.1.5	Conclusies en toekomstperspectief	193
4.7.2	Niet-gestanddoening op initiatief van de curator	195
4.7.3	Stilzwijgende niet-gestanddoening	196
4.7.4	Bevoegdheden van de wederpartij	197
4.7.4.1	Algemeen	197
4.7.4.2	Art. 37a Fw	198
4.7.4.2.1	Achtergrond en doel van de regeling	198
4.7.4.2.2	Reikwijdte	199
4.7.4.2.3	Rangorde	204
4.7.4.2.4	Waardering	206
4.7.4.3	De vordering tot nakoming	209
4.7.4.4	Nakoming door de wederpartij	212
4.8	Persoonlijke verbintenissen	215
4.8.1	Art. 37 lid 3 Fw	215
4.8.2	De positie van de wederpartij nader beschouwd	220
4.8.2.1	Kan de wederpartij nakoming afdwingen?	220

4.8.2.2	Verificatieperikelen	223
4.9	Faillissement beide contractpartijen	227
HOOFDSTUK 5	HET RECHT VAN DE CURATOR OP WANPRESTATIE	229
5.1	Inleiding	229
5.2	Overeenkomsten waarbij de curator het feitelijk niet in zijn macht heeft om te wanpresteren	231
5.2.1	Nederlands recht	231
5.2.2	Belgisch recht	241
5.2.3	Amerikaans recht	245
5.2.4	Enige rechtsvergelijkende opmerkingen	246
5.3	Twee bijzondere gebruiksovereenkomsten	248
5.3.1	De huurovereenkomst	248
5.3.1.1	Inleiding	248
5.3.1.2	Analyse	249
5.3.1.2.1	Algemeen	249
5.3.1.2.2	Woon- en bedrijfsruimte	252
5.3.1.2.3	Roerende zaken, ongebouwd onroerend goed en vermogensrechten	255
5.3.1.2.4	Enige bijzondere gevallen	255
5.3.1.2.5	Retentierecht	257
5.3.1.2.6	Het voorontwerp Insolventiewet	258
5.3.2	De licentieovereenkomst	260
5.3.2.1	Inleiding	260
5.3.2.2	Analyse	261
5.3.2.3	Enige bijzondere licenties nader beschouwd	265
5.3.2.3.1	Softwarelicenties	265
5.3.2.3.2	Knowhowlicenties	267
5.3.2.3.3	Dwanglicenties	269
5.3.2.4	Toekomstperspectief	270
5.4	Overeenkomsten die de schuldenaar verplichten tot een niet-doen	273
5.5	De kwalitatieve verplichting	278
5.6	Naar een bijzonder insolventierechtelijk beëindigingsrecht?	283
HOOFDSTUK 6	ANDERE DAN OBLIGATOIRE OVEREENKOMSTEN	291
6.1	Inleiding	291
6.2	Procesrechtelijke overeenkomsten	292
6.2.1	Forumkeuzebedingen en bedingen die voorzien in een alternatieve wijze van geschilbeslechting	292
6.2.2	Rechtskeuzebedingen	300
6.2.3	Bewijsovereenkomsten	300
6.3	De goederenrechtelijke overeenkomst	304
6.4	Schuld- en contractsoverneming	305

6.4.1	Algemeen	305
6.4.2	Schuldoverneming	307
6.4.3	Contractsoverneming	309
6.5	Afstand van een vorderingsrecht	310
HOOFDSTUK 7	OPSCHORTINGS- EN BEËINDIGINGSRECHTEN	313
7.1	Inleiding	313
7.2	Beëindigingsclausules	314
7.3	Dwangcrediteuren	320
7.3.1	Het probleem	320
7.3.2	De hoofdregel	322
7.3.3	Potentiële uitzonderingen op de hoofdregel	330
7.4	Initiatieven van de zijde van de wetgever: *une petite histoire*	337
7.4.1	Het rapport van de Commissie-Mijnssen	337
7.4.2	Het MDW-project Modernisering Faillissementswet	338
7.4.3	De Commissie insolventierecht en het voorontwerp Insolventiewet	340
7.5	De doorleveringsplicht voor nutsleveranciers: art. 37b Fw	340
7.5.1	Inleiding	340
7.5.2	Contouren	342
7.5.2.1	Beperking opschortings- en ontbindingsmogelijkheden; art. 37b lid 1 en 2 Fw	342
7.5.2.2	*Ipso facto*-beëindigingsclausules; art. 37b lid 3 Fw	343
7.5.2.3	Ná faillissement verrichte leveranties	345
7.5.3	Reikwijdte	346
7.5.3.1	Levering én transport	346
7.5.3.2	Het beoogde gebruik	347
7.5.3.3	*Wholesale*-contracten	347
7.5.4	De verhouding tot de algemene regeling van art. 37 Fw	348
7.6	De doorleveringsplicht in het voorontwerp Insolventiewet	350
7.6.1	Contouren van de voorgestelde regeling	350
7.6.2	Belangrijke veranderingen ten opzichte van het huidige recht	352
7.6.3	Een tiental suggesties ter verbetering	354
7.6.4	Géén doorfinancieringsplicht	362
7.7	Een doorfinancieringsplicht gewenst?	363
7.8	Enige gedachten over een wettelijke regeling van het boedelkrediet	369
7.8.1	De praktijk	369
7.8.2	Amerikaans recht; *DIP-financing*	370
7.8.3	Naar een wettelijke regeling van het boedelkrediet?	373
HOOFDSTUK 8	ENKELE VEEL VOORKOMENDE CONTRACTUELE BEDINGEN	375
8.1	Inleiding	375
8.2	Bedingen van onmiddellijke opeisbaarheid bij faillissement	375

8.3	Acceleratiebedingen	378
8.4	Boetebedingen	379
8.4.1	Algemeen	379
8.4.2	Het schadefixerende boetebeding	380
8.4.3	Het zuivere boetebeding	384
8.5	Bedingen die afbreuk doen aan het verhaalsrecht van de schuldeisers	387
8.5.1	Inleiding	387
8.5.2	Bedingen die leiden tot een toename van het passief	388
8.5.3	Bedingen die leiden tot een afname van het actief	394
8.5.3.1	Inleiding	394
8.5.3.2	Verval van een vorderingsrecht	395
8.5.3.3	Overdracht onder voorwaarde van faillissement	402

SAMENVATTING 409

SUMMARY 419

LITERATUURLIJST 429

JURISPRUDENTIEREGISTER 463

TREFWOORDENREGISTER 477

DANKWOORD 481

CURRICULUM VITAE 483

1 Inleiding

1.1 Introductie van het onderwerp

In het overeenkomstenrecht geldt contractsvrijheid. Partijen in het rechtsverkeer zijn vrij overeenkomsten aan te gaan en daaraan de inhoud te geven die hun goeddunkt. Dat geldt ook voor schuldenaren. Het feit dat een partij schulden heeft, belemmert haar niet in haar contractsvrijheid. Evenmin belemmert dit haar in haar vrijheid de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen na te komen. Ook in dit opzicht zijn partijen autonoom. Komt een partij haar verplichtingen níet na, dan kan de wederpartij nakoming zo nodig met behulp van het beslag- en executierecht afdwingen. Ook zal zij in de regel haar eigen prestaties kunnen opschorten of de overeenkomst kunnen ontbinden.[1] Met de belangen van de schuldeisers van haar contractpartij hoeft zij bij dit alles slechts in beperkte mate rekening te houden. Die schuldeisers moeten in de eerste plaats voor hun eigen belangen waken.

Indien de schuldenaar echter in de toestand komt te verkeren 'dat hij heeft opgehouden te betalen' en in staat van faillissement wordt verklaard,[2] veranderen de regels. De schuldenaar kán zijn contractuele verplichtingen niet meer nakomen en de wederpartij kan die nakoming niet langer afdwingen.[3] Zij vindt ineens een curator tegenover zich die met de belangen van alle schuldeisers – waaronder in de regel die wederpartij – in gelijke mate rekening behoort te houden en die ook maatschappelijke belangen, zoals continuïteit van de onderneming en behoud van de daaraan verbonden werkgelegenheid, in zijn afwegingen heeft te betrekken.[4] De schuldeisers komen in een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding tot elkaar te staan en moeten zich op die grond iets van elkaars belangen aantrekken.[5] Binnen dit spanningsveld moet de overeenkomst worden afgewikkeld.

Voor de wederpartij van de schuldenaar ontstaat nu een onzekere situatie. Zal de curator bereid zijn de overeenkomst na te komen of moet de bedongen prestatie van elders worden betrokken? Wat is haar positie indien de curator besluit te willen nakomen? Kan zij aan het verrichten van prestaties de voorwaarde verbinden dat eerst openstaande facturen worden betaald? Wat indien de wederpartij voor het verkrijgen van nakoming niet op de curator is aangewezen? Kan

1 Zie respectievelijk art. 6:262 en 6:265 BW.
2 Zie art. 1 lid 1 Fw.
3 Zie respectievelijk art. 23 en 26 Fw.
4 Zie § 2.5.
5 Zie § 2.4.

bijvoorbeeld de huurder van de failliete verhuurder door de curator diens huurrecht worden ontnomen? Kan de licentiehouder van zijn licentierechten worden beroofd? Wat is de positie van de wederpartij binnen faillissement indien de curator níet tot nakoming bereid is? Kan alles wat de partijen met gebruikmaking van de contractsvrijheid zijn overeengekomen aan de gezamenlijke schuldeisers worden tegengeworpen? Welke factoren bepalen of de curator een overeenkomst al dan niet gestand doet? Kan de curator bestaande kredietruimte benutten? Hoe zit het met overeenkomsten waaruit géén verbintenissen voortvloeien?

Deze en vele andere vragen waartoe het hiervoor geschetste spanningsveld aanleiding kan geven, vormen het onderwerp van dit boek.

1.2 Rechtvaardiging en doel van het onderzoek

Voor een onderzoek naar de overeenkomst in het insolventierecht bestaan diverse redenen. Ik noem de belangrijkste.

(i) Binnen moderne ondernemingen nemen contracten een steeds belangrijkere plaats in.[6] De waarde van de onderneming zit niet zelden voor een significant deel opgesloten in het netwerk van contracten waarbij zij partij is. Men denke in dit kader aan overeenkomsten met leveranciers, afnemers, financiers en werknemers, huur- en leasecontracten en licenties. De lotgevallen van deze contracten tijdens de insolventieprocedure zijn in de regel in belangrijke mate bepalend voor de vraag of nog waarde voor de gezamenlijke schuldeisers kan worden gerealiseerd en of de onderneming kan worden gecontinueerd.[7] In de woorden van de *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law*:

> 'As an economy develops, more and more of its wealth is likely to be contained in or controlled by contracts. As a result, the treatment of contracts is of overriding importance to insolvency proceedings.'[8]

(ii) Onze Faillissementswet is verouderd. In de afgelopen decennia zijn diverse commissies ingesteld die de wetgever omtrent een eventuele herziening van ons insolventierecht dienden te adviseren. Als laatste was de Commissie insolventierecht aan zet, die de Minister op 1 november 2007 een voorontwerp voor een geheel nieuwe Insolventiewet, met bijbehorende toelichting, aanbood.[9] In overeenstemming met het hiervoor gesignaleerde toegenomen belang van contracten binnen de onderneming en met de (onder juristen) heersende opvatting dat het insolventierecht meer mogelijkheden moet bieden om in de kern levensvatbare ondernemingen te behouden, wordt hierin ruim aandacht besteed aan de wijze waarop het bestaande netwerk van contracten (tijdelijk) in stand kan worden gehouden. Ook diverse andere problemen die onder de huidige gebrekkige

6 In de (rechts)economische literatuur wordt de onderneming wel aangeduid als een knooppunt van contracten (*nexus of contracts*); zie Adriaanse, Kuijl & Verdoes 2009, p. 73, met verwijzingen.
7 Zie Van Hees & Slaski 2008, p. 282.
8 Zie de *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law*, p. 119, te raadplegen via www.uncitral.org.
9 Zie ook § 1.5.

regelgeving en de jurisprudentie met betrekking tot de afwikkeling van door de schuldenaar vóór datum faillissement gesloten overeenkomsten zijn gerezen, worden in het voorontwerp Insolventiewet geadresseerd. Hoewel het voorontwerp Insolventiewet door twee opvolgende ministers is afgeserveerd, bestaat niettemin aanleiding de gedane voorstellen onder de loep te nemen en te onderzoeken in hoeverre invoering ervan wenselijk is. Ik kom daar in § 1.5 op terug.

(iii) Over het onderwerp is betrekkelijk weinig richtinggevende jurisprudentie voorhanden, als gevolg waarvan op talloze punten onduidelijkheid of ten minste ruimte voor interpretatie bestaat. In een aantal recente arresten – waaronder het geruchtmakende Nebula-arrest[10] – heeft de Hoge Raad op sommige punten duidelijkheid verschaft, maar vele vragen blijven nog onbeantwoord en sommige antwoorden roepen bovendien nieuwe vragen op.

(iv) De enige dissertatie die – voor zover mij bekend – sinds de inwerkingtreding van de Faillissementswet over de overeenkomst in faillissement is verschenen, is het proefschrift van Van Nievelt uit 1907.[11] De daarin verdedigde opvattingen zijn in belangrijke mate verouderd, niet in de laatste plaats omdat de meeste van de problemen die zich tegenwoordig op dit terrein voordoen in Van Nievelts beschouwingen logischerwijze geen rol spelen. Ruim honderd jaar later is het dan ook de hoogste tijd voor een proefschrift over de plaats van de overeenkomst in het insolventierecht van de 21e eeuw.

Doel van het onderzoek

Het met dit onderzoek nagestreefde doel is tweeërlei. In de eerste plaats wordt beoogd een antwoord te geven op vragen die zich in de praktijk omtrent de overeenkomst in het insolventierecht kunnen voordoen, althans een kader te scheppen aan de hand waarvan eventueel opkomende vragen kunnen worden beantwoord. In de tweede plaats wordt beoogd een bijdrage te leveren aan de discussie omtrent de herziening van ons insolventierecht op dit terrein, door reeds bestaande en voorgestelde regelingen tegen het licht te houden en suggesties te doen ter verbetering.

1.3 Afbakening van het onderzoeksterrein

Het doen van rechtswetenschappelijk onderzoek, althans het voltooien daarvan binnen een aanvaardbare termijn, noodzaakt tot het maken van keuzes. Dit geldt temeer indien het onderwerp van onderzoek – zoals het onderhavige – in potentie een grote reikwijdte heeft en de onderzoeker relatief beperkte tijd ter beschikking staat. 'De rechtsgeleerde praktijk is', in de woorden van Nolst Trenité, 'een jaloerse bruid'.[12]

10 Zie HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. PvS (*Nebula*). Zie verder HR 13 mei 2005, *NJ* 2005, 406, m.nt. PvS (*BaByXL*); HR 14 januari 2011, *NJ* 2011, 114, m.nt. PvS (*Aukema q.q./Uni-Invest*).

11 Zie Van Nievelt 1907.

12 Zie J.G.L. Nolst Trenité, *Nederlandsch assurantierecht*, *Zeeverzekering*, eerste druk 1907, voorbericht.

Hoewel dit onderzoek de overeenkomst in het insolventierecht in brede zin centraal stelt, heb ik er in de eerste plaats voor gekozen de regeling van het faillissement tot uitgangspunt te nemen. De relevantie van deze regeling voor de praktijk is vele malen groter dan die van de surseance van betaling, mede als gevolg van het feit dat de reorganisatiefunctie van de surseanceregeling grotendeels door het faillissement is 'geannexeerd'. De regels van de surseance van betaling komen in dit boek hoofdzakelijk aan bod waar die regels afwijken van hun faillissementsrechtelijke pendanten, hetgeen slechts in beperkte mate het geval is. Aan de wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (WSNP) wordt slechts mondjesmaat aandacht besteed, niet in de laatste plaats omdat ook daar voor de afwikkeling van door de schuldenaar gesloten contracten grotendeels dezelfde regels gelden als in faillissement.

In dit boek wordt het Nederlandse recht op diverse plaatsen vergeleken met het recht van de Verenigde Staten en het Belgische recht. In de Verenigde Staten gelden met betrekking tot de in dit boek aan de orde gestelde materie in een op liquidatie gerichte procedure nagenoeg dezelfde regels als in een procedure onder het op continuïteit gerichte *Chapter 11*. Hoewel in een procedure onder *Chapter 11* in de regel géén *trustee* wordt benoemd, maar de debiteur als *debtor in possession* aan het roer blijft staan,[13] wordt omwille van de eenvoud en conform de tekst van de wet in beginsel steeds gerept van *trustee*. In België heeft het faillissement louter een liquidatiefunctie, zij het dat een tijdelijke voortzetting van de activiteiten in faillissement wel tot de mogelijkheden behoort.[14] De reorganisatie van ondernemingen in zwaar weer behoort primair tot het domein van de Wet Continuïteit Ondernemingen (WCO). De in de WCO opgenomen regels met betrekking tot de afwikkeling van door de schuldenaar gesloten overeenkomsten wijken in belangrijke mate af van die in de Belgische Faillissementswet. Aan beide regelingen wordt in dit onderzoek aandacht besteed.

In de tweede plaats heb ik mij voor wat betreft de bepalingen in de Faillissementswet die betrekking hebben op door de schuldenaar vóór datum faillissement gesloten overeenkomsten beperkt tot een bespreking van de artikelen 37, 37a en 37b Fw. De artikelen 38, 38a, 39 en 40 Fw komen slechts aan de orde in het kader van de vraag hoe deze bijzondere bepalingen zich verhouden tot de algemene regeling van art. 37 Fw. Ten eerste omdat met enkele van de door deze bepalingen bestreken onderwerpen op zichzelf een proefschrift valt te vullen, ten tweede omdat de vraag gerechtvaardigd is of de bedoelde artikelen niet over hun houdbaarheidsdatum heen zijn. In het voorontwerp Insolventiewet – waarover meer in § 1.5 – keren zij in ieder geval niet terug.[15] Ook bepalingen die ten aanzien van bepaalde bijzondere overeenkomsten een regeling geven die is gelegen buiten het kader van de Faillissementswet, zoals de overeenkomst van lastgeving en de maatschap,[16] komen in dit onderzoek niet aan bod.

13 Zie § 1107 BC.
14 Zie art. 47 Faill.W.
15 Op de voorgestelde schrapping van de regeling van art. 38 Fw bestaat overigens kritiek. Zie het Commentaar van de Adviescommissie Insolventierecht van de Nederlandse Orde van Advocaten, p. 24-25, dat kan worden opgevraagd via de Nederlandse Orde van Advocaten (www.advocatenorde.nl).
16 Zie respectievelijk art. 7:422 BW en art. 7A:1683 onder 4º BW.

Dit boek kiest een insolventierechtelijke invalshoek. Dat ligt ook voor de hand. Het insolventierecht beïnvloedt het overeenkomstenrecht, niet andersom. Uitgangspunt is dat ook indien één van de contractpartijen in staat van faillissement komt te verkeren, het gemene recht de overeenkomst blijft beheersen, behoudens voor zover de regels van de Faillissementswet en de daaraan ten grondslag liggende beginselen nopen tot een afwijking daarvan. Een en ander rechtvaardigt dat in dit boek wel de belangrijkste karakteristieken van het faillissement uiteen worden gezet, terwijl aan de regels van het overeenkomstenrecht geen bijzondere aandacht wordt besteed. Ten aanzien van verbintenisrechtelijke kwesties wordt steeds aangesloten bij het geldende recht dan wel bij de terzake heersende opvattingen.

1.4 Rechtsvergelijking

In het kader van dit onderzoek is ter inspiratie mede gebruikgemaakt van externe rechtsvergelijking. Zoals reeds aan de orde kwam in § 1.3, heb ik in het bijzonder het Belgische recht en het recht van de Verenigde Staten in mijn beschouwingen betrokken.[17] Op een enkele plaats is (ook) aandacht besteed aan het Engelse en het Duitse recht.

De keuze voor het Belgische recht is ingegeven door een aantal factoren. Ten eerste is van belang dat het onderwerp van dit onderzoek sinds enige jaren in België volop in de schijnwerpers staat. In het afgelopen decennium is door het Belgische Hof van Cassatie een aantal principiële arresten over de overeenkomst in faillissement gewezen,[18] hetgeen tot een stroom van aan dit onderwerp gerelateerde publicaties heeft geleid. Ten tweede is van belang dat het Belgische insolventierecht recentelijk is gewijzigd. Op 1 april 2009 is de geheel op reorganisatie gerichte Wet Continuïteit Ondernemingen in werking getreden. Zowel bij het ontwerp van de regeling als in de regeling zelf is ruim aandacht besteed aan de wijze waarop na de opening van de procedure met door de schuldenaar gesloten contracten dient te worden omgegaan. Ten derde is van belang dat het Belgische overeenkomstenrecht op veel relevante punten overeenstemt met het Nederlandse,[19] hetgeen een zuivere vergelijking van de invloed die het insolventierecht in beide landen op de overeenkomst uitoefent mogelijk maakt.

De voornaamste reden dat ik heb gekozen voor een vergelijking met het recht van de Verenigde Staten is dat het Amerikaanse federale insolventierecht zoals dat

17 Een enkele keer wordt het recht van de hier bedoelde landen in dit boek louter weergegeven om het in Nederland geldende recht of mijn eigen opvattingen daaromtrent in perspectief te plaatsen. Van rechtsvergelijking in eigenlijke zin is dan dus geen sprake. Zie nader over het thema rechtsvergelijking: W. Devroe, *Rechtsvergelijking in een context van europeanisering en globalisering*, Leuven/Den Haag: Acco 2010; M. Adams, 'Wat de rechtsvergelijking vermag', *AA* 2011/3, p. 192-201.

18 Gedoeld wordt op Cass. 24 juni 2004, *R.W.* 2005-06, 2; Cass. 10 april 2008, *NjW* 2008, 494; Cass. 16 januari 2009, *NjW* 2009, 448 (*Sabena*).

19 Zie over de overeenkomsten en verschillen tussen het Nederlandse en het Belgische contractenrecht: J. Smits & S. Stijns (red.), *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht*, Antwerpen-Groningen: Intersentia 2000; J. Smits & S. Stijns (red.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen – Groningen: Intersentia 2005.

is neergelegd in de *Bankruptcy Code* mondiaal een toonaangevende rol speelt. Illustratief is dat het op 1 juni 2007 ingevoerde Chinese insolventierecht met betrekking tot ondernemingen in belangrijke mate is geïnspireerd op het Amerikaanse *Chapter 11*.[20] Ook veel van de aanbevelingen die in de *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law* worden gedaan, stemmen overeen met de wijze waarop de desbetreffende onderwerpen in de *US Bankruptcy Code* zijn geregeld.[21] Bij mijn keuze voor het Amerikaanse insolventierecht heeft tevens een rol gespeeld dat de onderhavige problematiek daarin tot in detail in de wet is geregeld en er een overvloed aan relevante jurisprudentie voorhanden is.

1.5 Het voorontwerp Insolventiewet

In § 1.2 werd reeds aangestipt dat de – inmiddels geëxpireerde – Commissie insolventierecht op 1 november 2007 een voorontwerp voor een Insolventiewet aan de Minister heeft aangeboden. Dit voorontwerp vormt het resultaat van een grondige herziening van het insolventierecht en is bedoeld om onze uit 1893 stammende Faillissementswet te vervangen en zo ons insolventierecht in overeenstemming te brengen met de eisen en inzichten van de huidige tijd.[22] Het voorontwerp Insolventiewet bevat een aantal fundamentele wijzigingen ten opzichte van de huidige regelgeving,[23] waarvan het verdwijnen van de drie bestaande insolventieprocedures – het faillissement, de surseance van betaling en de WSNP – zonder twijfel de meest in het oog springende is. De voorgestelde regeling kent – in navolging van de sinds 1 januari 1999 in Duitsland van kracht zijnde *Insolvenzordnung* – één geïntegreerde procedure, die zowel mogelijkheden biedt voor de sanering van de schuldpositie van de schuldenaar als de liquidatie van diens vermogen (of een combinatie van beide).

Aan de primaire doelstelling van ons insolventierecht – de verwezenlijking van de verhaalsrechten van de schuldeisers[24] – wordt door de commissie niet getornd. Wél wordt het belang van het behoud van levensvatbare ondernemingen opgewaardeerd. 'Heeft de schuldenaar een onderneming, dan wordt deze zoveel als mogelijk behouden', aldus art. 1.1.2 van het voorontwerp Insolventiewet.[25] Deze opwaardering van het belang van de continuïteit van de onderneming past binnen een tendens die in diverse ons omringende landen zichtbaar is.[26] In dit kader kan onder andere worden gewezen op de hiervoor genoemde Belgische Wet Continuïteit Ondernemingen en op de op 1 maart 2012 in Duitsland in werking

20 Zie nader S.L. Bufford, 'The New Chinese Bankruptcy Law: Text and Limited Comparative Analysis', 16 *Norton J. of Bkcy L. & Prac.* 5 art. 3 (2007); Ren 2011, p. 206.
21 De *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law* kan worden geraadpleegd via www.uncitral.org.
22 Zie de Toelichting, Kortmann & Faber 2007, p. 129.
23 Zie voor een beknopte uiteenzetting van de belangrijkste karakteristieken van de regeling van het voorontwerp Insolventiewet Van Zanten 2008b, p. 115-117.
24 Zie § 2.2.1.1.
25 Een reorganisatie is volgens de Toelichting evenwel bezwaarlijk te rechtvaardigen indien de gezamenlijke schuldeisers daarbij in betekenende mate minder zouden ontvangen dan in geval van liquidatie; zie Kortmann & Faber 2007, p. 138.
26 Zie de Toelichting, Kortmann & Faber 2007, p. 135.

getreden *Gesetz zur Weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen*.[27] De Commissie insolventierecht heeft zich overigens niet tot het uitspreken van het streven naar continuïteit beperkt. Het voorontwerp Insolventiewet bevat tal van bepalingen die zijn gericht op een vergroting van de mogelijkheden om de door de schuldenaar gedreven onderneming te behouden.[28]

Ook op het terrein van de afwikkeling van door de schuldenaar gesloten overeenkomsten stelt de Commissie insolventierecht diverse wijzigingen voor. Zo wordt de algemene regeling voor de afwikkeling van over en weer nog niet nagekomen overeenkomsten (art. 37 Fw) op sommige punten bijgesteld,[29] keert een tweetal bijzondere regelingen in het voorontwerp Insolventiewet niet terug (art. 38 en 38a Fw) en worden voor de bijzondere regels met betrekking tot de huur- en de arbeidsovereenkomst (art. 39 en 40 Fw) geheel nieuwe regels in de plaats gesteld.[30] In lijn met het streven naar 'reorganisatievriendelijkere' insolventiewetgeving bevat het voorontwerp Insolventiewet een tijdelijke doorleveringsplicht voor (vrijwel) alle leveranciers van goederen of diensten en een bepaling op grond waarvan de schuldenaar met het oog op de voortzetting van de onderneming na afloop van de procedure via de rechter-commissaris een wijziging of ontbinding van overeenkomsten kan afdwingen.[31]

Tot (verdere) wetgevingsactiviteit heeft de verschijning van het voorontwerp Insolventiewet niet geleid. Na een consultatieperiode en een daarop volgende reactie van de Commissie insolventierecht[32] berichtte de toenmalige minister van Justitie eind 2009 aan de voorzitter van de commissie dat hij geen ruimte zag om dit omvangrijke en complexe project nog tijdens de lopende kabinetsperiode ter hand te nemen.[33] Begin 2011 werd duidelijk dat ook de opvolgende minister niet voornemens was het voorontwerp Insolventiewet tot wet te verheffen, omdat hierin naar zijn oordeel controversiële voorstellen worden gedaan en hij in het huidige tijdsgewricht een stabiel wettelijk kader belangrijker achtte dan het vooruitzicht van een fundamentele herziening van onze wetgeving op dit terrein.[34]

Wat daarvan zij,[35] het voorontwerp Insolventiewet is zonder twijfel een belangrijk stuk werk dat bij eventuele toekomstige herzieningen van ons insolventierecht, in welke vorm dan ook, naar mijn overtuiging een grote rol zal spelen, althans behoort te spelen. In ieder geval vormen de in het voorontwerp Insolventiewet neergelegde regels, de daarbij behorende toelichting en de in de literatuur verschenen commentaren een belangrijke bron waaruit bij de analyse van de

---

27 Zie *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen*, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2011 Teil I Nr. 64, p. 2582-2591. Zie ook B.A. Schuijling, 'Hervorming van het Duitse insolventierecht: versterking van het reorganiserend vermogen', *TvI* 2012/3, p. 71-73.

28 Zie nader Van Zanten 2008b, p. 116.

29 Zie art. 3.4.1 voorontwerp Insolventiewet.

30 Zie de artikelen 3.4.3 t/m 3.4.6a voorontwerp Insolventiewet.

31 Zie respectievelijk art. 3.4.2 en art. 3.4.8.

32 Zie de Slotbrief van de Commissie insolventierecht d.d. 23 juli 2009, te raadplegen via www.rijksoverheid.nl.

33 Zie de brief van de minister van Justitie aan prof. mr. S.C.J.J. Kortmann d.d. 18 november 2009, te raadplegen via www.bobwessels.nl.

34 Zie Aanhangsel van de Handelingen, *Kamervragen II*, 2010/11, nr. 1014, p. 1-3.

35 Zie in dit verband Verstijlen 2011, p. 62-63, die zijn bedenkingen bij deze gang van zaken niet onder stoelen of banken steekt.

deugdelijkheid van de huidige regelgeving en de zoektocht naar wenselijk recht kan worden geput. Aan de relevante bepalingen in het voorontwerp Insolventiewet wordt in dit onderzoek dan ook ruim aandacht besteed.

1.6 Plan van behandeling

Het vervolg van dit boek bestaat uit zeven hoofdstukken (hoofdstuk 2 t/m 8) en een beknopte samenvatting van mijn belangrijkste bevindingen.

In hoofdstuk 2 staat het faillissement centraal. In dit hoofdstuk schets ik de belangrijkste karakteristieken van het faillissement en de aan de Faillissementswet ten grondslag liggende beginselen. Bijzondere aandacht wordt hierbij besteed aan het fixatiebeginsel en de rechtsverhouding tussen de schuldeisers, omdat beide aspecten van het faillissement voor de afwikkeling van door de schuldenaar gesloten overeenkomsten van groot belang zijn. Tot slot wordt de opmars van de maatschappelijke belangen in het insolventierecht onder de loep genomen en in zekere mate gerelativeerd.

In hoofdstuk 3 wordt het overeenkomstenrecht geconfronteerd met het insolventierecht. Geanalyseerd wordt welke uitgangspunten deze confrontatie beheersen, waarna één van de geïdentificeerde uitgangspunten – de toepasselijkheid van het gemene contractenrecht tijdens faillissement – nader wordt uitgewerkt. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de situatie dat ten tijde van de faillietverklaring slechts één van beide partijen (nog) moet presteren, waarbij wordt onderzocht welke middelen de partij die nog een prestatie te vorderen heeft ten dienste staan en wat in voorkomende gevallen de meest voor de hand liggende route is. Tot slot komt de situatie aan de orde dat over en weer nog moet worden gepresteerd en wordt art. 37 Fw ten tonele gevoerd, het centrale artikel in de Faillissementswet dat op de hier bedoelde situatie betrekking heeft. In het bijzonder komt daarbij aan bod in hoeverre art. 37 Fw iets toevoegt aan de mogelijkheden die het gemene recht de wederpartij van de gefailleerde biedt.

Hoofdstuk 4 staat geheel in het teken van de regeling van art. 37 Fw en tal van daarmee verwante onderwerpen. Aan de orde komen onder meer de functies die art. 37 Fw sinds de inwerkingtreding van de Faillissementswet binnen faillissement heeft gehad en de wijzigingen in art. 37 Fw die met de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek in 1992 gepaard zijn gegaan. Vervolgens wordt de regeling van art. 37 Fw van beide zijden nader belicht, eerst vanuit de positie van de wederpartij en daarna vanuit de positie van de curator, voor wie art. 37 Fw tevens uitdrukking geeft aan het hem toekomende *keuzerecht.* Hierna wordt stilgestaan bij de situatie dat de curator ervoor kiest de overeenkomst gestand te doen en vervolgens bij de situatie dat hij gestanddoening weigert, waarbij onder meer aandacht wordt besteed aan de regeling van art. 37a Fw. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een bespreking van die contracten waaruit verbintenissen voortvloeien die uitsluitend door de gefailleerde persoonlijk kunnen worden nagekomen en een analyse van de werking van art. 37 Fw in het geval dat beide contractpartijen in staat van faillissement verkeren.

In hoofdstuk 5 wordt één aspect van het *keuzerecht* van de curator nader uitgelicht, namelijk diens recht om te kiezen voor *niet-nakoming.* Centraal staan het befaamde Nebula-arrest[36] en de potentiële consequenties daarvan. Eerst wordt in algemene zin aandacht besteed aan overeenkomsten waarbij de curator het feitelijk niet in zijn macht heeft om wanprestatie te plegen, waarna de twee voor de praktijk belangrijkste verschijningsvormen hiervan, de huurovereenkomst en de licentieovereenkomst, afzonderlijk worden behandeld. Hierna is het de beurt aan overeenkomsten die de schuldenaar verplichten tot een niet-doen, gevolgd door de kwalitatieve verplichting. Tot slot wordt stilgestaan bij de vraag of het wenselijk is een regeling in het leven te roepen op grond waarvan contracten door dan wel op instigatie van de schuldenaar of diens curator kunnen worden *beëindigd.*

In hoofdstuk 6 wordt de invloed van het faillissement op overeenkomsten waaruit géén verbintenissen voortvloeien geanalyseerd. Aan de orde komen diverse overeenkomsten van procesrechtelijke aard, de goederenrechtelijke overeenkomst, schuld- en contractsoverneming en de overeenkomst van afstand van een vorderingsrecht.

In hoofdstuk 7 staan de opschortings- en beëindigingsbevoegdheden van de wederpartij van de gefailleerde centraal. Aan de orde komen de geoorloofdheid van zogeheten *ipso facto*-beëindigingsclausules, de problematiek van de dwangcrediteuren en de initiatieven van de zijde van de wetgever om deze problematiek de kop in te drukken. Aandacht wordt besteed aan de doorleveringsplicht voor nutsleveranciers die is neergelegd in art. 37b Fw en aan de regeling van het voorontwerp Insolventiewet op dit punt, ten aanzien waarvan een tiental suggesties ter verbetering wordt gedaan. Tevens wordt de controversiële vraag naar de wenselijkheid van de invoering van een doorfinancieringsplicht aan de orde gesteld. Het hoofdstuk wordt afgesloten met enige gedachten over een wettelijke regeling van het boedelkrediet.

In hoofdstuk 8 worden ten slotte enkele veel voorkomende contractuele bedingen onder de loep genomen. Achtereenvolgens komen aan bod: bedingen van onmiddellijke opeisbaarheid bij faillissement, acceleratiebedingen, boetebedingen en bedingen die afbreuk doen aan het verhaalsrecht van de schuldeisers.

Het onderzoek is afgesloten op 1 juli 2012. Met ontwikkelingen van na die datum is geen rekening gehouden.

36 Zie HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. PvS.

2 Het faillissement

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat het faillissement centraal. Eerst komt in § 2.2 in vogelvlucht een aantal belangrijke karakteristieken van het faillissement aan bod. Aansluitend wordt meer uitvoerig stilgestaan bij het fixatiebeginsel (§ 2.3) en de rechtsverhouding tussen de schuldeisers binnen faillissement (§ 2.4), aangezien een grondige analyse van deze onderwerpen naar mijn mening essentieel is voor de beantwoording van tal van vragen die met het onderwerp van dit onderzoek verband houden. Ten slotte komt in § 2.5 een relatief nieuw fenomeen in het faillissementsrecht aan de orde, dat eveneens van invloed is op de plaats van de overeenkomst in faillissement: de opmars van de maatschappelijke belangen.

2.2 Belangrijke karakteristieken van het faillissement

2.2.1 Het faillissement als verhaalsinstrument

2.2.1.1 Het doel van het faillissement

Het faillissement werd door de wetgever van 1893 gekenschetst als 'een gerechtelijk beslag op het geheele vermogen des schuldenaars ten behoeve zijner gezamenlijke schuldeischers'.[1] Uit deze veel geciteerde passage uit de memorie van toelichting bij de Faillissementswet kan worden afgeleid dat het faillissement – evenals een individueel beslag – een wijze van verhaal is, waarbij in beginsel alle vermogensbestanddelen van de schuldenaar worden geëxecuteerd en de opbrengst onder al zijn schuldeisers wordt verdeeld. Over het doel van het faillissement liet de wetgever weinig misverstand bestaan:

> 'De instelling van het faillissement beoogt niets anders dan, bij staking van betaling door den schuldenaar, diens vermogen op eene billijke wijze onder al zijne schuldeischers, met eerbiediging van ieders recht, te verdeelen, en het geheele samenstel der bepalingen, welke in eene faillietenwet worden gevonden, heeft geen ander doel dan die billijke verdeeling voor te bereiden, te waarborgen en te bewerkstelligen'.[2]

1 Zie Van der Feltz I, p. 7 en p. 339.
2 Van der Feltz I, p. 27.

Met de verwijzing naar 'ieders recht' wordt klaarblijkelijk gedoeld op ieders *verhaalsrecht* in de zin van de artikelen 1177 en 1178 (oud) BW, de voorlopers van art. 3:276 en 3:277 BW.[3] Het doel van het faillissement is dus de realisatie van de verhaalsrechten van de schuldeisers. Het collectieve karakter ervan waarborgt in zekere mate dat dit verhaal op een ordelijke en efficiënte wijze plaatsvindt.[4]

2.2.1.2 De paritas creditorum

Op grond van de artikelen 3:276 en 3:277 BW kunnen schuldeisers voor hun vorderingen in beginsel verhaal zoeken op het gehele vermogen van hun schuldenaar, waarbij zij allen een gelijk recht hebben om, naar evenredigheid van ieders vordering, uit de netto-opbrengst te worden voldaan, behoudens contractuele achterstelling of door de wet erkende redenen van voorrang. Het uitgangspunt dat schuldeisers in beginsel gelijkgerechtigd zijn tot de opbrengst van ten laste van hun schuldenaar geëxecuteerde vermogensbestanddelen, wordt van oudsher aangeduid met de term *paritas creditorum.*[5]

De *paritas creditorum* wordt veelal beschouwd als een belangrijk of zelfs fundamenteel beginsel van faillissementsrecht.[6] Helemaal zuiver is dat niet. Het is niet zozeer de gelijkgerechtigdheid van de schuldeisers tot het vermogen van hun schuldenaar die het faillissement beoogt te waarborgen, als wel de tussen de schuldeisers geldende rangorde. Zuiverder is dan ook te spreken van het beginsel van 'de gelijke behandeling van schuldeisers'.[7] Met het uitspreken van het faillissement worden alle schuldeisers in gelijke mate in de gelegenheid gesteld zich overeenkomstig hun rang op het vermogen van de insolvente schuldenaar te verhalen.

2.2.1.3 De rechtspositie van de curator en de gevolgen van zijn handelen en nalaten

Het vonnis van faillietverklaring houdt in de benoeming van een rechter-commissaris en de aanstelling van één of meer curatoren.[8] De curator is op grond van art. 68 Fw belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel, terwijl de rechter-commissaris op de voet van art. 64 Fw daarop toezicht houdt. Op de vraag naar de rechtspositie van de curator bestaat geen eenduidig antwoord. In de memorie van toelichting bij de Faillissementswet wordt de curator aangemerkt als *vertegenwoordiger* van de schuldeisers en via de schuldeisers van

3 Zie Verstijlen 1998, p. 28-29, met verwijzingen. Zie ook Molengraaff-Star Busmann 1951, p. 31: 'Wèl beschouwd heeft de instelling van het faillissement geen ander doel dan de toepassing, de praktische verwezenlijking van de bepalingen, vervat in art. 1177 B.W. […], en in art. 1178 van hetzelfde wetboek […]'.
4 Zie nader Verstijlen 1998a, p. 29.
5 Zie over de herkomst van dit beginsel: Verstijlen 1998a, p. 15-18; Verstijlen 2006b, p. 1160-1161, nr. 2 en 3.
6 Zie bijvoorbeeld Molengraaff-Star Busmann 1951, p. 208; Boekraad 1997, p. 5; Wessels Insolventierecht III 2010, par. 3015.
7 Zie Verstijlen 2006b, p. 1171, nr. 22. In deze zin: HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 640, m.nt. CJHB (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*); HR 16 oktober 1998, *NJ* 1998, 896 (*Van der Hel q.q./Edon*).
8 Zie art. 14 lid 1 Fw.

de gefailleerde.[9] Dit leidde tot forse kritiek vanuit de Tweede Kamer, waarna van regeringszijde werd toegegeven dat de benaming 'vertegenwoordiger' wellicht niet de meest juist gekozene was, echter zonder dat daarvoor een andere theorie omtrent de rechtspositie van de curator in de plaats werd gesteld.[10] In de literatuur zijn in de loop der tijd uiteenlopende opvattingen met betrekking tot de rechtspositie van de curator verdedigd.[11] Ik zie ervan af al die opvattingen hier de revue te laten passeren en volsta met de opmerking dat ik mij schaar aan de zijde van die auteurs die stellen dat de curator in zijn algemeenheid níet als vertegenwoordiger van de schuldeisers en evenmin van de schuldenaar is te beschouwen, maar handelt krachtens een eigen, hem door de wet toegekende, bevoegdheid.[12]

Bijzonder veel winst levert dit evenwel niet op. Belangrijker dan de vraag naar de rechtspositie van de curator is wat de consequenties zijn indien hij in hoedanigheid bepaalde (rechts)handelingen verricht of nalaat. Algemeen aanvaard is dat de curator in dat geval de boedel bindt, dat wil zeggen de gefailleerde in diens vermogen zoals dat tijdens faillissement wordt uitgewonnen ten behoeve van diens gezamenlijke schuldeisers.[13] Doet de curator een door de schuldenaar gesloten overeenkomst gestand,[14] gaat hij een nieuwe overeenkomst aan of pleegt hij een onrechtmatige daad, dan roept hij daarmee boedelschulden in het leven, die 'technisch-juridisch' echter als schulden van de gefailleerde hebben te gelden.[15] Blijven deze schulden tijdens faillissement onbetaald, dan kan de schuldenaar na afloop van het faillissement door de schuldeiser in kwestie tot betaling worden aangesproken.[16] Frustreert de curator de nakoming van een overeenkomst die niet door hemzelf maar door de schuldenaar is gesloten, dan ontstaat vanzelfsprekend – behoudens gestanddoening – géén boedelschuld. Is de overeenkomst vóór datum faillissement aangegaan, dan kan de wederpartij haar contractuele aanspraken ter verificatie indienen.[17] Is het contract eerst ná die

9 Zie Van der Feltz I, p. 371-372.
10 Zie Van der Feltz I, p. 373-374. Bij de totstandkoming van art. 6:172 BW werd de curator door de wetgever overigens wederom als vertegenwoordiger geduid; zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 732.
11 Zie voor een overzicht van de verschillende visies in literatuur en rechtspraak omtrent de rechtspositie van de curator: Verstijlen 1998a, p. 87-97; Wessels Insolventierecht IV 2010, par. 4145-4158.
12 In deze zin o.a. Kortmann 1993, p. 111 en Kortmann & Faber 1996b, p. 172, met verwijzingen. Aanvaarding van de theorie dat de curator niet als vertegenwoordiger heeft te gelden, maar handelt krachtens een eigen, hem door de wet toegekende bevoegdheid, wil overigens geenszins zeggen dat niet ook andere theorieën juist kunnen zijn of juiste elementen kunnen bevatten.
13 Zie Verstijlen 1998a, p. 100 en p. 205, met verwijzingen.
14 Zie nader § 4.6.
15 Zie ook Kortmann & Faber 1996b, p. 145. Zie voorts Wessels Insolventierecht VII 2010, par. 7082, en de daar vermelde verwijzingen. In de literatuur wordt het feit dat de curator – behoudens gestanddoening – niet gehouden is een door de schuldenaar in het leven geroepen verbintenis na te komen, geregeld verklaard door erop te wijzen dat de failliet de debiteur van de verbintenis blijft; in deze zin bijvoorbeeld Van Oostrom-Streep 2006, p. 162; Slaski 2009, p. 114. Dat is (dus) onjuist, aangezien de curator gehouden is de *boedelschulden* – die ook verbintenissen van de failliet zijn – te betalen. Dat door de schuldenaar in het leven geroepen verbintenissen tijdens faillissement niet behoeven te worden nagekomen, vloeit voort uit art. 26 Fw.
16 In dezelfde zin: Kortmann & Faber 1996a, p. 133; Kortmann & Faber 1996b, p. 144-145; Wessels Insolventierecht VII 2010, par. 7276 en 7277. Het gaat dan om het faillissement van een natuurlijk persoon dat bij gebrek aan baten wordt opgeheven; zie art. 16 Fw. Bij iedere andere wijze waarop een faillissement kan eindigen worden de boedelschulden integraal betaald, terwijl op grond van art. 173 lid 1 Fw jo art. 2:19 lid 1 sub c jo lid 6 BW de schuldenaar-rechtspersoon in geval van opheffing ophoudt te bestaan.
17 Zie de artikelen 26 en 37a Fw.

datum tot stand gekomen, dan kunnen haar aanspraken in beginsel in het geheel niet binnen het faillissement worden verhaald.[18]

2.2.1.4 De gezamenlijke schuldeisers

Het gegeven dat het faillissement is gericht op de verwezenlijking van de verhaalsrechten van de schuldeisers, impliceert dat de curator zijn taak in de eerste plaats uitoefent ten behoeve van de schuldeisers. Hij behartigt daarbij echter niet zozeer de belangen van alle individuele schuldeisers afzonderlijk. In faillissement worden de schuldeisers, voor zover het althans hun *verhaals*belangen betreft, georganiseerd in een collectiviteit: 'de gezamenlijke schuldeisers'.[19] Dit collectief heeft slechts één belang: de realisatie van een zo hoog mogelijke uitkering aan de schuldeisers.[20] Hieruit volgt dat tot de gezamenlijkheid in beginsel alleen die schuldeisers behoren die via het proces van verificatie en uitdeling worden voldaan. Separatisten zijn géén onderdeel van de collectiviteit; zij moeten in de eerste plaats voor hun eigen belangen waken.[21] Voor boedelschuldeisers geldt hetzelfde, althans zolang er voldoende middelen zijn om alle boedelschulden te betalen. Is de boedel negatief, dan kunnen ook de boedelschuldeisers zich niet zelfstandig op de boedel verhalen.[22] In dat geval lijkt mij verdedigbaar dat de collectiviteit primair door de boedelschuldeisers wordt gevormd. De realisatie van een zo hoog mogelijk uitkeringspercentage is ook in het belang van de individuele schuldeisers, zodat het belang van de gezamenlijke schuldeisers en de belangen van de daartoe behorende individuele schuldeisers in zoverre samenvallen. Toch is het belang van de gezamenlijke schuldeisers géén optelsom van de verhaalsbelangen van de individuele schuldeisers.[23] Ter illustratie wijs ik op het voorbeeld dat Van Galen geeft in zijn bijdrage aan de Beckman-bundel.[24]

Stel dat sprake is van de situatie dat bij een onmiddellijke staking van de activiteiten en de liquidatie van de activa van de gefailleerde voldoende opbrengst kan worden gegenereerd om de preferente vorderingen van de fiscus, het UWV en de werknemers te voldoen, maar slechts een uiterst gering percentage aan de concurrenten kan worden betaald. De kans bestaat dat een ondernemingsvoortzetting

---

18 Dit is een gevolg van het fixatiebeginsel; zie § 2.3.

19 Zie Verstijlen 1998a, p. 79-80; Wessels Insolventierecht IV 2010, par. 4093, met verwijzingen naar rechtspraak en literatuur. Vgl. de MvT, Van der Feltz II, p. 145, waar wordt gesteld dat 'de wet de gezamenlijke schuldeischers van den gefailleerde als eene vereeniging van personen beschouwt en behandelt'. De individuele schuldeisers kunnen naast het belang om hun vordering op de schuldenaar te verhalen, nog tal van andere – daarmee conflicterende – belangen hebben. Zo is bijvoorbeeld denkbaar dat een schuldeiser er meer waarde aan hecht dat de door de schuldenaar gedreven onderneming wordt gecontinueerd, dan dat hij zijn vordering betaald krijgt. Dergelijke 'faillissementsvreemde' belangen spelen echter géén rol binnen de collectiviteit; zie nader Verstijlen 1998a, p. 81. Kennelijk anders: Van Galen 2006, p. 139, onder 4. Anders: Gispen 2005, p. 97-98, die het begrip 'gezamenlijke schuldeisers' ruimer definieert en daaronder ook schaart schuldeisers met andere dan verhaalsbelangen in strikte zin, zoals belangen bij afgifte van goederen of dossiergegevens, het lidmaatschap van een commissie uit schuldeisers of het recht van inzage ex art. 3:15j BW. Van deze opvatting lijkt hij overigens weer te zijn teruggekomen; zie Van Gangelen & Gispen 2010, p. 217.

20 Zie Verstijlen 1998a, p. 82.

21 Zie ook Van Gangelen & Gispen 2010, p. 217-218.

22 Dit volgt uit HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196, m.nt. WMK (*ProCall*), r.o. 4.

23 Zie Verstijlen 1998a, p. 79-80; Wessels Insolventierecht IV 2010, par. 4171.

24 Zie Van Galen 2006, p. 138.

een succes wordt en het uitkeringspercentage daarmee aanzienlijk kan worden opgeschroefd, maar het is evenmin ondenkbaar dat zij níet slaagt, bijvoorbeeld doordat belangrijke werknemers weglopen of de orders onverwacht uitblijven. Het is duidelijk dat de preferenten in beginsel geen belang hebben bij voortzetting, terwijl de concurrente schuldeisers het er graag op zouden wagen. In geval van succes strijken zij immers de winst op, terwijl indien de voortzetting níet slaagt, het de preferenten zijn die het gelag betalen.

Van Galen wijst erop dat de wet geen regels geeft hoe de curator in gevallen als de onderhavige een keuze moet maken tussen de belangen van de verschillende crediteuren.[25] Naar ik meen, hoeft hij dat ook niet. De curator dient het belang van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen, welk belang per definitie is gediend met de realisatie van een zo hoog mogelijk uitkeringspercentage. Dat de vraag of het verantwoord is de door de schuldenaar gedreven onderneming te continueren in de regel, zoals Van Galen stelt, een lastig dilemma oplevert, wil ik graag toegeven.[26] Hetzelfde geldt bijvoorbeeld indien de curator voor de vraag staat een geschil 'uit te procederen' of te schikken. De afweging die de curator in de gegeven omstandigheden moet maken, is mijns inziens evenwel dezelfde als in een geval waarin binnen het collectief géén belangenconflict speelt, bijvoorbeeld omdat de concurrenten sowieso een aanzienlijke uitkering tegemoet kunnen zien. De belangen van de individuele crediteuren dienen bij die afweging geen rol te spelen; het belang van de gezamenlijkheid is bepalend.[27] Pas op het moment dat er geen opbrengsten meer te realiseren zijn, valt de gezamenlijkheid definitief uiteen en treden de belangen van de individuele schuldeisers weer op de voorgrond.[28]

Dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers dient te worden onderscheiden van de verhaalsbelangen van de daartoe behorende individuele schuldeisers, blijkt niet alleen indien preferente crediteuren in het geding zijn, maar bijvoorbeeld ook indien de curator ageert op de voet van het befaamde Peeters q.q./ Gatzen-arrest.[29] In dat geval brengt het *collectieve* belang dat is betrokken bij de bevoegdheid van de curator om op te treden tegen derden die betrokken zijn bij benadeling van de *gezamenlijke* schuldeisers naar het oordeel van de Hoge Raad mee te aanvaarden dat de desbetreffende derde tegenover de curator niet gebruik kan maken van alle verweren die hem mogelijk tegenover bepaalde *individuele* schuldeisers ten dienste zouden hebben gestaan.[30]

2.2.1.5 De boedel en het boedelbelang

Een ander sleutelbegrip in de faillissementsprocedure is de 'boedel'. Toch is de uitleg die aan dit begrip wordt gegeven allerminst eenduidig. Door sommige

25 Zie Van Galen 2006, p. 139.
26 Zie over dit dilemma Verstijlen 1998a, p. 246-250.
27 Vgl. Verstijlen 1998a, p. 105-107.
28 De belangen van de individuele schuldeisers treden eveneens tijdelijk op de voorgrond bij gelegenheid van een tussentijdse uitdeling (art. 179 Fw).
29 Zie HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597, m.nt. BW.
30 Zie HR 23 december 1994, *NJ* 1996, 628, m.nt. WMK onder *NJ* 1996/629 (*Notaris M./curatoren THB*).

auteurs wordt het gebruikt om de activa aan te duiden en daarmee als synoniem voor het faillissementsvermogen als bedoeld in art. 20 Fw.[31] Anderen beschouwen de boedel als het vermogen dat voor het verhaal van de gezamenlijke crediteuren beschikbaar is, dat wil zeggen de activa minus de boedelschulden.[32] Weer anderen menen dat onder 'boedel' zowel de activa als de passiva dienen te worden begrepen.[33] In de Faillissementswet wordt het begrip 'boedel' in het merendeel van de gevallen gehanteerd om louter de activa aan te duiden,[34] soms ook worden hiermee zowel de activa als de passiva bedoeld.[35] Problematisch lijkt het feit dat het boedelbegrip in verschillende betekenissen wordt gebruikt in de praktijk niet te zijn.

Een belangrijk uitgangspunt in het insolventierecht is dat de curator *in het belang van de boedel* moet handelen.[36] Over de vraag wat het boedelbelang precies behelst, bestaat echter verschil van inzicht. Volgens Wessels verenigt het belang van de boedel in zich het in § 2.2.1.4. besproken collectieve belang van de schuldeisers én andere belangen, zoals die van de schuldenaar en maatschappelijke belangen, in feite alle belangen waarmee de curator in het kader zijn taakuitoefening rekening heeft te houden.[37] Gispen beperkt het belang van de boedel tot de belangen van de schuldeisers, zij het niet alleen de *gezamenlijke* schuldeisers zoals hiervoor gedefinieerd, maar ook schuldeisers die zich 'buiten het faillissement om' kunnen verhalen, zoals separatisten en – in geval van een positieve boedel – de boedelschuldeisers.[38] Beide kwalificaties van het boedelbelang spreken mij niet aan. Weliswaar dient de curator ook in zekere mate rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar en maatschappelijke belangen en kan hij onder omstandigheden tevens verplichtingen hebben ten opzichte van schuldeisers die geen onderdeel van de gezamenlijkheid uitmaken, maar ik meen dat deze belangen van het boedelbelang moeten worden onderscheiden, omdat dit anders verwordt tot een onhanteerbaar, nietszeggend begrip.[39] Zo lijkt de curator in de visie van Wessels steeds in het belang van de boedel te handelen indien hij een belang nastreeft dat hij in de gegeven omstandigheden behoort na te streven.

Verstijlen kwalificeert de op de curator rustende verplichting om te handelen in het belang van de boedel als een gehoudenheid om te streven naar een zo groot

31 Zie Verstijlen 1998a, p. 41, noot 2. In deze zin ook: Rb. Amsterdam 3 mei 1989, *NJ* 1990, 621.
32 Zie Gispen 2005, p. 97, die stelt dat dit de meest voorkomende betekenis van het begrip 'boedel' is.
33 Zie Ophof 1992, p. 13.
34 Zie de MvT bij art. 20 Fw, Van der Feltz I, p. 339, waar wordt gerept van 'de gerechtelijke inbeslagneming van den boedel'. Zie voorts bijvoorbeeld de artikelen 24, 51 lid 3, 63a lid 1, 92, 93 en 94 Fw. In de regeling van de WSNP (art. 295 lid 1 Fw) en in het voorontwerp Insolventiewet (art. 3.1.1 lid 1) wordt het begrip 'boedel' uitdrukkelijk op deze wijze gedefinieerd.
35 Zie bijvoorbeeld de artikelen 25, 26, 29 en 96 Fw.
36 Zie bijvoorbeeld HR 16 december 2011, *JOR* 2012, 65, m.nt. I. Spinath (*Prakke/Gips*), r.o. 3.4.2. Zie voorts de parlementaire geschiedenis bij art. 64 Fw, Van der Feltz II, p. 2, waar wordt gesteld dat de rechter-commissaris in het kader van diens toezicht onder meer dient na te gaan of de curator 'handelt in het belang van de boedel'. Zie ook de INSOLAD Praktijkregels 2011, p. 1, nr. 1.1: 'De curator laat zich leiden door de belangen van de boedel […]'.
37 Zie Wessels Insolventierecht IV 2010, par. 4171-4173. Het belang van de *schuldenaar* komt verderop in deze paragraaf aan bod, de rol van de *maatschappelijke* belangen komt aan de orde in § 2.5.
38 Zie Gispen 2005, p. 98.
39 Vgl. Verstijlen & Vriesendorp 2004, p. 996.

mogelijke boedel, in de zin van een zo groot mogelijke liquidatieopbrengst die met inachtneming van ieders rang onder de individuele schuldeisers kan worden gedistribueerd. In deze visie loopt het boedelbelang volgens Verstijlen parallel met het belang van de *gezamenlijke schuldeisers.*[40] Mijns inziens is dat in de regel inderdaad het geval, maar niet steeds. Zo is denkbaar dat met de nakoming van een door de schuldenaar gesloten overeenkomst het boedelactief slinkt, maar dit niettemin in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers, omdat aldus wordt vermeden dat een aanzienlijke schadevergoedingsvordering wegens niet-nakoming in het passief moet worden toegelaten, als gevolg waarvan het uitkeringspercentage daalt.[41] Iets vergelijkbaars kan zich voordoen bij het voeren van een renvooiprocedure of het maken van bezwaar tegen een aan de schuldenaar opgelegde naheffingsaanslag. De beslissing om de overeenkomst gestand te doen, de procedure te gaan voeren of bezwaar te maken zou dan – vanwege de daarmee gepaard gaande kosten – níet in het belang zijn van de boedel, maar wél van de gezamenlijke schuldeisers, omdat het uitkeringspercentage erdoor wordt opgeschroefd.

Nu de curator zijn taak uitoefent ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en tevens wordt geacht het boedelbelang tot richtsnoer te nemen, geef ik er de voorkeur aan het belang van de boedel te hanteren als synoniem voor het belang van de gezamenlijke schuldeisers, dat wil zeggen het belang bij de realisatie van een zo groot mogelijke uitkering aan de schuldeisers.[42] De curator handelt dan tevens in het belang van de boedel indien hij een overeenkomst als hiervoor bedoeld gestand doet of besluit om een renvooiprocedure te voeren die weliswaar geld kost, maar bij winst in de procedure de (kans op een) uitkering aan de schuldeisers doet stijgen.

2.2.1.6 Het belang van de schuldenaar

Hiervoor kwam al even ter sprake dat er naast het belang van de gezamenlijke crediteuren dan wel de boedel ook andere belangen zijn waarmee de curator in het kader van de afwikkeling van het faillissement rekening dient te houden, namelijk het belang van de schuldenaar en ook maatschappelijke belangen. In deze paragraaf stel ik het belang van de *schuldenaar* aan de orde.[43] In de memorie van toelichting wordt in dit kader opgemerkt

> 'dat de curator niet alleen de belangen van de schuldeischers heeft te behartigen, maar evenzeer die van den schuldenaar. Dit toch is geene bijzondere, zelfstandige verplichting den curator als zodanig opgelegd, maar eene die weder in primis op de schuldeischers rust. Evenals op iederen beslaglegger rust toch op hen de verplichting bij de executie de belangen van den schuldenaar te ontzien. Zij kunnen executeeren, ten eigen bate executeren, maar behoren daarbij, voor zooverre zich dit met eene billijke uitoefening hunner rechten verdraagt, met de belangen van den

40 Zie Verstijlen 1998a, p. 82 en p. 105.
41 Zie voor een getallenvoorbeeld § 4.5.3.2.
42 Vgl. Huydecoper 2007, p. 1.
43 De maatschappelijke belangen vormen het onderwerp van § 2.5.

> schuldenaar rekening te houden. Alleen zal de nakoming dezer verplichtingen door de tusschenkomst van een onpartijdigen persoon, den curator, beter verzekerd zijn.'[44]

Ten aanzien van de schuldenaar is dus het uitgangspunt dat diens gerechtvaardigde belangen zo veel mogelijk dienen te worden gerespecteerd.[45] Is evenwel sprake van een conflict tussen het belang van de schuldenaar en dat van de boedel, dan dient het boedelbelang in beginsel te prevaleren.[46] Dit is slechts anders indien de in het geding zijnde belangen van de (particuliere) schuldenaar bijzondere bescherming genieten, zoals ten aanzien van diens eerste levensbehoeften het geval is,[47] of sprake is van een zodanige disproportionaliteit tussen het belang van de gefailleerde en dat van de boedel, dat het eenvoudigweg niet aangaat aan het laatstgenoemde belang voorrang te verlenen.[48] De curator heeft dan geen andere keuze dan het belang van de schuldenaar boven dat van de gezamenlijke schuldeisers te stellen.

2.2.2 Het faillissement als saneringsinstrument

Met de functie van het faillissement als verhaalsinstrument strookt dat daarin geen plaats is ingeruimd voor andere – maatschappelijke – belangen dan de belangen van de schuldeisers en de gefailleerde, zoals continuïteit van ondernemingsactiviteit en behoud van de daaraan verbonden werkgelegenheid. De hier bedoelde belangen behoren traditioneel tot het domein van de surseance van betaling, welke procedure op vermijding van liquidatie en behoud van ondernemingsactiviteit is gericht. De surseance blijkt in de praktijk echter niet te voldoen, ondanks tal van in het verleden doorgevoerde maatregelen om de effectiviteit van de regeling te bevorderen. De voornaamste oorzaken hiervan zijn dat (i) surseances doorgaans worden aangevraagd in een zodanig laat stadium dat ieder uitzicht op herstel inmiddels is verdwenen, en (ii) de werking van het akkoord tot de *concurrente* schuldeisers is beperkt. Hier komt bij dat reorganisaties – mede vanwege de beperkte reikwijdte van het akkoord – veelal niet via de passiefzijde, maar via de actiefzijde van de balans plaatsvinden, waartoe het faillissement een aantrekkelijker route vormt, in het bijzonder vanwege de mogelijkheid om tegen relatief geringe kosten te komen tot een reductie van het personeelsbestand.[49]

---

44 Van der Feltz I, p. 372.
45 Zie nader Verstijlen 1998a, p. 145-146.
46 Zie Wessels Insolventierecht IV 2010, par. 4219.
47 Zie bijvoorbeeld de artikelen 21 en 37b Fw, alsmede HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 640, m.nt. CJHB (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*). Zie voorts Verstijlen 1998a, p. 143-145.
48 Vgl. art. 3:13 lid 2 BW. Zie nader Verstijlen 1998a, p. 146-148, waar tevens een voorbeeld aan de orde komt van een situatie waarin aan de belangen van de schuldenaar prioriteit werd verleend boven dat van de gezamenlijke schuldeisers. Zie voor een voorbeeld van een situatie waarin het belang van de schuldenaar juist het onderspit moest delven tegen het belang van de gezamenlijke schuldeisers: HR 16 juni 1995, *NJ* 1996, 553, m.nt. HJS (*K. en L./Jukema q.q.*).
49 De artikelen 7:662-665 en 7:670 lid 8 BW, die bewerkstelligen dat de rechten en verplichtingen uit bestaande arbeidscontracten in geval van een overgang van de onderneming van rechtswege overgaan op de verkrijger, zijn in faillissement niet van toepassing; zie art. 7:666 lid 1 BW. Voor de surseance van betaling geldt deze uitzondering niet, hetgeen ook niet door wetswijziging kan worden gerealiseerd, aangezien EG-Richtlijn 98/50 – waarop de regeling van de art. 7:662 e.v. BW is gebaseerd – alleen uitzonderingen geoorloofd acht voor op *liquidatie* gerichte procedures.

Mede als gevolg van het disfunctioneren van de regeling van de surseance van betaling heeft het faillissement er in de loop der tijd een tweede functie bij gekregen, namelijk die van saneringsinstrument. Dit roept een aantal fundamentele vragen op, in het bijzonder omtrent de wijze waarop de curator dient te handelen indien de belangen van de schuldeisers van de gefailleerde conflicteren met de bij een reorganisatie betrokken belangen, zoals behoud van ondernemingsactiviteit en werkgelegenheid. Dezelfde vragen kunnen spelen indien andere maatschappelijke belangen, zoals het belang van behoud van cultureel erfgoed, in het geding zijn. In § 2.5 ga ik op deze vragen nader in.

2.3 Het fixatiebeginsel

2.3.1 Inleiding

Eén van de grondbeginselen van ons faillissementsrecht is het fixatiebeginsel, door de Hoge Raad in het arrest Op den Ende/De Haan Hugenholtz q.q. aangeduid als 'het hoofdbeginsel van alle faillissementsrecht, dat door de intrede van het faillissement de rechtspositie van alle bij den boedel betrokkenen onveranderlijk wordt'.[50] Het komt in tal van bepalingen in de Faillissementswet tot uitdrukking en ook in de parlementaire geschiedenis wordt op diverse plaatsen aan het fixatiebeginsel gerefereerd.[51] In het fixatiebeginsel kunnen twee aspecten worden onderscheiden. In de eerste plaats vindt fixatie van de tot het faillissementsvermogen behorende *activa* plaats, in die zin dat zij aan de macht van de schuldenaar en die van de individuele schuldeisers worden onttrokken.[52] In de tweede plaats worden de *passiva* gefixeerd, hetgeen impliceert dat een schuldeiser slechts in het faillissement kan opkomen voor vorderingen die op datum faillissement reeds bestonden, terwijl die datum eveneens beslissend is voor de tussen de schuldeisers geldende rangorde.[53] Beide aspecten van het fixatiebeginsel worden hierna nader geanalyseerd. Hoewel het fixatiebeginsel binnen de faillissementsprocedure een zeer dominante rol speelt, vormt de fixatie van het vermogen van de gefailleerde geen doel op zich. Zij is louter instrumenteel aan de verwezenlijking van het in § 2.2.1.1 beschreven hoofddoel van het faillissement: de voldoening van de schuldeisers conform ieders verhaalsrecht.[54]

---

50 Zie HR 31 december 1909, *W.* 8957. In diverse latere arresten heeft de Hoge Raad zich in nagenoeg identieke bewoordingen uitgelaten, zie HR 18 december 1987, *NJ* 1988, 340, m.nt. G (*OAR/ABN*); HR 17 februari 1995, *NJ* 1996, 471, m.nt. WMK (*Mulder q.q./CLBN*); HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 745, m.nt. PvS (*Aerts q.q./ABN AMRO*). In HR 5 januari 1923, *NJ* 1923, p. 359 (*Petkovic/Modderman q.q.*), repte de Hoge Raad van het 'systeem van fixatie van de rechten van crediteuren op het oogenblik van het faillissement dat der Faillissementswet is en onder meer neergelegd in de artikelen 23, 24, 33, 39, 128-131 dier wet'. Vgl. HR 4 februari 1977, *NJ* 1978, 66 (*Dreyfus/Keulen q.q.*).

51 Zie bijvoorbeeld de MvT bij de artikelen 128-131 Fw, Van der Feltz II, p. 126 en het Verslag van de Tweede Kamer met Regeeringsantwoord bij art. 136 Fw, Van der Feltz II, p. 143. Vgl. voorts Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 201.

52 Zie Verstijlen 1998a, p. 43.

53 Zie met betrekking tot de fixatie van de rangorde HR 18 december 1987, *NJ* 1988, 340, m.nt. G (*OAR/ABN*). Zie in dit verband ook art. 21 lid 2 InvW.

54 Zie Rijckenberg 2009, p. 132.

2.3.2 De fixatie van het actief

De fixatie van het *actief* wordt in belangrijke mate gerealiseerd door de artikelen 23 en 35 lid 2 Fw, die de schuldenaar diens beheers- en beschikkingsbevoegdheid ontnemen, en de artikelen 26 en 33 Fw, waarin de bevoegdheden van individuele schuldeisers om verhaal te nemen op tot de boedel behorende activa aan banden worden gelegd.[55] In de kern staan dit aspect van het fixatiebeginsel en de daarop gegronde bepalingen eraan in de weg dat tijdens faillissement (rechts)handelingen worden verricht ten aanzien van tot de boedel behorende activa indien en voor zover het verhaal van de schuldeisers daardoor wordt geschaad.[56]

De fixatie van het actief per datum faillissement is evenwel niet absoluut. Zo wordt in art. 20 Fw niet alleen het gehele vermogen van de gefailleerde ten tijde van de faillietverklaring, maar tevens al hetgeen hij tijdens faillissement verwerft tot het faillissementsvermogen gerekend. Ook is mogelijk dat op datum faillissement nog tot dit vermogen behorende activa de boedel juist verlaten zonder dat de curator daarin de hand heeft. Zo is denkbaar dat in de periode dat het faillissement nog niet op de voet van art. 14 lid 3 Fw bekend is gemaakt, een tot de boedel behorende vordering tenietgaat of een roerende zaak de boedel verlaat, doordat de debiteur van die vordering respectievelijk de verkrijger van die zaak te goeder trouw aan de gefailleerde betaalt respectievelijk door hem geleverd krijgt.[57] Hiernaast is denkbaar dat een schuldeiser met een beroep op het recht van reclame goederen aan het faillissementsbeslag onttrekt.[58] Ook kan worden gedacht aan situaties waarin tot de boedel behorende activa door de schuldenaar vóór de intrede van het faillissement onder opschortende voorwaarde zijn overgedragen, zoals bij eigendomsvoorbehoud en huurkoop het geval is. Aangenomen wordt dat de (huur)koper in dat geval door voldoening van (het restant van) de koopsom de (onvoorwaardelijke) eigendom van de desbetreffende zaak aan zich kan doen overgaan zonder dat de curator daartegen iets kan ondernemen.[59] De rechtvaardiging hiervoor lijkt te moeten worden gezocht in de omstandigheid dat de (huur) koper in kwestie op datum faillissement al een zekere goederenrechtelijke positie heeft verworven (een voorwaardelijk eigendomsrecht) of ten minste sprake is van een 'eigendomsverwachting' en hij om die reden niet met een 'gewone' schuldeiser kan worden gelijkgesteld.[60]

55 Zie voorts art. 24 Fw, waarover meer in § 2.3.3.1 en 2.3.3.2, en de artikelen 25-31 Fw.
56 Zie Boekraad 1997, p. 13.
57 Zie respectievelijk art. 52 Fw en art. 35 lid 3 Fw. Zie ook met betrekking tot registergoederen art. 3:24 lid 2 sub c BW.
58 Zie art. 7:39 e.v. BW.
59 Zie o.a. Vriesendorp 1985, p. 58-60; Verstijlen 2007, p. 828.
60 Zie hierover Losbladige Vermogensrecht, commentaar bij art. 3:92 BW, nr. 32 (Verstijlen); Verstijlen 2007, p. 824-827, beide met tal van verwijzingen.

2.3.3 De fixatie van het passief

2.3.3.1 Algemeen

In het kader van de fixatie van het *passief* dient in het bijzonder te worden gewezen op art. 24 Fw,[61] waarin is bepaald:

> 'Voor verbintenissen van de schuldenaar, na de faillietverklaring ontstaan, is de boedel niet aansprakelijk dan voorzover deze ten gevolge daarvan is gebaat'.

De bepaling blinkt niet uit in helderheid. Nu niet goed voorstelbaar is dat uit één verbintenis zowel *aansprakelijkheid* van de schuldenaar als *baat* voor de boedel voortvloeit, dienen de bewoordingen 'ten gevolge daarvan' ruim te worden opgevat. Gedacht kan worden aan de situatie dat ten laste van de schuldenaar een verbintenis uit de wet ontstaat, bijvoorbeeld doordat een derde zonder rechtsgrond ten gunste van hem een betaling verricht, of aan het geval dat de schuldenaar ná faillissement een wederkerige overeenkomst aangaat en de wederpartij haar daaruit voortvloeiende verplichtingen nakomt. Op grond van art. 24 Fw is de boedel dan niet aansprakelijk voor de verbintenis van de schuldenaar uit onverschuldigde betaling of uit overeenkomst, maar indien de boedel als gevolg van de betaling respectievelijk de door de wederpartij verrichte prestatie een voordeel geniet, ontstaat ten belope van dit voordeel wél aansprakelijkheid.

Het feit dat de boedel niet aansprakelijk is voor een ná faillissement ontstane verbintenis van de schuldenaar impliceert dat de schuldeiser in kwestie daaraan binnen het faillissement geen enkele aanspraak kan ontlenen, dus niet alleen geen boedelvordering maar evenmin een ter verificatie in te dienen vordering.[62] Indien en voor zover de boedel wél is gebaat, ontstaat een *boedelschuld*.[63] Het begrip 'boedel' dient hier te worden begrepen als het faillissementsvermogen in de zin van art. 20 Fw.[64] De boedel is *gebaat* voor zover de door de wederpartij verrichte prestatie aan de boedel ten goede is gekomen, in die zin dat zij heeft geleid tot een daadwerkelijke vermeerdering van het actief. Betaling van schulden die dateren van vóór datum faillissement levert dus geen baat voor de boedel in de zin van art. 24 Fw op.[65]

Naar de letter van de wet lijken ook verbintenissen die door of met instemming van de curator tot stand worden gebracht onder de reikwijdte van art. 24 Fw te

---

61 Zie Van Galen 1996, p. 394-395; Boekraad 1997, p. 50-52; Verstijlen 1998a, p. 64; Van Hees 2000, p. 131. Zie ook Rijckenberg 2009, p. 135, die in dit verband tevens wijst op art. 26 Fw. Met betrekking tot de fixatie van het passief kan verder nog worden gewezen op de artikelen 128-131 Fw.

62 Zie het Verslag van de Tweede Kamer, Van der Feltz I, p. 361, waaruit kan worden opgemaakt dat de regeling van art. 24 Fw is geïnspireerd op het Duitse § 6 Abs. 1 KO (na hernummering § 7 Abs. 1 KO), waarin heel in het algemeen was bepaald dat door de schuldenaar na de opening van de procedure verrichte rechtshandelingen 'den Konkursgläubigern unwirksam' waren. Zie verder het Regeeringsantwoord, Van der Feltz I, p. 362, waar wordt opgemerkt dat de verbintenissen die de schuldenaar na de faillietverklaring doet ontstaan 'alleen hem zelven' binden.

63 Zie Van der Feltz I, p. 362. Zie voorts HR 12 mei 1992, *NJ* 1992, 630.

64 Vgl. ten aanzien van het begrip 'boedel' in art. 51 lid 3 Fw: Rb. Amsterdam 3 mei 1989, *NJ* 1990, 621.

65 Vgl. ten aanzien van art. 51 lid 3 Fw: Rb. Amsterdam 3 mei 1989, *NJ* 1990, 621. Anders: Ktg. Den Haag 31 augustus 2000, *JOR* 2000, 227, m.nt. J.J. van Hees.

vallen, maar dat kan uiteraard niet de bedoeling zijn.[66] Wanneer de curator verbintenissen van de schuldenaar in het leven roept, vormen de daaruit voortvloeiende aanspraken van de schuldeiser in kwestie *integraal* boedelschuld.

2.3.3.2 Vorderingen die ná faillissement ontstaan uit een daarvóór reeds bestaande rechtsverhouding

Over de reikwijdte van de regel dat na datum faillissement ontstane vorderingen niet kunnen worden geverifieerd, bestaat in de literatuur discussie. Inzet van die discussie is de vraag of een uitzondering dient te worden aanvaard voor vorderingen die weliswaar ná faillissement ontstaan, maar voortvloeien uit een reeds daarvóór bestaande rechtsverhouding. Kortmann en Faber hebben zich op het standpunt gesteld dat de tekst van de wet en de toelichting daarbij onvoldoende steun bieden voor een bevestigende beantwoording, evenwel zonder dit nader te motiveren.[67] In het eerste deel van zijn befaamde tweeluik over de verschillende typen schulden die bij faillissement kunnen worden onderscheiden, is door Van Galen daarentegen met een beroep op de wetshistorie verdedigd dat vorderingen die ná de intrede van het faillissement ontstaan, maar hun oorsprong vinden in een daarvóór reeds bestaande rechtsverhouding, wél ter verificatie kunnen worden ingediend.[68]

Van Galen beroept zich in de eerste plaats op de parlementaire geschiedenis bij art. 24 Fw. Hij wijst op een passage in de memorie van toelichting, waar wordt gesteld dat het artikel niets anders bevat dan een 'logische gevolgtrekking uit het in 23 Fw bepaalde'.[69] Nu aan het ontstaan van de hier aan de orde zijnde verbintenissen geen beheers- of beschikkingshandeling van de schuldenaar – op welke handelingen art. 23 Fw ziet – te pas komt, kan art. 24 Fw hierop volgens Van Galen geen betrekking hebben. Tevens wijst Van Galen erop dat art. 24 Fw bij de inwerkingtreding van de Faillissementswet in 1896 niet repte van verbintenissen van de schuldenaar die na datum faillissement waren *ontstaan*, maar van verbintenissen die na die datum door de schuldenaar waren *aangegaan* en het artikel in 1935 slechts is geherformuleerd teneinde daarin tot uitdrukking te brengen dat ook door de gefailleerde gepleegde *onrechtmatige daden* eronder vallen.[70] Volgens Van Galen bestaat geen enkele aanwijzing dat tevens is beoogd om verbintenissen die na de faillietverklaring uit bestaande rechtsverhoudingen *ontstaan* 'onder de werking van art. 24 Fw te brengen'. In de tweede plaats beroept Van Galen zich op een passage uit de parlementaire geschiedenis bij art. 39 Fw, waar wordt gesteld dat de regeling van art. 39 Fw – waarin onder meer aan de curator van de huurder een opzeggingsrecht met betrekking tot een nog lopende huurovereenkomst is toegekend – tot voordeel heeft dat:

---

66 Dat de bewoordingen van art. 24 Fw ook door de curator aangegane verbintenissen lijken te omvatten, lijkt veeleer een onbedoelde consequentie te zijn van een wijziging van de redactie van het artikel in 1935, tot welk moment het artikel repte van *door de schuldenaar aangegane* verbintenissen. Ik kom op deze wijziging in § 2.3.3.2 terug.

67 Zie Kortmann & Faber 1996a, p. 132.

68 Zie Van Galen 1996, p. 394-395.

69 Zie Van der Feltz I, p. 360.

70 Zie de MvT, Kortmann & Faber 1995, p. 466.

> 'de boedel niet langer wordt belast met het aanhouden van de huur van localiteiten, waaraan de curator geen behoefte heeft.'[71]

Deze passage kan volgens Van Galen alleen worden verklaard doordat de wetgever ervan uitging dat de na datum faillissement te verschijnen huurtermijnen verifieerbaar waren en in zoverre een belasting voor de boedel opleverden. Van Galen ziet dan geen reden waarom dit anders zou zijn ten aanzien van na faillissement te ontstane verbintenissen uit andere duurovereenkomsten, zoals verzekerings- lease- en licentieovereenkomsten. In zijn dissertatie heeft Boekraad zich met dezelfde argumentatie aan de zijde van Van Galen geschaard.[72]

Hoe hierover te oordelen? Het op de memorie van toelichting bij art. 24 Fw gestoelde argument heeft mijns inziens geen waarde, omdat – zoals Wessels terecht opmerkt – de bewuste passage klaarblijkelijk abusievelijk verwijst naar art. 23 Fw, waar een verwijzing naar art. 20 Fw lijkt te zijn bedoeld.[73] Ook het beroep op de oorspronkelijke redactie van art. 24 Fw vind ik niet overtuigend. In het Floritex-arrest uit 1984 heeft de Hoge Raad de door Van Galen verdedigde beperking van het toepassingsgebied van art. 24 Fw tot door de gefailleerde ná faillissement *aangegane* verbintenissen uitdrukkelijk afgewezen. In deze zaak werd in cassatie de stelling geponeerd dat art. 24 Fw naar doel en strekking alleen van toepassing zou zijn op verbintenissen die door *toedoen van de gefailleerde* zijn ontstaan. De Hoge Raad oordeelde dat '[b]ewoordingen noch ontstaansgeschiedenis van de bepaling steun [bieden] voor een zo beperkte uitleg ervan'.[74] In dit verband is ten slotte ook het arrest Kettenes/Gerhards, dat dateert van vóór de wijziging van de redactie van art. 24 Fw in 1935, relevant. Hierin overwoog de Hoge Raad met betrekking tot de regeling van art. 26 Fw dat zij 'handelt over schulden die vóór de uitspraak van het faillissement zijn *ontstaan*'.[75]

Maar de door Van Galen aangehaalde passage uit de parlementaire geschiedenis bij art. 39 Fw lijkt er inderdaad op te wijzen dat de wetgever van 1893 ervan uitging dat de hier aan de orde zijnde vorderingen konden worden geverifieerd. Dit strookt bovendien met het standpunt dat hieromtrent aan het begin van de 20e eeuw in de literatuur werd gehuldigd.[76] Hoe verdraagt dit zich nu met het feit dat het wettelijk systeem zo uitdrukkelijk uitgaat van de fixatie van het passief per datum faillissement? Mijns inziens dient de verklaring te worden gezocht in de destijds vigerende opvattingen met betrekking tot het ontstaansmoment van vorderingen. Tot 1980 werden vorderingen als *bestaand* aangemerkt indien zij hun onmiddellijke grondslag vonden in een bestaande rechtsverhouding met de

---

71 Zie Van der Feltz I, p. 419.

72 Zie Boekraad 1997, p. 50-51. Vgl. Leuftink 1995, p. 42 en 180, die, overigens ongemotiveerd, schrijft dat de surseance ook geldt ten aanzien van vorderingen die 'weliswaar als gevolg van de surséance ontstaan, maar voortvloeien uit een per surséancedatum reeds bestaande rechtsbetrekking'. Kritisch daarover: Verstijlen 1996a, p. 38.

73 Zie Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2258. Naast de door Wessels gegeven onderbouwing kan nog worden gewezen op het feit dat het gaat om de MvT bij de artikelen 23 en 24 Fw, waarin wordt gesteld dat '[b]eide artikelen niets anders [bevatten] dan logische gevolgtrekkingen uit het in artikel [23] Fw bepaalde'. In dit licht is alleszins aannemelijk dat in ieder geval níet bedoeld is naar art. 23 Fw te verwijzen.

74 Zie HR 14 december 1984, *NJ* 1985, 288, m.nt. G.

75 Zie HR 12 februari 1931, *NJ* 1931, p. 854, m.nt. EMM.

76 Zie o.a. Van Nievelt 1907, p. 7-8, p. 200 en p. 211; Völlmar 1939, p. 99.

schuldenaar.[77] Verificatie van de hier aan de orde zijnde vorderingen behoeft in die benadering géén strijd met het fixatiebeginsel op te leveren.[78] Sinds het Solleveld-arrest uit 1980 vaart de Hoge Raad echter een andere koers en acht hij het bestaan van een onmiddellijke grondslag niet langer voldoende om aan te nemen dat sprake is van een bestaande vordering.[79] In WUH/Emmerig q.q. uit 1987 oordeelde de Hoge Raad uitdrukkelijk dat op datum faillissement nog te verschijnen huurtermijnen als *toekomstige* vorderingen dienen te worden aangemerkt.[80]

Van Galen merkt op dat de hier bedoelde jurisprudentie steeds betrekking heeft op cessie van vorderingen en op de vraag in hoeverre die cessie aan de boedel kan worden tegengeworpen en concludeert – mede aan de hand van een aantal andere arresten[81] – dat voor de vraag of bepaalde vorderingen voor verificatie in faillissement in aanmerking komen een minder streng ontstaanscriterium geldt dan voor de vraag of een cessie (of verpanding) van die vorderingen aan de boedel kan worden tegengeworpen.[82] Ik meen dat deze conclusie niet uit de door Van Galen genoemde arresten kan worden getrokken. Met Boekraad meen ik bovendien dat het hanteren van verschillende ontstaanscriteria voor vorderingen onwenselijk is en op gespannen voet staat met het feit dat een vordering ook als voorwerp van een goederenrechtelijk recht door het leven gaat.[83] Het spreekt niet aan dat het antwoord op de vraag of een dergelijk recht bestaat afhankelijk zou kunnen zijn van de context waarin de vraag wordt gesteld.[84]

Het voorgaande impliceert dat sommige vorderingen die ten tijde van de invoering van de Faillissementswet nog ter verificatie konden worden ingediend, daarvoor als gevolg van een wijziging in de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot het ontstaansmoment van vorderingen thans niet meer in aanmerking komen. Boekraad tracht aan deze consequentie te ontsnappen door erop te wijzen dat de wetgever in de artikelen 37a en 136 lid 2 Fw uitzonderingen op de fixatie van het passief heeft geformuleerd en de stelling te poneren dat niet zeker is dat deze uitzonderingen als limitatief moeten worden aangemerkt.[85] Ook dit lijkt mij geen begaanbare weg.[86] Het wettelijk systeem gaat uit van de fixatie van de schulden per datum faillissement en de wetgever doet op diverse plaatsen in de parlementaire geschiedenis uitdrukkelijk van zijn keuze voor dit systeem blijken.[87] In dit licht dienen de in de wet neergelegde uitzonderingen op het fixatiebeginsel als limitatief te worden beschouwd. Eén van die uitzonderingen

77 Zie HR 29 december 1933, *NJ* 1934, 343, m.nt. PS (*Fijn van Draat q.q./De Nederlanden*).
78 Zie ook Van Zanten & Verstijlen 2011, p. 87.
79 Zie HR 24 oktober 1980, *NJ* 1981, 265, m.nt. WMK. Zie voorts HR 26 maart 1982, *NJ* 1982, 615, m.nt. WMK (*SOS/ABN*).
80 Zie HR 30 januari 1987, *NJ* 1987, 530, m.nt. G.
81 Het gaat om HR 5 januari 1923, *NJ* 1923, p. 359 (*Petkovic/Modderman q.q.*), HR 12 mei 1989, *NJ* 1989, 613 (*Reco/Staat*), HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 305, m.nt. PvS (*De Ranitz q.q./Ontvanger*) en HR 12 januari 1990, *NJ* 1990, 662, m.nt. PvS (*Papierfabrieken Van Gelder*).
82 Zie Van Galen 1996, p. 396-397.
83 Zie Boekraad 1997, p. 18.
84 In deze zin ook Rijckenberg 2009, p. 137.
85 Zie Boekraad 1997, p. 22. Zie over de hier genoemde uitzonderingen op het fixatiebeginsel nader § 2.3.3.3.
86 Boekraad lijkt dit overigens ook zelf te onderkennen; zie Boekraad 1997, p. 22.
87 Zie de MvT bij de artikelen 128-131 Fw, Van der Feltz II, p. 126 en het Verslag van de Tweede Kamer met Regeeringsantwoord bij art. 136 Fw, Van der Feltz II, p. 143.

wijst bovendien juist in de richting van de niet-verifieerbaarheid van de in deze paragraaf besproken vorderingen. Het op 1 januari 1992 ingevoerde art. 37a Fw bepaalt onder meer dat een ná faillissement ontstane schadevergoedingsvordering ter verificatie kan worden ingediend, mits zij voortvloeit uit een tekortkoming in de nakoming van een daarvóór verkregen vordering. Een vordering tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten in een ná faillissement verkregen vordering kan dus níet worden geverifieerd, zodat in de rede ligt dat hetzelfde geldt voor die laatstgenoemde vordering zélf. Hiernaast kan worden gewezen op de parlementaire geschiedenis bij het eveneens bij gelegenheid van de invoering van het huidige BW geïntroduceerde art. 483e Rv. Hierin wordt opgemerkt dat de verificatie van *toekomstige* vorderingen in de Faillissementswet niet wordt geregeld, omdat '[d]eze immers krachtens artikel 24 in het geheel niet voor erkenning in aanmerking [komen]'.[88]

De conclusie luidt dat vorderingen die ná faillissement ontstaan uit een reeds daarvóór bestaande rechtsverhouding nimmer kunnen worden geverifieerd, tenzij zich een wettelijke uitzondering voordoet,[89] of de curator de overeenkomst waaruit zij voortvloeien gestand heeft gedaan.[90] Dit geldt ongeacht of de vordering door toedoen van de gefailleerde, de schuldeiser of zonder nadere handeling van één van hen is ontstaan.[91] Het fixatiebeginsel geldt voor de hier bedoelde categorie verbintenissen dus onverkort.[92]

2.3.3.3 Uitzonderingen

De regel dat het passief per datum faillissement wordt gefixeerd is – evenals de regel dat het actief per diezelfde datum wordt gefixeerd – niet zonder uitzonderingen. Zo is een aantal belangrijke uitzonderingen geformuleerd in art. 37a Fw, op grond waarvan vorderingen die de wederpartij gedurende het faillissement verkrijgt uit hoofde van de ontbinding of vernietiging van een vóór de faillietverklaring met de schuldenaar gesloten overeenkomst kunnen worden geverifieerd. Hetzelfde geldt voor vorderingen die strekken tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten in de nakoming van een vóór de faillietverklaring op de schuldenaar verkregen vordering.[93] Op grond van art. 136 lid 2 Fw komen daarnaast ook toekomstige regresvorderingen die voortvloeien uit een ten tijde van de intrede van het faillissement reeds bestaande hoofdelijkheidsrelatie voor verificatie in aanmerking.[94]

---

88 Zie Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 201.
89 Zie nader § 2.3.3.3 hierna.
90 Zie nader § 4.6.1.
91 Indien de vordering door toedoen van de *curator* ontstaat, krijgt zij in de regel de status van *boedelschuld* (die evenmin verifieerbaar is); zie laatstelijk HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 617, m.nt. PvS (*Van Galen q.q./Circle Vastgoed*). Zie ook § 4.7.4.2.2.
92 Vgl. Verstijlen 1998a, p. 64-65.
93 Zie over de regeling van art. 37a Fw nader § 4.7.4.2.
94 Met HR 6 april 2012, *LJN*: BU3784 (*ASR/Achmea*) lijkt deze bepaling aan praktische betekenis te hebben gewonnen, nu de Hoge Raad hierin – in afwijking van een groot aantal eerdere arresten – heeft geoordeeld dat de regresvordering van de hoofdelijk schuldenaar niet kan worden beschouwd als een *bestaande* voorwaardelijke vordering, maar als een *toekomstige* vordering, die eerst ontstaat op het moment dat hij de schuld aan de schuldeiser voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat.

Dát de passiva op enig moment moeten worden gefixeerd is evident, omdat het anders praktisch ondoenlijk zou zijn om tot een afwikkeling van de boedel te geraken. Maar dat de groep faillissementsschuldeisers reeds met de intrede van het faillissement wordt gefixeerd, is minder vanzelfsprekend. Schuldeisers die na die datum een vordering op de schuldenaar verkrijgen, vallen hierdoor buiten de boot. In zijn bijdrage aan de Van Schilfgaarde-bundel heeft Van Hees zich op het standpunt gesteld dat een strikte toepassing van het fixatiebeginsel ten aanzien van ná faillissement ontstane schulden in veel gevallen hoogst onredelijk is. Hij geeft daarbij als voorbeeld het geval dat de schuldenaar vóór datum faillissement een onrechtmatige daad of wanprestatie pleegt, waarbij de schade zich eerst ná de intrede van het faillissement verwezenlijkt, het geval dat een schuld ontstaat door de uitoefening van een wilsrecht tijdens faillissement en de situatie dat een boete eerst gedurende het faillissement verschuldigd wordt. In aansluiting hierop stelt Van Hees dat het overweging verdient om in beginsel *alle* vorderingen die opkomen alvorens het faillissement eindigt in de gerealiseerde opbrengst te laten meedelen en slechts daar beperkingen op te leggen waar sprake is van fraude of een schuldeiser zelf aan het ontstaan van de vordering heeft meegewerkt, terwijl hij van het faillissement op de hoogte was of kon zijn.[95]

Ik ben het vanzelfsprekend met Van Hees eens dat de schuldeiser die ná faillissement als gevolg van fraude een vordering op de gefailleerde heeft verkregen geen uitnodiging voor de verificatievergadering dient te ontvangen. Hetzelfde geldt voor de schuldeiser die aan het ontstaan van zijn vordering heeft bijgedragen en wist of behoorde te weten dat zijn schuldenaar in staat van faillissement verkeerde. Hieruit volgt dan echter dat de uitoefening van een wilsrecht na faillissement – één van de door Van Hees genoemde gevallen waar de fixatie per faillissementsdatum onredelijk zou uitpakken – ook niet tot het aannemen van een verifieerbare vordering dient te leiden indien de schuldeiser van het faillissement op de hoogte was of behoorde te zijn, nu die schuldeiser in het ontstaan van de vordering immers zelf de hand had.[96] Het voorbeeld waarin de schuldenaar vóór faillissement wanpresteert, maar de schade zich eerst daarna verwezenlijkt, is mijns inziens eveneens minder geslaagd, omdat die schadevergoedingsvordering reeds op grond van art. 37a Fw voor verificatie in aanmerking komt.[97] Hetzelfde geldt voor boetes die tijdens faillissement verschuldigd worden en het karakter van een schadevergoedingsvordering dragen. Boetes die ná de faillietverklaring verbeuren en die níet strekken tot vergoeding van schade maar veeleer beogen een prikkel tot nakoming te zijn, kunnen inderdaad niet worden geverifieerd, maar dat is mijns inziens ook terecht. De prikkel kan in dat geval niet langer werken, maar heeft slechts tot gevolg heeft dat de positie van de desbetreffende schuldeiser in de loop van het faillissement verbetert.[98] Dit laatste is nu precies wat het fixatiebeginsel beoogt tegen te gaan.

---

95 Zie Van Hees 2000, p. 135-137. Instemmend: Rijckenberg 2009, p. 138-139.

96 In deze zin HR 5 januari 1923, *NJ* 1923, p. 359 (*Petkovic/Modderman q.q.*), waarin de Hoge Raad oordeelde dat de uitoefening na datum faillissement van een vóór die datum verleend optierecht géén in het faillissement in te dienen vordering kon doen ontstaan.

97 Zie § 4.7.4.2.2.

98 Zie § 8.4.3.

Wél deel ik de opvatting van Van Hees dat het onredelijk is de gelaedeerde van een door de debiteur vóór datum faillissement gepleegde onrechtmatige daad waarvan de schade eerst ná die datum intreedt, de mogelijkheid van verificatie te onthouden. Dit lijkt mij evenzeer onredelijk in het geval dat de schuldenaar onrechtmatig handelt nadat het faillissement is ingetreden.[99] De gelaedeerde zou in de hier bedoelde gevallen zo veel mogelijk in staat moeten worden gesteld in het faillissement mee te delen, bijvoorbeeld door het fixatiemoment ten aanzien van hem op te schuiven naar het uiterste moment waarop de vorderingen moeten zijn ingediend.[100] Nu het faillissement zo uitdrukkelijk uitgaat van de fixatie van het passief per datum faillissement, lijkt mij dat ingrijpen van de wetgever hiertoe noodzakelijk is.[101]

2.4 De rechtsverhouding tussen de schuldeisers

In tijden van solventie hebben schuldeisers in de regel maar weinig met elkaar van doen. De schuldenaar staat in beginsel ten opzichte van iedere schuldeiser met zijn gehele vermogen in voor betaling. Schuldeisers die geen vrijwillige betaling ontvangen, kunnen zich door middel van executiemaatregelen op dat vermogen verhalen, hetgeen de overige crediteuren niet raakt, omdat zij zich weer op andere – al dan niet toekomstige – vermogensbestanddelen kunnen verhalen. Het verhaal van de ene schuldeiser gaat onder deze omstandigheden niet ten koste van dat van de andere schuldeisers.

Dit wordt anders indien de vermogenstoestand van de schuldenaar – met inachtneming van diens verdiencapaciteit en daarmee verband houdende kredietwaardigheid – zodanig is, dat moet worden geconcludeerd dat hij zijn schulden niet integraal zal kunnen voldoen. Het verhaal van de ene schuldeiser gaat dan wél per definitie ten koste van het verhaal van de overige schuldeisers. In een dergelijke situatie zijn de schuldeisers gehouden zich in zekere mate naar elkaars belangen te richten.[102] Illustratief is de memorie van toelichting bij art. 47 Fw, waar wordt gesteld dat de schuldeiser die betaling van zijn vordering vraagt en aanneemt in de wetenschap dat het faillissement van zijn schuldenaar is aangevraagd en zich aldus aan de (naderende) *concursus* onttrekt, handelt in strijd met 'de goede trouw door hem ook jegens zijne mede-schuldeischers in acht te nemen'.[103] Onder verwijzing naar deze passage in de parlementaire geschiedenis heeft de Hoge Raad in het arrest Loeffen q.q./Mees en Hope I het toepassingsgebied van art. 47 Fw enigszins opgerekt, met de overweging dat als de strekking

99 Vgl. Vriesendorp 1999, p. 29-30, die ervoor pleit om aan schuldeisers uit onrechtmatige daad – en ook andere schuldeisers uit de wet – gedurende een zekere periode nadat zij bekend zijn geworden met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon een bijzonder voorrecht toe te kennen, op de grond dat schuldeisers die niet in staat zijn geweest hun positie in een eventuele *concursus* te beïnvloeden, een sterkere positie behoren te hebben dan de schuldeisers die op vrijwillige basis met de schuldenaar in zee zijn gegaan. In een latere bijdrage lijkt hij hier overigens weer afstand van te nemen; zie Vriesendorp 2001, p. 8-9.

100 Zie art. 108 Fw. In deze zin: Rijckenberg 2009, p. 139.

101 Vgl. Rijckenberg 2009, p. 132, noot 8.

102 Zie Verstijlen 1998a, p. 69. Vgl. Vzr. Rb. Alkmaar 9 februari 2012, *LJN*: BV3515, r.o. 4.7.

103 Zie Van der Feltz I, p. 449.

van art. 47 Fw moet worden beschouwd betalingen te treffen 'waardoor een crediteur, in strijd "met de goede trouw door hem ook jegens zijne medeschuldeischers in acht te nemen", zich aan de concursus onttrekt'.[104] In de visie van zowel de wetgever als de Hoge Raad dienen schuldeisers zich aan de vooravond van een faillissement dus onderling conform de eisen van de goede trouw – in terminologie van het huidige Burgerlijk Wetboek: de redelijkheid en billijkheid – te gedragen.

Door een groot aantal toonaangevende schrijvers wordt – al dan niet onder verwijzing naar de hiervoor vermelde bronnen – min of meer als een vanzelfsprekendheid aanvaard dat ook *binnen* faillissement tussen de schuldeisers een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding bestaat.[105] Ik vind dat evenzeer vanzelfsprekend en vermoed dat dit ook de opvatting van de wetgever en de Hoge Raad is. Waar de schuldeisers zich in een geval waarin een *concursus creditorum* onafwendbaar is, onderling conform de eisen van de redelijkheid en billijkheid hebben te gedragen, dient dat naar mijn mening *a fortiori* te gelden wanneer die *concursus* zich – zoals in faillissement – daadwerkelijk manifesteert. De wetgever heeft de toepasselijkheid van de eisen van de redelijkheid en billijkheid in de onderlinge relatie tussen de schuldeisers bovendien in een andere *concursus creditorum* reeds uitdrukkelijk aanvaard en in de wet neergelegd.

Men neme het geval dat een woning aan twee partijen is verkocht, maar nog géén van hen geleverd heeft gekregen. Op grond van art. 3:298 BW gaat dan het oudste recht op levering voor, tenzij uit de wet, uit de aard van de betreffende rechten óf uit de eisen van de *redelijkheid en billijkheid* anders voortvloeit. Blijkens de wetsgeschiedenis ziet het artikel 'uitsluitend […] op wat tussen de beide schuldeisers "in hun onderlinge verhouding" [geldt]'.[106] Toepassing van de redelijkheid en billijkheid kan er dus toe leiden dat de partij met het oudste recht op levering toch het onderspit delft en moet toestaan dat de woning aan de andere partij wordt geleverd. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien hij de woning louter als speculatieobject heeft gekocht en voornemens is haar op korte termijn door te verkopen, terwijl de partij met het jongste recht de woning dringend nodig heeft voor zichzelf en zijn gezin.[107] In de wetsgeschiedenis wordt voorts opgemerkt dat de regel analogisch kan worden toegepast op 'andersoortige vorderingsrechten ten aanzien van één goed die bij samenlopende vervolging van het recht op nakoming met elkaar zouden botsen', waarbij het voorbeeld wordt

104 Zie HR 8 juli 1987, *NJ* 1988, 104, m.nt. G.

105 Zie o.a. S.C.J.J. Kortmann, noot onder Hof Arnhem 8 april 1997, *JOR* 1997, 61; Verstijlen 1998a, p. 73-76; Verstijlen 2006a, p. 93 en p. 130; W.J.M. van Andel, noot onder Rb. Utrecht 11 februari 2006, *JOR* 2006, 112; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 398; Wessels Insolventierecht IV 2010, par. 4167 en par. 4169. Met iets minder vanzelfsprekendheid ook Franken 2008, p. 590. Anders: C.J.H. Brunner, noot onder HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 640 (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*), die zijn andersluidende opvatting baseert op HR 27 juni 1952, *NJ* 1953, 564, m.nt. PhANH (*Loorbach q.q./Van Streun*). Zou een en ander inderdaad uit het arrest van 27 juni 1952 volgen – ik ben daar niet van overtuigd –, dan moet worden geconstateerd dat de visie van de Hoge Raad op dit punt is gewijzigd, getuige het arrest Loeffen q.q./Mees & Hope I, dat dateert van ná het moment waarop Brunner zijn annotatie schreef.

106 Zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1396.

107 Dit voorbeeld is ontleend aan Snijders 1980, p. 190.

gegeven van het geval dat een woning tweemaal is verhuurd.[108] Het gaat hier dus steeds om gevallen waarin – evenals in faillissement – het 'verhaal' van de ene schuldeiser per definitie ten koste gaat van dat van de andere betrokken schuldeiser(s), hetgeen meebrengt dat zij onderling de eisen van de redelijkheid en billijkheid in acht moeten nemen.

In het arrest Van der Hel q.q./Edon heeft ook de Hoge Raad het bestaan van de regel dat de schuldeisers in hun onderlinge verhoudingen aan de eisen van de redelijkheid en billijkheid gebonden zijn met zoveel woorden erkend. In deze zaak probeerde energieleverancier Edon de curator te bewegen zijn openstaande vordering van vóór het faillissement te voldoen door zijn bereidheid tot het verrichten van verdere leveranties daarvan afhankelijk te stellen. De Hoge Raad oordeelde geen aanleiding te zien terug te komen van zijn in het arrest Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q. geformuleerde hoofdregel dat een dergelijk gebruik van het opschortingsrecht in beginsel geoorloofd is, maar hij voegde daaraan toe:

> 'dat dit onverlet laat dat het in de omstandigheden van het geval jegens de boedel en/of de *andere schuldeisers* naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn dat het energiebedrijf de energietoevoer zou beëindigen.'[109]

Verstijlen wijst erop dat de Hoge Raad in veel gevallen niet zozeer een beroep pleegt te doen op de tussen de schuldeisers in acht te nemen redelijkheid en billijkheid, als wel op het beginsel van de 'gelijke behandeling van schuldeisers' of de 'gelijkheid van schuldeisers', maar dat een wezenlijk verschil met het leerstuk van de tussen de schuldeisers in acht te nemen redelijkheid en billijkheid niet bestaat. Steeds gaat het er volgens Verstijlen om te voorkomen dat een schuldeiser meer krijgt dan waarop hij volgens de rangregeling aanspraak heeft.[110] Verstijlen wijst in dit kader op de arresten Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q. en Tiethoff q.q./NMB, waarin de Hoge Raad met een beroep op de hier bedoelde beginselen de uitoefening van een opschortings- respectievelijk verrekeningsbevoegdheid doorkruist.[111]

Men kan wellicht nog een stap verder gaan. Gesteld zou kunnen worden dat waar de Hoge Raad zich in de hier bedoelde arresten bediende van het beginsel

---

108 Zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1397.

109 Zie HR 16 oktober 1998, *NJ* 1998, 896. Zie op dit punt ook expliciet het arrest van het hof in deze zaak, gepubliceerd in *JOR* 1997/61, r.o. 5.6. De stelling van Franken 2008, p. 580, dat de Hoge Raad het arrest in de sleutel van de leer van het rechtsmisbruik plaatst en kennelijk niet tegen de horizon van de door de schuldeisers onderling in acht te nemen redelijkheid en billijkheid, lijkt mij in het licht van de door mij geciteerde overweging niet houdbaar. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 413, waar onder verwijzing naar het arrest Van der Hel q.q./Edon wordt opgemerkt dat men voor de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW de regel van rechtsmisbruik in art. 3:13 BW niet nodig heeft. Iets anders is dat de omstandigheden die aanleiding geven tot toepassing van de *derogerende* werking van de redelijkheid en billijkheid – waarop de Hoge Raad in Van der Hel q.q./Edon klaarblijkelijk het oog heeft – in de regel ook misbruik van recht zullen constitueren. Zie bijvoorbeeld Parl Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1040: 'Schept een tussen twee personen bestaande rechtsbetrekking voor een van hen bevoegdheden, dan vallen de beperkingen die de goede trouw en het verbod van rechtsmisbruik aanbrengen, samen […].' Zie voorts Parl Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1049. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 44 en p. 62.

110 Zie Verstijlen 1998a, p. 74-76.

111 Zie respectievelijk HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 640, m.nt. CJHB en HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 661, m. nt. PvS.

van de 'gelijkheid van schuldeisers' of van het beginsel van de 'gelijke behandeling van schuldeisers' om te voorkomen dat een schuldeiser zich buiten de rangregeling om zou verhalen, hij in wezen oordeelde dat de uitoefening van de in het geding zijnde bevoegdheid – die naar de letter van de wet in beide gevallen bestond – jegens de overige schuldeisers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. In het eerste geval omdat de schuldeiser in kwestie bij de uitoefening van zijn opschortingsbevoegdheid het feit dat de eerste levensbehoeften van de schuldenaar in het gedrang dreigden te geraken als breekijzer gebruikte om de curator te dwingen te kiezen voor een handelwijze die voor de gezamenlijkheid nadelig was. In het tweede omdat de bevoegdheid tot verrekening de desbetreffende schuldeiser in staat stelde ten laste van de boedel en daarmee ten detrimente van de gezamenlijke schuldeisers een prestatie te genieten, zonder daar een reële vergoeding tegenover te hoeven stellen.

Hoe dit ook zij, waar de Hoge Raad zich beroept op het beginsel van de gelijkheid of de gelijke behandeling van schuldeisers om een schuldeiser een hem toekomende bevoegdheid te ontzeggen, legt hij in ieder geval dezelfde toets aan als wanneer dit beroep rechtstreeks zou worden getoetst aan de tussen de schuldeisers in acht te nemen redelijkheid en billijkheid en strekt dit beroep er – zoals Verstijlen terecht opmerkt – toe te voorkomen dat een schuldeiser meer ontvangt dan waarop hij volgens de rangregeling aanspraak heeft. Het leerstuk van de tussen de schuldeisers in acht te nemen redelijkheid en billijkheid heeft evenwel een grotere reikwijdte, nu op grond hiervan heel in het algemeen op de schuldeisers de verplichting wordt gelegd zich in zekere mate naar elkaars belangen te richten door zich te onthouden van onoorbaar gedrag waardoor hun eigen positie in het faillissement verbetert ten detrimente van de overige schuldeisers. Zo zullen mijns inziens bijvoorbeeld ook situaties waarin een schuldeiser in de verificatievergadering wenst op te komen voor een vordering die in de relatie schuldeiser-schuldenaar geen reële economische betekenis heeft,[112] of voor een vordering tot nakoming die groter is dan de vordering tot schadevergoeding die zou ontstaan in geval van ontbinding terwijl min of meer vaststaat dat hij zelf niet tot nakoming zal worden aangesproken, met een beroep op de tussen de schuldeisers in acht te nemen redelijkheid en billijkheid kunnen worden bestreden.[113]

112 Zie nader § 8.5.2.

113 Zie nader § 4.7.4.3. Ook de uit HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 95, m.nt. SCJJK onder *NJ* 2005/96 (*Lunderstädt/De Kok c.s.*) afkomstige regel dat een behoorlijke afwikkeling van het faillissement kan meebrengen dat een schuldeiser die in zijn verhaalsmogelijkheden is benadeeld door een gedraging van een derde en voornemens is die derde in rechte te betrekken, tijdelijk pas op de plaats dient te maken indien de curator datzelfde beoogt te doen in het belang van de gezamenlijkheid, kan mijns inziens worden gegrond op het leerstuk van de tussen de schuldeisers in acht te nemen redelijkheid en billijkheid. Vgl. Snijders 2003, p. 278.

2.5 De opmars van de maatschappelijke belangen

2.5.1 Inleiding

Het uitgangspunt dat het in een faillissement louter draait om het belang van de gezamenlijke schuldeisers – en in de marge om dat van de schuldenaar – is de laatste jaren aan erosie onderhevig. In een tweetal inmiddels befaamde arresten is door de Hoge Raad geoordeeld dat de curator ook belangen van maatschappelijke aard in zijn afwegingen heeft te betrekken (Sigmacon II), hetgeen ertoe kan leiden dat de curator aan dergelijke belangen voorrang geeft boven het belang van een individuele schuldeiser (Maclou).[114] In het arrest Mobell/Interplan heeft de Hoge Raad dit nog eens bevestigd en daaraan toegevoegd dat het wel moet gaan om *zwaarwegende* maatschappelijke belangen.[115]

Wat zijn nu die zwaarwegende maatschappelijke belangen waarmee de curator bij het beheer en de vereffening van de boedel rekening dient te houden? De Hoge Raad geeft als voorbeeld het belang van de continuïteit van de onderneming en van behoud van werkgelegenheid.[116] In de lagere rechtspraak is voorts het belang van opsporing van mogelijk strafbare feiten aangeduid als een door de curator in aanmerking te nemen maatschappelijk belang.[117] Hiernaast zijn in de literatuur tal van andere potentieel in aanmerking komende belangen de revue gepasseerd, zoals het belang van het behoud van industrieel of cultureel erfgoed, milieubelangen, belangen bij plaatselijke of regionale ontwikkeling en het behoud van waardevolle tradities en/of knowhow op het gebied van vakmanschap.[118] In hoeverre het hier inderdaad maatschappelijke belangen betreft die zo zwaarwegend (kunnen) zijn dat de curator daarop in het kader van de afwikkeling van de boedel acht dient te slaan, zal de rechtsontwikkeling moeten uitwijzen. Het belang van een *doelmatige afwikkeling* van het faillissement heeft volgens de Hoge Raad in ieder geval níet als zodanig te gelden.[119]

Uit het Sigmacon II-arrest is door sommige schrijvers, al dan niet met enige aarzeling, afgeleid dat maatschappelijke belangen niet alleen de positie van een *individuele* schuldeiser kunnen ondermijnen, maar dat zij onder omstandigheden

---

114 Zie respectievelijk HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472, m.nt. WMK en HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727, m.nt. WMK.

115 Zie HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 293, m.nt. PvS. Zie voor een interessante rechtseconomische analyse van de arresten Sigmacon II, Maclou en Mobell/Interplan aan de hand van de theorie van de *creditors' bargain*: Hoekstra 2005, p. 39-43.

116 Zie HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472, m.nt. WMK (*Sigmacon II*). Zie tevens Rb. Den Bosch 9 februari 2007, *JOR* 2007, 127, waarin de rechtbank oordeelt 'dat de rechter-commissaris terecht heeft geconcludeerd dat – in aanmerking genomen de crediteurenbelangen en *werkgelegenheidsbelangen* die in het geding zijn – er onvoldoende zwaarwegende gronden naar voren zijn gebracht om de curator te doen afwijken van de ingezette koers'.

117 Zie Rb. Utrecht 21 maart 2007, *LJN*: BA1590.

118 Zie o.a. Wessels 1997, p. 169-170; Wessels Insolventierecht IV 2010, par. 4224; Huydecoper 2007, p. 2, met verwijzingen.

119 Zie HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 293, m.nt. PvS (*Mobell/Interplan*). Dit betekent overigens niet dat het belang van een doelmatige of behoorlijke afwikkeling van het faillissement geen rol speelt. Onder omstandigheden kan het belang van een individuele schuldeiser of zelfs dat van de gezamenlijke schuldeisers hieraan ondergeschikt zijn; zie respectievelijk HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 95, m.nt. SCJJK onder *NJ* 2005/96 (*Lunderstädt/De Kok c.s.*) en HR 7 september 2001, *NJ* 2001, 562, m.nt. PvS (*Y en R/Spliet q.q.*). Zie in dit kader Keirse & Verstijlen 2004, p. 401-403.

ook het belang van de *gezamenlijke* schuldeisers opzij kunnen zetten.[120] Door Verstijlen is echter overtuigend uiteengezet dat die conclusie níet uit het arrest mag worden getrokken.[121] Hetzelfde geldt ten aanzien van de arresten Maclou en Mobell/Interplan, nu de Hoge Raad zich daarin uitdrukkelijk beperkt tot de situatie dat het belang van een *individuele* schuldeiser voor de hier bedoelde belangen moet wijken. De vraag óf de curator onder bepaalde omstandigheden gehouden kan worden geacht het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij een zwaarwegend maatschappelijk belang ten achter te stellen, is daarmee echter nog niet beantwoord.

Bekend is het voorbeeld van de Spin – het eerste Fokker vliegtuig uit 1913 – dat door de curatoren van Fokker kort voor de reeds geagendeerde openbare veiling onderhands werd verkocht aan de speciaal daartoe opgerichte Stichting Fokker Heritage Trust, waarmee het potentiële dilemma dat het belang van het behoud van de Spin als nationaal cultureel erfgoed zou moeten worden afgewogen tegen het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij verkoop tegen het hoogste bod, op de valreep werd ontlopen.[122] Meer alledaags zijn die gevallen waarin de curator in de context van een bedrijfsoverdracht moet kiezen tussen twee biedingen, waarbij door de partij met het laagste bod de overname van een (groter) deel van het personeel wordt gegarandeerd, of het hoogste bod afkomstig is van een bestuurder van de schuldenaar aan wiens moraliteit ernstig moet worden getwijfeld. Moet de curator hier per definitie gaan voor het bod dat de boedel per saldo – dus met verdiscontering van een eventuele besparing van boedelkosten – het meeste oplevert of wegen de in het geding zijnde maatschappelijke belangen onder omstandigheden zwaarder? En waar ligt in dat geval de grens?

2.5.2 De praktijk

Op 8 september 2004 zijn door de leden van INSOLAD de Praktijkregels voor curatoren vastgesteld. Deze regels hebben geen dwingend karakter, maar vormen de neerslag van wat in kringen van curatoren in zijn algemeenheid als juist wordt ervaren.[123] In de Praktijkregels is voor de maatschappelijke belangen een prominente plaats ingeruimd. Zo is bijvoorbeeld ten aanzien van de voortzetting

120 Zie W.M Kleijn, noot onder HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472 (*Sigmacon II*); De Ranitz 1996, p. 199; Van Eeghen 1996, p. 96; Van Koppen 1998, p. 357-358; Boekraad & Harmsen 1999, p. 55-56.

121 Zie Verstijlen 1998a, p. 155-158; Verstijlen 1999, p. 18-19. Instemmend: De Ranitz 1999, p. 51; Huydecoper 2007, p. 7; Wessels 2009, p. 71-72; Wessels Insolventierecht IV 2010, par. 4223.

122 Zie hierover Wessels 1997, p. 169-170; Verstijlen 1999, p. 13-14. Uit het interview met de curatoren van Fokker, dat is opgenomen in de TvI-special uit 2000 die geheel aan het Fokker-faillissement is gewijd, kan overigens worden opgemaakt dat de curatoren wel enigszins op verkoop aan Stichting Fokker Heritage Trust hebben 'aangestuurd'. Zo zei curator B.F.M. Knüppe over de verkoop van de Spin aan de stichting: 'In dit faillissement hadden we een kleine twee miljard gulden aan actief. In zo'n faillissement kan ik me voorstellen dat je je op een gegeven ogenblik afvraagt: ik ben gedekt door taxatierapporten, moet ik dan nog voor de hoofdprijs gaan? Ik vind dus van niet.'; zie Boekraad & Verstijlen 2000, p. 11.

123 Aldus de Inleiding bij de INSOLAD Praktijkregels 2004, laatstelijk gepubliceerd in *INSOLAD Praktijkregels voor Curatoren, Toetsingsreglement en ReCoFa Richtlijnen 2009*, Deventer: Kluwer 2009, p. 1. De Praktijkregels zijn op 8 september 2011 geamendeerd; zie Praktijkregels 2011. Zie over de juridische status van de praktijkregels expliciet Hof Arnhem 11 september 2007, *JOR* 2007, 316, m.nt. S.M. Bartman, r.o. 4.2: 'niet juist acht het [hof] dat de praktijkregels gezien kunnen worden als een soort gewoonterecht en dat zij een →

van de onderneming en het voeren van procedures bepaald dat de curator hiertoe alleen behoort te beslissen indien 'het belang van de boedel *of* een ander zwaarwegend belang' daartoe noopt.[124] Door Spinath is terecht opgemerkt dat het gebruik van het woordje 'of' exclusiviteit impliceert, dat de curator met andere woorden in voorkomende gevallen een keuze dient te maken tussen het boedelbelang en de in het geding zijnde maatschappelijke belangen.[125] Of dat ook zo is bedoeld, is evenwel de vraag, nu uit de toelichting niets van een belangenconflict blijkt, maar juist het voor de boedel te behalen voordeel steeds doorslaggevend lijkt te worden geacht.[126]

Hoe dat ook zij, de praktijk is dat curatoren zeker niet in alle gevallen louter het boedelbelang tot richtsnoer nemen, maar soms de maatschappelijke belangen laten prevaleren.[127] In voorkomende gevallen weten zij zich bovendien gesteund door de rechter-commissaris.[128] Zo stelt rechter-commissaris in insolventies Boerma dat de rechter-commissaris bij de beoordeling van een aan hem voorgelegde doorstart zijns inziens dient te toetsen:

> 'of de opbrengst (zo) maximaal mogelijk is voor de schuldeisers, of er andere maatschappelijke belangen een rol spelen die aanleiding kunnen geven een mindere opbrengst te accepteren en ten slotte of de curator zorgvuldig om is gegaan met de belangen van alle betrokkenen en zorgvuldig tot een afweging is gekomen'.[129]

2.5.3 Literatuur en analyse

De literatuur is verdeeld. De heersende opvatting is dat voor de curator nagenoeg géén ruimte bestaat om aan maatschappelijke belangen voorrang te verlenen boven het belang van de *gezamenlijke* schuldeisers, om de eenvoudige reden dat praktisch de gehele regeling van het faillissement op dit laatstgenoemde belang is gericht.[130] Slechts op een enkele plaats in de Faillissementswet klinkt een maatschappelijk getint belang door en wel dat van de continuïteit van de onderneming. Zo is in de artikelen 98 Fw en 173a-173d Fw de mogelijkheid

---

invulling geven aan de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW. In de praktijkregels kunnen (en zullen) zeker normen voorkomen die ook als rechtens geldend moeten worden beschouwd, maar die gelding ontlenen zij niet aan de praktijkregels doch aan de in de samenleving heersende rechtsopvattingen omtrent hetgeen maatschappelijk betamelijk is. Regels die door curatoren gebruikelijk worden nageleefd (wat nog niet eens noodzakelijkerwijs impliceert dat ze door curatoren ook als rechtsregels gezien worden), kunnen niet uit dien hoofde gelden als algemene rechtsregels die ook derden […] zich moeten laten tegenwerpen en waaraan ook derden […] rechten kunnen ontlenen. De inhoud van de praktijkregels kan dan ook niet meer en zal soms aanmerkelijk minder zijn dan een aanwijzing voor wat een curator rechtens heeft te doen of na te laten.' Vgl. HR 22 juni 2007, *NJ* 2007, 520, m.nt. PvS (*ING/Verdonk q.q.*), r.o. 3.5.

124 Zie respectievelijk de artikelen 2.1 en 4.1 van de INSOLAD Praktijkregels 2011.

125 Zie Spinath 2007, p. 103-104.

126 Zie de toelichting op de artikelen 2.1 en 4.1 van de INSOLAD Praktijkregels 2011, p. 1 en p. 5. Dit geldt tevens voor de toelichting bij de INSOLAD Praktijkregels 2004, waarop de opmerkingen van Spinath betrekking hadden.

127 Zie ook De Ranitz 1996, p. 187-188; Luttikhuis 2004, p. 84; Luttikhuis 2007, p. 27.

128 Zie ook De Ranitz 1996, p. 187.

129 Zie Boerma 2008, p. 186. Rechter-commissaris Melissen stelt daarentegen het primaat van het crediteurenbelang uitdrukkelijk voorop; zie Melissen 2011, p. 294.

130 In deze zin bijvoorbeeld Verstijlen 1998a, p. 152-153; De Ranitz 1999, p. 52; Huydecoper 2007, p. 10-12; Spinath 2007, p. 99-106. Zie ook de Toelichting bij het voorontwerp Insolventiewet, Kortmann & Faber 2007, p. 138.

geopend om het bedrijf van de gefailleerde te continueren en kan op de voet van art. 63a Fw een afkoelingsperiode worden afgekondigd teneinde de curator de gelegenheid te geven 'zich een oordeel te vormen over de vraag welke goederen in de boedel vallen of welke goederen hij in elk geval voor de boedel wil behouden, bijvoorbeeld in verband met een mogelijke voortzetting of verkoop van het bedrijf.'[131] Uit de parlementaire geschiedenis bij de eerstgenoemde artikelen kan evenwel worden opgemaakt dat de wetgever ook hier hoofdzakelijk oog had voor de verhaalsbelangen van de schuldeisers[132] en uit niets blijkt dat ten aanzien van de regeling van art. 63a Fw iets anders geldt.[133]

Alleen in de regeling van het in 2005 ingevoerde art. 37b Fw lijkt het belang van de continuïteit van de onderneming in zekere zin te zijn losgekoppeld van het boedelbelang. Op grond van art. 37b Fw kunnen nutsleveranciers door de curator tot doorlevering worden verplicht, op voorwaarde dat de betreffende leveranties benodigd zijn ter voorziening in de eerste levensbehoeften van de particuliere schuldenaar of – en daar gaat het mij hier om – voor de voortzetting van de onderneming. Weliswaar moet worden aangenomen dat die voortzetting alleen geoorloofd is indien de schuldeisers daar beter, althans niet slechter van worden, maar ook buiten de context van een bedrijfsvoortzetting kan het schuldeisersbelang met continuering van de energieleveranties zijn gediend. Men denke bijvoorbeeld aan het geval dat die leveranties noodzakelijk zijn voor het behoud van de boedel, omdat zich daarin bederfelijke waar bevindt. De regeling van art. 37b Fw is dan echter níet van toepassing.[134] Toch kunnen uit art. 37b Fw noch uit de wetsgeschiedenis bij die bepaling argumenten worden geput voor de stelling dat het boedelbelang in voorkomende gevallen bij het belang van de continuïteit van de onderneming mag worden achtergesteld. Integendeel; de bepaling biedt juist een schoolvoorbeeld van een situatie waarin de belangen van een *individuele* schuldeiser moeten wijken voor de in het geding zijnde maatschappelijke belangen. In de nota naar aanleiding van het verslag van de Vaste commissie voor Justitie uit de Eerste Kamer werd door de minister ook onomwonden gesteld dat belangen van maatschappelijke aard kunnen prevaleren boven het belang van een *individuele* schuldeiser, maar níet boven dat de *gezamenlijke* schuldeisers.[135]

Ten aanzien van de *werknemers* van de gefailleerde zijn enige bijzondere regels gesteld, maar die regels beogen voornamelijk hun positie als *schuldeiser* te versterken.[136] Het belang van de werknemer bij het behoud van zijn dienstbetrekking komt in de Faillissementswet niet aan bod.[137] Voor andersoortige belangen van maatschappelijke aard geldt hetzelfde, een enkele uitzondering

131 Zie de MvT, Kortmann & Faber 1995, p. 203.
132 Zie met betrekking tot art. 98 Fw: Van der Feltz II, p. 57-58. Zie met betrekking tot de artikelen 173a-173d Fw: Kortmann & Faber 1995, p. 287-288 en p. 290.
133 Zie De Ranitz 1996, p. 193; Verstijlen 1998a, p. 35.
134 Zie § 7.5.3.2.
135 Zie *Kamerstukken I*, 2004-05, 27 244, C, p. 4.
136 Zie art. 3:288 sub c t/m e BW, art. 40 Fw en art. 61 e.v. WW.
137 Zie Verstijlen 1998a, p. 35-36. Wel laat de wetgever in de memorie van toelichting bij art. 40 Fw, Van der Feltz I, p. 428, doorschemeren oog te hebben voor het belang van de werknemer bij het behoud van zijn dienstbetrekking.

daargelaten.[138] Waar de wetgever er zo uitdrukkelijk voor kiest het belang van de gezamenlijke schuldeisers te laten prevaleren, bestaat naar mijn mening voor de curator inderdaad in beginsel géén ruimte om niettemin aan andere belangen prioriteit te verlenen.[139] Dit is slechts anders in het geval dat sprake is van een zodanig verschil in gewicht tussen het schuldeisersbelang en de in het geding zijnde maatschappelijke belangen dat het in rechte niet te verantwoorden is aan het schuldeisersbelang voorrang te verlenen.[140] Indien men zou menen dat maatschappelijke belangen in faillissement een grotere rol zouden moeten spelen, is het aan de wetgever die stap te zetten.

Toch zijn er ook auteurs – en niet de minsten – die betogen dat voor een verruiming van de taak van de curator tot de behartiging van maatschappelijke belangen in die zin dat de curator aan die belangen onder omstandigheden voorrang kan verlenen boven het belang van de *gezamenlijke* schuldeisers, wettelijk ingrijpen níet noodzakelijk is. Zo heeft Snijders zich – in het voetspoor van Roelvink[141] – op het standpunt gesteld dat indien de curator zich in een voorkomend geval de in het geding zijnde maatschappelijke belangen aantrekt, hij niet zozeer als hoeder van die belangen optreedt, maar handelt met de zorgvuldigheid die ook van de gezamenlijke schuldeisers mag worden verwacht.[142] Bij de vraag wat dit in de praktijk betekent, komt het naar zijn oordeel aan op de maatschappelijke opvattingen zoals die zich sinds de totstandkoming van de Faillissementswet hebben ontwikkeld. Via deze weg kan men volgens Snijders tot een uitleg en een toepassing van de Faillissementswet komen, die is aangepast aan wat naar de huidige maatschappelijke opvattingen past, zonder dat men met het stelsel van de Faillissementswet in strijd komt.[143] In het kader van de in een concreet geval te maken belangenafweging moet zijns inziens dan steeds het uitgangspunt zijn dat een oplossing die in het belang is van de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid geheel of ten dele in stand houdt, de voorkeur verdient boven een oplossing die voor de schuldeisers voordeliger uitpakt. Het belang van een schuldeiser om op een als gevolg van de insolventie toch al dubieuze vordering een hoger percentage uitgekeerd te krijgen, behoort maatschappelijk minder zwaar te wegen dan dat een op zichzelf levensvatbare onderneming wordt voortgezet, aldus nog steeds Snijders.[144]

---

138 Een uitzondering vormt bijvoorbeeld art. 38 Fw, aan welke bepaling blijkens de wetsgeschiedenis het belang van het handelsverkeer ten grondslag ligt; zie Van der Feltz I, p. 413. Ook hier is evenwel geen ruimte meer voor een belangenafweging door de curator, nu die afweging reeds uitdrukkelijk door de wetgever is gemaakt.

139 Iets anders is dat indien bepaalde maatschappelijke belangen vóór faillissement prevaleren boven het belang van de schuldenaar, deze na faillissement ook voorgaan boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Zo is de curator bijvoorbeeld gehouden milieurechtelijke regelgeving na te leven, ook indien dat ten koste gaat van het verhaal van de schuldeisers; zie ABRvS 9 mei 2007, *JB* 2007, 126 (*Thielen q.q./Maasdriel*). Smelt 2008, p. 259-261, wijst er evenwel terecht op dat het moet gaan om uit de desbetreffende milieuregelgeving voortvloeiende *objectieve* rechtsplichten. Uit deze regelgeving voortvloeiende *verbintenisrechtelijke* rechtsplichten dienen in faillissement 'gewoon' conform de regel van art. 26 Fw te worden behandeld. Zie over deze problematiek ook Verstijlen 1996b, p. 273-289.

140 Zie Verstijlen 1998a, p. 153; Huydecoper 2007, p. 10; Spinath 2007, p. 104. Vgl. art. 3:13 lid 2 BW.

141 Zie het verslag van het congres 'De curator, een octopus', *TvI* 1997/1, p. 19.

142 Zie Snijders 2003, p. 275. Vgl. Van der Feltz I, p. 372, waar de wetgever dezelfde redenering volgt voor het geval dat de curator zich de belangen van de schuldenaar aantrekt. Vgl. Verstijlen 1998, p. 141.

143 Zie Snijders 2003, p. 278.

144 Zie Snijders 2003, p. 279.

In een bijdrage aan het Lustrumnummer van het Tijdschrift voor Insolventierecht in 2004 stelt Van Hees dat het faillissement thans nauwelijks meer als een verhaalsprocedure kan worden beschouwd, maar veeleer is verworden tot een instrument waarmee partijen die niet langer in staat zijn aan hun verplichtingen te voldoen, op een verantwoorde wijze aan het maatschappelijk verkeer worden onttrokken. In dat licht is een wetswijziging naar zijn oordeel niet absoluut noodzakelijk om de curator de gelegenheid te bieden bij het beheer en de vereffening van de boedel andere belangen dan het gezamenlijke schuldeisersbelang te laten meewegen en ook te laten prevaleren. Het op een verantwoorde wijze opruimen van deelnemers aan het maatschappelijk verkeer die daarin op basis van hun financiële positie niet langer thuishoren, impliceert volgens Van Hees dat de curator met alle relevante belangen rekening heeft te houden en die zonodig tegen elkaar dient af te wegen. Van Hees besluit zijn bijdrage met een opsomming van situaties waarin het naar zijn oordeel gerechtvaardigd kan zijn het boedelbelang naar het tweede plan te verwijzen, zoals de situatie dat een onderzoek naar de oorzaken van het faillissement naar verwachting geen baten zal opleveren en het geval dat bij de curator een ernstige verdenking bestaat van binnen de failliete vennootschap begane strafbare feiten, terwijl duidelijk is dat onderzoek daarnaar en het aansluitend doen van aangifte de boedel per saldo geld zal kosten.[145]

Ik veroorloof mij enige kanttekeningen.[146] Ten eerste waag ik te betwijfelen of de huidige maatschappelijke opvattingen inderdaad – zoals Snijders stelt – meebrengen dat een oplossing die in het belang is van de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid (deels) in stand houdt, steeds de voorkeur verdient boven een oplossing die voor de schuldeisers voordeliger is. Weliswaar wordt in Nederland de roep om insolventierechtelijke regelgeving die meer mogelijkheden biedt om noodlijdende ondernemingen te reorganiseren sinds enkele decennia – terecht – steeds luider, maar zelden wordt daarbij verdedigd dat een reorganisatie ten koste zou mogen gaan van het verhaal van de *gezamenlijke* schuldeisers.[147] Illustratief is het in 2007 verschenen voorontwerp

145 Zie Van Hees 2004, p. 202-203.

146 In zijn inleidende artikel bij het Lustrumnummer van TvI uit 2004 plaatst ook Verstijlen enige kanttekeningen bij de hiervoor weergegeven visie van Van Hees. Verstijlen stelt – m.i. terecht – dat de 'opruimfunctie' van het faillissement helemaal niet impliceert dat de curator in het kader van zijn taakuitoefening met *alle* relevante belangen rekening moet houden en deze zonodig moet afwegen, maar zich heel wel laat verenigen met de functie van het faillissement als collectieve verhaalsprocedure, met het daarbij behorende primaat van de schuldeisers. Met het uitspreken van het faillissement en de liquidatie van het vermogen van de schuldenaar is deze uit het handelsverkeer geëlimineerd, ongeacht welke belangen bij die liquidatie prevaleren; zie Verstijlen 2004, p. 184-185.

147 Eén van de weinige uitzonderingen is Huls 2000, in het bijzonder p. 24-29. Illustratief in dit verband is dat ook in een surseance van betaling het nastreven van continuïteit níet ten koste mag gaan van de gezamenlijke schuldeisers, aldus art. 218 lid 4 Fw. Zie ook de algemene MvT bij Titel II, Kortmann & Faber 1995, p. 328, waar wordt vermeld dat verlening van surseance mogelijk is 'zoo dikwijls met het oog op de belangen der gezamenlijke crediteuren, die maatregel de meest gewenschte is'. Uit de meer recente parlementaire geschiedenis kan voorts worden opgemaakt dat vanuit de Tweede Kamer verschillende malen is geopperd dat ook behoud van werkgelegenheid een belangrijke functie van de surseance zou zijn; zie bijv. Kortmann & Faber 1995, p. 371 en p. 375. In zijn reactie stelde de minister echter: 'Zoals de wet nu luidt, kan men niet zeggen dat het behoud van de werkgelegenheid een belangrijke doelstelling is van de surséance van betaling.' Op de vraag óf een regeling waarin behoud van werkgelegenheid een grotere rol zou spelen er op termijn zou moeten komen en hoe de belangen van de werknemers en de schuldeisers in dat kader tegen elkaar zouden moeten worden afgewogen, gaf de minister aan het antwoord schuldig te moeten blijven; zie Kortmann & Faber 1995, p. 378.

Insolventiewet, dat aanzienlijk verruimde mogelijkheden bevat om in de kern levensvatbare ondernemingen te behouden en te reorganiseren, maar het primaat van de schuldeisers niettemin uitdrukkelijk voorop stelt. Een reorganisatie is volgens de Toelichting bezwaarlijk te rechtvaardigen indien de gezamenlijke schuldeisers daarbij in betekenende mate minder ontvangen dan in geval van liquidatie.[148] Ook ten aanzien van de door Van Hees gegeven belangenconflicten geldt mijns inziens dat allerminst vaststaat dat de maatschappelijke opvattingen meebrengen dat de te maken afweging steeds in het nadeel van het schuldeisersbelang uitvalt.[149] Los daarvan lijkt mij de vraag gerechtvaardigd of gewijzigde maatschappelijke opvattingen in het licht van art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM voldoende grond vormen voor een inbreuk op de rechten van de schuldeisers ten gunste van de in het geding zijnde maatschappelijke belangen, mede gezien het vereiste dat de nationale rechtsbasis voor een inmenging in het eigendomsrecht voldoende precies, toegankelijk en voorzienbaar moet zijn.[150] In de zogenoemde 'december-arresten' toonde de Hoge Raad zich op dit punt in ieder geval streng in de leer.[151]

Een belangrijk bezwaar tegen de opvattingen van Snijders en Van Hees is mijns inziens dat de Faillissementswet de curator eenvoudigweg geen instrumentarium biedt om met andere belangen dan die van de schuldeisers (en de schuldenaar) rekening te houden. Door de curator desondanks de bevoegdheid toe te kennen die belangen in zijn beslissingsproces te betrekken, wordt de afwikkeling van faillissementen een onvoorspelbare aangelegenheid, waarbij de positie van de betrokken partijen mede wordt bepaald door de maatschappelijke opvattingen van de curator en in zijn kielzog de rechter-commissaris. Ter illustratie geef ik een voorbeeld, dat is ontleend aan het faillissement van Indover Bank.

---

148 Zie Kortmann & Faber 2007, p. 138. Ook in internationaal verband staan de belangen van de schuldeisers in de regel op de voorgrond. Een mogelijke uitzondering vormt de sinds 1 april 2009 in België bestaande procedure tot gerechtelijke reorganisatie, welke procedure blijkens art. 16 lid 1 WCO strekt tot 'het behouden […] van de continuïteit van het geheel of een gedeelte van de onderneming in moeilijkheden of van haar activiteiten'. Dirix & Jansen 2010, p. 157-158, stellen dat de belangen van de schuldeisers aldus bij het welslagen van een reorganisatie ten achter zijn gesteld, althans dat hun belangen zeker niet op de voorgrond staan. Maar er klinken ook andere geluiden door. Zo stelt Zenner 2009, p. 19: 'De rechten van de schuldeisers kunnen nochtans niet worden genegeerd. Zo kent artikel 12, § 1, 1e lid, de kamers voor handelsonderzoek de bevoegdheid toe om de toestand van de schuldenaren in moeilijkheden te volgen "om de continuïteit van hun onderneming of hun activiteiten te bewerkstelligen en de bescherming van de rechten van de schuldeisers te verzekeren". Deze formulering heeft onder andere tot doel te benadrukken dat de continuïteit van de onderneming niet kan worden verzekerd ten nadele van de rechten van de schuldeisers.'

149 Zie over het doen van onderzoek naar de oorzaken van het faillissement Schimmelpenninck 2008, p. 135, die meent dat het belangrijkste doel hiervan is de vaststelling of de betrokken partijen aansprakelijk kunnen worden gehouden en hierin ook de rechtvaardiging ziet voor de omslag van de kosten over de crediteuren. Indien echter geen of geringe kans op verhaal van aansprakelijkheidsvorderingen bestaat, is zijns inziens slechts een beperkt onderzoek gerechtvaardigd. Vgl. art. 5.1 van de INSOLAD Praktijkregels 2011 en de toelichting daarbij, p. 6-7. Over de vraag of de curator gehouden is (enig) onderzoek te doen naar strafbare feiten en eventueel aansluitend aangifte te doen, bestaat naar huidig recht (ook) géén *communis opinio*; vgl. Aerts 2006, p. 76. Wel kan in dit verband worden gewezen op art. 4.2.14 van het voorontwerp Insolventiewet, waarin op de bewindvoerder de verplichting wordt gelegd om indien bij hem een redelijk vermoeden bestaat dat de schuldenaar zich aan een misdrijf schuldig heeft gemaakt, de rechter-commissaris daarvan in kennis te stellen, die op zijn beurt aangifte kan doen of de bewindvoerder daartoe een aanwijzing kan geven (zie art. 4.3.4).

150 Zie Barkhuysen & Emmerik 2005, p. 62.

151 Zie HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 95, m.nt. SCJJK onder *NJ* 2005/96 (*Lunderstädt/De Kok c.s.*), r.o. 3.3.4 en HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96, m.nt SCJJK (*Sobi/Hurks II*), r.o. 5.1.3. Zie ook EHRM 14 januari 2010, *RvdW* 2010, 740 (*Kotov t. Rusland*), waarover verderop in deze paragraaf meer.

In dit eind 2008 uitgesproken faillissement is door de curatoren – waaronder Van Hees – in overleg met de ondernemingsraad een afvloeiingsregeling voor het personeel geconstrueerd. Deze regeling is vormgegeven door op de lijst van voorlopig erkende vorderingen ten name van de speciaal daartoe opgerichte Stichting Private Pension Scheme een vordering van circa € 4 miljoen op te nemen, welke vordering iedere juridische grondslag ontbeerde. Ter verificatievergadering hadden de schuldeisers de mogelijkheid deze vordering te betwisten. Curatoren adviseerden hen evenwel met nadruk daartoe niet over te gaan, onder meer met het argument dat het vanuit sociaal oogpunt moeilijk te rechtvaardigen zou zijn dat de werknemers met een veelal zeer lang dienstverband zonder enige afvloeiingsregeling op een termijn van slechts zes weken zouden worden ontslagen, terwijl de 'gewone' crediteuren waarschijnlijk een groot gedeelte van hun vordering betaald zullen zien.[152] De vordering van de stichting werd desondanks door een aantal van de ter verificatievergadering aanwezige schuldeisers betwist, waarna de rechter-commissaris de partijen naar de renvooiprocedure verwees. In die procedure deed de stichting nog een ultieme poging om haar vordering geverifieerd te krijgen door een aantal nogal gekunstelde grondslagen onder die vordering te schuiven, maar het mocht haar niet baten. Bij vonnis van 23 februari 2011 wees de Rechtbank Amsterdam de vorderingen van de stichting af.[153]

Dit voorbeeld illustreert mijns inziens treffend waartoe de uitbreiding van het takenpakket van de curator tot de behartiging van andere belangen dan het belang van de gezamenlijke schuldeisers in de praktijk kan leiden. Weliswaar wordt de beslissing om de werknemers tegemoet te komen uiteindelijk bij de schuldeisers gelegd, maar die schuldeisers worden in dit geval gedwongen zich actief met de afwikkeling van het faillissement in te laten, aangezien zij anders het risico lopen dat de curatoren aan de belangen van de werknemers voorrang geven, omdat zij die belangen nu eenmaal een warm hart toedragen, althans van oordeel zijn dat de maatschappelijke opvattingen hen tot deze handelwijze nopen. Een pregnant voorbeeld van waar dit laatste toe kan leiden, geeft ook de zaak Kotov tegen Rusland. In deze zaak was een Russisch bankfaillissement aan de orde en had de curator op instigatie van de crediteurencommissie bepaalde groepen crediteuren, namelijk invaliden, oorlogsveteranen, behoeftige personen en schuldeisers die actief aan de vereffening hadden bijgedragen, in strijd met de wettelijke rangorde integraal voldaan. Hierna resteerde er nagenoeg niets meer ter verdeling onder de overige schuldeisers, waaronder een zekere Kotov, die als rekeninghouder naar Russisch recht nota bene kon bogen op een preferentie. Kotov verzette zich tegen deze gang van zaken en haalde – het zal niet verbazen – zowel bij de Russische rechter als bij het EHRM zijn gelijk.[154] Maar ook indien géén van de schuldeisers zich in de hier bedoelde gevallen tegen de door de curator te varen respectievelijk

152 Omwille van de transparantie vermeld ik dat ik zelf ter verificatievergadering aanwezig was, als advocaat van één van de schuldeisers van Indover Bank die de vordering van de Stichting niet hebben betwist.

153 Zie Rb. Amsterdam 23 februari 2011, *JOR* 2011, 305.

154 Zie EHRM 14 januari 2010, *RvdW* 2010, 740, waarover Van Apeldoorn 2010, p. 179-180. Deze zaak betrof overigens een klassiek geval van een Pyrrusoverwinning. De Russische procedure tegen de curator q.q. leverde Kotov niets op omdat het faillissement inmiddels was afgewikkeld en er om die reden niets meer te halen viel. Ook via de EHRM-route kreeg Kotov geen genoegdoening, niet zozeer omdat hij daarop geen aanspraak had, als wel omdat daarom niet tijdig was verzocht.

gevaren koers zou verzetten, valt mijns inziens niet goed in te zien waarom bepaalde belangen in het ene faillissement wél en in het andere níet boven de verhaalsbelangen van de schuldeisers worden gesteld. Door de curator bevoegd te achten steeds een eigen afweging te maken, wordt de rechtszekerheid – die in het faillissementsrecht een belangrijke rol speelt – geweld aangedaan.[155]

De vraag in hoeverre bepaalde maatschappelijk getinte belangen een eigen plaats dienen te krijgen in faillissement, kent een belangrijke rechtspolitieke component en is om die reden bij uitstek een vraag die door de wetgever dient te worden beantwoord. Dit geldt temeer omdat de wetgever – anders dan de curator – in staat moet worden geacht rekening te houden met de potentiële neveneffecten van een dergelijke opwaardering, zoals de gevolgen van de daarmee gepaard gaande onttrekking van financiële middelen aan andere ondernemingen, de weerslag op de kredietpolitiek van banken en mogelijke concurrentieverstoringen.[156] Zolang die afwegingen niet zijn gemaakt, rest de curator naar mijn mening niets anders dan de aan de Faillissementswet ten grondslag liggende afwegingen te respecteren. Om terug te keren naar het voorbeeld van het failliete Indover Bank: door de wetgever is nadrukkelijk een afweging gemaakt tussen het belang van de schuldeisers en dat van de werknemers van de gefailleerde, hetgeen tot slechts een geringe inbreuk op het eerstgenoemde belang heeft geleid.[157] Het is dan niet aan de curatoren om een andere afweging te maken.[158]

Overigens is het ook los van de hiervoor bedoelde potentiële (economische) neveneffecten maar zeer de vraag of het gerechtvaardigd is om op enigerlei wijze inbreuk te maken op de belangen van de schuldeisers ten gunste van maatschappelijke belangen. In dat geval wordt een publieke zaak behartigd ten laste van een toevallige groep schuldeisers, zonder dat direct valt in te zien wat daarvoor de rechtvaardiging is.[159] Zouden wij de curator desondanks met de behartiging van het algemeen belang opzadelen, dan dient naar mijn mening ook de aansprakelijkheid van de Staat voor handelingen van de curator opnieuw onder ogen te worden

---

155 Vgl. de opmerkingen van minister Van Agt naar aanleiding van een pleidooi van een aantal woordvoerders in de Tweede Kamer voor een wettelijke (surseance)regeling waarin meer rekening werd gehouden met het belang van behoud van werkgelegenheid, Kortmann & Faber 1995, p. 378: 'Zo'n regeling zou toch normen moeten bevatten aan de hand waarvan een afweging kan plaatsvinden tussen de belangen van de crediteuren, wier vorderingen onvoldaan blijven, en van de werknemers, die omdat het bedrijf niet betaalt, in dat bedrijf nog aan de slag kunnen blijven. Waarom en tot welke grens moeten crediteuren wijken en achtergesteld worden bij werknemers? Dat is een vraag waarop ik het antwoord tot dusverre nog niet weet.'

156 Zie Verstijlen 1998a, p. 154-155; Verstijlen 1999, p. 22-23; Huydecoper 2007, p. 5.

157 Deze afweging is volgens de Hoge Raad bovendien in de loop der tijd diverse malen door de wetgever onder ogen gezien, zonder dat dit tot ingrijpende wijzigingen heeft geleid; zie HR 12 januari 1990, *NJ* 1990, 662, m.nt. PvS (*Van Gelder Papierfabriek*), r.o. 3.3.

158 Zie ook Verstijlen 1999, p. 19.

159 Zie Verstijlen 1996a, p. 41; Verstijlen 1999, p. 22; Huydecoper 2007, p. 11. Een vergelijkbaar argument wordt vaak tegen de werking van het fiscale bodemvoorrecht gebezigd, dat ook een tamelijk willekeurige groep schuldeisers treft, namelijk die met een stil pandrecht op roerende bodemzaken, terwijl schuldeisers met een stil pandrecht op andere roerende zaken, zoals voorraden, en de stil pandhouder van vorderingen buiten schot blijven; zie bijvoorbeeld Kortmann 2000, p. 88. Een interessante aanzet voor een oplossing van de hier bedoelde problematiek geeft Luttikhuis 2004, p. 91-92, die bepleit dat indien de curator met het behartigen van een maatschappelijk belang als behoud van werkgelegenheid zou worden belast, de daarmee gepaard gaande kosten moeten worden gedragen door de zogenaamde 'maatschappelijke' schuldeisers – de Belastingdienst en het UWV – en niet door de handelscrediteuren. De kosten van behoud van werkgelegenheid kunnen dan worden berekend door het verschil te nemen tussen de opbrengsten van de verkoop van de onderneming indien gestreefd wordt naar behoud van werkgelegenheid – voorzover dit de levensvatbaarheid van de doorstartende onderneming niet aantast – en de opbrengsten indien louter opbrengstmaximalisatie wordt nagestreefd.

gezien. In het arrest Bloemsma q.q/Staat uit 1959 oordeelde de Hoge Raad dat die aansprakelijkheid is uitgesloten omdat 'de opvatting als zoude het beheer en de vereffening van failliete boedels onderdeel zijn van de staatstaak en de faillissementscurator als staatsorgaan moeten worden beschouwd in de wet geen steun vindt'.[160] Wat hiervan zij, dit standpunt is in ieder geval niet langer vol te houden indien de curator ook de onderhavige algemene, maatschappelijke belangen gaat behartigen, hetgeen immers bij uitstek een staatsaangelegenheid is. Bij een opwaardering van deze belangen in faillissement dienen dus niet alleen alle betrokken belangen opnieuw te worden gewogen, maar zal ook de rechtspositie van de curator, en daarmee ook die van de rechter-commissaris, moeten worden herzien.[161] De Commissie insolventierecht heeft zich hieraan in ieder geval niet gewaagd.[162]

2.5.4 De beperkte rol van de maatschappelijke belangen in faillissement en de aansprakelijkheid van de curator

Op grond van het voorgaande moet worden geconcludeerd dat de rol van de maatschappelijke belangen in faillissement vooralsnog beperkt is. Het belang van de *gezamenlijke* schuldeisers staat nog altijd op de voorgrond, welk belang in beginsel níet door belangen van maatschappelijke aard, hoe zwaarwegend ook, opzij kan worden gezet. Wél kunnen die belangen zodanig zwaarwegend zijn dat de curator daaraan voorrang mag verlenen boven het belang van een *individuele* crediteur. In § 2.2.1.4 kwam aan de orde dat de verhaalsbelangen van de individuele schuldeisers parallel lopen met het belang van de gezamenlijkheid, namelijk de realisatie van een zo groot mogelijke uitkering. Díe belangen van individuele schuldeisers kunnen vanzelfsprekend níet bij de in het geding zijnde maatschappelijke belangen ten achter worden gesteld, aangezien daarmee tegelijkertijd het belang van de gezamenlijke schuldeisers zou worden geschaad. De belangen waarop de Hoge Raad in zijn arresten het oog heeft, zijn belangen van individuele schuldeisers die níet parallel lopen met het belang van de boedel.[163] Het gaat dan om gevallen waarin met de schending van die belangen door de curator niet alleen het boedelbelang, maar *mede* belangen van maatschappelijke

160 Zie HR 17 april 1959, *NJ* 1961, 573. Dit arrest is overigens inmiddels in zoverre achterhaald dat indien de curator zich schuldig maakt aan schendingen van het EVRM, de Staat daarvoor wél aansprakelijk kan worden gehouden; zie EHRM 14 januari 2010, *RvdW* 2010, 740 (*Kotov t. Rusland*) en ook de noot van B. Katan onder dit arrest in *EHRC* 2010/34. Uit het arrest Bloemsma q.q./Staat volgt dat een gelaedeerde in een voorkomend geval evenmin de mogelijkheid heeft om met een beroep op falend toezicht door de rechter-commissaris op de gewraakte gedragingen van de curator, aansprakelijkheid van de Staat te bewerkstelligen. Recente lagere jurisprudentie biedt in dit verband echter mogelijk enig licht in de duisternis. In Rb. Den Haag 23 mei 2007, *LJN*: BA5762, veroordeelde de rechtbank de Staat tot vergoeding van schade die naar haar oordeel was veroorzaakt doordat de kantonrechter diens toezichthoudende taak in het kader van een onderbewindstelling ernstig had verwaarloosd. Weliswaar werd deze veroordeling in Hof Den Haag 24 maart 2009, *LJN*: BH9022 teruggedraaid, maar het hof liet de mogelijkheid dát de Staat wegens falend toezicht door de kantonrechter in een onderbewindstelling aansprakelijk kan worden gehouden uitdrukkelijk in stand. Meer algemeen kan nog worden gewezen op HR 4 december 2009, *JOR* 2010, 175, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Greenwold/Groen c.s.*), waarin de Hoge Raad de mogelijkheden tot het aanspreken van de Staat voor rechterlijke fouten enigszins lijkt te hebben verruimd.

161 Zie in dit verband Van Apeldoorn 2009, p. 290-297; Van Apeldoorn 2010, p. 179-184.

162 Zie de Toelichting, Kortmann & Faber 2007, p. 138.

163 Zie Verstijlen 1998a, p. 159-160.

aard zijn gediend, of om de – uitzonderlijke – situatie dat alleen de laatstgenoemde belangen zijn gebaat en de handelwijze van de curator voor de boedel neutraal uitpakt. In Sigmacon II ging het om het belang van de Ontvanger bij de uitoefening van het bodemrecht, in Maclou en Mobell/Interplan om het belang van een leverancier bij de uitoefening van een eigendomsvoorbehoud.[164]

Wat betekent dit alles nu in concreto voor de positie van de curator, meer in het bijzonder voor diens aansprakelijkheid? Indien de curator in het kader van de uitoefening van zijn taak bepaalde belangen van een individuele schuldeiser schaadt, kan die handelwijze onder omstandigheden worden gelegitimeerd doordat daardoor (mede) zwaarwegende maatschappelijke belangen zijn gediend.[165] De 'legitimerende werking' van de maatschappelijke belangen maakt dan dat de curator voor aansprakelijkheid in privé is gevrijwaard. Ligt in de gedraging van de curator waardoor een individuele crediteur in zijn belangen is getroffen de schending van een jegens die schuldeiser in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm besloten of maakt de curator daarmee inbreuk op diens (eigendoms)recht, dan heb ik weinig twijfel dat dit wél tot aansprakelijkheid van de curator in hoedanigheid leidt, hoezeer zwaarwegend de in het geding zijnde maatschappelijke belangen ook waren.[166] Is de gedraging waartoe zwaarwegende maatschappelijke belangen de curator in een voorkomend geval nopen nog niet verricht, dan lijkt mij dat de desbetreffende schuldeiser in de regel géén verbodsactie zal kunnen instellen, maar genoegen zal moeten nemen met schadevergoeding.[167]

Het voorgaande is geheel in overeenstemming met de arresten Sigmacon II, Maclou en Mobell/Interplan. Weliswaar werd in het arrest Sigmacon II géén aansprakelijkheid van de curator in hoedanigheid aangenomen, maar met de in het geding zijnde maatschappelijke belangen had dit mijns inziens niets van doen. De handelwijze van de curator werd eenvoudigweg niet onrechtmatig geacht jegens de Ontvanger. In gevallen waarin de curator een eigendomsvoorbehoud frustreert, zoals in Maclou en Mobell/Interplan aan de orde was, is hij naar mijn mening als regel wél in hoedanigheid aansprakelijk en in Mobell/Interplan werd die aansprakelijkheid ook door de Hoge Raad aangenomen.[168] In de zaak Maclou was in cassatie louter de aansprakelijkheid van de curator in privé aan de orde.[169] Het feit dat zwaarwegende maatschappelijke belangen in het geding waren, maakte dat die aansprakelijkheid door de Hoge Raad werd afgewezen.

---

164 Zie respectievelijk HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472, m.nt WMK; HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727, m.nt. WMK; HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 293, m.nt. PvS.

165 Zie art. 6:162 lid 2 BW.

166 In dezelfde zin: Spinath 2007, p. 105.

167 Zie art. 6:168 BW.

168 De curatoren werden in Mobell/Interplan niet in privé aangesproken.

169 In appel was wél tevens de aansprakelijkheid van de curator in hoedanigheid aan de orde en het hof nam die aansprakelijkheid ook aan; zie r.o. 4.9 van het arrest, kenbaar uit *NJ* 1996/727.

3 De confrontatie tussen het insolventierecht en het contractenrecht

3.1 Inleiding

Nadat in het vorige hoofdstuk de contouren van het faillissement zijn geschetst, wordt in dit hoofdstuk het insolventierecht geconfronteerd met het contractenrecht. In § 3.2 worden eerst de uitgangspunten geïdentificeerd die deze confrontatie beheersen, waarna één van die uitgangspunten – de toepasselijkheid van het gemene contractenrecht tijdens faillissement – in § 3.3 nader wordt ingekleurd. Na een korte inleiding (§ 3.3.1), een aantal algemene verbintenisrechtelijke kanttekeningen (§ 3.3.2) en een bespreking van de aloude regel dat de schuldenaar van een verbintenis die in staat van faillissement is verklaard niet langer bevoegd is een aan die verbintenis verbonden tijdsbepaling in te roepen (§ 3.3.3),[1] wordt in § 3.3.4 de situatie geanalyseerd dat ten tijde van de faillietverklaring op slechts één van de contractpartijen een prestatieplicht rust. Hierna komt in § 3.3.5 de situatie dat met de intrede van het faillissement op beide contractpartijen een prestatieplicht rust aan de orde. Daarbij wordt tevens aandacht besteed aan de speciaal op deze situatie toegesneden regeling uit de Faillissementswet (art. 37 Fw) en wordt onderzocht wat deze bepaling toevoegt aan het gemene recht.

3.2 Uitgangspunten

Het *eerste* uitgangspunt dat de confrontatie tussen het insolventierecht en het contractenrecht beheerst, is dat het faillissement overeenkomsten waarbij de schuldenaar partij is, onverlet laat. Contracten worden met het uitspreken van het faillissement als regel niet beëindigd noch gewijzigd. De tussen de schuldenaar en diens contractuele wederpartijen geldende afspraken blijven na faillissement onverkort van kracht. In de memorie van toelichting bij art. 37 (oud) Fw is dit als volgt verwoord:

> 'Uit haren aard oefent de faillietverklaring op bestaande wederkeerige overeenkomsten niet den minsten invloed uit; de verbintenissen van den gefailleerde en diens mede-contractant worden er niet door gewijzigd.'[2]

---

1 Zie art. 6:40 sub a BW.

2 Van der Feltz I, p. 409. In diverse rechterlijke uitspraken waarin de overeenkomst in faillissement aan de orde komt, wordt deze passage uit de memorie van toelichting geciteerd of geparafraseerd. Zie bijvoorbeeld HR 13 mei 2005, *NJ* 2005, 406, m.nt. PvS (*BaByXL*), r.o. 3.4.1; HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. PvS

Het hier bedoelde uitgangspunt geldt niet alleen ten aanzien van wederkerige overeenkomsten in de zin van art. 6:261 lid 1 BW. Alle door de schuldenaar gesloten overeenkomsten, dus ook contracten die niet of onvolmaakt wederkerig zijn of waaruit in het geheel geen verbintenissen voortvloeien, blijven ondanks de intrede van het faillissement hun gelding behouden.[3] Voor de surseance van betaling[4] en de WSNP[5] geldt dit alles evenzeer.

Het principe dat een insolventieprocedure overeenkomsten ongemoeid laat – door de Belgische hoogleraar Dirix aangeduid als het beginsel van de continuïteit van het contract[6] – geldt welhaast universeel[7] en is neergelegd in § 6.1 van de in 2003 opgestelde *Principles of European Insolvency Law*, waarin is bepaald dat '[t]he opening of the proceeding does not automatically terminate a contract to which the debtor is a party'.[8] Mijns inziens is dit vanzelfsprekend. Iedere schuldenaar is in beginsel bevoegd naar eigen inzicht rechtshandelingen te verrichten, waaronder het aangaan van overeenkomsten. Geraakt hij in staat van faillissement, dan dienen zijn schuldeisers deze rechtshandelingen te respecteren.[9] Zij hebben het vermogen van hun schuldenaar te nemen in de staat waarin het zich op datum faillissement bevindt.[10] Ook wordt in dit verband wel gewezen op de rechtszekerheid, die te zeer in het gedrang zou komen wanneer het faillissement overeenkomsten en de daaruit voortvloeiende verbintenissen zou wijzigen of teniet zou doen.[11]

Men zij erop bedacht dat het feit dat als uitgangspunt geldt dat het faillissement contracten niet wijzigt of doet eindigen, níet betekent dat zij na faillissement steeds blijven voortbestaan. Integendeel; bepalingen op grond waarvan het contract bij faillissement van één der partijen automatisch eindigt of die de niet-failliete partij de bevoegdheid geven het contract in dat geval eenzijdig te beëindigen, zijn in de praktijk zeer gebruikelijk en worden naar Nederlands recht in zijn algemeenheid geoorloofd geacht.[12] In diverse buitenlandse rechtsstelsels worden dergelijke *ipso facto*-beëindigingsclausules daarentegen in de ban

(*Nebula*), r.o. 3.5; HR 14 januari 2011, *NJ* 2011, 114, m.nt. PvS (*Aukema q.q./Uni-Invest*), r.o. 3.5.1. De regel dat het faillissement de overeenkomst niet raakt, komt ook op andere plaatsen in de parlementaire geschiedenis tot uitdrukking. Zo vermeldt de memorie van toelichting bij de artikelen 130 en 131 Fw, Van der Feltz II, p. 130, dat de hierin vervatte regels slechts van toepassing zijn voor zover het contract niets bepaalt: 'De overeenkomst van partijen blijft altijd de hoogste wet'.

3 In dezelfde zin: Verstijlen 2006a, p. 94. Zie met betrekking tot niet-obligatoire overeenkomsten ook HR 16 april 1999, *NJ* 2001, 1, m.nt. PV (*Brown q.q./Ultrafin*), waarin de Hoge Raad overweegt dat het uitgangspunt dat de curator in beginsel gebonden is aan overeenkomsten die de failliet vóór het faillissement heeft gesloten, ook tot uitdrukking komt in art. 123 Fw, waarmee hij kennelijk het oog heeft op door de schuldenaar gemaakte bewijsafspraken.

4 Zie HR 13 mei 2005, *NJ* 2005, 406, m.nt. PvS (*BaByXL*), r.o. 3.4.1. In dezelfde zin: Leuftink 1995, p. 159.

5 In dezelfde zin: Verschoof 1998, p. 89; Wessels Insolventierecht IX 2009, par. 9148-9149.

6 Zie Dirix 2003, p. 202. In dezelfde zin: Verstijlen 2006a, p. 94-96.

7 Zie o.a. Dirix 2003, p. 202; Verstijlen 2006a, p. 95, met verwijzingen.

8 Zie McBryde e.a. 2003, p. 629.

9 Vgl. de MvT bij de artikelen 42-51 Fw, Van der Feltz I, p. 433.

10 Zie Verstijlen 2006a, p. 94-95. Vgl. Dirix 2003, p. 203.

11 Zie Polak 1963, p. 4, nr. 6; Dirix 2010a, p. 159.

12 Zie HR 13 mei 2005, *NJ* 2005, 406, m.nt. PvS (*BaByXL*). Zie nader § 7.2.

gedaan.[13] In dat geval blijft het contract dus in stand – in zoverre is dan sprake van continuïteit – maar wordt niettemin afbreuk gedaan aan het principe dat het faillissement de overeenkomst niet raakt.

Het *tweede* uitgangspunt – dat in het verlengde ligt van het eerste – is dat de afwikkeling van overeenkomsten tijdens faillissement wordt beheerst door het gemene recht. Wij kennen – evenals vele andere landen – geen bijzonder faillissementsrechtelijk contractenrecht. Het is het gemene recht dat bepaalt welke rechten de curator en de wederpartij in een voorkomend geval aan het contract ontlenen en welke verplichtingen daaruit voor hen voortvloeien.[14] Dat de rechtsposities van partijen als regel door het gemene recht worden bepaald, is overigens niet typisch voor het overeenkomstenrecht, maar geldt in beginsel voor alle regels van materieel recht. Het faillissementsrecht geeft alleen dan bijzondere voorschriften indien de daarmee nagestreefde doelstellingen dat vergen.[15]

Dergelijke bijzondere voorschriften bestaan ook voor de situatie dat één der partijen bij een overeenkomst failleert, zowel in de Faillissementswet als daarbuiten. Daarmee worden steeds specifieke doelstellingen nagestreefd of belangen behartigd. Zo wordt met art. 37b Fw beoogd om de eerste levensbehoeften van de gefailleerde te waarborgen, de gelijkheid van schuldeisers te beschermen en de continuïteit van de onderneming te bevorderen,[16] wordt met art. 38 Fw het belang van het handelsverkeer gediend,[17] en is art. 38a Fw bedoeld om de boedel te beschermen en om een afwikkeling van het contract mogelijk te maken.[18] De meest belangwekkende bepaling in dit verband heeft echter niet zozeer betrekking op de door de schuldenaar vóór datum faillissement gesloten overeenkomsten, als wel op het verhaal van de daaruit voortvloeiende vorderingen: art. 26 Fw.

In art. 26 Fw is bepaald dat rechtsvorderingen die gericht zijn op de voldoening van een verbintenis uit de boedel, gedurende het faillissement slechts kunnen worden ingesteld door aanmelding ter verificatie. Overeenkomsten en de daaruit voortvloeiende verbintenissen blijven dus weliswaar intact, maar de schuldenaar noch diens curator kan door de wederpartij tot nakoming, ongedaanmaking of betaling van schadevergoeding worden gedwongen, althans niet buiten de verificatievergadering om.[19] Dit is het *derde* uitgangspunt dat de confrontatie

---

13 Zie bijvoorbeeld het Amerikaanse § 365(e)(1) BC. Naar Belgisch recht geldt dat *ipso facto*-beëindigingsclausules in faillissement standhouden, maar tijdens een procedure van gerechtelijke reorganisatie door art. 35 § 1 lid 1 WCO buiten werking worden gesteld. In Duitsland wordt vrij algemeen aangenomen dat de regeling van § 119 InsO, op grond waarvan 'Vereinbarungen, durch die im Voraus die Anwendung der §§ 103 bis 118 ausgeschlossen oder beschränkt wird, unwirksam [sind]', aan beëindiging op grond van *insolvenzabhängige Lösungsklauseln* in de weg staat, nu zij het in § 103 InsO neergelegde *Wahlrecht* van de *Insolvenzverwalter* doorkruisen; zie Marotzke 2006, p. 684.

14 Zie ook Verstijlen 2006a, p. 96 en p. 99. Voor het Belgische recht: Dirix 2003, p. 203; Brijs 2005, p. 56; De Wilde 2005, p. 172; Dirix 2010a, p. 149.

15 Zie Dirix 2003, p. 203 en in het bijzonder Dirix 2008, p. 414-427.

16 Zie *Kamerstukken II*, 1999/2000, 27 244, nr. 3, p. 10.

17 Zie de MvT, Van der Feltz I, p. 413.

18 Zie de MvT, Kortmann & Faber 1995, p. 102. Zie voorts onder andere de artikelen 39 en 40 Fw, art. 6:40 sub a BW, art. 7:422 lid 1 BW, art. 7A:1683 onder 4º BW jo art. 15 K en art. 7A:1809 onder 3º BW.

19 In aansluiting hierop is in art. 33 Fw bepaald dat reeds aangevangen executiemaatregelen met de intrede van het faillissement een einde nemen. Ook tijdens surseance van betaling kan de wederpartij van de schuldenaar geen nakoming van haar contractuele aanspraken afdwingen, althans voor zover die aanspraken *concurrent* zijn; zie art. 230 lid 1 jo art. 233 Fw. Deze regel wordt in de lagere rechtspraak nogal eens uit het oog verloren of onjuist toegepast. In Vzr. Rb. Amsterdam 28 februari 2003, *JOR* 2003, 98 werden UPC en haar bewindvoerder →

tussen het contractenrecht en het insolventierecht beheerst. Het wordt aangetroffen in vrijwel alle rechtsstelsels en is neergelegd in § 6.2 van de *Principles of European Insolvency Law*, dat bepaalt dat '[t]he other party cannot enforce performance by the administrator'.[20] Voor de voldoening van haar contractuele aanspraken is de wederpartij – evenals de andere schuldeisers met een verbintenisrechtelijke aanspraak – aangewezen op het proces van verificatie en uitdeling; dat is de essentie van het faillissement.

Het *vierde* en laatste uitgangspunt is in feite niet meer dan een logisch uitvloeisel van de hiervoor genoemde uitgangspunten. Uit het feit dat overeenkomsten ondanks het faillissement van één van de contractpartijen blijven voortbestaan, maar de wederpartij tegelijkertijd niet bevoegd is nakoming ten laste van de boedel af te dwingen, volgt dat het steeds aan de curator is om te kiezen of door de schuldenaar gesloten overeenkomsten worden uitgevoerd.[21] Deze bevoegdheid wordt aangeduid als het *keuzerecht* van de curator. Tegenover dit keuzerecht staat in de regel dat de wederpartij bevoegd is de curator te dwingen zijn keuze binnen redelijke termijn te maken. Ook deze principes hebben het – gezamenlijk – geschopt tot *Principle of European Insolvency Law.*[22]

In Nederland is dit laatste neergelegd in art. 37 Fw, het centrale artikel dat betrekking heeft op de afwikkeling van wederzijds nog niet geheel nagekomen overeenkomsten. Art. 37 lid 1 Fw biedt de wederpartij de mogelijkheid om de curator schriftelijk een redelijke termijn te stellen waarbinnen hij dient aan te geven of hij het contract gestand doet, bij gebreke waarvan de curator het recht verliest zijnerzijds nakoming te vorderen. Verklaart hij zich wél tot nakoming bereid, dan dient de curator op de voet van art. 37 lid 2 Fw voor die nakoming zekerheid te stellen. De regeling van art. 37 Fw wordt nader geanalyseerd in hoofdstuk 4. De vraag in hoeverre zij iets toevoegt aan de mogelijkheden die het gemene recht de wederpartij biedt, komt aan de orde in § 3.3.5.2.

Het voorontwerp Insolventiewet

In de regeling van het voorontwerp Insolventiewet worden de hiervoor uiteengezette uitgangspunten vanzelfsprekend gehandhaafd.[23]

---

gezamenlijk veroordeeld tot nakoming van een vóór datum surseance gesloten contract, omdat art. 236 Fw – het equivalent van art. 37 Fw – naar het oordeel van de voorzieningenrechter niet aan een vordering tot nakoming in de weg stond. Nu het echter ging om een vordering ten aanzien waarvan de surseance werkt als bedoeld in art. 233 Fw, had de nakomingsvordering moeten afstuiten op het bepaalde in art. 230 lid 1 Fw. In Vzr. Rb. Amsterdam 8 februari 2011, *JOR* 2011, 164, m.nt. N.S.G.J. Vermunt, werd het in surseance verkerende GMG Beheer met toepassing van art. 3:300 lid 2 BW veroordeeld tot nakoming van haar verplichting tot levering van door haar gehouden aandelen in GMG Spaarnwoude, waarbij de voorzieningenrechter er – ten onrechte – van uitging dat het bepaalde in art. 230 jo 233 Fw hierdoor niet op onaanvaardbare wijze zou worden doorkruist. Vgl. HR 23 oktober 1981, *NJ* 1982, 173, m.nt. BW (*Gemeente Heiloo/OCNH*).

20 Zie McBryde e.a. 2003, p. 629.

21 Vgl. De Marez Oyens 1883, p. 88.

22 § 6.3 van de *Principles* luidt als volgt: 'If the administrator demands performance of a contract which at the time of the opening of the proceeding neither party has fully performed, the debtor's obligations arising out of the contract must be satisfied as they fall due and in priority to insolvency claims. If the administrator has decided not to perform such a contract, any claim of the other party based on non-performance of the contract is an insolvency claim. The other party can demand that the administrator decides within a reasonable time whether to adopt the contract or not.' Zie McBryde e.a. 2003, p. 629-630.

23 Zie de artikelen 3.4.1 en 3.5.10 lid 1 en de Toelichting, Kortmann & Faber 2007, p. 230-237.

3.3 De toepasselijkheid van het gemene recht

3.3.1 Inleiding

Eén van de in de vorige paragraaf beschreven principes die de confrontatie van het contract met het faillissement beheersen, is dat het faillissementsrecht geen eigen stelsel van contractenrecht creëert; overeenkomsten worden ook tijdens faillissement beheerst door het gemene recht. Dit geldt zowel voor obligatoire overeenkomsten, als voor contracten waaruit géén verbintenissen voortvloeien. Dit betekent dat met betrekking tot *alle typen* overeenkomsten de regels van de afdelingen 6.5.1 t/m 6.5.4 tijdens faillissement van toepassing dan wel van overeenkomstige toepassing zijn.[24] Ten aanzien van *obligatoire* overeenkomsten zijn ook de overige bepalingen van verbintenissenrecht toepasselijk en voor *wederkerige* contracten daarnaast nog de regels van afdeling 6.5.5.

In het vervolg van dit hoofdstuk concentreer ik mij op de verbintenisscheppende overeenkomst, nu de invloed van het faillissement zich daar in het bijzonder doet gevoelen. Faillissementsrecht is primair verhaalsrecht. Het laat weliswaar de door de schuldenaar gesloten overeenkomsten onaangetast, maar grijpt in zodra het aankomt op verhaal van de daaruit voortvloeiende verbintenissen, althans de actiefzijde van die verbintenissen: de vorderingen.[25]

3.3.2 Enige algemene verbintenisrechtelijke kanttekeningen

Een faillissement rechtvaardigt niet een beroep op overmacht, ook niet indien de schuldenaar geheel buiten zijn schuld in financiële moeilijkheden is geraakt. Geldelijk onvermogen komt voor risico van de debiteur.[26] In het verlengde hiervan kan de curator zich evenmin aan de door de schuldenaar op zich genomen contractuele verplichtingen onttrekken door zich te beroepen op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid of de imprévision-regeling, voor zover dit beroep is gegrond op diens verslechterde financiële positie.[27] Het uitspreken van het faillissement brengt niet mee dat de schuldenaar ten aanzien van al zijn verplichtingen van rechtswege in verzuim is, noch doet het afbreuk aan de verplichting tot ingebrekestelling.[28] Indien voor de uitoefening van een contractuele bevoegdheid het verzuim van de schuldenaar vereist is, dient hij dus

---

24 Ten aanzien van meerzijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen die geen overeenkomst in de zin van art. 6:213 BW zijn, geldt op grond van art. 6:216 BW dat de bepalingen van de afdelingen 6.5.1 t/m 6.5.4 van overeenkomstige toepassing zijn voor zover de strekking van de betrokken bepalingen in verband met de aard van de rechtshandeling zich daartegen niet verzet.

25 Zie Verstijlen 2006a, p. 94. De invloed van het faillissement op niet-obligatoire overeenkomsten waarbij de gefailleerde partij is, komt aan de orde in hoofdstuk 6.

26 Zie Molengraaff-Star Busmann 1951, p. 209; Polak 1963, p. 11; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 355; Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2466.

27 Zie respectievelijk de artikelen 6:248 lid 2 en 6:258 BW.

28 Vgl. de Toelichting bij het voorontwerp Insolventiewet, Kortmann & Faber 2007, p. 231. Anders: Van Nievelt 1907, p. 31; Scholten 1914, p. 207.

mogelijk eerst via de weg van art. 6:82 BW in gebreke te worden gesteld.[29] Een dergelijke ingebrekestelling moet op grond van art. 99 lid 2 Fw niet aan de schuldenaar, maar aan de curator worden gericht. Voor andere termijnstellingen, protesten, exploten of verklaringen geldt hetzelfde. In de contractuele sfeer kan hierbij worden gedacht aan de termijnstelling op grond van art. 6:88 BW, de omzettingsverklaring in de zin van art. 6:87 BW en de buitengerechtelijke ontbindingsverklaring ex art. 6:267 BW.

Indien de curator ervoor kiest een op de schuldenaar rustende contractuele verplichting na te komen, zal hij daartoe niet steeds een beroep kunnen of willen doen op de schuldenaar, maar in plaats daarvan gebruikmaken van de diensten van een derde. De wederpartij kan daartegen in beginsel géén bezwaar maken, tenzij de inhoud of de strekking van de verbintenis zich tegen nakoming door een ander dan de schuldenaar verzet.[30]

3.3.3 Art. 6:40 sub a BW

3.3.3.1 Contouren

Het gemene recht geeft in art. 6:40 sub a BW een bijzondere regeling voor het geval dat de schuldenaar van een verbintenis failleert. Op grond van deze bepaling kan de schuldenaar in dat geval niet langer een beroep doen op een aan de verbintenis verbonden opschortende tijdsbepaling, hetgeen impliceert dat zij met de intrede van het faillissement van rechtswege opeisbaar wordt.[31] Hetzelfde geldt in geval van de toepassing van de WSNP, maar niet bij surseance van betaling.

De regeling van art. 6:40 BW geldt níet ten aanzien van tijdsbepalingen die niet uitsluitend op het tijdstip van nakoming betrekking hebben, maar mede de *inhoud* van de verbintenis bepalen. In de memorie van antwoord wordt het voorbeeld gegeven van de huur van een zomerhuisje voor de maand september. De faillietverklaring van de verhuurder heeft dan volgens de memorie van antwoord niet tot gevolg dat de wederpartij het huisje eerder, bijvoorbeeld in juli of augustus, kan betrekken.[32] Erg geslaagd is dit voorbeeld mijns inziens niet, omdat het huisje als gevolg van de faillietverklaring ook in de maand september

29 Indien één van de in art. 6:83 BW vermelde gevallen zich voordoet, treedt het verzuim van de schuldenaar in zonder voorafgaande ingebrekestelling. Ook in diverse daarin níet genoemde gevallen wordt in de rechtspraak aangenomen dat een ingebrekestelling achterwege kan blijven; zie Losbladige Verbintenissenrecht, commentaar bij art. 6:83 BW, nr. 51, met verwijzingen (Katan).

30 Zie art. 6:30 lid 1 BW. Zie ook Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2483. Indien het geval zich voordoet dat de inhoud of strekking van de verbintenis zich tegen nakoming door een derde verzet, zijn met betrekking tot de overeenkomst waaruit die verbintenis voortvloeit de regels van de art. 37 lid 1 en 2 Fw onder omstandigheden niet van toepassing; zie art. 37 lid 3 Fw, waarover § 4.8.1.

31 Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 250-252. Anders: Verhoeven & Zijderveld 2011, p. 227: 'Volgens sommigen leidt art. 6:40 BW tot een "automatische versnelde opeisbaarheid" van vorderingen. De strekking van art. 6:40 BW is echter dat de schuldenaar (de curator) de tijdsbepaling (lees: de niet-opeisbaarheid) niet aan de schuldeisers mag tegenwerpen in geval van faillissement. Daarmee bewerkstelligt deze bepaling niet dat vorderingen van rechtswege opeisbaar worden.' Dit lijkt mij niet juist. Indien de schuldenaar de tijdsbepaling niet aan de schuldeiser kan tegenwerpen, kan die laatste de verschuldigde prestatie terstond opeisen; zie art. 6:38 BW. Zolang de schuldenaar in staat van faillissement verkeert (en diens curator het onderliggende contract niet gestand heeft gedaan), is dus sprake van opeisbaarheid.

32 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 174. Dit voorbeeld lijkt te zijn ontleend aan Van Opstall 1963, p. 87.

niet zal kunnen worden betrokken.[33] Het feit dat art. 6:40 BW niet van toepassing is ten aanzien van tijdsbepalingen die mede de inhoud van de verbintenis bepalen, lijkt dan ook niet van belang voor het geval bedoeld in art. 6:40 sub a BW, maar alleen voor de in art. 6:40 sub b en c BW genoemde situaties,[34] die met een faillissement evenwel niets van doen hebben en om die reden hier verder buiten beschouwing blijven.

De verbintenis onder opschortende *tijdsbepaling* dient te worden onderscheiden van de verbintenis onder opschortende *voorwaarde.* Indien *zeker* is dat de verbintenis eens haar volle werking zal hebben, is sprake van een verbintenis onder tijdsbepaling. Is *onzeker* of zij ooit enige werking zal hebben, dan is een verbintenis onder opschortende voorwaarde aan de orde.[35] Indien bijvoorbeeld is overeengekomen dat dient te worden gepresteerd op 1 mei 2013 of 'binnen 3 maanden na heden', is sprake van een tijdsbepaling en is het regime van art. 6:40 sub a BW op de verplichting van toepassing. Is bepaald dat betaling dient plaats te vinden 'binnen 14 dagen na aflevering', dan is een opschortende voorwaarde in het geding, nu immers niet zeker is of aflevering ooit zal plaatsvinden. Het faillissement van de koper zal in dat geval niet meebrengen dat door de verkoper reeds vóór het moment van aflevering betaling kan worden gevorderd.[36]

Ingeval is overeengekomen dat dient te worden gepresteerd na het plaatsvinden van een bepaalde toekomstige gebeurtenis, zal niet steeds duidelijk zijn of een voorwaarde dan wel een tijdsbepaling aan de orde is. In dat geval is de bedoeling van partijen doorslaggevend. Hebben zij bedoeld dat de verbintenis in ieder geval dient te worden nagekomen, dan is zij onvoorwaardelijk en is sprake van een verbintenis onder tijdsbepaling.[37] Is bijvoorbeeld tussen een vader en zijn zoon afgesproken dat die laatste uiterlijk op zijn dertigste verjaardag de bij zijn vader opgebouwde studieschuld dient af te lossen, dan lijkt op zichzelf beschouwd sprake te zijn van een voorwaarde, nu immers onzeker is of de zoon ooit dertig wordt. Het kan echter zeer wel zo zijn dat de partijen daarmee in het geheel geen rekening hebben gehouden en slechts hebben beoogd af te spreken dat de schuld uiterlijk op een bepaalde datum diende te zijn terugbetaald. In dat geval is een tijdsbepaling aan de orde.[38] Gaat de zoon vóór zijn dertigste verjaardag failliet, dan is art. 6:40 sub a BW van toepassing.

Uit het feit dat art. 6:40 sub a BW heel in het algemeen een beroep op een tijdsbepaling doorkruist indien de schuldenaar van de desbetreffende verbintenis is gefailleerd, zou kunnen worden afgeleid dat dit tevens geldt in het geval dat de

---

33 Zie art. 26 Fw, waarover § 3.2. Het huisje zal alleen in september kunnen worden betrokken indien de curator de overeenkomst gestand doet, maar in dat geval brengt – zoals verderop in deze paragraaf aan de orde komt – een redelijk wetsuitleg mee dat de regel van art. 6:40 sub a BW niet langer geldt.

34 Op grond hiervan kan de schuldenaar eveneens de tijdsbepaling niet meer inroepen wanneer hij in gebreke blijft de door hem toegezegde zekerheid te verschaffen (sub b) en wanneer door een aan hem toe te rekenen oorzaak de voor de vordering gestelde zekerheid verminderd is, tenzij het overgeblevene nog een voldoende waarborg voor de voldoening oplevert (sub c).

35 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 245.

36 Wel denkbaar is dat de verkoper zich in dat geval beroept op de regeling van art. 6:80 BW; zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 282; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 242. Zie over de regeling van art. 6:80 BW nader § 3.3.5.2.2.

37 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 170.

38 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 243.

curator de overeenkomst waaruit de verbintenis voortvloeit gestand doet, nu de gefailleerde immers ook in dat geval de debiteur van de verbintenis blijft.[39] Stel dat de schuldenaar een belangrijke machine onder eigendomsvoorbehoud geleverd heeft gekregen, af te betalen in termijnen. De curator zet de onderneming voort en doet in dat kader de overeenkomst gestand. Indien art. 6:40 sub a BW desondanks van toepassing zou zijn, zou de curator niet kunnen profiteren van de door de schuldenaar bedongen betalingstermijnen, zodat hij zou kunnen worden verplicht de gehele koopsom ineens te betalen.[40] Het voorbeeld wordt nog pregnanter indien het eigendomsvoorbehoud wordt geëlimineerd. Stel dat wederpartij de machine onvoorwaardelijk dient te leveren op 1 maart en de schuldenaar de koopprijs dient te betalen in 4 maandelijkse termijnen, waarvan de eerste verschuldigd is op 1 april. Op 1 januari gaat de schuldenaar failliet en op 1 februari doet de curator de overeenkomst gestand. Zou de regel van art. 6:40 sub a BW in dit geval zijn werking behouden, dan zou de curator kunnen worden verplicht de gehele koopsom ineens te betalen vóórdat de levering van de machine heeft plaatsgehad. Dit kan naar mijn mening niet de bedoeling zijn.[41] Hoewel de verbintenis na een gestanddoening van het onderliggende contract 'technisch-juridisch' nog altijd als verbintenis van de gefailleerde door het leven gaat, ontstaat in dat geval een wezenlijk andere situatie. Met diens bereidverklaring verheft de curator de aanspraken van de wederpartij tot *boedelschuld*, terwijl hij daarnaast verplicht is bij die verklaring voor nakoming zekerheid te stellen.[42] In dit licht brengt een redelijke wetsuitleg mijns inziens mee dat de regeling van art. 6:40 sub a BW níet langer toepasselijk is indien de curator zich tot nakoming bereid heeft verklaard.[43] Dit impliceert dat de curator zich in dat geval wél op de tijdsbepaling kan beroepen.[44]

Algemeen aanvaard is dat de vervroegde opeisbaarheid níet van invloed is op de positie van de borg; deze kan zich jegens de schuldeiser op de tijdsbepaling blijven beroepen.[45] Ook de hoofdelijk medeschuldenaar kan niet door de schuldeiser onder verwijzing naar art. 6:40 sub a BW eerder tot betaling worden genoodzaakt.[46] Is echter sprake van een derdenpand of een derdenhypotheek, dan

39 Zie § 2.2.1.3.
40 Dit voorbeeld is ontleend aan Verstijlen 2006a, p. 133.
41 Vgl. Frédéricq 1963, p. 42.
42 Zie nader § 4.6.
43 De desbetreffende verbintenis is dan dus slechts *tijdelijk* opeisbaar geweest. Dat lijkt wat wonderlijk, maar men realisere zich dat dit ook het geval kan zijn indien de curator het contract níet gestand doet. Is de schuldenaar een natuurlijk persoon die bijvoorbeeld een geldlening is aangegaan die op datum faillissement nog een looptijd heeft van vijf jaar en wordt het faillissement na twee jaar bij gebrek aan baten opgeheven, dan is niet langer sprake van opeisbaarheid, althans niet als gevolg van art. 6:40 sub a BW. De schuldenaar kan zich in dat geval dus wederom op de tijdsbepaling beroepen, uiteraard behoudens andersluidende contractuele afspraken.
44 Zou de verplichting tot betaling van de eerste termijn in het tweede voorbeeld – zoals meer gebruikelijk – zijn gekoppeld aan het moment van levering, dan zou sprake zijn van een opschortende *voorwaarde* en zou art. 6:40 sub a BW reeds om die reden niet van toepassing zijn.
45 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 252; Wessels Insolventierecht V 2011, par. 5128. In dezelfde zin ten aanzien van het recht van vóór 1 januari 1992: Diephuis X, p. 310; Opzoomer V, p. 196; Land IV, p. 88. Zie voorts Rb. Rotterdam 28 december 1914, *NJ* 1915, 414; Rb. Amsterdam 28 januari 1929, *W.* 11965; Rb. Amsterdam 30 januari 1931, *NJ* 1932, 568; Rb. Amsterdam 8 januari 1932, *W.* 12443; Rb. Zwolle 18 april 1934, *W.* 12854.
46 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 252. In dezelfde zin ten aanzien van het recht van vóór 1 januari 1992: Diephuis X, p. 309; Land IV, p. 88.

wordt ook de derde door het verval van de tijdsbepaling geraakt,[47] nu in het kader van de vraag of de derde moet dulden dat de hem toebehorende zaak voor de schuld van de schuldenaar wordt uitgewonnen, slechts van belang is of die schuldenaar met de voldoening van hetgeen waarvoor het pand- of hypotheekrecht tot waarborg strekt jegens de schuldeiser in verzuim is.[48]

3.3.3.2 Rechtvaardiging en toegevoegde waarde

Wat is nu de rechtvaardiging voor het feit dat de verplichtingen die de schuldenaar onder tijdsbepaling is aangegaan met het intreden van diens faillissement van rechtswege opeisbaar worden? Naar het antwoord op deze vraag zal men in de parlementaire geschiedenis bij art. 6:40 BW tevergeefs zoeken.[49] De in art. 6:40 sub a BW neergelegde regel is zonder nadere toelichting overgenomen uit art. 1307 (oud) BW, waarin onder meer was bepaald dat '[d]e schuldenaar het voorregt eener bijgevoegde tijdsbepaling niet meer [kan] inroepen, wanneer hij in staat van faillissement […] verklaard is.' Aan de rechtvaardiging van deze regel wordt ook in de parlementaire geschiedenis bij art. 1307 (oud) BW geen aandacht besteed.[50] Art. 1307 (oud) BW was ontleend aan het Franse art. 1188 CC, dat onder meer bepaalde dat '[l]e débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite […]'. Bigot de Préameneu – één van de grondleggers van de *Code Civil* – achtte de regel vanzelfsprekend: '[…] il est évident qu'en cas de faillite ou de déconfiture le débiteur ne doit plus être autorisé à réclamer le bénéfice du terme'.[51] Veel wijzer wordt men daar niet van.[52]

In de loop der tijd zijn aan de thans in art. 6:40 sub a BW neergelegde regeling verschillende functies toebedeeld. Zij zou (i) de schuldeiser met een niet-opeisbare vordering op de gefailleerde bescherming bieden tegen de curator,[53] (ii) waarborgen dat door iedere schuldeiser in het proces van verificatie en uitdeling kan worden geparticipeerd,[54] en (iii) de afwikkeling van het faillissement bespoedigen.[55] Wat daarvan zij, naar huidig recht heeft de regeling van art. 6:40 sub a BW op de hier bedoelde punten nauwelijks toegevoegde waarde.

(i) De ongesecureerde schuldeiser met een niet-opeisbare vordering vindt mijns inziens afdoende bescherming in de artikelen 37 Fw, 53 Fw, 6:80 BW en 6:263 BW. De schuldeiser die beschikt over een zekerheidsrecht behoeft naar mijn

47 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 252.
48 Zie Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 67.
49 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 173.
50 Zie Voorduin V, p. 38-39.
51 Geciteerd bij Opzoomer V, p. 195.
52 Holtius 1850, p. 170-171, vermeldt dat de Franse wetgever de regel op zijn beurt heeft ontleend aan de 107e Decisio van de Rota van Genua, die luidde: 'Secuta ruptura […] creditores possunt pro creditis agere ante diem.' Zij kan volgens Holtius mogelijk worden verklaard doordat het vermogen van de gefailleerde overging op zijn schuldeisers, waarbij hun vorderingen werden omgezet in een aandeel in de boedel. Als gevolg daarvan kwamen eventueel aan die vorderingen verbonden tijdsbepalingen dan te vervallen. Zie ook De Wal 1883, p. 34-35. Tegen de achtergrond van het huidige faillissementsrecht heeft dit echter weinig verklarende kracht.
53 Zie de MvT, het Advies van de Raad van State en het Verslag van de Tweede Kamer met Regeeringsantwoord bij art. 3 van de Invoeringswet, Van der Feltz I, p. 517-519. Vgl. Polak 1963, p. 9. Vgl. voor het Belgische recht Dekkers-Verbeke 2007, p. 290.
54 Zie Diephuis X, p. 305; Land IV, p. 86.
55 Zie Frédéricq 1963, p. 41.

mening evenmin tegen de curator te worden beschermd. De enige wijze waarop de curator afbreuk kan doen aan de positie van de separatist is door middel van een termijnstelling in de zin van art. 58 Fw en daarvoor geldt dat die bevoegdheid alleen door de curator kan worden ingezet indien de pand- of hypotheekhouder bevoegd is tot executie over te gaan.[56] Vóór het moment waarop de gesecureerde vordering opeisbaar wordt, is dat níet het geval.

(ii) In art. 131 lid 1 Fw is bepaald dat vorderingen waarvan het tijdstip van opeisbaarheid onzeker is, worden geverifieerd voor hun waarde op datum faillissement, terwijl voor alle vorderingen onder tijdsbepaling waarvan het tijdstip van opeisbaarheid wél vaststaat op grond van lid 2 geldt dat zij ofwel worden geverifieerd voor hun volle waarde, ofwel – indien het moment van opeisbaarheid meer dan één jaar na de dag van de faillietverklaring ligt – voor hun waarde één jaar na de faillietverklaring. Lid 3 geeft enige regels die bij de bepaling van de waarde in acht moeten worden genomen.[57] De regeling van art. 131 Fw geldt in beginsel voor alle vorderingen die onder tijdsbepaling zijn aangegaan,[58] tenzij het contract waaruit de vordering voortvloeit, bepaalt dat zij met het intreden van het faillissement opeisbaar wordt. In dat geval dient de vordering steeds voor haar volle waarde te worden geverifieerd.[59] Iedere schuldeiser die onder tijdsbepaling iets van de schuldenaar te vorderen heeft, heeft op grond van art. 131 Fw dus de mogelijkheid zich in het faillissement te doen verifiëren. De regeling van art. 6:40 sub a BW voegt hieraan niets toe.

Speelt art. 6:40 sub a BW wellicht een rol in het kader van de uitdeling? Gesteld zou kunnen worden dat het feit dat de op de voet van art. 131 Fw gewaardeerde vorderingen op grond van art. 6:40 sub a BW met de intrede van het faillissement opeisbaar zijn geworden, rechtvaardigt dat hierop na de verificatie ook wordt uitgedeeld. Steun hiervoor kan worden ontleend aan art. 483c Rv, waarin ten behoeve van de waardering van niet-opeisbare vorderingen in het kader van een rangregeling buiten faillissement een op art. 131 Fw gestoelde regeling is opgenomen, terwijl op die vorderingen slechts wordt uitbetaald indien zij op het moment waarop het tot een uitkering komt, *opeisbaar* zijn.[60] Daar staat evenwel

56 Zie HR 25 juli 1911, *W.* 9255; HR 3 juni 1994, *NJ* 1995, 340, m.nt. HJS onder *NJ* 1995/342 (*De Nederlandse Antillen/Komdeur q.q.*). Zie ook Kortmann & Faber 2001, p. 149; Wibier 2004, p. 95-99.

57 Art. 131 lid 3 Fw luidt als volgt: 'Bij de berekening wordt uitsluitend gelet op het tijdstip en de wijze van aflossing, het kansgenot, waar dit bestaat, en, indien de vordering rentedragend is, op de bedongen rentevoet.' Dat bij vorderingen onder tijdsbepaling moet worden gelet op het tijdstip en de wijze van aflossing spreekt voor zich. De factor kansgenot lijkt mij in het bijzonder voor *voorwaardelijke* vorderingen relevant en niet zozeer voor vorderingen onder tijdsbepaling. Onduidelijk is in hoeverre de bedongen rentevoet een rol speelt. Zie in dit verband Faber 2005, p. 487. Ik zou denken dat het in aanmerking nemen van de bedongen rentevoet er in ieder geval niet toe mag leiden dat via de weg van art. 131 Fw rente wordt geverifieerd die op grond van art. 128 Fw niet voor verificatie in aanmerking komt. Vgl. de Toelichting bij het voorontwerp Insolventiewet, Kortmann & Faber 2007, p. 330-331.

58 Zie ook de MvT bij de artikelen 130 en 131 Fw, Van der Feltz II, p. 129. De regel geldt ook voor vorderingen die door de schuldeiser met een schuld aan de gefailleerde in verrekening worden gebracht; zie art. 53 lid 2 Fw. Anders met betrekking tot de reikwijdte van art. 131 Fw: Hof Arnhem 8 januari 1913, *NJ* 1913, p. 147, dat art. 131 Fw alleen van toepassing acht ten aanzien van *eenzijdige* verbintenissen en dus niet met betrekking tot vorderingen die voortvloeien uit een wederkerig contract.

59 Zie de MvT bij de artikelen 130 en 131 Fw, Van der Feltz II, p. 130: 'Uitdrukkelijk zij er echter op gewezen dat, indien de opeischbaarheid van de hoofdsom in geval van faillissement van den schuldenaar *bedongen* is, […] de toepasselijkheid van deze artikels (130 en 131) van zelf vervalt; de overeenkomst van partijen blijft altijd de hoogste wet.'

60 Vgl. Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 201.

tegenover dat in de parlementaire geschiedenis over de regeling van art. 131 Fw wordt opgemerkt dat '[d]e niet-opeischbare schuldvorderingen op den boedel volgens de uitdrukkelijke bepaling van het aangehaalde artikel in elk geval [worden] *geconverteerd* in opeischbare vorderingen […].'[61] Belangrijker nog is dat indien men aan art. 6:40 sub a BW een rol zou toekennen in het kader van de uitdeling, dit tot gevolg zou hebben dat ingeval de overeenkomst waaruit de desbetreffende vordering voortvloeit, wordt beheerst door buitenlands recht, zij wél zou kunnen worden geverifieerd, maar daarop géén uitdeling zou kunnen plaatsvinden zolang de vordering niet opeisbaar is.[62] Dit past niet in het systeem van verificatie en uitdeling zoals dat in de Faillissementswet is neergelegd. De conclusie moet dan ook zijn dat art. 6:40 sub a BW evenmin een rol speelt in het kader van de uitdeling.

(iii) Ook ter bespoediging van de afwikkeling van het faillissement heeft de regeling van art. 6:40 sub a BW nauwelijks een functie. Voor verificatie en uitdeling behoeft het moment van opeisbaarheid vanwege het hiervoor genoemde art. 131 Fw niet te worden afgewacht. Alleen indien sprake is van een *gesecureerde* schuldeiser die bij uitzondering géén onmiddellijke opeisbaarheid bij faillissement heeft bedongen en ook anderszins niet de mogelijkheid heeft zijn vorderingen onder tijdsbepaling opeisbaar te maken, zou de werking van art. 6:40 sub a BW de afwikkeling van het faillissement kunnen bespoedigen doordat de curator dan op de voet van art. 58 Fw tot termijnstelling kan overgaan. Ingeval de curator echter vanwege het ontbreken van een executiebevoegdheid bij de pand- of hypotheekhouder nog geen bevoegdheid tot termijnstelling heeft, maar een spoedige verkoop van het onderpand wel geboden is, moet de curator mijn inziens bevoegd worden geacht tot verkoop over te gaan, zolang hij daarmee geen afbreuk doet aan de positie van de separatist.[63]

3.3.3.3 Toekomstperspectief

Het beeld van art. 6:40 sub a BW dat uit het voorafgaande naar voren komt, is ontnuchterend. Vorderingen die de schuldenaar onder tijdsbepaling is aangegaan, worden ingevolge art. 6:40 sub a BW met de intrede van diens faillissement van rechtswege opeisbaar, maar juist binnen faillissement speelt het opeisbaarheidselement nauwelijks een rol. Betaling kan op grond van art. 26 Fw niet langer worden afgedwongen buiten de verificatievergadering om en voor verificatie is

---

61 Zie Van der Feltz I, p. 462.

62 Ik neem hierbij aan dat de regel van art. 6:40 sub a BW niet kwalificeert als een zogeheten voorrangsregel in de zin van art. 9 Rome I en evenmin heeft te gelden als een regel van *faillissementsrecht*, in die zin dat zij in faillissement toepasselijk is ongeacht het op de desbetreffende verbintenis toepasselijke recht, maar als een regel van *verbintenissenrecht.* Niet omdat de bepaling is geplaatst buiten de kaders van de Faillissemenstwet, maar omdat zij hoofdzakelijk in het belang van de *schuldeiser* is gesteld en de met het faillissementsrecht nagestreefde belangen niet of nauwelijks bij de bepaling betrokken zijn. Zie over deze problematiek (overigens zonder dat art. 6:40 sub a BW daarbij aan de orde komt): Van Galen & Van Apeldoorn 1998, p. 110 e.v. Ook Broeders 2010, p. 587, gaat ervan uit dat art. 6:40 sub a BW niet van toepassing is indien de verbintenis door vreemd recht wordt beheerst. In deze zin kennelijk ook Verhoeven & Zijderveld 2011, p. 230.

63 Dit laatste impliceert dat de curator in een voorkomend geval níet de mogelijkheid heeft om de algemene faillissementskosten over de opbrengst om te slaan, zoals dat bij een verkoop na het ongebruikt verstrijken van een termijn in de zin van art. 58 Fw het geval is. Zie ook Kortmann & Faber 2001, p. 149.

opeisbaarheid géén vereiste. Ter bescherming tegen de curator die een opeisbare tegenvordering van de gefailleerde geldend wil maken of overgaat tot termijnstelling in de zin van art. 58 Fw, bestaat aan art. 6:40 sub a BW evenmin behoefte.

In sommige gevallen kan de werking van art. 6:40 sub a BW voor de boedel bovendien nadelig uitpakken. Is sprake van een wederkerige overeenkomst waarin géén onmiddellijke opeisbaarheid bij faillissement is bedongen, maar wél het vereiste om in geval van een tekortkoming een ingebrekestelling te sturen is 'weggecontracteerd',[64] hetgeen bepaald niet ongebruikelijk is, heeft art. 6:40 sub a BW tot gevolg dat de wederpartij de overeenkomst zonder termijnstelling aan de curator kan ontbinden. Het keuzerecht van de curator wordt daarmee uitgehold, zonder dat daarvoor rechtvaardiging bestaat.[65] De regel dat een failliete schuldenaar zich niet langer op een tijdsbepaling kan beroepen zou het keuzerecht van de curator zelfs in belangrijke mate illusoir maken indien zou moeten worden aangenomen dat hij ook geldt nadat de curator de overeenkomst gestand heeft gedaan. In § 3.3.3.1 heb ik evenwel verdedigd dat dit níet het geval is.

Art. 6:40 sub a BW geldt in geval van faillissement en bij de toepassing van de WSNP, maar niet in geval van surseance van betaling. Dit laatste ligt voor de hand. Met het verlenen van uitstel van betaling teneinde een reorganisatie van de onderneming te faciliteren, verdraagt zich niet dat betalingsverplichtingen tegelijkertijd van rechtswege naar voren worden gehaald. De surseance van betaling is in de praktijk echter veelal niet meer dan een voorportaal van het faillissement. Reorganisaties komen in de regel via een faillissement tot stand en behoud van ondernemingsactiviteit is door de Hoge Raad ook uitdrukkelijk als één van de door de curator in aanmerking te nemen belangen erkend.[66]

Dit alles kan mijns inziens de conclusie dragen dat de regeling van art. 6:40 sub a BW haar langste tijd heeft gehad.

Het voorontwerp Insolventiewet

Onder de regeling van het voorontwerp Insolventiewet verdwijnt het onderscheid tussen faillissement, surseance en WSNP. Zij bevat één unitaire procedure, welke procedure zowel mogelijkheden biedt voor sanering van schulden als voor liquidatie van vermogen, of een combinatie van beide. Om deze reden ligt mijns inziens in de rede dat indien het voorontwerp Insolventiewet op enig moment tot wet zou worden verheven, de regeling van art. 6:40 sub a BW in ieder geval wordt geschrapt.[67]

64 Het 'wegcontracteren' van de eis van ingebrekestelling is toegestaan, omdat de regeling slechts een aanvullend karakter heeft; zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 388.
65 Zie over het keuzerecht nader § 4.5.
66 Zie § 2.5.
67 In dezelfde zin: Verstijlen 2006a, p. 133.

3.3.4 Overeenkomsten op grond waarvan ten tijde van de faillietverklaring op slechts één partij een prestatieplicht rust

3.3.4.1 De prestatieplicht rust op de wederpartij

Indien sprake is van een wederkerige overeenkomst waaronder slechts door één partij reeds geheel is gepresteerd of van een eenzijdige overeenkomst die nog niet is nagekomen en gaat de partij op wie géén prestatieplicht rust failliet, dan heeft dit geen wezenlijke consequenties voor de afwikkeling van het contract. Het enige relevante verschil met de situatie buiten faillissement is dat de wederpartij in dit geval niet langer haar contractpartij, maar een curator tegenover zich vindt, aan wie alle gemeenrechtelijke bevoegdheden ten dienste staan die de gefailleerde aan de niet-nakoming ontleent.

Indien en voor zover de vorderingen van de gefailleerde opeisbaar zijn, kan hierbij in het bijzonder worden gedacht aan het instellen van een vordering tot nakoming of – na omzetting – tot *vervangende* schadevergoeding.[68] Is sprake van een wederkerige overeenkomst, dan kan de curator tevens besluiten de overeenkomst te ontbinden, als gevolg waarvan op de wederpartij een verbintenis tot ongedaanmaking of – indien de aard van de prestatie ongedaanmaking uitsluit – tot waardevergoeding komt te rusten.[69] Ook is denkbaar dat de curator het contract gedeeltelijk ontbindt en voor het overige op nakoming of vervangende schadevergoeding aanstuurt.[70] In alle gevallen kan – indien daartoe gronden bestaan – tevens een vordering tot vergoeding van *aanvullende* schade worden ingesteld, waarbij kan worden gedacht aan vertragingsschade en gevolgschade.[71] Is voor de uitoefening van de hier bedoelde bevoegdheden verzuim vereist, dan dient de wederpartij mogelijk eerst in verzuim te worden gebracht.

Zijn de vorderingen die de failliet aan het contract ontleent nog níet opeisbaar, dan rest de curator in de regel weinig anders dan het moment van opeisbaarheid af te wachten, tenzij één van de in art. 6:80 lid 1 BW genoemde gevallen zich voordoet en de gevolgen van niet-nakoming reeds vóór het moment van opeisbaarheid intreden.[72] In dat geval kan de curator eveneens de hiervoor bedoelde vorderingen instellen, met dien verstande dat nog géén nakoming kan worden verkregen. Tot de gevolgen van niet-nakoming behoort niet het recht om nakoming te vorderen.[73]

De wederpartij die in onzekerheid verkeert omtrent de vraag welke van de hier bedoelde bevoegdheden de curator zal aanwenden, kan aan die onzekerheid een

---

68 Zie respectievelijk art. 3:296 lid 1 BW en art. 6:87 BW.

69 Zie de artikelen 6:265, 6:271 en 6:272 BW. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 703, geeft als voorbeeld van prestaties die naar hun aard niet ongedaan kunnen worden gemaakt het verschaffen van huurgenot, het vervoeren van een persoon of goed en het bouwen van een huis.

70 Zie art. 6:270 BW.

71 Zie de artikelen 6:74, 6:85 en 6:277 BW. Uiteraard is ook denkbaar dat de curator door cessie of verpanding over de betreffende contractuele vorderingen beschikt of deze met een schuld aan de wederpartij verrekent.

72 Men spreekt in dit verband wel van een *anticipatory breach*. Vgl. art. 7:34 BW, waarin voor het geval dat sprake is van een koopovereenkomst een bijzondere regeling van de *anticipatory breach* wordt gegeven.

73 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 380: 'Deze vordering [tot nakoming] vloeit rechtstreeks uit de verbintenis voort; een gevolg van de wanprestatie is zij niet.'

einde maken door hem op de voet van art. 6:88 BW een redelijke termijn te stellen waarbinnen duidelijkheid dient te worden verschaft. De curator is dan vervolgens aan de door hem te maken keuze gebonden. Blijft een reactie binnen de gestelde termijn uit, dan kan de curator nog slechts aanspraak maken op schadevergoeding of – indien sprake is van een verbintenis tot betaling van een geldsom – op betaling van die geldsom.[74] Beroept de wederpartij zich op overmacht, dan behoudt de curator ook na het ongebruikt verstrijken van de gestelde termijn zijn recht op ontbinding,[75] maar zijn diens mogelijkheden om schadevergoeding te vorderen beperkt.[76]

3.3.4.2 De prestatieplicht rust op de gefailleerde

3.3.4.2.1 Algemeen

In het geval dat op datum faillissement alleen op de *gefailleerde* (nog) een prestatieplicht rust, liggen de kaarten anders. De wederpartij kan de curator dan vragen het contract na te komen en indien hij zich daartoe bereid verklaart, transformeren haar contractuele aanspraken tot *boedelschuld*.[77] In een geval als het onderhavige zal de curator echter zelden een bereidverklaring afgeven, nu de wederpartij daar immers geen prestatie tegenover zet.[78] Is de curator niet tot nakoming bereid – en dat is regel – dan heeft de wederpartij níet de mogelijkheid nakoming ten laste van de boedel af te dwingen. De vordering tot nakoming kan slechts binnen de grenzen van art. 26 Fw in het faillissement worden ingediend.[79] Hiernaast staan de wederpartij in beginsel dezelfde middelen ten dienste als de curator in de situatie dat alleen de wederpartij (nog) gehouden is te presteren,[80] zij het dat ook een eventuele vordering tot schadevergoeding of tot ongedaanmaking c.q. waardevergoeding na ontbinding slechts op de voet van art. 37a Fw ter verificatie kan worden ingediend.[81]

Het feit dat de aanspraken van de wederpartij alleen via de verificatievergadering kunnen worden gerealiseerd, maakt dat ontbinding of omzetting in een vordering tot vervangende schadevergoeding in de hier bedoelde gevallen vaak weinig zinvol is. Heeft de schuldenaar bijvoorbeeld een auto *gekocht* die hem kort vóór faillissement is geleverd, maar heeft hij nagelaten op het overeengekomen tijdstip de koopprijs ad € 30.000 te voldoen, dan zal in geval van ontbinding een vordering tot ongedaanmaking ontstaan die op de voet van art. 133 Fw zal kunnen

74 Zie art. 6:88 lid 1 sub a BW.
75 Zie art. 6:88 lid 1 sub b BW.
76 Zie art. 6:78 BW. De keuze voor schadevergoeding in plaats van ontbinding kan de wederpartij in een dergelijk geval voordeel opleveren indien de waarde van de eigen prestatie geringer is dan de te vorderen schadevergoeding.
77 Zie nader § 4.6.1.
78 Uitgesloten is het evenwel niet. Men denke aan de situatie dat de curator een leverancier van voor de bedrijfsvoering onmisbare goederen of diensten betaalt, teneinde zich ervan te verzekeren dat hij ook na faillissement blijft doorleveren. Zie over deze problematiek nader § 7.3.
79 Hetzelfde geldt indien de door de schuldenaar te verrichten prestatie een dulden of een niet-doen inhoudt en de curator gebruikmaakt van zijn bevoegdheid de automatische nakoming van de desbetreffende verplichting te frustreren; zie HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. PvS (*Nebula*), waarover in het bijzonder § 5.2.1.
80 Zie § 3.3.4.1.
81 Zie nader § 4.7.4.2.

worden gewaardeerd op € 30.000. Heeft de schuldenaar de auto aan de wederpartij *verkocht*, maar nog niet geleverd en heeft die laatste de koopsom reeds betaald, dan ontstaat in geval van ontbinding wederom een vordering tot ongedaanmaking ten belope van € 30.000, terwijl bij omzetting op grond van art. 6:87 BW een schadevergoedingsvordering van dezelfde omvang ontstaat.[82] In beide situaties kan de wederpartij zich dus beperken tot de indiening van een vordering tot nakoming, eventueel in combinatie met de indiening van een vordering tot schadevergoeding, zo van aanvullende schade sprake is.

In sommige gevallen zal geen vordering tot nakoming bestaan, bijvoorbeeld omdat nakoming blijvend onmogelijk is geworden.[83] Men denke aan het geval dat de door de schuldenaar te leveren auto een unieke oldtimer betrof, die na een aanrijding total loss is verklaard. De wederpartij is dan aangewezen op de indiening van een vordering tot ongedaanmaking of tot schadevergoeding. Komt de schuldenaar tevens een beroep toe op overmacht, dan kan evenmin schadevergoeding worden gevorderd en staat alleen de mogelijkheid tot ontbinding nog open.

3.3.4.2.2 Prijsfluctuaties

De waarde van de vordering tot nakoming is niet altijd gelijk aan de waarde van de vordering tot ongedaanmaking na ontbinding of die tot vervangende schadevergoeding. Deze waardes kunnen uiteenlopen, in het bijzonder indien sprake is van een koopovereenkomst met betrekking tot goederen die aan prijsfluctuaties onderhevig zijn. Ter illustratie geef ik het voorbeeld van een koopovereenkomst met betrekking tot 1 miljoen kilo graan met een marktwaarde van € 100 per 1000 kilo. Ik bespreek eerst de situatie dat de wederpartij optreedt als *verkoper*, zij niet beschikt over een eigendomsvoorbehoud en de termijn voor een beroep op het recht van reclame inmiddels is verstreken. Daarna komt de positie van de wederpartij als *koper* aan de orde. In beide gevallen ga ik ervan uit dat de wederpartij op datum faillissement reeds geheel heeft gepresteerd en de schuldenaar nog geheel niet, terwijl hij daartoe wel reeds gehouden was.[84] De curator is niet bereid de overeenkomst na te komen, zodat de wederpartij is veroordeeld tot de indiening van haar vorderingen ter verificatie.

De wederpartij als verkoper

Stel dat de graanprijs inmiddels is *gestegen* tot € 150 per 1000 kilo. De waarde van de vordering van de wederpartij tot *nakoming* (*i.e.* tot betaling van de

82 De vordering tot vervangende schadevergoeding beloopt het bedrag dat de schuldeiser in staat stelt de desbetreffende prestatie bij een derde te verwerven; zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 403 en de noot van J. Hijma onder HR 26 april 2002, *NJ* 2004, 210 (*Sparrow/Van Beukering*).

83 Een ander voorbeeld is de situatie dat de gevolgen van niet-nakoming zijn ingetreden op de voet van art. 6:80 BW.

84 De toevoeging dat de schuldenaar *reeds gehouden was* te presteren is bedoeld om zeker te stellen dat ook de situatie dat de verplichting tot levering van de overeengekomen hoeveelheid graan op de schuldenaar rust, niet valt onder het toepassingsbereik van art. 38 Fw, daargelaten of dit anders wel het geval zou zijn geweest. Zie over de onduidelijke reikwijdte van art. 38 Fw: Verstijlen 2006a, p. 123-124; Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2497-2499, beiden met verwijzingen.

koopprijs), bedraagt in dat geval nog altijd € 100.000. Gaat de wederpartij echter over tot ontbinding, dan beloopt de op de voet van art. 133 Fw op waarde geschatte vordering tot *ongedaanmaking* € 150.000, omdat de omvang van die verplichting wordt bepaald op het moment dat de ontbinding plaatsvindt[85] en zij op grond van art. 37a Fw ook voor díe waarde dient te worden geverifieerd.[86] Doet de wederpartij er nu verstandig aan over te gaan tot ontbinding, gevolgd door verificatie van haar daaruit voortvloeiende aanspraken?

Art. 6:278 lid 1 BW – in juridische kringen wel aangeduid als het 'biljartbal-artikel'[87] – bepaalt dat de partij die kiest voor ontbinding van een overeenkomst die reeds geheel of gedeeltelijk is uitgevoerd, nadat de verhouding tussen hetgeen wederzijds bij ongedaanmaking dient te worden verricht zich ten gunste van die partij heeft gewijzigd, verplicht is door bijbetaling de oorspronkelijke waarde-verhouding te herstellen, indien aannemelijk is dat zij zonder deze wijziging níet voor ontbinding zou hebben geopteerd.[88] Zou de wederpartij het contract in de gegeven omstandigheden ontbinden, dan zou dit mijns inziens een schoolvoor-beeld zijn van een situatie waarin slechts voor ontbinding wordt gekozen om bij ongedaanmaking van de opgetreden wijziging in de waardeverhoudingen te profiteren. Ontbinding zal hier immers vanwege de werking van art. 26 Fw in beginsel nooit tot feitelijke ongedaanmaking leiden, maar steeds resulteren in een ter verificatie in te dienen vordering,[89] terwijl op de wederpartij evenmin een verplichting rust waarvan zij zich door ontbinding zou kunnen willen bevrijden. De consequentie is dat de ontbinding weliswaar effect sorteert, maar de curator de wederpartij kan verplichten de oorspronkelijke waardeverhouding te herstellen.[90] Zij dient dan een bedrag van € 50.000 aan de curator te betalen, terwijl zij ter zake van haar vordering tot ongedaanmaking ad € 150.000 met hooguit een percentage dreigt te worden afgescheept.

De enige manier waarop de wederpartij zich eventueel nog uit deze penibele situatie zou kunnen redden, is door zich te beroepen op verrekening of het

85 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 699. Is ongedaanmaking *feitelijk* niet meer mogelijk, dan kan rechtstreeks op de voet van art. 6:74 BW schadevergoeding worden gevorderd, althans voor zover aan de zijde van de boedel sprake is van toerekenbaarheid; zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 301. Is ongedaanmaking vanwege de *aard* van de prestatie niet mogelijk, dan ontstaat ingevolge art. 6:272 lid 2 BW geen verbintenis tot ongedaanmaking, maar tot vergoeding van de *waarde* van de ontvangen prestatie *op het tijdstip van de ontvangst.*

86 Zie § 4.7.4.2.4.

87 Deze benaming is te danken aan lid 2 van de bepaling, waarin wordt gerept van het geven van een 'stoot tot ongedaanmaking'. Zie Jac. Hijma, 'Artikelen van naam', *AA* 2012/3, p. 170.

88 Uit de tekst van art. 6:278 lid 1 BW lijkt te volgen dat de bepaling slechts van toepassing is ingeval bij ontbinding *over en weer* prestaties ongedaan moeten worden gemaakt, maar uit de parlementaire geschiedenis kan worden opgemaakt dat is beoogd dat zij ook geldt, al dan niet bij wijze van analogie, indien slechts ten laste van één partij een verplichting tot ongedaanmaking ontstaat, omdat alleen de door díe partij verschuldigde prestatie nog niet is verricht; zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 1038, p. 1041 en p. 1044. Vgl. De Vries 1997, p. 194 en 196, die tevens pleit voor een uitbreiding van het toepassingsgebied van art. 6:278 BW tot gevallen waarin in het geheel nog niet is gepresteerd.

89 In een enkel uitzonderlijk geval zou de curator er de voorkeur aan kunnen geven de in de boedel vallende zaken daadwerkelijk terug te leveren, bijvoorbeeld indien hij niet in staat blijkt ze te verkopen en met het onderhoud ervan hoge kosten gemoeid zijn.

90 De wederpartij kan het bedrag dat zij op de voet van art. 6:278 BW moet bijbetalen uiteraard niet in de vorm van *aanvullende* schadevergoeding bij de schuldenaar c.q. diens curator in rekening brengen; vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1040.

algemene opschortingsrecht van art. 6:52 BW.[91] Beide routes zijn echter enigszins onzeker. De wederpartij is in ieder geval niet zonder meer gerechtigd haar uit art. 6:278 lid 1 BW voortvloeiende schuld met haar vordering tot ongedaanmaking te verrekenen, nu niet is voldaan aan het in art. 6:127 lid 2 BW neergelegde vereiste van gelijksoortigheid van prestaties. De vordering tot ongedaanmaking dient dan op de voet van art. 6:87 BW te worden omgezet in een vordering tot vervangende schadevergoeding.[92] Nu beide vorderingen na de intrede van het faillissement zijn ontstaan, dient vervolgens nog de hobbel te worden genomen dat zij rechtstreeks dienen voort te vloeien uit een daarvóór ontstane rechtsverhouding.[93] Ik ben geneigd te denken dat deze situatie binnen de marges van art. 53 lid 1 Fw valt,[94] maar zeker is dat niet. Aan het algemene opschortingsrecht van art. 6:52 BW kleeft het risico dat op enig moment moet worden geoordeeld dat nakoming aan de zijde van de schuldenaar blijvend onmogelijk is geworden, waardoor de bevoegdheid tot opschorting vervalt.[95] Komt de curator terzake een beroep op overmacht toe, dan ontstaat bovendien geen – met de vordering van de boedel te verrekenen – vordering tot schadevergoeding. Goed beschouwd leiden beide wegen er hooguit toe dat door de wederpartij per saldo een vordering van € 100.000 ter verificatie kan worden ingediend, hetgeen betekent dat zij van deze hele exercitie uiteindelijk niets wijzer is geworden.

Stel nu dat de graanprijs niet is gestegen, maar tot € 50 per 1.000 kilo is *gedaald.* De vordering van de wederpartij tot *nakoming* bedraagt ook in dit geval € 100.000, terwijl de vordering tot *ongedaanmaking* die in geval van ontbinding zou ontstaan slechts € 50 000 zou bedragen. Ook in dit geval doet de wederpartij er dus verstandig aan haar vordering tot *nakoming* te handhaven en in het faillissement in te dienen.

De wederpartij als koper

Dan nu het geval dat de wederpartij als *koper* optreedt en de koopsom op datum faillissement reeds heeft betaald, maar het graan nog niet geleverd heeft gekregen. Indien de graanprijs inmiddels tot € 150 per 1000 kilo is *gestegen*, lijkt de wederpartij er op het eerste gezicht wederom verstandig aan te doen vast te houden aan haar vordering tot *nakoming.* Toch profiteert zij hier alleen van die prijsstijging door haar vordering tot nakoming te handhaven voor zover de stijging zich vóór datum faillissement heeft voorgedaan, omdat bij de waardering van die vordering op de voet van art. 133 Fw steeds de waarde op díe datum

91 In de rechtsverhouding tussen wederzijds tot ongedaanmaking verplichte partijen kunnen de artikelen 6:262 en 6:263 BW níet analogisch worden toegepast; zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 1031.

92 Vgl. Faber 2005, p. 496.

93 Zie Faber 2005, p. 530-552 en de daar vermelde jurisprudentie.

94 De wederpartij is steeds gerechtigd een vordering tot ongedaanmaking die op de voet van art. 37a Fw kan worden geverifieerd met een schuld aan de gefailleerde verrekenen, omdat zij voortvloeit uit de afwikkeling van een vóór de faillietverklaring met de gefailleerde gesloten overeenkomst; zie § 4.7.4.2.2. In dat licht is verdedigbaar dat hetzelfde moet worden aangenomen voor de vordering tot schadevergoeding na omzetting van die ongedaanmakingsvordering en ook voor de uit art. 6:278 BW voortvloeiende vordering, die immers eveneens als gevolg van de ontbinding van een vóór faillissement met de gefailleerde gesloten overeenkomst ontstaat. Vgl. Verschoof 1992, p. 56.

95 Zie art. 6:54 sub b BW.

bepalend is.[96] Heeft de prijsstijging zich (deels) ná de intrede van het faillissement gemanifesteerd, dan is een betere optie om de vordering tot nakoming om te zetten in een vordering tot *vervangende schadevergoeding.* De waarde van die vordering wordt bepaald op het moment dat de omzetting is voltooid en zij kan op grond van art. 37a Fw ook voor díe waarde in het faillissement worden geverifieerd.[97] Na omzetting op de voet van art. 6:87 BW kan de wederpartij dus een vordering ad € 150.000 indienen.

Stel nu dat de graanprijs niet is gestegen, maar tot € 50 per 1.000 kilo is *gedaald.* Zowel de vordering tot nakoming als de vordering tot vervangende schadevergoeding beloopt nu € 50.000. Uit het fixatiebeginsel vloeit mijns inziens evenwel voort dat de vordering tot *nakoming* ook hier voor de waarde op de faillissementsdatum dient te worden geverifieerd. Bedroeg de graanprijs op dat moment bijvoorbeeld nog € 80 per 1000 kilo, dan kan de wederpartij dus met een vordering tot nakoming ad € 80.000 in de verificatievergadering opkomen. Een nog betere optie lijkt te zijn om het contract te *ontbinden*, omdat dit de wederpartij recht geeft op terugbetaling van de koopprijs ad € 100.000. Het is evenwel de vraag of dit niet op gespannen voet staat met art. 6:278 BW, althans met de ratio van die bepaling. Enerzijds kan men zeggen dat indien de wederpartij aanspraak heeft op een andere prestatie dan de betaling van een geldsom en de curator zich niet bereid toont die prestatie te verrichten, zij een gerechtvaardigd belang heeft om zich door middel van een ontbinding van de contractsband met de schuldenaar te ontdoen, zodat zij niet het risico loopt dat de schuldenaar in de toekomst alsnog zal presteren en een eventueel ontvangen uitdeling door haar zal moeten worden gerestitueerd.[98] Anderzijds is van belang dat het hier bedoelde risico ook kan worden geëcarteerd door in plaats van ontbinding vervangende schadevergoeding te vorderen, waarmee de consequenties van de prijsdaling blijven bij de koper, waar zij in beginsel thuishoren. Ik ben geneigd te denken dat dit laatste argument zwaarder weegt, hetgeen impliceert dat de wederpartij er in een voorkomend geval verstandig aan doet het contract níet te ontbinden, maar zich te beperken tot de indiening van haar vordering tot *nakoming*.

3.3.4.2.3 Conclusies

Uit het voorgaande komt naar voren dat in situaties waarin op datum faillissement alleen op de schuldenaar een prestatieplicht rust, ontbinding of omzetting in een vordering tot vervangende schadevergoeding voor de wederpartij in de regel geen toegevoegde waarde heeft. Zij kan dan volstaan met de indiening van haar vordering tot *nakoming*, eventueel in combinatie met een vordering tot aanvullende schadevergoeding.

---

96 Zie HR 4 februari 1977, *NJ* 1978, 66 (*Dreyfus/Keulen q.q.*). Dit is een uitvloeisel van het fixatiebeginsel; zie § 2.3.

97 Zie § 4.7.4.2.4.

98 Zie voor een voorbeeld van een zaak waarin na afloop van het faillissement alsnog werd geprocedeerd over de ontbinding van een niet door de curator gestand gedane overeenkomst HR 29 november 1996, *NJ* 1998, 17, m.nt. HJS en HR 19 oktober 2001, *JOL* 2001, 556 (*Warnas/Mettler*), waarover § 4.4.2.6.2.

In sommige gevallen kunnen de waardes van de verschillende contractuele vorderingen wél uiteenlopen, in het bijzonder indien de overeenkomst betrekking heeft op de levering van goederen die aan prijsfluctuaties onderhevig zijn. Heeft de wederpartij de desbetreffende goederen aan de schuldenaar geleverd, dan zijn prijsschommelingen van invloed op de waarde van de vordering tot ongedaanmaking die de wederpartij in geval van ontbinding verkrijgt. Is sprake van een *prijsstijging*, dan lijkt de regeling van art. 6:278 BW er evenwel in de regel aan in de weg te staan dat de wederpartij die prijsstijging door middel van een ontbinding van het contract verzilvert. Zij doet er om die reden verstandig aan haar vordering tot *nakoming* in dat geval te handhaven. Indien sprake is van een *prijsdaling* geldt hetzelfde.

Rust de leveringsplicht op de schuldenaar, dan zijn prijsschommelingen van invloed op de waarde van de vordering van de wederpartij tot nakoming en die tot vervangende schadevergoeding. Doet zich een *prijsstijging* voor, dan ligt voor de hand dat de wederpartij haar nakomingsvordering omzet in een vordering tot *vervangende schadevergoeding.* In geval van een *prijsdaling* biedt een *ontbinding* van het contract weliswaar de mogelijkheid de gehele koopprijs terug te vorderen, maar onzeker is of de regeling van art. 6:278 BW de wederpartij dan niet tot bijbetaling verplicht. Is dat het geval, dan ligt handhaving en indiening van een vordering tot *nakoming* in de rede.

3.3.5 Overeenkomsten op grond waarvan ten tijde van de faillietverklaring op beide partijen een prestatieplicht rust

3.3.5.1 Inleiding

In § 3.3.4 kwam de situatie aan de orde dat op datum faillissement (nog) slechts één van de contractpartijen gehouden is een prestatie te verrichten. In deze paragraaf richt ik het vizier op de situatie dat sprake is van een wederkerige overeenkomst die zowel door de schuldenaar als diens wederpartij nog geheel niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen; het geval waarvoor in art. 37 Fw een bijzondere regeling is gegeven. Het principe dat het gemene recht ook tijdens faillissement de overeenkomst beheerst, impliceert dat aan de toepassing van art. 37 Fw alleen van dat gemene recht afwijkende consequenties verbonden zijn voor zover dat uit die bepaling zelf volgt. In het geval dat de curator zich níet binnen een hem gestelde redelijke termijn bereid verklaart de overeenkomst gestand te doen, is dat het verlies van het recht om nakoming te vorderen (lid 1),[99] in de situatie dat hij zich wél tijdig tot nakoming bereid verklaart, de verplichting om voor die nakoming zekerheid te stellen (lid 2).

---

99 Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2488, gaat ervan uit dat de curator na het ongebruikt verstrijken van de redelijke termijn per definitie in *schuldeisersverzuim* verkeert. Hoewel niet ondenkbaar is dat in een voorkomend geval van schuldeisersverzuim sprake is, doordat de wederpartij voor het verrichten van de door haar verschuldigde prestatie de medewerking van de curator nodig heeft (art. 6:58 BW) of zij zich naar aanleiding van een tekortkoming op een opschortingsrecht beroept (art. 6:59 BW), is dat mijns inziens echter niet zonder meer het geval. Met de regeling van art. 37 Fw heeft dit alles bovendien niets van doen. Zie ook Verstijlen 2006, p. 106, noot 48.

De regeling van art. 37 Fw is door de wetgever van 1893 primair bedoeld als faciliteit voor de wederpartij om een einde te maken aan de onzekere situatie die als gevolg van het faillissement kan ontstaan, doordat niet duidelijk is of de curator bereid zal zijn het contract na te komen. De wederpartij weet dan niet of zij zich gereed moet houden voor nakoming en evenmin of zij de bedongen tegenprestatie zal ontvangen of eventueel genoodzaakt zal zijn deze van elders te betrekken. Hiernaast wordt met de regeling van art. 37 Fw beoogd de wederpartij de zekerheid te bieden dat de curator die zich tot nakoming bereid verklaart, ook daadwerkelijk zal nakomen.[100] Bij gelegenheid van de invoering van het huidige BW en de daarmee gepaard gaande herziening van diverse bepalingen in de Faillissementswet is de regeling van art. 37 Fw door de wetgever nog eens nadrukkelijk tegen het licht gehouden. Hij kwam daarbij tot de conclusie dat aan een bepaling als art. 37 Fw ook onder het recht van ná 1 januari 1992 nog behoefte bestond.[101]

In § 3.3.5.2 stel ik de vraag aan de orde in hoeverre de bijzondere regeling van art. 37 Fw iets toevoegt aan de mogelijkheden die het gemene recht de wederpartij biedt om de met art. 37 Fw nagestreefde doelstellingen te bereiken. Hiertoe dient in ogenschouw te worden genomen wat de gemeenrechtelijke consequenties zijn indien de wederpartij de curator een redelijke termijn stelt om zich omtrent gestanddoening uit te laten. Ik begin met de situatie dat de curator zich tot nakoming bereid verklaart (§ 3.3.5.2.1) en bespreek vervolgens de situatie dat hij gestanddoening weigert (§ 3.3.5.2.2). Het hoofdstuk wordt in § 3.3.5.3 afgesloten met een analyse van de vraag wat voor de wederpartij in dit laatste geval de meest verkieslijke route is.

3.3.5.2 De toegevoegde waarde van art. 37 Fw

3.3.5.2.1 De curator doet de overeenkomst gestand

Indien de curator zich tot nakoming van de overeenkomst bereid verklaart, is hij op grond van art. 37 lid 2 Fw verplicht om bij zijn verklaring voor nakoming zekerheid te stellen. De wederpartij – die als gevolg van de bereidverklaring tot boedelschuldeiser promoveert[102] – verkrijgt daarmee de zekerheid dat de curator daadwerkelijk zal nakomen, althans dat zij verhaal vindt voor haar vordering tot vervangende schadevergoeding indien de curator wanpresteert en de boedel niet voldoende middelen bevat om alle boedelschulden te voldoen.

Het gemene recht heeft op dit punt niet veel te bieden. Indien de toestand van de boedel aanleiding geeft tot zorg én de wederpartij daarvan op de hoogte is, zal zij – indien zij gehouden is als eerste te presteren – haar eigen prestaties in de regel kunnen opschorten met een beroep op de onzekerheidsexceptie van art. 6:263 BW. Hiermee wordt echter hooguit voorkomen dat de wederpartij na faillissement presteert om vervolgens de daartegenover staande prestatie niet of

100 Zie de MvT bij art. 37 (oud) Fw, Van der Feltz I, p. 409.
101 Zie de MvT bij het huidige art. 37 Fw, Kortmann & Faber 1995, p. 95.
102 Zie nader § 4.6.1.

slechts ten dele te ontvangen, waarmee zij zich *de facto* in dezelfde positie bevindt als vóórdat de curator zich tot gestanddoening bereid verklaarde.

De verplichte zekerheidstelling van art. 37 lid 2 Fw biedt de wederpartij dus een vergaande mate van bescherming die zij op grond van het gemene recht niet heeft. De vraag in hoeverre dit gerechtvaardigd is, komt aan de orde in § 4.6.2.9.

3.3.5.2.2 De curator doet de overeenkomst níet gestand

In de memorie van toelichting bij art. 37 Fw wordt opgemerkt dat indien de gestelde termijn ongebruikt is verstreken en daardoor vaststaat dat de curator niet zal nakomen, de wederpartij terstond de bevoegdheid toekomt over te gaan tot ontbinding of tot omzetting in een vordering tot vervangende schadevergoeding.[103] Nu de regeling van art. 37 Fw hieromtrent niets bepaalt, kan dit alleen worden gegrond op het gemene recht.

In § 3.3.3 kwam aan de orde dat contractuele vorderingen van de wederpartij in geval van faillissement veelal opeisbaar zijn, ongeacht wat het contract op dit punt bepaalt, doordat de curator op grond van art. 6:40 sub a BW geen beroep toekomt op een aan een verplichting van de schuldenaar verbonden tijdsbepaling. Verklaart de curator dat hij de overeenkomst niet gestand doet, dan geraakt de schuldenaar in de regel op grond van art. 6:83 sub c BW van rechtswege in verzuim, doordat uit de mededeling van de curator moet worden afgeleid dat in de nakoming zal worden tekortgeschoten.[104] De situatie dat de curator géén verklaring aflegt, maar de gestelde termijn ongebruikt laat verstrijken, kan níet onder één van de in art. 6:83 BW vermelde gevallen worden geschaard. Toch meen ik dat in de regel ook hier het verzuim van rechtswege zal intreden.[105] De in art. 6:83 BW neergelegde opsomming van gevallen waarin verzuim zonder ingebrekestelling intreedt, is niet limitatief[106] en de situatie dat de curator niets van zich laat horen nadat hem een termijn is gesteld, ligt zo dicht aan tegen het geval bedoeld in art. 6:83 sub c BW, dat eenzelfde behandeling naar mijn mening gerechtvaardigd is.[107] In een enkel geval treedt met het verstrijken van de termijn zonder dat de curator zich tot nakoming bereid heeft verklaard, het verzuim níet in. Men denke bijvoorbeeld aan de situatie dat de wederpartij op grond van art. 6:58 BW in schuldeisersverzuim verkeert.[108]

Ingeval de aanspraken van de wederpartij níet opeisbaar zijn, bijvoorbeeld omdat daaraan een opschortende *voorwaarde* verbonden is ('betaling binnen een week na aflevering'), geldt op grond van art. 6:80 lid 1 sub b BW dat indien de curator verklaart het contract niet gestand te doen, de gevolgen van niet-nakoming reeds vóór het moment van opeisbaarheid intreden, doordat uit de verklaring van

103 Zie Kortmann & Faber 1995, p. 95.
104 In dezelfde zin: Verstijlen 2006a, p. 98.
105 Vgl. Verstijlen 2006a, p. 98, die stelt dat ingeval de curator niet (tijdig) van zich laat horen nadat hem op de voet van art. 37 Fw een termijn is gesteld, de schuldenaar c.q. diens curator zonder meer in verzuim is.
106 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 294 en p. 296; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 398.
107 Vgl. HR 6 oktober 2000, *NJ* 2000, 691 (*Verzicht/Van Eijndhoven*).
108 Zie art. 6:61 lid 2 BW.

de curator kan worden afgeleid dat hij in de nakoming tekort zal schieten.[109] Legt de curator geen verklaring af, maar laat hij de gestelde termijn ongebruikt verstrijken, dan treden eveneens de gevolgen van niet-nakoming in, ditmaal op grond van art. 6:80 lid 1 sub c BW. De wederpartij dient de termijnstelling daartoe wel vergezeld te doen gaan van een opgave van de gronden die haar doen vrezen dat de schuldenaar in de nakoming tekort zal schieten, maar het enkele feit dat hij in staat van faillissement verkeert, lijkt mij in dit kader voldoende. Het intreden van de gevolgen van niet-nakoming op grond van art. 6:80 BW impliceert in zijn algemeenheid dat de wederpartij haar eigen prestaties kan opschorten, de overeenkomst kan ontbinden en/of schadevergoeding kan vorderen.[110] Zolang de wederpartij echter geen verklaring heeft uitgebracht waardoor zij haar recht op nakoming verliest, blijft de verbintenis op nakoming gericht en voor díe verbintenis blijft het overeengekomen moment van opeisbaarheid gelden.

Uit het voorgaande volgt dat indien de curator zich niet binnen de gestelde termijn bereid verklaart de overeenkomst gestand te doen, de wederpartij inderdaad veelal tot ontbinding of omzetting in een vordering tot vervangende schadevergoeding bevoegd zal zijn, ongeacht of haar contractuele aanspraken al dan niet opeisbaar zijn. Maar dat is – anders dan in de memorie van toelichting bij art. 37 Fw wordt gesuggereerd – niet steeds het geval. Zo zal géén bevoegdheid tot ontbinding of omzetting in een vordering tot vervangende schadevergoeding bestaan indien de (toekomstige) tekortkoming van te geringe betekenis is om een ontbinding of omzetting te rechtvaardigen,[111] de hier bedoelde bevoegdheden contractueel zijn uitgesloten of de wederpartij op grond van art. 6:58 BW in schuldeisersverzuim verkeert.[112]

Dit alles levert het volgende beeld op. Indien de curator zich niet binnen een hem gestelde redelijke termijn bereid verklaart de overeenkomst gestand te doen, biedt het gemene recht de wederpartij in de regel – niet steeds – de mogelijkheid tot ontbinding of tot omzetting in een vordering tot vervangende schadevergoeding. Zij weet dan niet alleen dat de curator niet bereid is de overeenkomst na te komen, maar heeft bovendien de afwikkeling ervan geheel in eigen hand, zodat van de aanvankelijk bestaande onzekerheid niet veel meer over is. Dat de curator

109 In dezelfde zin: Verstijlen 2006a, p. 98. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 411, waar wordt gesteld dat indien de curator zich op een sommatie als bedoeld in art. 37 Fw niet tot nakoming bereid verklaart, de gevolgen van niet-nakoming intreden op grond van art. 6:80 lid 1 *sub a* BW.

110 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 276; De Jong 2006, p. 63-64. Voor de uitoefening van deze bevoegdheden gelden de daaraan door de wet gestelde vereisten onverkort, met dien verstande dat aan het verzuimvereiste steeds zal zijn voldaan; zie HR 9 juli 2010, *NJ* 2010, 417 (*Nissan/Nieuwkoop*), r.o. 3.4.2. Dit impliceert dat voor het vorderen van schadevergoeding in het algemeen vereist is dat de in het vooruitzicht gestelde tekortkoming de schuldenaar kan worden toegerekend, terwijl voor het vorderen van *vervangende* schadevergoeding bovendien aan het omzettingsvereiste van art. 6:87 lid 1 BW moet zijn voldaan. Bij de berekening van de omvang van de door de gefailleerde verschuldigde schadevergoeding dient rekening te worden gehouden met het gegeven dat de primaire prestatie pas bij opeisbaarheid zou zijn verkregen. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 276; De Vries 1997, p. 111-112; De Jong 2006, p. 63. Zie ook art. 6:80 lid 2 BW.

111 Zie respectievelijk art. 6:265 lid 1 BW en art. 6:87 lid 2 BW.

112 Is op de voet van art. 6:58 BW sprake van schuldeisersverzuim, dan ontbreekt de voor het instellen van een vordering tot vervangende schadevergoeding vereiste toerekenbaarheid, terwijl de mogelijkheid tot ontbinding is uitgesloten op grond van art. 6:266 BW. Voor meer voorbeelden van situaties waarin de ontbindingsbevoegdheid kan ontbreken: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 686.

op grond van art. 37 lid 1 Fw tevens het recht verliest om nakoming te vorderen, voegt hieraan dan ook betrekkelijk weinig toe. Het enige verschil dat ik op dit punt zie, is dat zonder het verlies van de nakomingsvordering denkbaar zou zijn dat de curator in een later stadium besluit toch te willen nakomen en vóórdat de wederpartij het contract heeft ontbonden of haar vordering heeft omgezet in een vordering tot schadevergoeding, alsnog – onder aanbieding van betaling van verschuldigde schadevergoeding en kosten – behoorlijk nakomt en zo het verzuim zuivert.[113] In zoverre zou zónder de regeling van art. 37 lid 1 Fw nog onzekerheid blijven bestaan en voegt zij dus iets toe aan het gemene recht.

Goed beschouwd maakt het verlies van de nakomingsvordering niet-gestanddoening door de curator onomkeerbaar, waarmee in de regel aan alle onzekerheid aan de zijde van de wederpartij een einde komt.[114] Men kan zich afvragen wat hiervoor de rechtvaardiging is, met name in die gevallen waarin het verstrijken van de termijn zonder dat de curator zich tot nakoming van de overeenkomst bereid heeft verklaard, op grond van het gemene recht níet tot gevolg heeft dat de wederpartij tot ontbinding of omzetting bevoegd is. Zonder de regeling van art. 37 lid 1 Fw zou zij in die gevallen immers nimmer de mogelijkheid hebben gehad zich van de hier bedoelde onzekerheid te ontdoen. Belangrijker is evenwel dat aan het verlies van het recht om nakoming te vorderen in potentie allerlei additionele – van het gemene recht afwijkende en voor de curator nadelige – rechtsgevolgen verbonden zijn, die met het beëindigen van bij de wederpartij bestaande onzekerheid niets van doen hebben en waarvoor (dus) evenmin rechtvaardiging bestaat. Ik kom hier in § 4.7.1 op terug.

3.3.5.3 De positie van de wederpartij indien de curator gestanddoening weigert

Aan het slot van dit hoofdstuk besteed ik nog enige aandacht aan de vraag wat voor de wederpartij de meest verkieslijke route is in het geval dat de curator zich níet bereid verklaart de overeenkomst na te komen. Evenals ingeval op datum faillissement alleen op de schuldenaar (nog) een prestatieplicht rust, geldt hier dat het beslissingsproces primair wordt gedicteerd door de regel dat de wederpartij haar contractuele aanspraken slechts door verificatie geldend kan maken.[115] Het feit dat het gaat om een contract dat van beide zijden nog niet integraal is nagekomen, voegt hieraan evenwel een extra dimensie toe. Dit geldt in het bijzonder indien door de schuldenaar reeds in zekere mate is gepresteerd. De wederpartij dient zich in dat geval rekenschap te geven van het feit dat de

113 Zie art. 6:86 BW. De redelijkheid en billijkheid kunnen evenwel meebrengen dat zuivering van het verzuim niet langer mogelijk is, bijvoorbeeld wanneer de wederpartij heeft medegedeeld geen nakoming meer te wensen, maar zich nog te willen beraden over de vraag of zij vervangende schadevergoeding wil vorderen of het contract wil ontbinden; zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 307.

114 Maar niet steeds: indien de gefailleerde een natuurlijk persoon is, zal het verlies van de nakomingsvordering aan de zijde van de curator – althans in theorie – slechts van tijdelijke aard zijn, namelijk zolang het faillissement duurt. Hetzelfde geldt indien een akkoord in de lucht hangt, maar faillissementsakkoorden komen in de praktijk maar weinig voor; zie Wessels Insolventierecht VI 2010, par. 6003; Soedira 2011, p. 16. In de regel betekent een faillissement het einde van de schuldenaar-rechtspersoon. Zie nader § 4.7.1.2.1.

115 Zie art. 26 Fw.

uitoefening van de bevoegdheid tot (algehele) *ontbinding* met zich kan brengen dat zij jegens de curator verplicht wordt die prestaties ongedaan te maken of – indien ongedaanmaking van die prestaties naar hun aard niet mogelijk is – de waarde daarvan te vergoeden. Ik geef een voorbeeld, waarbij ik de casus die is uiteengezet in de memorie van toelichting bij het huidige art. 37 Fw tot uitgangspunt neem.[116]

Wat is het geval? Door de schuldenaar is een koopcontract gesloten op basis waarvan de gekochte zaken hem in drie partijen zullen worden geleverd, de eerste op 1 januari, de tweede op 1 februari en de derde op 1 maart. Ook de koopsom is in drie termijnen opgedeeld, telkens binnen twee weken na aflevering te betalen. De eerste twee partijen zijn op datum faillissement reeds geleverd, maar slechts de eerste is betaald omdat de schuldenaar meent dat de tweede partij gebreken vertoont. De derde partij is nog niet geleverd en hoeft dat ook nog niet te zijn, omdat de daarvoor bepaalde termijn nog niet is verstreken.

Daags na het uitspreken van het faillissement stelt de wederpartij de curator een redelijke termijn om zich omtrent gestanddoening uit te laten. De curator verklaart daarop niet tot gestanddoening bereid te zijn, zodat de wederpartij zich – voor wat betreft de derde termijn onder verwijzing naar art. 7:34 BW of de algemene regeling van art. 6:80 lid 1 sub b BW[117] – op het standpunt kan stellen dat de wanprestatie aan de zijde van de boedel (bij voorbaat) vaststaat. De memorie van toelichting stelt dat de wederpartij nu:

> '[zal] kunnen kiezen tussen ontbinding en vervangende schadevergoeding. Of ontbinding ter zake van de derde partij voordeliger voor haar is, zal vooral een kwestie zijn van prijsverloop; men zie echter artikel 6.5.4.21 [art. 6:278 BW]. Ten aanzien van de tweede partij zal zij er voorts rekening mee moeten houden dat zij door ontbinding slechts een persoonlijke vordering tot teruglevering daarvan verkrijgt uit artikel 6.5.4.14 [art. 6:271 BW]. Dat kan een reden zijn om niet te ontbinden, maar te volstaan met het indienen ter verificatie van de vordering tot nakoming van de tweede termijn met schadevergoeding, aangenomen dat de klachten ter zake van deze partij ongegrond blijken.'[118]

Hoe hierover te oordelen? De opmerking dat de wederpartij de keuze heeft tussen ontbinding en omzetting in een vordering tot *vervangende schadevergoeding* lijkt mij op een vergissing te berusten. De wederpartij heeft immers aanspraak op de betaling van een geldsom, zodat een vordering tot vervangende schadevergoeding mij niet aan de orde lijkt te zijn. Evenmin zal zij *nakoming* kunnen vorderen, althans voor zover het de *derde* partij betreft. Tot de op grond van art. 7:34 BW of art. 6:80 BW vervroegd ingetreden gevolgen van niet-nakoming behoort immers níet het recht om nakoming te vorderen.[119] De wederpartij rest ter zake van de

116 Zie Kortmann & Faber 1995, p. 96-97.
117 Het verzuim treedt in dit geval ten aanzien van de derde termijn niet rechtstreeks in op grond van art. 6:83 sub c BW, doordat die verbintenis niet onder opschortende *tijdsbepaling*, maar onder opschortende *voorwaarde* is aangegaan ('betaling binnen twee weken na aflevering'), zodat de regeling van art. 6:40 sub a BW niet geldt; zie § 3.3.3.1.
118 Zie de MvT bij art. 37 Fw, Kortmann & Faber 1995, p. 97.
119 Zie § 3.3.5.2.2.

derde partij dan ook niet veel anders dan *ontbinding* en indiening van haar op de voet van art. 133 Fw op waarde geschatte ongedaanmakingsvordering, eventueel gecombineerd met een vordering tot aanvullende schadevergoeding, zo daartoe grond bestaat.

Ter zake van de *tweede* partij heeft de wederpartij de keuze tussen *nakoming* en *ontbinding*, waarbij prijsverloop inderdaad een rol kan spelen. Is de waarde van de geleverde goederen in het economisch verkeer gelijk gebleven of *gedaald*, dan kan de wederpartij volstaan met het handhaven van haar vordering tot *nakoming.* Indien de marktprijs daarentegen juist is *gestegen*, lijkt op het eerste gezicht ontbinding in de rede te liggen, omdat de vordering tot ongedaanmaking op grond van art. 37a Fw wordt geverifieerd voor de waarde op het moment waarop zij ontstaat.[120] Nu de uitoefening van de bevoegdheid tot ontbinding in faillissement – zoals de memorie van toelichting terecht stelt – nimmer tot werkelijke ongedaanmaking kan leiden, mag mijns inziens echter al snel worden aangenomen dat de wederpartij die bevoegdheid louter tactisch gebruikt om zo een ten gunste van haar opgetreden wijziging in de waardeverhouding tussen hetgeen over en weer bij ongedaanmaking moet worden verricht, te verzilveren. In dat geval zal de partiële ontbinding ter zake van de tweede partij weliswaar standhouden, maar is de wederpartij op grond van art. 6:278 BW tot bijbetaling verplicht. In § 3.3.4.2.2 kwam aan de orde dat zij deze exercitie in een dergelijk geval beter achterwege kan laten, nu zij dan hooguit door middel van een beroep op opschorting of verrekening kan bewerkstelligen dat zij niet door de curator tot bijbetaling wordt genoodzaakt, om voor haar vordering tot ongedaanmaking naar de verificatievergadering te worden verwezen. Ter zake van de tweede partij lijkt de indiening van een vordering tot *nakoming* voor de wederpartij dus in alle gevallen de meest interessante optie te zijn, eventueel in combinatie met een vordering tot schadevergoeding.[121]

Stel nu dat de schuldenaar niet als koper maar als *verkoper* optreedt en hij de koopsom voor de tweede partij reeds bij vooruitbetaling heeft ontvangen, maar nog niet aan zijn leveringsplicht heeft voldaan. Bij gelijk blijvende prijzen kan de wederpartij dan ofwel haar vordering tot nakoming indienen, ofwel – indien zij er zeker van wil zijn dat de schuldenaar niet na afloop van het faillissement alsnog met toepassing van art. 6:86 BW nakomt – de overeenkomst ontbinden of haar vordering tot nakoming omzetten in een vordering tot vervangende schadevergoeding, gevolgd door de verificatie van haar daaruit voortvloeiende aanspraken. Is sprake van een *prijsstijging*, dan doet de wederpartij er verstandig aan haar vordering tot nakoming om te zetten in een vordering tot *vervangende schadevergoeding.* Zij loopt dan niet langer het risico dat de schuldenaar op een later moment alsnog nakomt en profiteert dan bovendien van de stijging van de marktprijs, doordat de vordering tot vervangende schadevergoeding op grond van art. 37a Fw wordt geverifieerd voor haar waarde op het moment dat zij ontstaat.[122] Is sprake van een *prijsdaling*, dan lijkt een *ontbinding* ter zake van de

120 Zie § 4.7.4.2.4.
121 Ook in de MvT wordt deze optie gesignaleerd; zie Kortmann & Faber 1995, p. 97.
122 Zie § 4.7.4.2.4.

tweede partij in de rede te liggen, zij het dat onzeker is of de (ratio van de) regel van art. 6:278 BW haar in dat geval niet tot bijbetaling noopt. De meest veilige route lijkt dan ook te zijn de indiening van een vordering tot *nakoming*.[123]

Algehele ontbinding

Tot slot nog de mogelijkheid dat de wederpartij tot *algehele* ontbinding overgaat. In de memorie van toelichting wordt er in dit kader op gewezen dat het antwoord op de vraag of dit is toegestaan afhankelijk is van de samenhang tussen de prestaties. Is de waarde van de drie partijen samen groter dan de opstelsom van de waarden van de drie partijen afzonderlijk, dan is denkbaar dat de partiële wanprestatie aan de zijde van de boedel toch een algehele ontbinding rechtvaardigt, aldus de Toelichting. Daar lijkt mij geen speld tussen te krijgen.[124] Men zij er evenwel op bedacht dat de wederpartij hiermee in geval van prijsfluctuaties niet alleen de met art. 6:278 BW samenhangende problematiek ter zake van de *tweede* partij binnenhaalt, maar tegelijkertijd vergelijkbare problemen ter zake van de *eerste* partij in het leven roept. Op grond van art. 6:271 BW zullen ten aanzien van die partij over en weer ongedaanmakingsverbintenissen ontstaan en nu op de rechtsverhouding die daardoor tussen de schuldenaar c.q. diens curator en de wederpartij ontstaat de regels omtrent wederkerige overeenkomsten níet analogisch kunnen worden toegepast,[125] kan de wederpartij in dat geval niet beschikken over de in de artikelen 6:262 en 6:263 BW neergelegde opschortingsrechten. Zij dient dan dus terug te vallen op het algemene opschortingsrecht van art. 6:52 BW en de bevoegdheid tot verrekening, met alle onzekerheden van dien.[126]

Zou de casus wederom worden gewijzigd in die zin dat de schuldenaar níet als koper maar als *verkoper* optreedt en hij de koopsom voor de tweede partij reeds bij vooruitbetaling heeft ontvangen, maar nog niet aan zijn leveringsplicht heeft voldaan, dan is na een *algehele* ontbinding verrekening van de over en weer ontstane ongedaanmakingsverplichtingen in ieder geval uitgesloten. In dat geval staan immers ongelijksoortige prestaties – de verplichting tot terugbetaling van de koopsom versus die tot teruglevering – tegenover elkaar, hetgeen niet door de wederpartij kan worden geëcarteerd door omzetting in een vordering tot schadevergoeding, aangezien het juist de vordering van de *schuldenaar* is die dient te worden omgezet.[127] Het in de memorie van toelichting bij art. 37 Fw geuite optimisme over de mogelijkheid van verrekening op de voet van art. 53 Fw nadat de wederpartij een reeds ten dele uitgevoerde overeenkomst *algeheel* heeft ontbonden,[128] lijkt mij om deze reden niet geheel op zijn plaats.

123 Zie nader § 3.3.4.2.2.
124 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 696.
125 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 1031, alsmede § 4.4.2.2.2.
126 Zou de wederpartij in de gegeven omstandigheden wél een beroep op de artikelen 6:262 en 6:263 BW kunnen doen, dan zou dat haar positie versterken doordat de hierin neergelegde opschortingsrechten op grond van art. 6:264 BW ook kunnen worden uitgeoefend ingeval nakoming blijvend onmogelijk is geworden.
127 Vgl. Verschoof 1992, p. 56.
128 Zie Kortmann & Faber 1995, p. 96.

4 De regeling van art. 37 Fw nader beschouwd

4.1 Inleiding

Art. 37 Fw vormt de kern van de regeling voor de afwikkeling van overeenkomsten tijdens faillissement. Art. 37 lid 1 Fw bepaalt dat indien sprake is van een wederkerige overeenkomst die ten tijde van de faillietverklaring door zowel de schuldenaar als door zijn wederpartij in het geheel niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen en de curator zich niet binnen een hem daartoe door de wederpartij gestelde redelijke termijn bereid verklaart de overeenkomst gestand te doen, hij het recht verliest zijnerzijds nakoming van de overeenkomst te vorderen. Voor het geval dat de curator zich wél tot nakoming bereid verklaart, bepaalt art. 37 lid 2 Fw dat hij verplicht is bij die verklaring voor nakoming zekerheid te stellen. In § 3.3.5.1 kwam aan de orde dat met de regeling van art. 37 Fw primair wordt beoogd de wederpartij een instrument te bieden om een einde te maken aan de onzekere situatie waarin zij als gevolg van het faillissement van haar contractpartij kan komen te verkeren. Daarbij is tevens onderzocht in hoeverre art. 37 Fw iets toevoegt aan de mogelijkheden die het gemene recht de wederpartij biedt om de daarmee nagestreefde doelstellingen te verwezenlijken. In dit hoofdstuk wordt de regeling van art. 37 Fw nader geanalyseerd. Daarnaast worden tal van aanpalende onderwerpen aan de orde gesteld, die niet zozeer door art. 37 Fw worden bestreken, maar daarmee wel in meer of mindere mate in verband staan.

In § 4.2 worden de verschillende functies van art. 37 Fw in kaart gebracht en wordt de veranderende rol die art. 37 Fw binnen faillissement vervult, geplaatst tegen de achtergrond van de relevante ontwikkelingen in het burgerlijk recht sinds de inwerkingtreding van de Faillissementswet. In § 4.3 wordt de regeling van art. 37 Fw zoals die gold tot 1 januari 1992 geschetst en wordt uiteengezet wat de beweegredenen van de wetgever waren om de bepaling bij gelegenheid van de invoering van het huidige BW ingrijpend te wijzigen. In § 4.4 wordt de regeling belicht vanuit het perspectief van de wederpartij, waarbij onder meer aandacht wordt besteed aan de verschillende vereisten voor een beroep op art. 37 Fw en aan de verhouding van die bepaling tot de artikelen 38 t/m 40 Fw. In § 4.5 wordt aandacht besteed aan het *keuzerecht* van de curator, dat tevens in art. 37 Fw tot uitdrukking komt. Onderzocht wordt wat de reikwijdte van dit keuzerecht is, welke factoren bij het maken van een keuze een rol spelen, welke formaliteiten de curator in dit kader in acht dient te nemen en zijn persoonlijke aansprakelijkheid jegens de schuldeisers ingeval diens keuze verkeerd uitpakt.

In § 4.6 worden de consequenties van een bereidverklaring van de curator geanalyseerd. Aan bod komen de status van de vorderingen die de wederpartij aan de overeenkomst ontleent en de uit art. 37 lid 2 Fw voortvloeiende verplichting van de curator om voor nakoming zekerheid te stellen. Ten aanzien van beide aspecten van de regeling van art. 37 Fw worden voorstellen tot wijziging gedaan. Tevens wordt stilgestaan bij de situatie dat de curator zich uit eigen beweging tot nakoming bereid verklaart en bij het geval dat hij de overeenkomst stilzwijgend gestand doet. Tot slot wordt enige aandacht besteed aan de aansprakelijkheid van de curator jegens de wederpartij indien hij in de nakoming van een door hem gestand gedane overeenkomst tekortschiet.

Aansluitend behandel ik in § 4.7 de situatie dat de curator zich níet tot nakoming bereid verklaart. Op grond van art. 37 lid 1 Fw verliest hij dan het recht om nakoming te vorderen. Geanalyseerd wordt wat de potentiële consequenties hiervan zijn, welke analyse uitmondt in een suggestie tot aanpassing van art. 37 Fw op dit punt. Ook hier wordt stilgestaan bij de situatie dat de curator buiten het kader van art. 37 Fw kenbaar maakt niet tot nakoming bereid te zijn en aan het geval dat dit uit de omstandigheden moet worden afgeleid. Tevens wordt ruim aandacht besteed aan de bevoegdheden die de wederpartij in dit geval ten dienste staan, waarbij de regeling van art. 37a Fw een prominente plaats inneemt.

In § 4.8 staan die overeenkomsten waaruit verbintenissen voortvloeien die uitsluitend door de gefailleerde *persoonlijk* kunnen worden nagekomen centraal. Het hoofdstuk wordt in § 4.9 afgesloten met een analyse van de werking van art. 37 Fw in de bijzondere situatie dat beide partijen bij het contract in staat van faillissement verkeren.

4.2 De verschillende functies van art. 37 Fw

Verschillende functies van art. 37 Fw kunnen worden onderscheiden, waarvan sommige in de loop der tijd aan belang hebben ingeboet of zelfs geheel verloren zijn gegaan. Ik zet de belangrijkste op een rij.

Onder het recht van vóór 1 september 1896 – op welke dag de Faillissementswet in werking trad – bestond grote onduidelijkheid over de afwikkeling van aan beide zijden nog niet geheel nagekomen overeenkomsten tijdens faillissement. Deze onduidelijkheid werd met name veroorzaakt door het geheel ontbreken van een regeling van dit onderwerp in het Wetboek van Koophandel.[1] Illustratief is de volgende passage in de memorie van toelichting bij de Faillissementswet:

> ‘Een der grootste gebreken van de tegenwoordige regeling van het faillissement is wel hierin gelegen, dat het Wetboek van Koophandel nagenoeg geheel zwijgt over de gevolgen der faillietverklaring op het gebied van het materiëele recht, over den invloed dien de faillietverklaring uitoefent op de rechtsbetrekkingen waarin de schuldenaar tot anderen staat. Welke rechten zij, wier vordering niet bloot gericht is op voldoening uit den boedel, in het faillissement kunnen

1 Zie De Marez Oyens 1883, p. 87-107; Van der Feltz I, p. 410, noot 1; Van Nievelt 1907, p. 26-27.

> uitoefenen, wordt nergens aangewezen; in hoeverre bestaande verbintenissen gewijzigd of ongewijzigd blijven voortbestaan, vervallen of ontbonden kunnen worden is nergens uitgemaakt.'[2]

Met de invoering van art. 37 (oud) Fw werd meer duidelijkheid gecreëerd, mede door de formulering van een aantal algemene uitgangspunten in de memorie van toelichting bij die bepaling. Aldus functioneerde art. 37 (oud) Fw voor de wetgever als een kapstok om zijn visie met betrekking tot de afwikkeling van wederkerige overeenkomsten tijdens faillissement aan op te hangen. In zekere mate geldt hetzelfde onder het huidige recht. De memorie van toelichting bij art. 37 Fw bevat een uitvoerig exposé over de diverse wettelijke mogelijkheden die zowel de wederpartij als de curator ten dienste staan indien sprake is van een overeenkomst die over en weer nog niet geheel is nagekomen. Art. 37 Fw zelf speelt in die beschouwingen slechts een bescheiden rol.

Blijkens de memorie van toelichting werd art. 37 (oud) Fw primair in het leven geroepen als een faciliteit voor de wederpartij om een einde te maken aan de onzekere situatie waarin zij als gevolg van het faillissement van haar contractpartij komt te verkeren:

> 'Wanneer daarentegen de wederkeerige overeenkomst ten tijde van de faillietverklaring zoowel door den gefailleerde als door den aan hem verbonden persoon nog in het geheel niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen, wordt de positie van den mede-contractant door het faillissement een uiterst moeilijke. Zeer zeker zal hij zijnerzijds niet behoeven te praesteeren, zoolang de curator zich niet bereid verklaart de verplichtingen des gefailleerden ten volle te vervullen, zal men nimmer kunnen beweren dat hij verplicht zoude zijn zijne verbintenis na te komen om dan voor de contra-praestatie des gefailleerden eene concurrente vordering tegen den boedel te verkrijgen, maar desalniettemin zal hij al het nadeel daarvan ondervinden, dat hij niet a priori weet, wat de curator op den dag der vervulling zal doen, of deze zal nakomen, dan wel het in het belang van de boedel achten om in gebreke te blijven en zich bloot te stellen aan eene ontbindings- of schadevergoedingsactie, welke laatste de mede-contractant niet anders dan als concurrent schuldeischer zal kunnen doen gelden. Die onzekerheid omtrent den definitieven uitslag, die hem noodzaakt op beide eventualiteiten, zowel van nakoming als niet-nakoming, voorbereid te zijn, kan hem groote schade toebrengen, vooral wanneer de overeenkomst in een koop of verkoop op termijn bestaat. Moet hij zich al dan niet gereed houden tot leveren? Zal hem al dan niet door den curator, die de zaken des gefailleerden heeft voortgezet, geleverd worden? Moet hij in verband daarmede al dan niet maatregelen nemen om van elders te betrekken wat hij van den failliet bedongen heeft? De billijkheid vordert dus den mede-contractant het recht toe te kennen, dat hem kenbaar gemaakt worde, waaraan hij zich te houden heeft, als het faillissement van den kooper of den verkooper hem daaromtrent in onzekerheid brengt. Artikel 37 omschrijft en normeert dit recht.'[3]

2 Zie de algemene MvT bij de Tweede Afdeling, Van der Feltz I, p. 339.
3 Van der Feltz I, p. 409.

Bijzonder veel voegt art. 37 Fw op dit punt niet meer toe aan het gemene recht. Ook zonder de regeling van art. 37 Fw kan de curator een redelijke termijn worden gesteld waarbinnen hij dient aan te geven of hij het contract al dan niet wenst uit te voeren. Blijft een positieve reactie binnen de gestelde termijn uit, dan heeft de wederpartij in de regel op grond van art. 6:83 jo art. 6:265 BW de mogelijkheid zich door ontbinding van het contract te ontdoen, waarna zij niet langer tot nakoming kan worden aangesproken.[4] Voor de wederpartij die nakoming prefereert, is bij het enkele verstrijken van de gestelde termijn zonder dat de curator zich omtrent gestanddoening heeft uitgelaten natuurlijk nog niet geheel zeker dat de curator niet tot nakoming bereid is, maar de hier bedoelde onzekerheid bestaat na het ongebruikt verstrijken van een termijn in de zin van art. 37 Fw evenzeer.

Uit het hiervoor weergegeven citaat blijkt dat de wetgever tot uitgangspunt nam dat de wederpartij bij een wederzijds nog niet geheel uitgevoerde overeenkomst, niet behoeft te presteren zolang de curator zich niet tot nakoming bereid heeft verklaard. In wezen gaat het hier om een opschortingsrecht. Dit is opvallend aangezien het Burgerlijk Wetboek van 1838 geen algemeen opschortingsrecht kende.[5] Weliswaar vormde de opname van de opschortingsrechten in het huidige BW de neerslag van de rechtsontwikkeling op dit terrein, maar deze kwam pas tegen het einde van de eerste helft van de 20e eeuw op gang.[6] Aldus werd de wederpartij in faillissement bijzondere bescherming geboden die zij daarbuiten niet had. Niet geheel duidelijk is of de wetgever bedoeld heeft de wederpartij los van de werking van art. 37 Fw een opschortingsrecht toe te kennen of dat hij juist art. 37 Fw zélf zag als een middel om het recht van de wederpartij om niet te hoeven presteren tegen slechts een percentage van haar vordering, te waarborgen. Hoewel de formulering in de memorie van toelichting tendeert naar de eerste opvatting, zijn er ook aanwijzingen in andere richting. Zo geeft het Regeeringsantwoord bij art. 2 van de Invoeringswet het voorbeeld van een verkoper die door de curator tot levering wordt aangesproken:

> 'De eerste bepaling [art. 37 (oud) Fw] stelt hem [de verkoper] geen fatalen termijn, waarbinnen hij de aldaar bedoelde sommatie moet doen, en wordt dus levering van hem gevorderd, dan kan hij door alsnog die sommatie te doen, zich voor alle schade vrijwaren.'[7]

Illustratief is tevens de volgende – enigszins hybride – passage uit het in 1907 verschenen proefschrift van Van Nievelt:

> 'Het spreekt echter vanzelf dat hij dan ook aan de wederpartij datgene moet aanbieden, waarop zij recht heeft, m.a.w. slechts dan, wanneer de curator haar integrale voldoening biedt en haar, gelijk

4 Zie nader § 3.3.5.2.2.
5 Het oud BW kende ter zake van tegenover elkaar staande verbintenissen alleen een opschortingsrecht bij koop (art. 1514 (oud) BW) en ruil (art. 1582 (oud) BW).
6 Zie Streefkerk 2006, p. 1 en 2. In HR 30 juni 1978, *NJ* 1978, 693, m.nt. GJS en WHH (*Theunissen/Verstappen*) kende de Hoge Raad voor de eerste maal aan een contractpartij een opschortingsrecht toe zónder daarbij aansluiting te zoeken bij een specifieke wettelijke (opschortings)bepaling.
7 Van der Feltz I, p. 509.

> art. 37 voorschrijft, voor de richtige nakoming zekerheid stelt, zal de wederpartij daardoor gebonden zijn van haar kant aan haren verplichtingen te voldoen. Biedt hij minder, belooft hij slechts integrale voldoening zonder zekerheidstelling, of wat ook mogelijk zou zijn, eischt hij van de wederpartij met voorbijziening der bepalingen van art. 37 nakoming van hare zijde, zonder zelf tot het voldoen van de verplichting van den boedel zich bereid te verklaren, dan kan de wederpartij dit aanbod, hetzij eenvoudig als ongedaan beschouwen, hetzij als antwoord den curator met de in art. 37 bedoelde sommatie aan boord komen.'[8]

Het ontbreekt aan gepubliceerde jurisprudentie over deze kwestie, zodat enigszins onduidelijk blijft op welke wijze de bescherming van de wederpartij op dit punt in de beginjaren van de Faillissementswet werd gerealiseerd. Hoe dit ook zij, met de intrede van de algemene opschortingsrechten in ons burgerlijk recht heeft art. 37 Fw, althans de toelichting bij die bepaling, de hier bedoelde beschermingsfunctie verloren. In de memorie van toelichting bij het huidige art. 37 Fw is de bewuste passage dan ook niet teruggekeerd.

Op grond van art. 37 Fw dient de curator die een overeenkomst gestand wenst te doen bij zijn bereidverklaring voor nakoming zekerheid te stellen. De gedachte hierachter is dat zo wordt voorkomen dat de curator lichtvaardig tot gestanddoening besluit.[9] Tegelijkertijd biedt zekerheidstelling de wederpartij het vertrouwen dat de curator inderdaad zal nakomen,[10] althans dat zij verhaal vindt voor een eventuele vordering tot (nakoming) vervangende schadevergoeding indien dat niet het geval is.[11] Met name dit laatste aspect heeft in de huidige faillissementspraktijk – waarin een boedelfaillissement eerder regel is dan uitzondering – nog (enige) betekenis. Ten aanzien van het eerste geldt mijns inziens veeleer dat niet zozeer de verplichting tot zekerheidstelling, als wel het risico van persoonlijke aansprakelijkheid de curator er doorgaans van zal weerhouden lichtvaardig tot gestanddoening over te gaan.[12]

Een laatste functie van art. 37 Fw die vermelding verdient, is dat de bepaling uitdrukking geeft aan het zogenaamde *keuzerecht* van de curator. Nadat de wederpartij de curator op basis van art. 37 Fw heeft verzocht zich omtrent gestanddoening uit te laten, is het aan de curator om te beslissen of de overeenkomst ondanks het faillissement wordt uitgevoerd. Zelfstandige betekenis heeft dit evenwel niet. Uit het wettelijk systeem volgt dat de curator die keuzebevoegdheid ook zonder de regeling van art. 37 Fw toekomt.[13]

---

8 Van Nievelt 1907, p. 56. Zie ook op p. 49-53 diens zoektocht naar de mogelijkheden om te ontsnappen aan de onbillijke consequenties die voor de contractuele wederpartij uit een faillissement kunnen voortvloeien, welke zoektocht uitmondt in de invoering van de regeling van art. 37 (oud) Fw. Zie voorts p. 126-127.

9 Zie de MvT, Van der Feltz I, p. 409.

10 Zie Van der Feltz I, p. 409; Kortmann & Faber 1995, p. 95.

11 Zie § 4.6.2.1.

12 Zie § 4.6.5.

13 Zie § 4.5.2.1.

4.3 Van art. 37 (oud) Fw naar het huidige art. 37 Fw

Het huidige art. 37 Fw dateert van 1 januari 1992. Het artikel diende opnieuw te worden bezien tegen de achtergrond van de artikelen in het nieuw BW die zien op de ontbinding van overeenkomsten in het algemeen en van andere bepalingen betreffende de gevolgen van niet-nakoming van verbintenissen.[14] Naast een aantal tekstuele aanpassingen heeft de bepaling ten opzichte van art. 37 (oud) Fw een tweetal inhoudelijke wijzigingen ondergaan. Waar op grond van het huidige art. 37 Fw de curator een *redelijke* termijn moet worden gegund om zich over het lot van de overeenkomst te beraden, gold onder art. 37 (oud) Fw een vaste termijn van acht dagen. Op de implicaties van deze wijziging kom ik in § 4.4.4 terug. Fundamenteler is de wijziging van de gevolgen die zijn verbonden aan een negatieve beslissing van de curator. Wanneer de curator zich onder vigeur van art. 37 (oud) Fw niet binnen de hem gestelde termijn bereid verklaarde de overeenkomst na te komen, verloor hij niet – zoals onder het huidige art. 37 Fw – het recht om nakoming te vorderen, maar was de overeenkomst van rechtswege ontbonden. De wederpartij resteerde dan slechts de mogelijkheid om voor haar vordering tot schadevergoeding in het faillissement op te komen.

De ontbinding van een overeenkomst op grond van art. 37 (oud) Fw was van geheel andere aard dan een gemeenrechtelijke ontbinding op grond van art. 1302 (oud) BW.[15] Een ontbinding ex art. 1302 (oud) BW had terugwerkende kracht en zakelijke werking.[16] Het gevolg daarvan was dat de partijen terugkeerden in de toestand alsof er geen overeenkomst was gesloten (*resolutio ex tunc*).[17] Hetgeen inmiddels over en weer was gepresteerd, diende als onverschuldigd betaald te worden gerestitueerd.[18] Ingeval restitutie niet meer mogelijk was, diende in plaats daarvan de waarde te worden vergoed. Met betrekking tot de consequenties van een ontbinding op grond van art. 37 (oud) Fw overwoog de Hoge Raad in de zaak Kastelijn q.q./Nijenhuis:

> 'dat mitsdien door de ontbinding van art. 37 F.W. wel voor de toekomst vervalt de verplichting tot levering van de eene partij en de daartegenover staande verplichting tot betaling van die

14 Zie de MvT, Kortmann & Faber 1995, p. 94.
15 Vgl. Polak 1963, p. 12-13.
16 Dezelfde gevolgen waren gekoppeld aan een ontbinding op grond van art. 38a (oud) Fw; zie art. 38a lid 2 (oud) Fw.
17 Zie art. 1301 (oud) BW. Art. 1302 (oud) BW ging uit van het systeem dat de wanprestatie van één van de contractpartijen de vervulling van een van rechtswege in de overeenkomst besloten liggende ontbindende voorwaarde tot gevolg had. Niettemin was de overeenkomst in een dergelijk geval níet van rechtswege ontbonden. Daarvoor was rechterlijke tussenkomst vereist. Deze in art. 1302 (oud) BW besloten liggende tegenstrijdigheid heeft aanleiding gegeven tot uitvoerig debat over de vraag welk element nu de ontbinding teweegbracht: de wanprestatie of het vonnis van de rechter. In de literatuur werd veelal aangenomen dat de rechter – op grond van de gepleegde wanprestatie – de ontbinding tot stand bracht. De heersende leer in de rechtspraak was daarentegen lange tijd dat de wanprestatie zélf de ontbinding tot gevolg had. Zo werd bijvoorbeeld in HR 3 december 1948, *NJ* 1949, 358, m.nt. PhANH, geoordeeld 'dat het vonnis, waarbij wordt vastgesteld dat wanprestatie heeft plaatsgevonden, niet zelf de overeenkomst ontbindt, doch tengevolge heeft, dat de overeenkomst reeds ontbonden werd door, en dus op het ogenblik van deze wanprestatie'. In HR 10 augustus 1992, *RvdW* 1992, 195 heeft de Hoge Raad deze leer verlaten en zo veel mogelijk aansluiting gezocht bij het stelsel van het nieuw BW, waarin niet de wanprestatie maar de rechterlijke uitspraak (of de schriftelijke partijverklaring) de overeenkomst ontbindt. Zie nader Asser-Hartkamp 4-II 1993, nr. 517a-517e.
18 Zie art. 1395 (oud) BW.

> toekomstige leveringen, maar dat hetgeen uit kracht van de getroffen overeenkomst geleverd is, als zoodanig bij koop bijvoorbeeld, als verkocht, geleverd blijft, en ook de tegenover die levering staande betalingsplicht door de ontbinding van art. 37 F.W. niet wordt aangetast.'[19]

Een ontbinding op grond van art. 37 (oud) Fw had volgens de Hoge Raad dus slechts tot gevolg dat de overeenkomst was ontbonden vanaf het moment dat vaststond dat de curator de overeenkomst niet gestand deed. De wederzijdse verplichtingen vervielen alleen voor de toekomst; inmiddels verrichte prestaties bleven in stand (*resolutio ex nunc*).[20] Deze interpretatie van de regeling van art. 37 (oud) Fw was in overeenstemming met het feit dat zij de wederpartij slechts de mogelijkheid bood om voor *schadevergoeding* (en niet met een restitutievordering) als schuldeiser in het faillissement op te komen.[21] Het ging dan om schadevergoeding ter zake van geleden verlies of gederfde winst doordat het contract *voor de toekomst* was ontbonden. De vóór het moment van ontbinding verrichte prestaties dienden in evenwicht te worden gebracht. De partij die het meeste had gepresteerd, kon van de andere partij *nakoming* verlangen van haar daartegenover staande verplichtingen.[22] Was de *schuldenaar* gehouden het evenwicht te herstellen, dan kon de wederpartij haar daarmee corresponderende vordering ter verificatie aanmelden. Resteerde juist een verplichting van de *wederpartij*, dan kwalificeerde die als een bate van de boedel die door de curator kon worden geïncasseerd, zij het dat de wederpartij onder omstandigheden bevoegd was een eventuele vordering tot schadevergoeding vanwege het tenietgaan van het contract voor de toekomst, in verrekening te brengen.[23]

Vóór de invoering van de Faillissementswet bestond enige tijd discussie over de vraag of de mogelijkheid tot ontbinding ex art. 1302 (oud) BW wel tijdens faillissement kon worden uitgeoefend.[24] Deze discussie leek te zijn aangewakkerd door een vonnis van de Rechtbank Heerenveen van 18 februari 1880, waarin de rechtbank had geoordeeld dat het recht op ontbinding als gevolg van het faillissement verloren gaat.[25] Bij arrest van 16 december 1881 oordeelde de Hoge Raad evenwel dat een contractpartij ook tijdens het faillissement van haar wederpartij de mogelijkheid tot ontbinding op grond van art. 1302 (oud) BW behoudt.[26]

Het feit dat art. 37 (oud) Fw een geheel eigen ontbindingsmechanisme kende, had op dit punt geen koerswijziging tot gevolg. Een bepaling die een beroep op art. 1302 (oud) BW tijdens faillissement uitsloot, was door Molengraaff wel

---

19 Zie HR 16 maart 1917, *NJ* 1917, p. 455.
20 In deze zin ook: Hof Den Bosch 22 mei 1917, *NJ* 1918, p. 131.
21 Zie art. 37 lid 1 (oud) Fw. Zij was tevens in lijn met wat Molengraaff hierover reeds in zijn eerste deel van *De Faillissementswet* ten aanzien van art. 37 (oud) Fw schreef: 'De ontbinding heeft ten gevolge, dat "de wederpartij voor schadevergoeding als concurrent schuldeiser kan optreden". Eene terugkeer van de zaken in den toestand als ware geen overeenkomst gesloten (*restitutio in integrum* of zoogen. *resolutio ex tunc*) wordt door deze bepaling uitgesloten.' Zie Molengraaff 1898, p. 175.
22 Zie ook Verschoof 1992, p. 58.
23 Zie art. 53 lid 1 Fw. Was de wederpartij echter bijvoorbeeld gehouden aan de schuldenaar bepaalde zaken te leveren, dan stuitte een beroep op verrekening van die schuld met haar schadevergoedingsvordering af op het in art. 1463 lid 1 (oud) BW neergelegde vereiste van gelijksoortigheid van prestaties. Vgl. art. 6:127 lid 2 BW.
24 Er werden zelfs twee proefschriften aan deze materie gewijd; zie Waalkens 1884 en Haanebrink 1885.
25 Zie Rb. Heerenveen 18 februari 1880, *W.* 4476.
26 Zie HR 16 december 1881, *W.* 4721.

voorgesteld, maar heeft het ontwerp dat uiteindelijk door de Commissie tot Herziening van het Wetboek van Koophandel aan de Minister werd gepresenteerd, niet gehaald.[27] De keuze tussen art. 37 (oud) Fw en art. 1302 (oud) BW was in een voorkomend geval aan de wederpartij.[28] Onder omstandigheden kon het voor haar aanmerkelijk gunstiger zijn om géén beroep te doen op art. 37 (oud) Fw, maar zich te bedienen van het gemeenrechtelijke art. 1302 (oud) BW. Het ging dan om gevallen waarin de wederpartij vóór de intrede van het faillissement zaken aan de schuldenaar had geleverd, maar daarvoor nog geen betaling had ontvangen. Een beroep op art. 1302 (oud) BW had dan – vanwege de daaraan verbonden zakelijke werking – tot gevolg dat de wederpartij werd geacht steeds eigenaar van de desbetreffende goederen te zijn gebleven.[29] Die zaken konden dan vervolgens uit de boedel worden opgeëist.[30]

In de wetsgeschiedenis bij art. 37 (oud) Fw noch in het hiervoor genoemde arrest van de Hoge Raad inzake Kastelijn q.q./Nijenhuis uit 1917 wordt vermeld wat de reden was om aan een weigering van de curator om de overeenkomst gestand te doen het rechtsgevolg van ontbinding te koppelen en de gevolgen daarvan bovendien te laten afwijken van de gevolgen van een ontbinding op basis van het gemene recht. Ook Molengraaff laat zich hierover in zijn handboek niet uit.[31] De reden laat zich echter wel raden. Voor een ontbinding ingevolge art. 1302 (oud) BW was tussenkomst van de rechter vereist. Met het in art. 37 (oud) Fw neergelegde mechanisme werd voorkomen dat de wederpartij werd genoodzaakt tot het voeren van een kostbare en tijdrovende gerechtelijke ontbindingsprocedure.[32] Dit strookt met de bedoeling van de wetgever om de wederpartij een faciliteit te bieden op basis waarvan zij op eenvoudige wijze kan komen tot een afwikkeling van haar contractuele relatie met de schuldenaar. Ook de beperking van de gevolgen van de ontbinding geeft van die bedoeling blijk. Op beide partijen kwamen als gevolg van de ontbinding géén teruggave- of waardevergoedingsverplichtingen te rusten. De wederpartij kon zich ertoe beperken een vordering tot schadevergoeding ter verificatie in te dienen.

De huidige ontbindingsregeling – zoals opgenomen in art. 6:265 e.v. BW – wijkt in belangrijke mate af van die van art. 1302 (oud) BW. Zo is ontbinding tevens mogelijk in geval van een tekortkoming die niet aan de schuldenaar kan

27 Zie de Notulen der Commissie tot Herziening van het Wetboek van Koophandel VI, p. 67-69. Deze notulen bevinden zich in de Juridische Bibliotheek van de Universiteit Utrecht (Molengraaff-kast).

28 Vgl. HR 31 december 1908, *W.* 8790; HR 27 juni 1952, *NJ* 1953, 564, m.nt. PhANH (*Loorbach q.q./Van Streun*).

29 Zie in dit verband: Van Opstall 1952, in het bijzonder p. 245-250; Korthals Altes 1985, p. 107. Zie tevens HR 10 december 1943, *NJ* 1944, 159; HR 5 mei 1950, *NJ* 1951, 1. Vgl. Hof Amsterdam 5 maart 1980, *NJ* 1982, 386, waarin werd beslist dat een beroep in faillissement op de zakelijke werking van art. 1302 (oud) BW niet onrechtmatig was jegens een preferente crediteur.

30 Zie art. 25 Fw. Door verschillende schrijvers werd dit beschouwd als een ontoelaatbare inbreuk op de *paritas creditorum.* Zie bijvoorbeeld Scholten 1914, p. 210 e.v.; Polak 1972, p. 130. Zie voorts de Notulen der Commissie tot Herziening van het Wetboek van Koophandel VI, p. 68, die zich bevinden in de Juridische Bibliotheek van de Universiteit Utrecht (Molengraaff-kast). Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 700. Anders: Van Opstall 1952, p. 249-250.

31 Zie Molengraaff 1898, p. 175.

32 Vgl. Van Nievelt 1907, p. 71. Overigens werd in de praktijk kennelijk ook de ontbindingsprocedure van art. 1302 (oud) BW in geval van faillissement veelal niet formeel doorlopen, waarschijnlijk omdat de uitkomst in de regel toch op voorhand vaststond; zie Verschoof 1992, p. 52.

worden toegerekend (overmacht), kan zij niet alleen door een rechterlijke uitspraak maar ook door een buitengerechtelijke verklaring worden bewerkstelligd, heeft zij geen terugwerkende kracht en geen zakelijke werking meer en bestaat de mogelijkheid tot een gedeeltelijke ontbinding.[33] Welbeschouwd verschaft het huidige recht de wederpartij daarmee de mogelijkheid om op eenvoudige wijze de ontbinding van de overeenkomst te bewerkstelligen met exact dezelfde gevolgen als een ontbinding uit hoofde van art. 37 (oud) Fw: een partiële ontbinding *ex nunc*.[34] Er leek dan ook niet langer aanleiding te bestaan om die gevolgen bij een weigering van de curator om de overeenkomst gestand te doen automatisch te doen intreden. Evenals buiten faillissement kan volgens de memorie van toelichting aan de wederpartij de keuze worden gelaten of zij – indien de curator niet wil nakomen – gehele of gedeeltelijke ontbinding dan wel vervangende schadevergoeding wenst, al dan niet in combinatie met een vordering tot aanvullende schadevergoeding.[35] Dit is in overeenstemming met de hoofdregel dat het faillissement de overeenkomst niet raakt. Zowel voor een eventuele vordering tot ongedaanmaking, als voor een eventuele vordering tot schadevergoeding kan de wederpartij op grond van art. 37a Fw als schuldeiser in het faillissement opkomen.[36] Voor de onbetaald gebleven verkoper betekent dit een aanzienlijke verslechtering van zijn positie in faillissement. Bood het stipuleren van een eigendomsvoorbehoud de verkoper onder het oude recht maar weinig toegevoegde waarde, thans is dit veelal een absolute noodzaak om een verwijzing naar de verificatievergadering te ontlopen.[37]

Het feit dat de bevoegdheid tot ontbinding in geval van faillissement naar huidig recht uitsluitend kan worden gegrond op het gemene recht,[38] impliceert dat de mogelijkheid tot ontbinding door middel van een buitengerechtelijke verklaring in faillissement níet bestaat indien de wet dit niet toestaat. In dergelijke gevallen zal de wederpartij dus – in ieder geval formeel – wél een gerechtelijke ontbindingsprocedure moeten doorlopen.[39]

---

33 Zie achtereenvolgens de artikelen 6:265, 6:267, 6:269 en 6:270 BW. Art. 6:269 BW bepaalt overigens slechts dat ontbinding geen terugwerkende kracht heeft. De titel voor een verrichte levering blijft daarmee in stand, zodat de verkrijger ook na ontbinding eigenaar blijft. Hieruit volgt dat ontbinding naar huidig recht tevens zakelijke werking mist. De mogelijkheid tot gedeeltelijke ontbinding (art. 6:270 BW) werd onder omstandigheden reeds aangenomen onder het oude recht. Zie bijvoorbeeld HR 3 december 1948, *NJ* 1949, 358, m.nt. PhANH en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 694. Voor meer verschillen tussen beide ontbindingsregelingen: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 669. Zie voorts de MvT bij het huidige art. 37 Fw, Kortmann & Faber 1995, p. 94.

34 Vgl. de MvT bij het huidige art. 37 Fw, Kortmann & Faber 1995, p. 94, waar wordt gesteld dat 'de artikelen 6:265-278 BW veel beter dan het huidige art. 1302 BW op de faillissementssituatie zijn afgestemd'. Vgl. Verschoof 1992, p. 59-60.

35 Zie Kortmann & Faber 1995, p. 95.

36 Zie over art. 37a Fw § 4.7.4.2.

37 Zie Vriesendorp 1985, p. 70-73. Indien de termijn ex art. 7:44 BW nog niet is verstreken, kan ook een beroep op een recht van reclame in de zin van art. 7:39 BW nog uitkomst bieden.

38 Een uitzondering bevat art. 38a Fw.

39 Voorbeelden zijn art. 7:231 BW (huur), art. 7:686 BW (arbeidsovereenkomst), art. 7:905 BW (vaststellingsovereenkomst) en art. 11 lid 1 Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken. Voor huur- en arbeidsovereenkomsten speelt dit overigens geen grote rol, nu in de artikelen 39 en 40 Fw ten aanzien van deze contracten bijzondere opzeggingsbevoegdheden zijn neergelegd. Een ander voorbeeld is art. 44 lid 1 Wck. Weliswaar is daarin bepaald dat een overeenkomst als bedoeld in art. 30 lid 1 Wck slechts door rechterlijke tussenkomst kan worden ontbonden, 'behoudens het bepaalde in […] de artikelen 37 en 38a van de Faillissementswet', maar de verwijzing naar art. 37 Fw heeft mijns inziens onder het recht van ná 1 januari 1992 iedere betekenis verloren, aangezien een beroep op art. 37 Fw niet langer de ontbinding van de overeenkomst tot gevolg heeft.

Maar de wetgever heeft het niet bij de schrapping van de ontbinding van rechtswege (en de wijziging van de termijn van acht dagen in een redelijke termijn) gelaten. In art. 37 lid 1 Fw is bepaald dat de curator die zich niet tijdig tot gestanddoening bereid verklaart, het recht verliest om zijnerzijds nakoming van de overeenkomst te vorderen. De consequenties hiervan komen aan bod in § 4.7.1.

Het voorontwerp Insolventiewet
Het voorontwerp Insolventiewet bevat in art. 3.4.2 een regeling die op enkele punten afwijkt van het huidige art. 37 Fw. Aan deze afwijkingen zal op diverse plaatsen in dit hoofdstuk nadere aandacht worden besteed. De hiervoor beschreven wijzigingen ten opzichte van art. 37 (oud) Fw laat de Commissie insolventierecht intact. Een verbetering ten opzichte van de huidige regeling die op deze plaats vermelding verdient, is dat onder de regeling van het voorontwerp Insolventiewet *alle* overeenkomsten waarbij de insolvente schuldenaar partij is door middel van een buitengerechtelijke verklaring kunnen worden ontbonden, dus ook die waarvoor het gemene recht de tussenkomst van de rechter voorschrijft.[40] In zoverre wordt dan weer teruggekeerd naar hetgeen gold onder vigeur van art. 37 (oud) Fw.

4.4 Art. 37 Fw als faciliteit voor de wederpartij

4.4.1 Algemeen

In § 4.2 kwam aan de orde dat art. 37 Fw primair is bedoeld als faciliteit voor de wederpartij. De bepaling biedt de wederpartij de mogelijkheid zekerheid te verkrijgen omtrent de uitvoering van de overeenkomst. Daarnaast beoogt zij te waarborgen dat de wederpartij in geval van gestanddoening nakoming verkrijgt, althans voor eventuele schade is gevrijwaard.[41] Het gaat hier om een bevoegdheid, niet om een verplichting. Het is aan de wederpartij of zij van art. 37 Fw gebruik wenst te maken.[42]

Wanneer de wederpartij nakoming van de overeenkomst ambieert, kan zij er belang bij hebben de route van art. 37 Fw te bewandelen, aangezien daarmee niet alleen duidelijkheid ontstaat, maar tevens – en belangrijker – kan worden bereikt

40 Zie de artikelen 3.4.3 lid 1, 3.4.6 lid 1, 3.4.6a en 3.4.7.

41 Hierbij moet evenwel worden bedacht dat de wederpartij slechts voor schade zal zijn gevrijwaard ten belope van de waarde van haar vordering tot nakoming. Eventuele *aanvullende* schade is niet gedekt; zie § 4.6.2.3 en § 4.6.2.5.

42 Zie Hof Den Haag 28 januari 1908, *W.* 8684, waartegen het beroep in cassatie werd verworpen in HR 31 december 1908, *W.* 8790; Hof Amsterdam 26 mei 1910, *W.* 9091; Rb. Rotterdam 20 april 1921, *W.* 10756. Zie ook: Molengraaff-Star Busmann 1951, p. 213; Polak 1972, p. 134; Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2473; Verstijlen 2006a, p. 115; Van Zanten 2007, p. 48. Vgl. Rb. Den Bosch 28 december 2005, *JOR* 2006, 137. Wil een verkoper een hem toekomend recht van reclame uitoefenen, dan zal hij de curator op grond van art. 7:40 BW wel eerst een redelijke termijn moeten stellen om alsnog de koopprijs te betalen of voor betaling daarvan zekerheid te stellen, maar van een *rechtsplicht* tot termijnstelling is ook hier geen sprake; men spreekt wel van een *Obliegenheit.* De regeling van art. 7:40 BW is uitdrukkelijk bedoeld om de curator de mogelijkheid te geven de uitoefening van het recht van reclame in het belang van de boedel te doorkruisen; zie Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 284.

dat door de curator zekerheid voor nakoming wordt gesteld, welke zekerheid niet op basis van het gemene recht kan worden verkregen. Dit is anders indien de wederpartij voor het verkrijgen van de prestatie van de schuldenaar de medewerking van de curator niet nodig heeft. Hier kan met name worden gedacht aan situaties waarin op de schuldenaar een verbintenis tot een dulden rust – denk aan een overeenkomst waarbij aan de wederpartij gebruiksrechten met betrekking tot een tot de boedel behorende zaak zijn verleend[43] – of uit de overeenkomst louter verbintenissen voortvloeien die door de schuldenaar persoonlijk dienen te worden nagekomen.[44] Voorts is mogelijk dat de curator op basis van de wet tot nakoming gehouden is; ook dan heeft de wederpartij aan art. 37 Fw in beginsel geen behoefte.[45] Ten slotte is denkbaar dat de wederpartij de mogelijkheid heeft een ander dan de schuldenaar – bijvoorbeeld een bestuurder of een oprichter[46] – tot *nakoming* aan te spreken.

Wil de wederpartij juist van de overeenkomst af, dan kan het stellen van een redelijke termijn nuttig zijn als inleiding op een ontbinding van het contract, maar naar huidig recht lijkt zij de regeling van art. 37 Fw daarvoor veelal niet nodig te hebben.[47] Vaak zal bovendien reeds aan de vereisten voor ontbinding zijn voldaan of zal de wederpartij de mogelijkheid tot ontbinding ontlenen aan een beding in de overeenkomst. Termijnstelling heeft dan geen toegevoegde waarde.

Indien de wederpartij niet van haar bevoegdheid ex art. 37 Fw gebruikmaakt, is dat níet van invloed op de bevoegdheden die de partijen aan het contract ontlenen.[48] Is sprake van een tekortkoming aan de zijde van de schuldenaar, dan kan de curator wel met een beroep op art. 6:88 BW de wederpartij een redelijke termijn stellen waarbinnen zij dient aan te geven welke van de bevoegdheden die zij aan de tekortkoming ontleent, zij wenst in te zetten. Blijft een reactie binnen de termijn uit, dan kan de wederpartij in beginsel nog slechts aanspraak maken op schadevergoeding.[49]

---

43 Met deze categorie overeenkomsten is sinds HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. PvS (*Nebula*) echter wel de nodige voorzichtigheid geboden, aangezien de curator op basis van dit arrest mogelijk de bevoegdheid zal toekomen te wanpresteren onder de overeenkomst door de in gebruik gegeven zaak op te vorderen. Zie nader hoofdstuk 5.

44 Zie art. 37 lid 3 Fw, waarover meer in § 4.8.1.

45 Zie bijvoorbeeld art. 7:3 lid 3 sub g BW, waaruit volgt dat de regeling van de *Vormerkung* ook aan de curator kan worden tegengeworpen. Hierbij dient in het oog te worden gehouden dat in een voorkomend geval alleen het recht van de koper op *levering* is beschermd; zie HR 6 februari 2009, *NJ* 2009, 344, m.nt. A.I.M. van Mierlo (*ABN AMRO/Notaris X*). Ter zake van eventuele andere op de schuldenaar als verkoper rustende contractuele verplichtingen kan art. 37 Fw nog steeds een rol spelen. Zie nader Verstijlen en Visser 2009, p. 159-161, met verdere verwijzingen. Contracten waarbij in discussie is of uit de wet volgt dat de curator gehouden is tot nakoming, zijn bijvoorbeeld de vóór faillissement ingeschreven kwalitatieve verplichting en de huurovereenkomst waarbij de gefailleerde optreedt als verhuurder. Zie daarover respectievelijk § 5.5 en § 5.3.1.

46 Op basis van art. 2:180 lid 2 respectievelijk art. 2:203 BW.

47 Zie nader § 3.3.5.2.2.

48 Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2482 vermeldt dat uit Hof Amsterdam 26 mei 1910, *W.* 9091 is af te leiden 'dat de curator – wanneer de wederpartij geen gebruik heeft gemaakt van de in art. 37 lid 1 toegekende bevoegdheid – ook ontbinding kan vorderen'. Een dergelijke beslissing kan naar mijn mening níet uit het arrest worden afgeleid en zou in zijn algemeenheid bovendien onjuist zijn. Ontbinding door de curator is slechts mogelijk indien aan de gemeenrechtelijke vereisten voor ontbinding is voldaan. Zie tevens Molengraaff-Star Busmann 1951, p. 213, noot 5. Vgl. het Verslag van de Tweede Kamer met Regeeringsantwoord, Van der Feltz I, p. 411 en 412.

49 Zie nader over de regeling van art. 6:88 BW § 3.3.4.1.

4.4.2 Vereisten voor een beroep op art. 37 Fw

4.4.2.1 Inleiding

Niet iedere contractuele wederpartij van een failliete schuldenaar kan zich bedienen van art. 37 Fw. Het toepassingsgebied van art. 37 Fw is blijkens lid 1 beperkt tot

> 'wederkerige overeenkomst[en] [die] ten tijde van de faillietverklaring zowel door de schuldenaar als door zijn wederpartij geheel niet of slechts gedeeltelijk [zijn] nagekomen'.

In § 4.4.2.2 t/m 4.4.2.5 zal ik de verschillende vereisten die hierin besloten liggen aan een nadere beschouwing onderwerpen. Tot slot stel ik in § 4.4.2.6 de vraag aan de orde of hiernaast nog andere vereisten of belemmeringen voor een beroep op art 37 Fw bestaan.

4.4.2.2 Wederkerige overeenkomsten

4.4.2.2.1 Drie typen overeenkomsten

Het eerste vereiste dat in art. 37 Fw besloten ligt, is dat sprake dient te zijn van een *wederkerige* overeenkomst. De wet bepaalt in art. 6:261 lid 1 BW dat een overeenkomst wederkerig is 'indien elk van beide partijen een verbintenis op zich neemt ter verkrijging van de prestatie waartoe de wederpartij zich daartegenover jegens haar verbindt'. In deze definitie ligt besloten dat wederkerige overeenkomsten een ruilkarakter dragen, in die zin dat de over en weer op zich genomen *hoofd*verbintenissen van elkaar afhankelijk zijn.[50] Voorbeelden van (benoemde) wederkerige overeenkomsten zijn de overeenkomsten van koop, ruil en huur, de lastgeving en bewaarneming tegen loon, de arbeidsovereenkomst, de overeenkomst van aanneming van werk en de verzekeringsovereenkomst.[51]

Wederkerige overeenkomsten dienen te worden onderscheiden van zogeheten *eenzijdige* overeenkomsten. Kenmerkend voor de eenzijdige overeenkomst is dat zij slechts voor één van beide contractpartijen een *hoofd*verplichting in het leven roept. Schenking, borgtocht, lastgeving en bewaarneming zonder dat loon verschuldigd is, bruikleen en verbruikleen zijn alle voorbeelden van eenzijdige overeenkomsten.[52] Het eenzijdige karakter van deze overeenkomsten brengt níet mee dat zij voor de andere partij in het geheel geen verbintenissen in het leven kunnen roepen. Op de partij waarop de hoofdverplichting niet rust, kunnen diverse nevenverplichtingen (komen te) rusten.[53]

Een van oorsprong eenzijdige overeenkomst in het kader waarvan *na de contractsluiting* ten gevolge van een nieuw rechtsfeit alsnog nevenverplichtingen ontstaan voor de partij die zich aanvankelijk niet zelf tot het verrichten van enige

50 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 989 en Bakels 2011, p. 27.
51 Zie achtereenvolgens art. 7:1, 7:49, 7:201, 7:414 jo 405 en 7:600 jo 601, 7:610, 7:750 en 7:925 BW.
52 Zie achtereenvolgens art. 7:175, 7:850, 7:414, 7:600, 7A:1777 en 7A:1791 BW.
53 Zie voor het onderscheid tussen wederkerige en eenzijdige overeenkomsten: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 80-82.

prestatie had verbonden, wordt in de regel aangeduid als een *onvolmaakt wederkerige* overeenkomst.[54] Een voorbeeld hiervan is een overeenkomst van lastgeving zonder dat loon verschuldigd is, waarbij voor de lastgever tijdens de looptijd van het contract de verplichting ontstaat tot vergoeding van door de lasthebber gemaakte kosten.[55] In de kern blijft een dergelijke overeenkomst echter *eenzijdig*, omdat niet kan worden gezegd dat de partijen een uitruil hebben beoogd tussen – zoals in het genoemde voorbeeld – de last enerzijds en de bedoelde onkostenvergoeding anderzijds.[56]

Eenzijdige overeenkomsten

Niet alleen uit de bewoordingen van art. 37 Fw, maar ook uit de systematiek van de regeling volgt dat zij niet van toepassing is op zuiver *eenzijdige* overeenkomsten.[57] Ik geef als voorbeeld een overeenkomst van bewaarneming zonder dat loon verschuldigd is, waarbij op de bewaargever géén verplichting tot vergoeding van kosten of schade in de zin van art. 7:601 lid 3 BW is komen te rusten. Wanneer de bewaarnemer failleert en de curator zich niet binnen de door de bewaargever gestelde termijn bereid verklaart de overeenkomst na te komen, zou hij op grond van art. 37 Fw het recht verliezen om de bewaargever tot nakoming van diens verplichtingen aan te spreken. Op de bewaargever rust echter geen prestatieplicht, zodat het verlies van de nakomingsvordering dan geen betekenis heeft. Voor zuiver eenzijdige overeenkomsten geldt hetzelfde als voor wederkerige overeenkomsten waarbij één van beide contractpartijen op datum faillissement inmiddels geheel heeft gepresteerd. Rust de prestatieverplichting op de wederpartij, dan kan de curator haar tot nakoming aanspreken; rust deze juist op de schuldenaar, dan is de wederpartij in de regel aangewezen op indiening van haar vordering ter verificatie.[58]

Onvolmaakt wederkerige overeenkomsten

De vraag rijst of art. 37 Fw van toepassing is op *onvolmaakt wederkerige* overeenkomsten. Op het eerste gezicht zou men geneigd zijn die vraag ontkennend te beantwoorden. In de kern gaat het immers om eenzijdige contracten. In zijn proefschrift concludeert Van Nievelt met betrekking tot de regeling van art. 37 (oud) Fw dat zij niet kan worden toegepast indien sprake is van een onvolmaakt wederkerige overeenkomst. Hij voert daartoe drie argumenten aan:

> 'In de eerste plaats reeds omdat de nauwe band tusschen de beide vorderingen ontbreekt en er van een ruilen van praestaties geen sprake is. Bovendien zullen de beide vorderingen, wat hare waarde

54 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 83; Bakels 2011, p. 30.
55 Zie art. 7:406 BW.
56 Zie ook De Vries 1997, p. 218. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 82.
57 Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 82; Bakels 1993, p. 158; Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2476. In de Toelichting bij art. 3.4.1 van het voorontwerp Insolventiewet – het equivalent van art. 37 Fw – wordt opgemerkt dat ook de overeenkomst van bruikleen en de kredietovereenkomst onder het bereik van art. 3.4.1 vallen; zie Kortmann & Faber 2007, p. 234. De overeenkomst van bruikleen (art. 7A:1777) en de overeenkomst van verbruikleen (art. 7A:1791 BW) worden naar huidig recht echter behandeld als reële contracten en zijn daarmee in de regel eenzijdig. Ten aanzien van de overeenkomst van verbruikleen is dit overigens bepaald discutabel; zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 73-78 en 82; Asser-Van Schaick 5-IV 2004, nr. 2, 10, 68 en 77.
58 Vgl. de MvT bij art. 37 Fw, Van der Feltz I, p. 409.

> betreft, in den regel niet tegen elkander opwegen. Dikwijls toch zal de contrapraestatie slechts eene geringe waarde vertegenwoordigen in vergelijk met de hoofdpraestatie. Waar nu bovendien bij een normaal verloop der overeenkomst haar wederkeerig karakter bij de afwikkeling geheel verborgen blijft en haar verloop geheel hetzelfde is als dat van eene eenzijdige overeenkomst, zullen ook hier geene voldoende termen aanwezig zijn, die ontbinding der overeenkomst noodig zouden maken.'[59]

De argumenten van Van Nievelt zijn naar mijn mening niet steekhoudend. Het is weliswaar juist dat bij de onvolmaakt wederkerige overeenkomst de nauwe band tussen de wederzijds te verrichten prestaties ontbreekt, maar uit de tekst van art. 37 (oud) Fw noch uit de toelichting bij die bepaling blijkt dat voor een beroep op art. 37 (oud) Fw vereist is dat de over en weer verschuldigde prestaties nauw met elkaar verbonden zijn. Voor het huidige art. 37 Fw geldt hetzelfde. Ook het feit dat de waarde van de wederzijdse prestaties doorgaans uiteen zal lopen, is op zichzelf geen reden om de toepasselijkheid van art. 37 Fw uit te sluiten. Dit kan immers evengoed bij volmaakt wederkerige overeenkomsten het geval zijn.[60] Ten slotte vormt ook de omstandigheid dat een eenzijdige overeenkomst doorgaans eenzijdig blijft, geen argument om de wederpartij een beroep op art. 37 Fw te onthouden in die gevallen waarin de overeenkomst gedurende de looptijd wél een wederkerig karakter krijgt.

Ik meen dat de ratio van art. 37 Fw ertoe noopt een beroep op deze bepaling ook bij de hier bedoelde categorie overeenkomsten toe te staan.[61] Ook ingeval sprake is van een onvolmaakt wederkerige overeenkomst kan de wederpartij van de failliet belang hebben bij de door art. 37 Fw geboden bescherming, zowel wanneer op haar de hoofdverplichting rust, als wanneer zij slechts tot een nevenprestatie verplicht is. In beide gevallen kan de wederpartij behoefte hebben aan een middel om duidelijkheid te verkrijgen omtrent de intenties van de curator en in beide gevallen zal zij – indien de curator de overeenkomst gestand doet – ervan verzekerd willen zijn dat zij verhaal vindt voor haar vordering tot nakoming

59 Van Nievelt 1907, p. 15.

60 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 81: 'Het vereiste van gelijkwaardigheid van beide prestaties kan men […] niet stellen, noch in objectieve, noch in subjectieve zin […]. Het maakt rechtens geen verschil, of gekocht is tegen de marktprijs of tegen een prijs die te hoog *is* en die partijen ook te hoog weten […]. Ook verkoop beneden of boven de waarde, met de bedoeling de wederpartij te bevoordelen, is een wederkerige overeenkomst.' De grens ligt daar waar de waarden van de prestaties dusdanig ver uiteen liggen dat de ene partij niet meer kan worden geacht de prestatie te leveren 'ter verkrijging' van de prestatie van de andere partij. Ook in een dergelijk geval is de toepasselijkheid van art. 37 Fw overigens niet uitgesloten, zoals in het vervolg van deze paragraaf aan de orde komt.

61 Anders: Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2476: 'Art. 37 is mijns inziens niet voor eenzijdige en onvolkomen wederkerige overeenkomsten geschreven. De contractuele rechtspositie van de wederpartij van de gefailleerde is voor haar de grondslag voor een rechtsvordering als bedoeld in art. 25, welke dan tegen de curator wordt ingesteld.' In zijn algemeenheid lijkt mij dat – ook ten aanzien van eenzijdige overeenkomsten – (dus) niet juist. Naar mijn mening dient per geval te worden bezien wat de aard is van de vordering van de wederpartij. Is die van verbintenisrechtelijke aard, dan is ook zij aangewezen op aanmelding ter verificatie (art. 26 Fw), al dan niet voorafgegaan door een beroep op art. 37 Fw. Een voorbeeld is een overeenkomst van lastgeving zonder dat loon is bedongen, waarbij de schuldenaar optreedt als lasthebber. Is bijvoorbeeld sprake van een overeenkomst van bruikleen waarbij aan de schuldenaar een zaak om niet in bruikleen is gegeven, dan dient de vordering van de wederpartij tot afgifte van die zaak op grond van art. 25 Fw tegen de curator te worden ingesteld. Geeft de overeenkomst in kwestie echter geen bijzondere regeling voor het geval dat sprake is van een faillissement van de bruiklener (zie art. 7A:1787 BW), dan zal deze vordering in de regel niet slagen doordat niet kan worden gezegd dat de schuldenaar de zaak 'zonder recht' houdt (zie art. 5:2 BW).

of vervangende schadevergoeding. Naar mijn mening verschilt de positie van de wederpartij in dit opzicht niet wezenlijk van die bij een (volmaakt) wederkerige overeenkomst, uit hoofde waarvan op datum faillissement op één partij een hoofdverplichting rust, terwijl de andere partij – die haar hoofdverplichting inmiddels is nagekomen – nog wel tot het verrichten van één of meer nevenprestaties gehouden is. Men neme het geval van de verkoper die aan zijn verplichting tot levering heeft voldaan, maar nog gehouden is om aan de inmiddels failliete koper – die de koopprijs nog niet heeft betaald – een eigendomsbewijs en inlichtingen omtrent de verkochte zaak te verschaffen.[62] Ook in een dergelijk geval staat een beroep op art. 37 Fw naar mijn mening open, omdat nog altijd sprake is van een wederkerige overeenkomst die over en weer nog niet geheel is nagekomen.

Steun voor de opvatting dat art. 37 Fw ook toepasselijk is ten aanzien van onvolmaakt wederkerige overeenkomsten, kan worden ontleend aan de parlementaire geschiedenis bij art. 6:261 lid 2 BW. Op grond van art. 6:261 lid 2 BW zijn de bepalingen omtrent wederkerige overeenkomsten van overeenkomstige toepassing op andere rechtsbetrekkingen die strekken tot het wederzijds verrichten van prestaties, voor zover de aard van die rechtsbetrekkingen zich daartegen niet verzet. Naast de bepalingen omtrent opschorting (art. 6:262-264 BW) en ontbinding (art. 6:265-278 BW) kan naar mijn mening ook art. 37 Fw hieronder worden geschaard.[63] Van de rechtsfiguren waarop krachtens art. 6:261 lid 2 BW analogische toepassing van de bepalingen omtrent wederkerige overeenkomsten kan plaatsvinden, noemt de Toelichting in de eerste plaats de onvolmaakt wederkerige overeenkomst. De lasthebber die moet ervaren dat zijn wederpartij haar vergoedingsplichten niet vervult, zal de overeenkomst kunnen ontbinden om voor de toekomst van zijn verbintenis ontslagen te geraken, aldus de Toelichting.[64] Hetzelfde geldt bijvoorbeeld wanneer de bewaargever diens verplichtingen tot vergoeding van gemaakte kosten niet nakomt.[65] Gaat de bewaargever failliet, dan kan de bewaarnemer zich tevens bedienen van art. 37 Fw.[66]

Aan het slot van deze paragraaf wijs ik er nog op dat een met art. 6:261 lid 2 BW vergelijkbare regeling onder het oude Burgerlijk Wetboek niet bestond. In beginsel waren slechts *volmaakt* wederkerige overeenkomsten vatbaar voor

---

62 Ik ontleen dit voorbeeld aan Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 43.

63 In dezelfde zin: Bakels 1993, p. 159, die uitdrukkelijk spreekt van analogische toepassing van de regeling van art. 37 Fw in gevallen begrepen onder art. 6:261 lid 2 BW. Ook Rb. Den Haag 14 juli 2004, *JOR* 2004, 261, lijkt hiervan uit te gaan. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 82. Vgl. tevens naar aanleiding van art. 3.4.1 van het voorontwerp Insolventiewet: Loesberg 2008, p. 242, noot 7.

64 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 989.

65 Zie art. 7:601 lid 3 BW.

66 De overeenkomst van *lastgeving* is in deze context geen geschikt voorbeeld, aangezien zij van rechtswege eindigt indien één van beide partijen in staat van faillissement komt te verkeren; zie art. 7:422 lid 1 BW. Ook Wessels meent dat art. 37 Fw kan worden toegepast op rechtsbetrekkingen in de zin van art. 6:261 lid 2 BW; zie Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2475. Dit strookt echter niet met zijn opmerking dat art. 37 Fw niet voor onvolkomen wederkerige overeenkomsten is geschreven (zie noot 61 hiervoor); onvolkomen wederkerige overeenkomsten vormen immers rechtsbetrekkingen in de zin van art. 6:261 lid 2 BW. Vgl. naar aanleiding van art. 3.4.1 van het voorontwerp Insolventiewet: Loesberg 2008, p. 242, noot 7.

ontbinding op grond van art. 1302 (oud) BW.[67] Het is dan ook niet verwonderlijk dat in de literatuur van vóór de invoering van het huidige BW het toepassingsgebied van art. 37 (oud) Fw – welke bepaling aan een weigering van de curator om de overeenkomst gestand te doen het rechtsgevolg van ontbinding koppelde – tot de categorie van de volmaakt wederkerige overeenkomsten wordt beperkt, overigens zonder dat dit argument uitdrukkelijk wordt gehanteerd.[68] Naar huidig recht bestaat voor een dergelijke beperking mijns inziens geen grond.

4.4.2.2.2 Andere rechtsbetrekkingen die strekken tot het wederzijds verrichten van prestaties

Naast onvolmaakt wederkerige overeenkomsten bestaan blijkens de wetsgeschiedenis diverse andere rechtsbetrekkingen ten aanzien waarvan overeenkomstige toepassing van de bepalingen omtrent wederkerige overeenkomsten mogelijk gerechtvaardigd is.[69]

Als tweede categorie noemt de Toelichting overeenkomsten waarbij de ene partij zich tot een prestatie verbindt onder de voorwaarde dat de andere partij harerzijds een prestatie verricht, waartoe deze laatste partij echter niet gehouden is. Ik geef een voorbeeld. Een kunsthandelaar stuit op een tentoonstelling van een particuliere verzamelaar op een prachtige antieke klok. Hij komt met de eigenaar overeen dat als deze de klok ooit wil verkopen, hij hem daarvoor een bedrag van € 25.000 zal betalen. Wanneer nu de kunsthandelaar in staat van faillissement geraakt, kan de particuliere verzamelaar de curator dan op grond van art. 37 Fw verzoeken binnen een redelijke termijn te laten weten of hij bereid is de overeenkomst uit te voeren? Art. 37 Fw lijkt niet voor deze situatie te zijn geschreven. Hier geldt – evenals bij de (zuiver) eenzijdige overeenkomst – dat het verlies van het recht om nakoming te vorderen de curator niet raakt, aangezien hij

67 Weliswaar oordeelde de Hoge Raad in HR 14 april 2000, *NJ* 2000, 438 (*Van Ravenstein/Erven Alves*) dat 'het Hof door te overwegen dat als voorwaarde voor ontbinding geldt dat het moet gaan om een wederkerige overeenkomst, blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting zowel met betrekking tot het huidige recht, als met betrekking tot het vóór 1 januari 1992 geldende recht', maar hieraan mogen mijns inziens geen verstrekkende conclusies worden verbonden. De Hoge Raad lijkt in dit arrest niet zozeer het oog te hebben op *ontbinding* – al dan niet met terugwerkende kracht – van de (eenzijdige) overeenkomst van lastgeving zonder tegenprestatie op basis van art. 1302 (oud) BW of 6:265 BW, maar veeleer aan de lastgever een bijzonder recht op *beëindiging* te geven voor het geval dat de lasthebber in de nakoming van zijn verplichtingen tekortschiet. Eenzelfde beëindigingsrecht kende de Hoge Raad in HR 27 februari 1976, *NJ* 1976, 319, m.nt. PZ – naar welk arrest de Hoge Raad in zijn arrest uit 2000 uitdrukkelijk verwijst – toe aan een partij die een zaak om niet in bruikleen had gegeven. Voor een nadere kritische beschouwing verwijs ik instemmend naar De Vries 2000, p. 493-499.

68 Zie Van Nievelt 1907, p. 15; Polak 1963, p. 10. Anders: Rb. Winschoten 3 mei 1933, *W.* 12713, waarin de rechtbank ten aanzien van het lidmaatschap van een coöperatieve vereniging overwoog dat 'indien de tusschen requirante en gerequireerde als een harer leden bestaan hebbende verhouding is te beschouwen als die van de partijen eener wederkeerige overeenkomst, daarop de bepaling van art. 37 Faill.wet van toepassing is, terwijl, indien bedoelde verhouding eene speciale betrekking van eigen aard is te achten, toch voormelde bepaling daarop analogice behoort te worden toegepast'. De rechtbank verbond daaraan de conclusie dat de boete die de schuldenaar als gevolg van de opzegging van het lidmaatschap door de curator aan de vereniging verschuldigd was, ter verificatie kon worden ingediend. Of door de rechtbank terecht een beroep was gedaan op art. 37 Fw werd in appèl door het hof in het midden gelaten; zie Hof Leeuwarden 30 mei 1934, *NJ* 1935, p. 512.

69 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 989-990.

dat recht sowieso niet heeft. Art. 37 Fw biedt de wederpartij ook overigens geen toegevoegde waarde. Op haar rust géén prestatieverplichting zodat de onzekerheid of zij zich gereed moet houden voor nakoming – waartegen art. 37 Fw beoogt te beschermen – zich niet voordoet. Voorts brengt het feit dat de wederpartij niet kan worden gedwongen te presteren mee dat ook aan de verplichte zekerheidstelling van art. 37 lid 2 Fw geen behoefte bestaat. Willen beide partijen de overeenkomst nakomen, dan kan de wederpartij zekerheid of contante betaling bedingen.

Gaat niet de kunsthandelaar, maar juist de particuliere verzamelaar failliet, dan lijkt art. 37 Fw op het eerste gezicht wél een rol te kunnen spelen. De kunsthandelaar kan er immers belang bij hebben om te weten of de curator die de privécollectie te gelde maakt, hem aan de overeenkomst zal houden. Niettemin is voor een beroep op art. 37 Fw naar mijn mening ook hier geen plaats. Art. 37 Fw is in het leven geroepen om de wederpartij te redden uit een onzekere situatie waarin zij als gevolg van het faillissement van haar contractpartij kan komen te verkeren. De onzekere positie waarin de kunsthandelaar in het gegeven voorbeeld verkeert, is echter niet een gevolg van het faillissement van haar contractpartij, maar een uitvloeisel van de wijze waarop de overeenkomst door de partijen is vormgegeven. Vóór de intrede van het faillissement was de positie van de kunsthandelaar evenzeer onzeker. Voor een verbetering van de positie van de wederpartij ten opzichte van haar positie buiten faillissement, is art. 37 Fw mijns inziens niet bedoeld.

In de Toelichting komen vervolgens aan de orde de schenking onder last – denk aan een oom die zijn favoriete neef zijn oldtimer schenkt onder de last haar goed te onderhouden – en de koop tegen een prijs die aan de lage kant is. Met dit laatste wordt gedoeld op de situatie dat de koopprijs dusdanig laag is dat de verkoper niet meer geacht kan worden zich 'ter verkrijging' van de koopprijs tot levering te hebben verbonden.[70] In beide gevallen neemt de ene partij een hoofdverplichting op zich, terwijl de verplichting die op de andere partij komt te rusten slechts als nevenverplichting kan worden gekwalificeerd. Hetzelfde is bijvoorbeeld het geval bij een overeenkomst van geldlening, waarbij op de leninggever de verplichting rust om aan de leningnemer maandelijks een overzicht van de in rekening gebrachte rente te verschaffen.[71] De hier bedoelde overeenkomsten vertonen gelijkenis met de *onvolmaakt wederkerige* overeenkomst. Het enige verschil is dat laatstgenoemde overeenkomsten bij aanvang zuiver eenzijdig zijn en pas tijdens de looptijd een (onvolmaakt) wederkerig karakter krijgen, terwijl bij de hier aan de orde zijnde contracten de partij waarop de hoofdverplichting niet rust, reeds *ten tijde van de contractsluiting* één of meer nevenverplichtingen op zich neemt. Voor de toepasselijkheid van art. 37 Fw is dit verschil naar mijn mening niet relevant. Evenals bij de onvolmaakt wederkerige overeenkomst kan art. 37 Fw hier worden toegepast.

---

70 Zie De Vries 1997, p. 218-219, die spreekt van een 'pseudokoop'. Is de koopprijs verwaarloosbaar laag, dan is sprake van een *schenking*. Denk aan de koop van een woning tegen een 'symbolisch' bedrag. Zie HR 6 december 1968, *NJ* 1969, 310, m.nt. KW (*Jongbloed/Jongbloed*).

71 Zie voor een vergelijkbaar voorbeeld Leuftink 1995, p. 153-154.

Rechtsbetrekkingen ten aanzien waarvan eveneens de vraag kan rijzen of voor art. 37 Fw een rol is weggelegd, zijn die tussen een partij bij een wederkerige overeenkomst en een derde op wie rechten en verplichtingen uit hoofde van die overeenkomst op grond van de wet zijn overgegaan.[72] Ik geef twee voorbeelden, die ik ontleen aan De Vries.[73]

Tussen A en B is een overeenkomst gesloten op grond waarvan B tegen betaling door A van een bedrag van € 50.000 verplicht is zich te onthouden van concurrerende activiteiten. Wanneer A tijdens de looptijd van het contract zijn onderneming overdraagt aan C, gaat op grond van art. 6:251 lid 1 BW het recht om niet te worden beconcurreerd door B over op C. Hetzelfde geldt op grond van lid 2 voor de verplichting om aan B de tegenprestatie te voldoen.[74] De aldus ontstane rechtsbetrekking tussen B en C is niet te beschouwen als een wederkerige overeenkomst, maar strekt wél tot het wederzijds verrichten van prestaties. In een eventueel faillissement van B of C is mijns inziens plaats voor een beroep op art. 37 Fw.

Het tweede voorbeeld is een overeenkomst tussen buren A en B op grond waarvan A tegen betaling van een bedrag van € 10.000 door B verplicht is zich te onthouden van het bebouwen van zijn grond. Teneinde te bewerkstelligen dat deze afspraken ook gelden voor degenen die van A een recht tot gebruik van de grond krijgen, wordt van de overeenkomst een notariële akte opgemaakt, die in de openbare registers wordt ingeschreven. Draagt A zijn perceel grond over aan C, dan gelden op grond van art. 6:252 BW de gemaakte afspraken vanaf dat moment tussen B en C.[75] Ook de verhouding B-C kwalificeert niet als een wederkerige overeenkomst. Niettemin kan C – wanneer B failliet gaat – de curator van B naar mijn mening met een beroep op art. 37 Fw om gestanddoening verzoeken.

En wanneer niet B maar C failleert? Sinds de Hoge Raad arrest wees in de zaak Nebula[76] bestaat discussie over de vraag of de curator (ook) het recht heeft om te wanpresteren onder een op de schuldenaar rustende kwalitatieve verplichting in de zin van art. 6:252 BW, of dat de bijzondere aard van deze verplichting meebrengt dat de curator tot nakoming gehouden is. In het eerste geval kan art. 37 Fw een rol spelen, in het laatste heeft de wederpartij aan art. 37 Fw geen behoefte. Ik meen dat de curator níet verplicht is een op de schuldenaar rustende kwalitatieve verplichting na te komen,[77] hetgeen impliceert dat ook in dit laatste voorbeeld art. 37 Fw kan worden toegepast.

Op de rechtsverhouding tussen wederzijds tot ongedaanmaking of waardevergoeding verplichte partijen die ontstaat na vernietiging of ontbinding van een

72 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 928-929 en p. 942.
73 Zie De Vries 1997, p. 219-220.
74 Blijkens de parlementaire geschiedenis is art. 6:251 BW tevens van toepassing in geval van de overdracht van een onderneming (als algemeenheid van goederen); zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 932-933.
75 Zie art. 6:252 lid 2 en lid 4 BW.
76 Zie HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. PvS (*Nebula*).
77 Zie nader § 5.5.

overeenkomst, kunnen volgens de Toelichting de regels omtrent wederkerige overeenkomsten níet analogisch worden toegepast.[78] Een beroep op art. 37 Fw is hier dus niet aan de orde.

4.4.2.2.3 Meerpartijenovereenkomsten

Op grond van art. 6:279 lid 1 BW vinden ook ten aanzien van overeenkomsten waaruit tussen meer dan twee partijen verbintenissen voortvloeien de bepalingen omtrent wederkerige overeenkomsten overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de overeenkomst zich daartegen niet verzet. Evenals bij de regeling van art. 6:261 lid 2 BW dient hier naar mijn mening te worden gedacht aan de bepalingen omtrent opschorting (art. 6:262-264 BW), ontbinding (art. 6:265-278 BW) en art. 37 Fw,[79] met dien verstande dat in de leden 2 en 3 van art. 6:279 BW enige bijzondere ontbindingsregels zijn geformuleerd.

Is sprake van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis jegens een partij die daartegenover een verbintenis op zich heeft genomen – ook wel: een *symmetrische* partij –, dan is deze symmetrische partij bevoegd de overeenkomst zonder medewerking van de andere partijen te ontbinden (lid 2). In geval van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis jegens een *asymmetrische* partij, dat wil zeggen een partij die daartegenover géén verbintenis op zich heeft genomen, kan die partij de overeenkomst als regel níet ontbinden.[80] Het wordt niet gerechtvaardigd geacht dat een andere partij daardoor van haar contractuele aanspraken zou kunnen worden beroofd, terwijl op de partij die de ontbinding teweegbrengt helemaal geen verbintenissen rusten waarvan zij zich door ontbinding zou kunnen bevrijden.[81] Schiet een partij met samenhangende rechten en verplichtingen tekort, dan kunnen de overige contractpartijen in ieder geval wel *gezamenlijk* de overeenkomst ontbinden (lid 3).[82] Wil een partij bij een meerpartijenovereenkomst een aan haar toekomende ontbindingsbevoegdheid effectueren, dan zal zij haar ontbindingsverklaring tot *alle* contractpartijen dienen te richten.[83] Een partij die uit hoofde van art. 6:279 lid 2 of lid 3 BW bevoegd is de

78 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 1031. Voor een voorbeeld: De Vries 1997, p. 221-222. Het feit dat de regels met betrekking tot wederkerige overeenkomsten na ontbinding niet langer kunnen worden toegepast, maakt dat een contractpartij er voorafgaand aan of tijdens het faillissement van haar wederpartij onder omstandigheden verstandig aan doet niet aan te sturen op ontbinding van de overeenkomst, maar het contract voorlopig in stand te laten. Zij kan zich dan in faillissement – al naar gelang de omstandigheden – (blijven) bedienen van de in artikelen 6:262 en 6:263 BW neergelegde opschortingsrechten en hoeft zich dus niet te verlaten op de algemene opschortingsbepaling van art. 6:52 BW, waaraan het risico kleeft dat de bevoegdheid tot opschorting vervalt zodra nakoming door de schuldenaar c.q. diens curator blijvend onmogelijk is geworden (art. 6:54 sub b BW).

79 Vgl. Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2475; Praktijkboek Insolventierecht 2, p. 56. Anders: Huizink 2009, p. 70, die de regeling van art. 37 Fw alleen toepasselijk acht ten aanzien van *wederkerige* overeenkomsten.

80 Een uitzondering op deze regel is wel denkbaar in het geval dat de andere contractpartijen dan de partij die tekortschiet, door de ontbinding niet in hun positie worden aangetast, hetgeen zich in het bijzonder bij een gedeeltelijke ontbinding kan voordoen; zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 1047. Zie voor een voorbeeld: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 574; De Vries 1997, p. 226.

81 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 1045.

82 Vgl. De Vries 1997, p. 224.

83 Zie art. 6:279 jo 6:267 BW en Parl. Gesch. Boek 6, p. 1045. Vgl. Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2475.

overeenkomst te ontbinden, kan zich op grond van lid 1 tevens beroepen op een opschortingsrecht.[84]

Hoe zit het met de toepasselijkheid van art. 37 Fw? Naar mijn mening dient te worden aangenomen dat voor een beroep op deze bepaling in de hier bedoelde gevallen slechts vereist is dat op datum faillissement uit de overeenkomst voor de gefailleerde zowel rechten als verplichtingen voortvloeien. De individuele positie van de partij die een beroep op art. 37 Fw wenst te doen, behoort mijns inziens níet relevant te zijn. Ook een asymmetrische contractpartij of een symmetrische partij die op datum faillissement op grond van de desbetreffende overeenkomst niet zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is, dient een beroep op de regeling van art. 37 Fw toe te komen. Ook voor een dergelijke partij geldt dat de onzekerheid kan bestaan waartegen art. 37 Fw beoogt te beschermen, terwijl de curator in een voorkomend geval ook door de consequenties die art. 37 Fw aan een verklaring omtrent gestanddoening verbindt, wordt geraakt. Op dit punt verschilt de positie van een partij bij een meerpartijencontract met die van een 'gewone' contractpartij die met de intrede van het faillissement niet zowel rechten als verplichtingen heeft.[85]

Inherent aan het feit dat één overeenkomst in het geding is, is naar mijn mening dat de consequenties van een beslissing van de curator omtrent gestanddoening zich in beginsel tot *alle* contractpartijen uitstrekken, zoals ook een ontbinding op de voet van art. 6:279 lid 2 of 3 BW in beginsel alle contractpartijen treft. Wel kunnen de omstandigheden van het geval mijns inziens anders meebrengen. Verklaart de curator zich tijdig tot gestanddoening bereid, dan zal hij ingevolge art. 37 lid 2 Fw dus in beginsel voor de nakoming van *alle* op de schuldenaar rustende verbintenissen zekerheid moeten stellen; doet hij dat niet, dan verliest hij op grond van art. 37 lid 1 Fw jegens *alle* contractpartijen het recht om nakoming te vorderen. In geval van een meerpartijenovereenkomst strekt een beroep op art. 37 Fw dan ook steeds mede ten behoeve van de overige (solvente) contractpartijen, zodat afdoende moet worden geacht dat die partijen gezamenlijk aan de voorwaarden van art. 37 Fw voldoen. Indien uit de overeenkomst voor de gefailleerde zowel rechten als verplichtingen voortvloeien, is dat het geval.

Stel dat sprake is van een driehoeksruilovereenkomst tussen A, B en C, op basis waarvan A zijn woning op 1 maart dient te leveren aan B, B op diezelfde datum zijn woning dient te leveren aan C en C de zijne aan A.[86] Indien A failliet gaat op het moment dat de overeenkomst nog niet is uitgevoerd, kan zowel B als C de curator van A met een beroep op art. 37 Fw om gestanddoening vragen, ondanks het feit dat zowel in de relatie A-B als in de relatie B-C niet is voldaan het in art. 37 Fw besloten liggende wederkerigheidsvereiste. Verklaart de curator zich tijdig tot gestanddoening bereid, dan dient hij daarbij zekerheid te stellen voor de nakoming van zijn verplichtingen jegens B; doet hij dit niet, dan verliest hij ten opzichte van C het recht om nakoming te vorderen. In dit laatste geval kan

84 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 1048. Ook wanneer ontbinding niet zonder medewerking van één of meer (asymmetrische) contractpartijen is toegelaten, kan opschorting onder omstandigheden geoorloofd zijn; zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 574.

85 Zie § 4.4.2.2.1.

86 Dit voorbeeld is ontleend aan De Vries 1997, p. 224.

B het contract op de voet van art. 6:279 lid 2 BW ontbinden teneinde zich van zijn leveringsverplichting jegens C te bevrijden.

Samenhangende contracten
In de praktijk zullen afspraken waarbij meer dan twee partijen op enigerlei wijze betrokken zijn, niet steeds worden neergelegd in één meerpartijenovereenkomst, maar in meerdere twee- of meerpartijencontracten. Is bijvoorbeeld sprake van twee afzonderlijke overeenkomsten, dan geldt als hoofdregel dat ontbinding van de ene overeenkomst, al dan niet vanwege het faillissement van één van de contractpartijen, niet automatisch ontbinding van de andere overeenkomst tot gevolg heeft. In gevallen waarin een nauwe samenhang tussen beide overeenkomsten bestaat, kan dit tot ongerijmde situaties leiden doordat ten minste één van de betrokken partijen dan veelal slechts belang heeft bij c.q. in staat is tot uitvoering van het ene contract, indien ook het andere integraal wordt nagekomen. Inmiddels is echter vaste rechtspraak dat tussen twee contracten sprake kan zijn van een zodanige verbondenheid dat met het tenietgaan van het ene contract, het andere evenmin (ongewijzigd) in stand kan blijven.[87] Deze rechtspraak is in faillissement onverkort van kracht.[88]

4.4.2.2.4 Andere dan obligatoire overeenkomsten

In de voorafgaande paragrafen is steeds uitgegaan van de situatie dat de gefailleerde partij is bij een *obligatoire* overeenkomst. Het is echter eveneens mogelijk dat hij is gebonden aan contracten waaruit géén *verbintenissen* voortvloeien, maar die op andere wijze zijn rechtsverhouding tot de wederpartij vormgeven. Voorbeelden zijn contracten van procesrechtelijke, goederenrechtelijke en liberatoire aard en overeenkomsten van schuld- en contractsoverneming.[89] Op dergelijke contracten zijn in beginsel op grond van art. 6:216 BW de bepalingen van de afdelingen 6.5.1-6.5.4 van overeenkomstige toepassing, maar dat geldt níet voor de regeling van de wederkerige overeenkomsten in afdeling 6.5.5. De in die afdeling neergelegde bepalingen zijn op grond van art. 6:261 lid 2 BW alleen van overeenkomstige toepassing op andere rechtsbetrekkingen dan wederkerige overeenkomsten indien zij strekken tot het *wederzijds verrichten van prestaties* en bovendien de aard van die rechtsbetrekkingen zich daartegen niet verzet. Van het

87 Zie o.a. HR 23 januari 1998, *NJ* 1999, 97, m.nt. JBMV (*Jans/FCN*); HR 29 mei 1998, *NJ* 1999, 98, m.nt. JBMV (*Mooijman/Netjes*); HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 307, m.nt. JBMV (*Meissner von Hohenmeiss/Arenda*); HR 10 juli 2009, *NJ* 2010, 496 (*Claassen/IKG*). Zie ook Rb. Arnhem 7 december 2005, *JOR* 2006, 299.

88 Zie voor een recent voorbeeld: HR 20 januari 2012, *JOR* 2012, 98, m.nt. S. van Dongen (*AgfaPhoto Finance/Foto Noort*). De Hoge Raad oordeelde hierin tevens dat het bestaan van een nauwe samenhang tussen twee overeenkomsten alleen van belang is voor het antwoord op de vraag of een tekortkoming in de nakoming van de ene overeenkomst gevolgen heeft voor de *gebondenheid* aan de andere overeenkomst en níet tot gevolg kan hebben dat de hieruit voortvloeiende *schade* door de wederpartij bij het laatstgenoemde contract moet worden vergoed.

89 Een bijzondere overeenkomst die ik op deze plaats slechts kort aanstip, is de *publiekrechtelijke* overeenkomst. Publiekrechtelijke overeenkomsten kennen geen vastomlijnde definitie. Indien sprake is van een contract tussen een overheidslichaam en een failliete wederpartij dat als publiekrechtelijk dient te worden gekwalificeerd en waaruit mede over en weer verbintenissen voortvloeien, kan art. 37 Fw mijns inziens in zoverre een rol spelen.

wederzijds verrichten van prestaties is bij de hier aan de orde zijnde contracten echter geen sprake.

Hiermee is tevens het lot van art. 37 Fw bezegeld. Evenals de overige bepalingen omtrent wederkerige overeenkomsten werkt de regeling van art. 37 Fw alleen in het geval dat over en weer prestaties moeten worden verricht. Nu dit bij niet-obligatoire contracten níet het geval is, doet bovendien ook de onzekerheid waartegen art. 37 Fw beoogt te beschermen, zich niet voor. Voor toepassing van art. 37 Fw op andere dan obligatoire overeenkomsten bestaat dan ook geen ruimte.[90]

4.4.2.3 De mate waarin over en weer prestaties openstaan

4.4.2.3.1 Algemeen

In de voorafgaande paragrafen is het vereiste dat voor de toepassing van art. 37 Fw sprake moet zijn van een *wederkerige* overeenkomst nader geanalyseerd. Het tweede element dat van belang is, is dat het contract op datum faillissement 'zowel door de schuldenaar als door zijn wederpartij in het geheel niet of slechts gedeeltelijk' moet zijn nagekomen. Níet vereist is dat beide partijen zich in dezelfde positie bevinden. Ook wanneer één partij reeds gedeeltelijk heeft gepresteerd en de andere nog geheel niet, kan art. 37 Fw worden toegepast.

Volgens Van Nievelt was voor een beroep op art. 37 (oud) Fw slechts nodig 'dat aan beide zijden nog iets van de *oorspronkelijke* uit de overeenkomst rechtstreeks voortvloeiende verplichtingen [was] overgebleven'.[91] Gelet op zijn mogelijke toepasselijkheid ten aanzien van andere rechtsbetrekkingen die strekken tot het wederzijds verrichten van prestaties geldt voor het huidige art. 37 Fw een nog ruimer toepassingsgebied. Art. 37 Fw geldt in alle gevallen waarin aan beide zijden nog een (neven)prestatie, hoe gering ook, resteert. Illustratief is de zaak die leidde tot een vonnis van de Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam van 8 februari 2011, waarin de in surseance verkerende schuldenaar verplicht was aandelen te leveren tegen ontvangst van een koopsom ad € 1,- en de bewindvoerder zich terecht op het standpunt stelde dat art. 236 Fw – het equivalent van art. 37 Fw in de regeling van de surseance van betaling – door de wederpartij kon worden toegepast.[92]

4.4.2.3.2 Garanties

Bijzondere aandacht is in dit kader op zijn plaats voor de situatie dat de gefailleerde de door hem verschuldigde prestatie op datum faillissement reeds heeft verricht, maar op hem nog wel garantieverplichtingen rusten. Deze situatie laat zich in het bijzonder denken bij een koopovereenkomst of een overeenkomst

90 Anders: Haak 2009, p. 563, noot 24, die meent dat de regeling van art. 37 Fw ook op contractsoverneming van toepassing is.
91 Zie Van Nievelt 1907, p. 49. Vgl. Thole 1987, p. 1282.
92 Zie Vzr. Rb. Amsterdam 8 februari 2011, *JOR* 2011, 164, m.nt. N.S.G.J. Vermunt.

van aanneming van werk, waarbij de schuldenaar optreedt als verkoper respectievelijk aannemer. Kan de koper respectievelijk de opdrachtgever die de door hem verschuldigde tegenprestatie nog niet geheel heeft voldaan, de curator op de voet van art. 37 Fw een termijn stellen?

Ter illustratie kan worden gewezen op de zaak Kézér q.q./Rendamax.[93] HTP had in opdracht en voor rekening van Rendamax metaalproducten bewerkt en aan haar geleverd. Op het moment dat HTP in staat van faillissement werd verklaard, had Rendamax de aanneemsom ad circa € 122.000 nog niet voldaan. De curator zond Rendamax terzake een factuur, die zij betaalde, zij het dat zij daarop onder meer een bedrag van € 6.100 inhield. Rendamax wees erop dat er een garantietermijn van twee jaar was overeengekomen en stelde dat genoemd bedrag correspondeerde met de waarde van die garantie, die zij had gekapitaliseerd op basis van een voor de desbetreffende producten geldende 'uitvalrichtlijn'. De curator accepteerde deze inhouding niet en vorderde in rechte betaling van het restant. Door een wat ongelukkig verloop van de procedure, waarbij de rechtbank onder meer verzuimde een beroep van Rendamax op verrekening met de door haar gekapitaliseerde vordering uit hoofde van de garantie in haar oordeel te betrekken, heeft een inhoudelijke beoordeling van de voor de praktijk relevante vraag hoe in faillissement dient te worden omgegaan met op de schuldenaar rustende garantieverplichtingen, niet plaatsgevonden. In zijn noot onder deze uitspraak gaat Van Andel echter wél uitdrukkelijk op deze vraag in.

Van Andel stelt voorop dat het zijns inziens onbillijk zou zijn dat ingeval de wederpartij onder druk van de curator aan haar verplichtingen zou voldoen en zich in een later stadium een tekortkoming zou manifesteren, zij voor haar schade hooguit met een concurrente vordering in het faillissement zou kunnen opkomen. Hij analyseert vervolgens een aantal potentiële ontsnappingsroutes, waaronder een beroep op art. 37 Fw. Dit zou de wederpartij in een voorkomend geval een krachtig wapen opleveren. De curator zou dan zekerheid moeten stellen voor de nakoming van het garantiebeding,[94] bij gebreke waarvan de nog openstaande termijnen niet langer inbaar zouden zijn.[95]

Van Andel acht verdedigbaar dat art. 37 Fw van toepassing is indien de betreffende garantie de wederpartij méér bescherming biedt dan de bescherming die de wet haar in geval van een gebrek in de prestatie biedt. Hij heeft daarbij in het bijzonder het oog op gevallen waarin aantoonbaar is dat een deel van de overeengekomen prijs aan het garantiebeding is gerelateerd. Biedt het beding de wederpartij echter *de facto* níet meer bescherming dan zij in een voorkomend geval aan de wet kan ontlenen, dan liggen de kaarten volgens Van Andel anders:

> 'In dat geval valt immers niet in te zien waarom niet ook wederpartijen met minimaal dezelfde rechten, maar bij wie de "garantie" niet met zoveel woorden in de overeenkomst is vastgelegd en die dus terugvallen op de wettelijke regeling, een zekerheidstelling van de curator zouden kunnen verlangen in verband met een potentiële – toekomstige – vordering op grond van wanprestatie. De

93 Zie Rb. Maastricht 12 mei 2004, *JOR* 2004, 184, m.nt. W.J.M. van Andel.
94 Zie over de verplichte zekerheidstelling in geval van gestanddoening § 4.6.2.
95 Zie over het verlies van het recht om nakoming te vorderen bij niet-gestanddoening § 4.7.1.

> curator die poogt een debiteurenportefeuille te innen, zou in dat geval derhalve desverlangd jegens iedere debiteur zekerheid dienen te stellen. Die consequentie gaat mij te ver en zij strookt ook niet met de realiteit. Ik zou dan ook willen aannemen dat een overeenkomst waaraan de gefailleerde zijnerzijds uitvoering heeft gegeven, zij het dat niet uitgesloten is dat op enig moment in de toekomst nog een vordering uit wanprestatie bij de wederpartij opkomt, niet een overeenkomst is die in de zin van art. 37 Fw ten tijde van de faillietverklaring slechts gedeeltelijk door de gefailleerde is nagekomen.'[96]

Hoe hierover te oordelen? Vooropgesteld zij, dat eenvoudigweg niet is uitgemaakt hoe dient te worden omgegaan met garantieverplichtingen in het kader van art. 37 Fw. De parlementaire geschiedenis noch de rechtspraak biedt hiervoor aanknopingspunten. Hiernaast is van belang dat over het rechtskarakter van de garantieverbintenis allerminst eenstemmigheid bestaat. Zo zijn er auteurs die menen dat bij garanties een dogmatisch onderscheid moet worden gemaakt tussen de overeengekomen prestatie zelf en het al dan niet bereiken van het beoogde resultaat en schrijvers die dit onderscheid afwijzen en menen dat de verplichting om in te staan voor een bepaald resultaat in de prestatieverplichting opgaat.[97] Onder deze omstandigheden kan men – zou ik denken – twee kanten op redeneren.

Enerzijds kan men zeggen dat zolang op de aannemer een garantieverbintenis rust en de opdrachtgever nog niet de volledige aanneemsom heeft betaald, over en weer verbintenissen openstaan en daarmee aan het toepassingsgebied van art. 37 Fw is voldaan. Dat geldt dan niet alleen voor de situatie dat de opdrachtgever 'extra' garantie heeft bijgekocht, maar ook voor de situatie dat de garantie overeenstemt met de toepasselijke wettelijke regeling én die waarin de overeenkomst géén garantiebeding bevat en de garantieverbintenis geheel door de wettelijke regeling wordt ingekleurd.[98] De wederpartij die nog niet volledig heeft gepresteerd, kan zich dan via de weg van art. 37 Fw tegen een mogelijk verlies van haar garantieaanspraken indekken. Anderzijds kan men zeggen dat een redelijke uitleg van art. 37 Fw meebrengt dat garantieverbintenissen als hier bedoeld bij de toepassing van art. 37 Fw géén rol behoren te rol spelen, omdat anders een voor de praktijk onwerkbare situatie zou ontstaan. De curator die de debiteurenportefeuille poogt te innen, zou dan in voorkomende gevallen – zoals Van Andel terecht opmerkt – met vrijwel iedere debiteur in de slag moeten over zekerheidstelling, dan wel alle op de schuldenaar rustende garantieverplichtingen moeten afkopen.[99] Een complicerende factor daarbij is bovendien dat niet steeds goed valt in te schatten welke waarde de garantie vertegenwoordigt, terwijl in geval van zekerheidstelling het faillissement niet zal kunnen worden afgewikkeld zolang de garantietermijn niet is verstreken, omdat de gestelde zekerheid na het

96 W.J.M. van Andel, noot onder Rb. Maastricht 12 mei 2004, *JOR* 2004, 184, onder 6a. Vgl. Janssen & Versteeg 2008, p. 156-157.

97 Zie voor een overzicht: Losbladige Verbintenissenrecht, commentaar bij art. 6:75 BW, nr. 42 (Van der Hoeven-Oud en Broekema-Engelen).

98 Zie art. 7:759 BW (aanneming van werk) en art. 7:17 BW (koop). Zie voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 97, waar de conformiteitsregeling van art. 7:17 BW wordt genoemd als een voorbeeld van een bestanddeel van een overeenkomst dat ook zonder beding in de overeenkomst is begrepen (*naturalia*).

99 Vgl. art. 7:22 lid 1 sub b BW.

ongebruikt verstrijken van die termijn alsnog in de afwikkeling zal moeten worden betrokken.

Uit het voorafgaande moge blijken dat de op de behoeften van de praktijk toegesneden redenering op grond waarvan garantieverplichtingen in beginsel buiten het toepassingsbereik van art. 37 Fw blijven, mijn voorkeur heeft. In de situatie dat de schuldenaar op datum faillissement reeds heeft gepresteerd, maar de – contractuele of wettelijke – garantietermijn nog niet is verstreken, staat voor de wederpartij dan géén beroep op art. 37 Fw open. Dit betekent evenwel niet dat de wederpartij in dat geval zonder meer met lege handen staat. Anders dan Van Andel,[100] meen ik dat de curator die de wederpartij tot nakoming aanspreekt, de overeenkomst (stilzwijgend) gestand doet, als gevolg waarvan de *boedel* voor de uit de garantie voortvloeiende verbintenissen wordt verbonden.[101] Manifesteert zich een tekortkoming op een moment waarop de garantietermijn nog niet is verstreken en het faillissement nog niet is afgewikkeld, dan kan de wederpartij de curator dus onder de garantie aanspreken.

Ik deel de opvatting van Van Andel dat een uitzondering dient te worden aanvaard voor die situaties waarin de garantieaanspraken van de wederpartij verder strekken dan de aanspraken die zij aan de wet ontleent, omdat in de rede ligt dat een deel van de door haar verschuldigde tegenprestatie dan rechtstreeks met die extra garantie correspondeert. In hoeverre daarvan sprake is, zal in voorkomende gevallen door uitleg van het betreffende garantiebeding moeten worden bepaald. Resulteert dit in de vaststelling dat de garantieverplichtingen van de gefailleerde verder strekken dan waartoe hij op grond van de wet gehouden is, dan kan de wederpartij zich dus wél van art. 37 Fw bedienen. Het hangt dan van de omstandigheden van het geval af of de curator er verstandig aan doet zekerheid te stellen of te proberen de additionele garantieverplichtingen af te kopen. Heeft de garantie nog een lange looptijd, dan zal de tweede optie in de regel de voorkeur verdienen.

Hoewel mijns inziens dus in de rede ligt garantieverplichtingen in beginsel buiten het bereik van art. 37 Fw te houden, kan niet worden ontkend dat de wederpartij daardoor in voorkomende gevallen in een lastig parket kan geraken. Ik denk dan in het bijzonder aan gevallen waarin de door de schuldenaar te leveren prestatie dusdanig uniek is, dat de wederpartij in geval van een zich eventueel in de toekomst te manifesteren tekortkoming voor reparatie niet goed bij een derde terecht kan. Weliswaar kwalificeren haar garantieaanspraken in ieder geval als boedelschuld, maar dit help de wederpartij alleen verder indien het faillissement nog niet is afgewikkeld. Los daarvan zal de wederpartij ervan verzekerd willen zijn dat ook na afloop van de garantietermijn de eventueel noodzakelijke reparaties kunnen worden verricht. Kan die zekerheid niet worden gekregen, dan zal zij mogelijk van de overeenkomst af willen. Een beding dat haar de

100 Zie W.J.M. van Andel, noot onder Rb. Maastricht 12 mei 2004, *JOR* 2004, 184, onder 6c.

101 Zie over de reikwijdte van het keuzerecht van de curator § 4.5.2, over de consequenties van een gestanddoening § 4.6.1 en over de mogelijkheid dat de curator de overeenkomst stilzwijgend gestand doet § 4.6.4.

bevoegdheid geeft het contract in geval van faillissement te beëindigen, ongeacht of sprake is van een tekortkoming, kan dan eventueel uitkomst bieden.[102]

Tot slot wijs ik er nog op dat de hiervoor geschetste problematiek alleen speelt indien sprake is van een op de *schuldenaar* als verkoper of aannemer rustende garantie. Beschikt de wederpartij over een zogeheten *fabrieksgarantie*, dan kan zij zich in geval van een gebrek rechtstreeks tot de fabriek wenden. Met het faillissement van haar contractpartij heeft zij in dat geval weinig van doen.

4.4.2.3.3 Eigendomsvoorbehoud

Komt de onbetaald gebleven leverancier onder eigendomsvoorbehoud een beroep toe op art. 37 Fw? In de visie van de wetgever vermoedelijk niet. Sinds 1936 geldt voor het faillissement van de *huurkoper* in art. 38a Fw een bijzondere regeling, mede omdat de wetgever ervan uitging dat art. 37 Fw ten aanzien van de overeenkomst van huurkoop – een *species* van het eigendomsvoorbehoud – in de regel niet van toepassing zou zijn. Met de levering van de in huurkoop gegeven zaak zou de verkoper zijnerzijds 'geheel [zijn] nagekomen'.[103] Over dit laatste kan men evenwel van mening verschillen. Zo stelt Vriesendorp dat de verkoper eerst van zijn verbintenis tot eigendomsverschaffing is bevrijd op het moment dat de koopsom integraal is voldaan en de koper daarmee de eigendom van de zaak heeft verkregen, ook al komt hier feitelijk geen handeling van de verkoper meer aan te pas. Hij verbindt daaraan de conclusie dat zolang de eigendom nog niet op de koper is overgegaan, de verkoper een beroep toekomt op de regeling van art. 37 Fw.[104]

'Technisch-juridisch' lijkt mij de benadering van Vriesendorp zuiver, althans voor wat betreft de vraag of de koper met de levering van de op hem rustende verbintenis is bevrijd.[105] Op de verkoper rust de verbintenis de koper de *onvoorwaardelijke* eigendom te verschaffen,[106] zodat gesteld kan worden dat zolang de koopsom nog niet integraal is voldaan en de koper daardoor nog geen *onvoorwaardelijk* eigendomsrecht heeft verkregen, over en weer verbintenissen openstaan. In gevallen waarin de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken niet zijn bestemd om te worden verwerkt of doorverkocht, maar om door de koper te worden *gebruikt*, rust naast de verbintenis tot eigendomsverschaffing op de verkoper bovendien in de regel de voortdurende verbintenis om het gebruik van de desbetreffende zaken door de koper te dulden.[107] Aan de in de onderhavige paragraaf besproken voorwaarde voor toepassing van art. 37 Fw – dat de

102 Zie daarover nader § 7.2.
103 Zie de MvT, Kortmann & Faber 1995, p. 102.
104 Zie Vriesendorp 1985, p. 74-76.
105 Ik verschil met Vriesendorp van mening over de vraag naar de positie van de koper. Ik schaar mij aan de zijde van die auteurs die menen dat de koper onder eigendomsvoorbehoud als eigenaar moet worden aangemerkt, zij het dat diens eigendomsrecht *voorwaardelijk* is, namelijk onder opschortende voorwaarde van voldoening van de koopsom. Volgens Vriesendorp – die de figuur van het voorwaardelijke eigendomsrecht afwijst – heeft de koper niet meer dan een 'eigendomsverwachting'. Beide visies kennen vele voor- en tegenstanders. Zie voor een overzicht: Losbladige Vermogensrecht, commentaar bij art. 3:92 BW, nr. 32 (Verstijlen).
106 Zie art. 7:9 BW.
107 Zie Verstijlen 2007, p. 828.

overeenkomst van beide zijden nog niet geheel dient te zijn nagekomen – lijkt dus te zijn voldaan, zodat verdedigd kan worden dat de onbetaald gebleven leverancier onder eigendomsvoorbehoud een beroep toekomt op art. 37 Fw.[108]

Ook de verkoper onder eigendomsvoorbehoud kan als gevolg van het faillissement van de koper in onzekerheid komen te verkeren, omdat hij niet weet of de curator zal nakomen of dat hij de zaken terug zal ontvangen en aan een derde zal moeten zien te slijten. Is de curator bereid de overeenkomst na te komen, dan heeft de verkoper er doorgaans echter geen belang bij dat de curator zekerheid stelt, nu het eigendomsvoorbehoud die zekerheid al biedt. Is dat bij uitzondering niet het geval, omdat de waarde van de geleverde zaken is gedaald, dan zal de curator niet snel geneigd zijn de overeenkomst gestand te doen. Het belang van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud bij een beroep op art. 37 Fw is dus beperkt.

4.4.2.4 Duurovereenkomsten

In deze paragraaf richt ik het vizier op een bijzondere categorie overeenkomsten. Het gaat om overeenkomsten die niet verplichten tot eenmalige of voorbijgaande prestaties – zoals het koopcontract – maar juist tot opeenvolgende of voortdurende prestaties. De hier bedoelde overeenkomsten worden in de regel aangeduid als *duurovereenkomsten.* Hét onderscheidende kenmerk van een duurovereenkomst is dat haar werking zich uitstrekt over langere tijd.[109] Gedacht kan worden aan distributieovereenkomsten, nutsovereenkomsten, verzekeringsovereenkomsten, arbeidsovereenkomsten, huur- en licentieovereenkomsten. De huur- en arbeidsovereenkomst in het faillissement van de huurder respectievelijk de werkgever zijn afzonderlijk geregeld in de artikelen 39 en 40 Fw.[110] Wederpartijen bij andere duurovereenkomsten zijn aangewezen op de algemene regeling van art. 37 Fw.

De toepasselijkheid van art. 37 Fw ten aanzien van duurovereenkomsten is in de literatuur niet onomstreden. Sommige auteurs – en niet de minsten – hebben zich op het standpunt gesteld dat bij een duurovereenkomst die tot aan datum faillissement door één of beide partijen geheel is nagekomen, het in § 4.4.2.3 besproken vereiste dat de overeenkomst 'zowel door de schuldenaar als door zijn wederpartij in het geheel niet of slechts gedeeltelijk' moet zijn nagekomen, niet is vervuld. Zo stelt Schoordijk ten aanzien van een huurovereenkomst waarbij de *verhuurder* is gefailleerd:

> 'Art. 37 Fw is hier niet van toepassing. De verhuurder is zijn verplichting nagekomen. Hij heeft het pand ter beschikking gesteld. Wij kunnen dus niet zeggen, dat een overeenkomst door beide partijen niet is nagekomen.'[111]

---

108 Zo ook Wessels 1988, p. 166.
109 Zie Verdaas 2002, p. 601.
110 Hetzelfde geldt voor de pachtovereenkomst (art. 39 lid 2 Fw) en de agentuurovereenkomst (art. 40 lid 3 Fw), waarbij de gefailleerde optreedt als pachter respectievelijk principaal.
111 Zie Schoordijk 1991, p. 443. In deze zin ook: De Liagre Böhl 1991, p. 76. Zie ook ten aanzien van art. 236 (oud) Fw: Hof Den Bosch 9 oktober 1990, *KG* 1990, 377.

In zijn noot onder het arrest van het Hof Arnhem in de zaak Edon/Van der Hel q.q. verdedigt Kortmann ten aanzien van een overeenkomst tot levering van energie dat art. 37 Fw toepassing mist. Volgens Kortmann had Edon aan haar leveringsverplichting voor zover die bestond tot de faillissementsdatum gevolg gegeven, zodat van een 'in het geheel niet of slechts gedeeltelijk nakomen' zijns inziens geen sprake was.[112]

De opvatting van Schoordijk getuigt mijns inziens van een onjuiste visie met betrekking tot de verplichtingen van de verhuurder onder een huurovereenkomst. Zijn verplichtingen zijn niet beperkt tot het ter beschikking stellen van het verhuurde. Tijdens de gehele looptijd van het contract is de verhuurder verplicht de huurder het huurgenot te verschaffen.[113] De vervolgvraag is dan echter of in het geval dat de verhuurder tot aan datum faillissement het huurgenot heeft verschaft, gezegd kan worden dat hij geheel is nagekomen, zoals door Kortmann wordt verdedigd ten aanzien van een overeenkomst tot levering van energie, waarbij de leverancier tot aan de faillissementsdatum aan zijn leveringsplicht heeft voldaan. Naar mijn mening is dit niet het geval. Het duuraspect vormt een wezenlijk onderdeel van de door partijen bedongen prestaties. Bij een huurovereenkomst met een looptijd van vijf jaar verschaft de huurder zich voor een periode van vijf jaar het recht op huurgenot, terwijl de verhuurder zich gedurende eenzelfde periode van huurinkomsten verzekert. Pas na verloop van vijf jaar kan worden gezegd dat de partijen hebben ontvangen waarop zij op basis van het contract aanspraak hebben.

In zijn algemeenheid moet naar mijn mening worden aangenomen dat de bijzondere aard van een duurovereenkomst meebrengt dat zij vóór het einde van haar looptijd nimmer door één van beide partijen geheel is nagekomen. Dit betekent dat ook bij duurovereenkomsten voor art. 37 Fw een rol is weggelegd.[114] Het voorontwerp Insolventiewet gaat van dezelfde gedachte uit. In de Toelichting wordt uitdrukkelijk vermeld dat de algemene regeling van art. 3.4.1 tevens van toepassing is op duurovereenkomsten.[115] Dit is terecht. Ook de wederpartij bij een duurovereenkomst kan behoefte hebben aan een middel om duidelijkheid te verkrijgen omtrent de uitvoering van de overeenkomst en kan er onder omstandigheden belang bij hebben dat de curator zekerheid stelt voor nakoming.

---

112 Zie S.C.J.J. Kortmann, noot onder Hof Arnhem 8 april 1997, *JOR* 1997, 61. In dezelfde zin: Van Aalst 1996, p. 147. Zie ook het arrest van het Hof Amsterdam in de zaak Mulder q.q. & Hijmans q.q./TenneT, kenbaar uit HR 22 oktober 2010, *NJ* 2011, 113, m.nt. PvS.

113 Onder het oude recht was deze verplichting neergelegd in art. 7A:1586 BW, thans wordt zij bestreken door art. 7:204 BW. Ook uit HR 30 januari 1987, *NJ* 1987, 530, m.nt. G (*WUH/Emmerig q.q.*) volgt dat de huurovereenkomst ook voor de *verhuurder* een duurverbintenis in het leven roept, aangezien de verplichting tot betaling van de huurtermijnen afhankelijk wordt gesteld van de daadwerkelijke verschaffing van het huurgenot. Zie tevens de noot van J.J. van Hees onder Pres. Rb. Arnhem 6 maart 1997, *JOR* 1997, 56; Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2491.

114 In dezelfde zin: Verstijlen 1998b, p. 1678-1681; Van Oostrom-Streep 2006, p. 171-172; Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2491; Praktijkboek Insolventierecht 2, p. 64. Vgl. P. van Schilfgaarde in zijn noot onder HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 661 (*Tiethoff q.q./NMB*); de noot van J.J. van Hees onder Pres. Rb. Arnhem 6 maart 1997, *JOR* 1997, 56; Bodifee 1997, p. 173. Ook de wetgever gaat uit van de toepasselijkheid van art. 37 Fw op duurovereenkomsten; zie *Kamerstukken II*, 1993/94, 22 969, nr. 6, p. 6. Zie voorts Hof Arnhem 8 april 1997, *JOR* 1997, 61, m.nt. S.C.J.J. Kortmann; Rb. Den Haag 14 juli 2004, *JOR* 2004, 261. Ook in België vallen duurovereenkomsten onder de algemene regeling van art. 46 Faill.W; zie Dirix 2003, p. 202, noot 6.

115 Zie Kortmann & Faber 2007, p. 234.

Hoewel de regeling van art. 37 Fw naar geldend recht dus ook van toepassing is op duurovereenkomsten, lijkt zij niet goed op duurovereenkomsten te zijn toegesneden.[116] Dit manifesteert zich met name wanneer de curator de overeenkomst gestand doet. Zowel de status van de uit de overeenkomst voortvloeiende vorderingen, als het feit dat op grond van art. 37 lid 2 Fw voor nakoming zekerheid dient te worden gesteld, levert dan problemen op. Eén en ander komt nader aan de orde in § 4.6.1 en § 4.6.2.

4.4.2.5 Het moment waarop aan de criteria van art. 37 Fw moet zijn voldaan

Een laatste vereiste voor de toepassing van art. 37 Fw is dat de overeenkomst *ten tijde van de faillietverklaring* wederzijds nog niet geheel is nagekomen. In het licht van art. 23 Fw – welke bepaling aan het faillissement terugwerkende kracht verleent tot aan het begin (00.00 uur) van de dag van de faillietverklaring[117] – ligt in de rede de gecursiveerde zinsnede zo uit te leggen dat het moet gaan om overeenkomsten die vóór de dag van faillietverklaring aan de criteria van art. 37 Fw voldoen. Overeenkomsten met de schuldenaar die op of na de dag van faillietverklaring tot stand komen, vallen dus níet onder het bereik van art. 37 Fw. Dat geldt zowel voor overeenkomsten die door de curator worden gesloten, als voor overeenkomsten die buiten de curator om tussen de schuldenaar en een derde tot stand komen.[118]

Wordt na datum faillissement een overeenkomst gesloten tussen de *curator* en een derde, dan lijkt die derde aan een bepaling als art. 37 Fw op het eerste gezicht ook geen behoefte te hebben. Hij heeft immers van meet af aan dezelfde positie als de wederpartij bij een vóór de faillietverklaring gesloten overeenkomst die door de curator – in het kader van art. 37 Fw of daarbuiten – gestand wordt gedaan, namelijk die van boedelschuldeiser. Tevens heeft hij de mogelijkheid om voor ten behoeve van de boedel te verrichten prestaties zekerheid of contante betaling te bedingen.

Wanneer de derde echter na het intreden van het faillissement niet met de curator maar met de *schuldenaar* contracteert, is zijn positie minder benijdenswaardig. Verbintenissen uit een dergelijke overeenkomst krijgen op grond van art. 24 Fw slechts de status van boedelschuld voor zover de boedel is gebaat. Dit is alleen anders indien de curator van oordeel is dat uitvoering van de overeenkomst in het belang van de boedel is en hij om die reden besluit haar gestand te doen. Uit

---

116 De parlementaire geschiedenis bij art. 37 Fw gaat steeds uit van een koopcontract waarbij de gefailleerde als koper of als verkoper optreedt. Andere overeenkomsten – en dus ook duurovereenkomsten – komen niet aan de orde. Zie Van der Feltz I, p. 409-412; Kortmann & Faber 1995, p. 96-97.

117 Art. 23 Fw luidt: 'Door de faillietverklaring verliest de schuldenaar van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorend vermogen, te rekenen van de dag waarop de faillietverklaring wordt uitgesproken, *die dag daaronder begrepen.*'

118 Wél onder het bereik van art. 37 Fw vallen overeenkomsten die op de dag van de faillietverklaring over en weer nog niet geheel waren nagekomen, maar waarbij de wederpartij daarna alsnog de verschuldigde prestatie heeft verricht, al dan niet doordat zij niet van het faillissement op de hoogte was. Iets anders is dat de curator in een voorkomend geval niet snel geneigd zal zijn zich tot gestanddoening bereid te verklaren. Zie voor een voorbeeld: HR 14 december 1984, *NJ* 1985, 288, m.nt. G (*Floritex*).

het systeem van de Faillissementswet – in het bijzonder art. 20 Fw – volgt mijns inziens dat de curator deze bevoegdheid ook ten aanzien van ná datum faillissement door de schuldenaar gesloten contracten heeft.[119] Een en ander brengt mee dat de wederpartij bij een dergelijke overeenkomst – evenals de partij die vóór datum faillissement met de schuldenaar heeft gecontracteerd – in onzekerheid komt te verkeren of zij zich gereed moet houden voor nakoming of niet. Nu haar geen beroep toekomt op art. 37 Fw zal zij zich met behulp van het gemene recht tegen die onzekerheid te weer moeten stellen. Verklaart de curator zich bereid de overeenkomst na te komen, dan vormen alle voor de schuldenaar uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen boedelschuld. Recht op zekerheidstelling heeft de wederpartij hier niet. In geval van onzekerheid omtrent de toestand van de boedel kan een beroep op de onzekerheidsexceptie onder omstandigheden uitkomst bieden.[120] Komt de wederpartij de overeenkomst na, dan is zij zowel ten opzichte van de schuldenaar, als jegens de curator van haar verplichtingen bevrijd.

Verklaart de curator zich bereid een ná datum faillissement tussen de schuldenaar en een derde gesloten contract verder uit te voeren en treedt vervolgens een boedelfaillissement in op een moment dat de overeenkomst over en weer nog niet geheel is nagekomen, dan verschilt de verhaalspositie van die derde niet wezenlijk van die van een 'gewone' wederpartij in het kader van art. 37 Fw. Hetzelfde geldt voor de verhaalspositie van de derde die weliswaar rechtstreeks met de curator heeft gecontracteerd, maar daarbij geen zekerheid of contante betaling heeft bedongen en eigenlijk ook voor de wederpartij die de weg van art. 37 Fw heeft bewandeld en met een enkele bereidverklaring genoegen heeft genomen. In al deze gevallen komt de wederpartij echter geen beroep toe op art. 37 Fw, althans op een daarmee vergelijkbare bepaling. In de eerste twee situaties is dat weinig bevredigend,[121] zeker wanneer men zich realiseert dat het boedelfaillissement in de huidige praktijk zo frequent voorkomt dat het welhaast als het 'normaaltype' faillissement kan worden beschouwd.[122]

Het probleem dat de Faillissementswet zwijgt indien sprake is van een boedelfaillissement doet zich overigens niet alleen voor in de context van een wederkerige overeenkomst. Voor de afwikkeling van een negatieve boedel bestaan in het geheel geen wettelijke regels. Wel is in de jurisprudentie van de Hoge Raad een aantal regels ontwikkeld,[123] maar die bieden de praktijk maar weinig

119 Zie nader § 4.5.2.3.

120 Zie art. 6:263 BW.

121 In de derde situatie – waarin de wederpartij de curator op de voet van art. 37 Fw om gestanddoening heeft verzocht en daarbij met een bereidverklaring zonder zekerheidstelling genoegen heeft genomen – geldt dat de wederpartij de kans om haar verhaalspositie ten opzichte van haar in financiële nood verkerende contractpartij te verbeteren, al heeft gehad. De verplichte zekerheidstelling van art. 37 lid 2 Fw dient immers in de eerste plaats te waarborgen dat ook in geval van een boedelfaillissement nakoming of vervangende schadevergoeding kan worden verkregen. Is sprake van een *positieve* boedel, dan is een bereidverklaring van de curator afdoende.

122 In circa 70 % van de gevallen bevat de boedel onvoldoende actief om alle boedelschulden te betalen; zie Lutikhuis & Timmermans 2007, p. 30 (waar wordt gesteld dat de hoogst preferente faillissementsschuldeisers slechts in ongeveer 30 % van de gevallen een uitkering tegemoet kunnen zien).

123 Zie HR 26 april 1923, *NJ* 1923, 833 (*Van Noord/Langeveld q.q.*); HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 305, m.nt. PvS (*De Ranitz q.q./Ontvanger*); HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196, m.nt. WMK (*ProCall*), waarover Verstijlen 2008b, p. 559 en p. 562-566.

houvast. Het is tijd dat de wetgever ingrijpt en het boedelfaillissement – in de woorden van Verstijlen – 'ophoudt een "spookprocedure" te zijn'.[124]

4.4.2.6 Nadere vereisten of belemmeringen voor een beroep op art. 37 Fw?

4.4.2.6.1 De bereidheid van de wederpartij tot nakoming

Bij vonnis van 12 juni 1931 oordeelde de Rechtbank Groningen dat een beroep op art. 37 Fw impliceert dat de wederpartij zelf ook bereid is de overeenkomst na te komen. In het berechte geval stond op het moment dat de wederpartij een sommatie uitbracht reeds vast dat zij níet tot nakoming bereid was, zodat de uitgebrachte sommatie naar het oordeel van de rechtbank geen rechtsgevolg had.[125] Enige jaren later kwam het Hof Den Haag tot eenzelfde oordeel.[126] Ook in de literatuur is – al dan niet onder verwijzing naar de hier bedoelde uitspraken – steeds als een vanzelfsprekendheid tot uitgangspunt genomen dat voor een beroep op art. 37 Fw vereist is dat de wederpartij ook zelf bereid is de op haar rustende verbintenissen na te komen.[127]

Dit uitgangspunt is mijns inziens niet juist. De bereidheid van de wederpartij tot nakoming vormt géén voorwaarde voor een beroep op art. 37 Fw. Art. 37 Fw noch de wetsgeschiedenis bij die bepaling biedt daarvoor enig aanknopingspunt. De gedachte achter de regeling van art. 37 Fw is dat zij de wederpartij in staat stelt duidelijkheid te verkrijgen over wat de curator met de overeenkomst wil. Wat die wederpartij zélf wil, is daarbij niet van belang. Indien de curator nakoming van de overeenkomst nastreeft, heeft de wederpartij geen keuze; zij is dan ook harerzijds tot nakoming gehouden.[128] Ook de wederpartij die kenbaar heeft gemaakt dat zij liever van de overeenkomst af wil – bijvoorbeeld omdat zij met een andere partij op betere voorwaarden kan contracteren – komt dus een beroep toe op art. 37 Fw.

4.4.2.6.2 De mogelijkheid tot ontbinding

Voor een beroep op de regeling van art. 37 Fw is níet vereist dat de schuldenaar in de nakoming van de overeenkomst is tekortgeschoten en de wederpartij in verband daarmee de mogelijkheid heeft het contract te ontbinden.[129] Art. 37 Fw is bedoeld om een einde te maken aan de onzekere situatie waarin de wederpartij als gevolg van het faillissement kan komen te verkeren, doordat zij

---

124 Zie Verstijlen 2008b, p. 574. De Commissie insolventierecht heeft de mogelijkheid om in het voorontwerp Insolventiewet te voorzien in een deugdelijke regeling voor de boedelinsolventie laten liggen.

125 Zie Rb. Groningen 12 juni 1931, *NJ* 1931, p. 1173.

126 Zie Hof Den Haag 6 april 1936, *NJ* 1936, 682. In vergelijkbare zin werd geoordeeld in Arbitraal vonnis d.d. 12 april 1976, *NJ* 1977, 193, welk oordeel in hoger beroep echter géén stand hield; zie Arbitraal vonnis in hoger beroep d.d. 7 maart 1977, *NJ* 1978, 30, m.nt. PZ.

127 Zie bijvoorbeeld Polak 1963, p. 10 en Polak 1972, p. 131: 'De wederpartij, die de curator sommeert, moet harerzijds *natuurlijk* bereid zijn, de op haar rustende verbintenis na te komen'. Zie ook Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2480: '*Uiteraard* moet in een dergelijk geval de wederpartij zelf ook bereid zijn om de op haar rustende verbintenis na te komen'. Zie voorts Molengraaff-Star Busmann 1951, p. 213, noot 3.

128 Uiteraard behoudens het geval dat er reeds een grond is voor ontbinding; een bestaande bevoegdheid tot ontbinding wordt door het faillissement niet aangetast.

129 In dezelfde zin ten aanzien van de regeling van art. 37 (oud) Fw: Hof Den Bosch 22 mei 1917, *NJ* 1918, p. 131; Rb. Utrecht 26 november 1924, *NJ* 1925, p. 1063. Vgl. Polak 1972, p. 133.

niet weet of de overeenkomst zal (moeten) worden uitgevoerd. Die onzekerheid kan evengoed bestaan in situaties waarin de schuldenaar niet in de nakoming is tekortgeschoten.[130] Bovendien geldt dat indien de curator zich niet binnen een hem gestelde redelijke termijn bereid verklaart de overeenkomst na te komen, de schuldenaar daardoor in de regel in verzuim zal geraken.[131] De wederpartij heeft dan in beginsel de mogelijkheid zich door ontbinding van de overeenkomst te ontdoen, waarmee aan alle onzekerheid definitief een einde komt. De regeling van art. 37 Fw speelt bij dit alles geen rol.[132]

Maar wat nu indien de bevoegdheid tot ontbinding ook nadat de weg van art. 37 Fw zal zijn bewandeld níet aan de wederpartij ten dienste zal staan, doordat er belemmeringen voor ontbinding zijn die níet met het verstrijken van de termijn zonder bereidverklaring van de curator worden opgeheven? Men denke bijvoorbeeld aan de situatie dat de (toekomstige) tekortkoming van te geringe betekenis is om een ontbinding met haar gevolgen te rechtvaardigen,[133] de bevoegdheid tot ontbinding contractueel is uitgesloten of de curator zich op een opschortingsrecht beroept. Is het gerechtvaardigd dat de wederpartij in een dergelijk geval art. 37 Fw in stelling brengt en zich zo bij niet-gestanddoening *de facto* van de op haar rustende verbintenissen bevrijdt, doordat in dat geval de nakoming daarvan niet langer kan worden afgedwongen? Onder vigeur van art. 37 (oud) Fw was deze vraag helemaal pregnant, omdat het verstrijken van een op de voet van die bepaling gestelde termijn zonder bereidverklaring van rechtswege de *ontbinding* van de overeenkomst teweegbracht.

Illustratief is een onder oud recht gevoerde procedure tussen Warnas en Mettler, die tot een tweetal arresten van de Hoge Raad heeft geleid.[134] Wat was het geval? Mettler had aan Warnas de opdracht gegeven tot de bouw van een schip. Na enige tijd ontstond tussen hen onenigheid, waarna de bouw was komen stil te liggen. Hierop maakte Mettler een procedure aanhangig, waarin hij vorderde de overeenkomst ontbonden te verklaren en Warnas te veroordelen het reeds door hem voldane gedeelte van de aanneemsom terug te betalen. Warnas verweerde zich onder meer met een beroep op de toepasselijke algemene voorwaarden, waarin was bepaald dat een beroep op ontbinding was uitgesloten. Mettler kreeg in eerste aanleg ongelijk. Tijdens de procedure in hoger beroep ging Warnas failliet. Mettler stelde de curator een termijn in de zin van art. 37 (oud) Fw, die naar aanleiding daarvan verklaarde het contract níet gestand te doen. Daarop diende Mettler zijn aanspraken bij de curator in, maar tot verificatie kwam het vanwege de toestand van de boedel niet. Nadat het faillissement bij gebrek aan baten was opgeheven, werd de procedure op instigatie van Mettler gecontinueerd. Het Hof Den Bosch vernietigde het vonnis van de rechtbank en wees de vorderingen van Mettler toe. De Hoge Raad casseerde en verwees de zaak naar het Hof

130 Vgl. Polak 1963, p. 13; Polak 1972, p. 133.
131 Zie de artikelen 6:80 en 6:83 BW.
132 Zie nader § 3.3.5.2.2.
133 Zie art. 6:265 lid 1 BW.
134 Zie HR 29 november 1996, *NJ* 1998, 17, m.nt. HJS en HR 19 oktober 2001, *JOL* 2001, 556.

Arnhem,[135] dat Mettler andermaal in het gelijk stelde. Hierop ging Warnas voor de tweede maal in cassatie.[136]

In één van de cassatiemiddelen stelde Warnas dat het hof in zijn beoordeling had moeten betrekken 'wat rechtens is, wanneer een ontbinding van rechtswege zich zou voordoen in een rechtsverhouding waarin ontbinding nu juist is uitgesloten', waarmee hij kennelijk in twijfel trok of het beroep van Mettler op de regeling van art. 37 (oud) Fw wel tot een rechtsgeldige ontbinding had geleid. De Hoge Raad deed de zaak af met een beroep op art. 101a (oud) RO,[137] maar A-G Bakels ging – ten overvloede – op het middel in. Na een korte toelichting op de werking van een ontbinding op de voet van art. 37 (oud) Fw overwoog hij:

> 'Als een der partijen vóór de ontbinding op de voet van art. 37 Fw meer gepresteerd had dan de andere, resteerde voor het niet ontbonden gedeelte een vordering tot nakoming. Indien de partij die nog partieel moest nakomen failliet was, werd deze vordering omgezet in een geldvordering die ter verificatie kon worden ingediend. De ontbinding die door de werking van art. 37 Fw (oud) tot stand werd gebracht, behield – evenals de omzetting – haar gelding na afloop van het faillissement omdat de rechtszekerheid vergt dat de schuldeiser zich op de nieuw ontstane situatie kan instellen en desgewenst met een andere wederpartij zaken kan doen. Door die ontbinding/omzetting zijn partijen dan ook niet langer gebonden aan algemene voorwaarden of standaardvoorwaarden die eventueel op de overeenkomst van toepassing waren. In het verlengde van het vorenstaande moet worden aangenomen dat dit ook na de faillietverklaring tussen (de vroegere) contractspartijen geldt. Al daarom behoefde het hof zich in het onderhavige geval niet meer om de toepasselijkheid van (art. 21 van) de Smecoma-voorwaarden te bekommeren. Daarin is het antwoord gelegen op de door het middel opgeworpen vraag 'wat rechtens is, wanneer een ontbinding van rechtswege zich zou voordoen in een rechtsverhouding waarin ontbinding nu juist is uitgesloten.'[138]

Dat de algemene voorwaarden niet langer van toepassing waren indien het contract op de voet van art. 37 (oud) Fw was ontbonden, ligt mijns inziens voor de hand, althans voor wat betreft de toekomst. Voor het verleden gold na een ontbinding via art. 37 (oud) Fw – zoals de A-G terecht opmerkt – dat de partij die het meest had gepresteerd van de andere partij *nakoming* kon verlangen van de daartegenover staande prestatie(s). Naar ik meen, impliceert dit dat ook het contract en de daarop van toepassing zijnde algemene voorwaarden in zoverre van kracht bleven.[139] Maar de door het middel aan de orde gestelde rechtsvraag was mijns inziens niet zozeer of de algemene voorwaarden nog van toepassing waren nadat de weg van art. 37 (oud) Fw was bewandeld, maar veeleer of die weg in het licht van de toepasselijke algemene voorwaarden en de daarin opgenomen

---

135 Zie HR 29 november 1996, *NJ* 1998, 17, m.nt. HJS.
136 Zie HR 19 oktober 2001, *JOL* 2001, 556.
137 De voorloper van het huidige art. 81 RO.
138 Zie de conclusie voor HR 19 oktober 2001, *JOL* 2001, 556, onder 2.13.
139 Was het de gefailleerde die voor wat betreft het verleden nog tot partiële nakoming gehouden was en had die gehoudenheid betrekking op een andere prestatie dan de betaling van een geldsom, dan werd de daarmee corresponderende vordering geverifieerd voor haar geschatte waarde; zie art. 133 Fw. Van een 'omzetting' van die vordering in een geldvordering die na afloop van het faillissement standhield, was naar mijn mening echter geen sprake. Vgl. HR 16 maart 1917, *NJ* 1917, p. 455 (*Kastelijn q.q./Nijenhuis*), waarover § 4.3.

uitsluiting van de ontbindingsbevoegdheid wel had opengestaan.[140] De A-G beantwoordt die vraag impliciet bevestigend.

Hoe hierover te oordelen? Vooropgesteld zij, dat het antwoord op de hier bedoelde vraag voor de curator niet van belang is. Indien hij niet tot nakoming bereid is, zal het hem in de regel een zorg zijn of het contract al dan niet wordt ontbonden. De kwestie kan echter – zoals blijkt uit de zaak Warnas/Mettler – wél relevant zijn voor de *schuldenaar*, althans indien die na afloop van het faillissement nog een reëel bestaan leidt. Naar ik meen, is de visie van A-G Bakels de juiste. In de eerste plaats omdat art. 37 (oud) Fw de daarin opgenomen bevoegdheid tot termijnstelling nu eenmaal zonder enige beperking toekent aan een partij die vóór datum faillissement met de schuldenaar heeft gecontracteerd. Contractuele afwijking hiervan is mijns inziens niet toegelaten.[141] In de tweede plaats omdat art. 37 (oud) Fw niet alleen een regeling geeft voor de situatie dat de curator het contract níet gestand doet, maar ook voor het geval hij zich daartoe wél bereid verklaart; van ontbinding en daarmee van een bevrijding van de op de wederpartij rustende verbintenissen is dan geen sprake.

Ten aanzien van het huidige art. 37 Fw gelden de hier genoemde argumenten evenzeer. Daar komt nog bij dat waar de aan art. 37 (oud) Fw verbonden rechtsgevolgen logischerwijze ook ná faillissement standhielden,[142] goed verdedigbaar is dat het door art. 37 lid 1 Fw bewerkstelligde verlies van het recht om nakoming te vorderen alleen voor de duur van het faillissement geldt.[143] In dat geval lijkt de onderhavige vraag naar huidig recht hoofdzakelijk van theoretisch belang.

4.4.2.6.3 Verzuim en schuldeisersverzuim

Voor een beroep op art. 37 Fw is mijns inziens irrelevant of sprake is van *verzuim* aan de zijde van de wederpartij. In dat geval kan de curator er echter in beginsel voor kiezen om vóór het verstrijken van de termijn over te gaan tot ontbinding van het contract.[144] De curator kan ook besluiten om vóór het verstrijken van de termijn vervangende schadevergoeding te vorderen, waarin mijns inziens besloten ligt dat hij de overeenkomst (voor het overige) gestand doet.[145]

---

140 Zie ook de conclusie van A-G Bakels, onder 2.12, waar wordt gerept van 'de beoordeling of de schuldenaar de werking van art. 37 Fw zou kunnen blokkeren met een beroep op de uitsluiting van de bevoegdheid tot ontbinding.'

141 Art. 37 Fw is naar mijn mening van *dwingend recht.* Vgl. Polak/Pannevis 2011, p. 7. Vgl. Arbitraal vonnis in hoger beroep d.d. 7 maart 1977, *NJ* 1978, 30, m.nt. PZ. Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2009, beschouwt art. 37 Fw daarentegen als een bepaling van *openbare orde.* In die zin ook Van Hees 1997, p. 174.

142 Zie de hiervoor geciteerde passage uit de conclusie van A-G Bakels voor HR 19 oktober 2001, *JOL* 2001, 556 (*Warnas/Mettler*). Zie voorts Rb. Utrecht 26 november 1924, *NJ* 1925, p. 1063, waarin de rechtbank oordeelde dat een op de voet van art. 37 (oud) Fw ontbonden overeenkomst ook na opheffing van het faillissement als ontbonden heeft te gelden.

143 Zie nader § 4.7.1.2.1.

144 Laat de curator de termijn ongebruikt verstrijken, dan verliest hij op grond van art. 37 lid 1 Fw het recht om nakoming te vorderen. Onzeker is wat dit betekent voor diens mogelijkheden om te ontbinden (of aanvullende schadevergoeding te vorderen). Zie in dit verband nader § 4.7.1.2.3, waar ik verdedig dat een reeds *bestaande* bevoegdheid tot ontbinding (en tot het vorderen van aanvullende schadevergoeding) in ieder geval níet door de werking van art. 37 lid 1 Fw wordt getroffen. In een geval als het onderhavige betekent dit dat de bevoegdheid tot ontbinding ook na het verstrijken van de termijn zonder dat de curator zich tot nakoming bereid heeft verklaard, intact blijft.

145 Gestanddoening kan ook stilzwijgend plaatsvinden; zie § 4.6.4.

Evenmin is van belang of de wederpartij met betrekking tot de op de schuldenaar rustende verbintenissen in *schuldeisersverzuim* verkeert.[146] Wel lijkt mij redelijk dat de curator in dat geval kan eisen dat de wederpartij eerst haar schuldeisersverzuim opheft en toezegt de eventueel daardoor veroorzaakte schade te zullen vergoeden, alvorens hij zich tot gestanddoening bereid verklaart en in verband daarmee de door art. 37 lid 2 Fw vereiste zekerheid stelt. Zolang de wederpartij daartoe niet overgaat, treedt dan niet het rechtsgevolg van art. 37 lid 1 Fw in.[147]

4.4.2.6.4 Temporele restricties?

Naar mijn mening zijn er geen temporele beperkingen aan de mogelijkheid zich te beroepen op art. 37 Fw. De wederpartij kan art. 37 Fw tijdens de gehele duur van het faillissement inroepen,[148] zelfs wanneer zij inmiddels een vordering (tot nakoming) ter verificatie heeft aangemeld, deze vordering ter verificatievergadering is erkend en daarop in het kader van een uitdeling een percentage is uitbetaald. Een beroep op art. 37 Fw kan ook in een dergelijk vergevorderd stadium nog van betekenis zijn; zolang de overeenkomst voortduurt, bestaat immers nog de mogelijkheid dat de wederpartij door de curator tot nakoming wordt aangesproken. Art. 37 Fw biedt haar de mogelijkheid om zich op ieder gewenst moment alsnog van die onzekerheid te ontdoen en – indien de curator zich niet bereid verklaart de overeenkomst na te komen – over te gaan tot ontbinding of het vorderen van vervangende schadevergoeding, althans voor zover deze bevoegdheden haar ter beschikking staan.[149] Ná ontbinding is een beroep op de regeling van art. 37 Fw niet langer aan de orde; de overeenkomst bestaat dan immers niet meer.

4.4.2.6.5 De afkoelingsperiode

Kan art. 37 Fw ook tijdens een op de voet van art. 63a Fw afgekondigde afkoelingsperiode worden ingeroepen?[150] Gedurende de afkoelingsperiode geldt

---

146 Indien de wederpartij in verzuim is en de schuldenaar zich om die reden op een opschortingsrecht beroept, verkeert zij tevens in schuldeisersverzuim; zie art. 6:59 BW.

147 Vgl. A-G Bakels in zijn conclusie voor HR 19 oktober 2001, *JOL* 2001, 556 (*Warnas/Mettler*), onder 2.16. Vgl. voorts Rb. Amsterdam 31 januari 1996, *JOR* 1996, 27.

148 Zie ook Van Nievelt 1907, p. 54. Vgl. Rb. Den Haag 27 november 1900, *W.* 7586, waarin de rechtbank oordeelde dat 'noch uit de geschiedenis der wet, noch uit de woorden van art. 37' valt af te leiden dat art. 37 Fw slechts vóór de verificatievergadering kan worden toegepast.

149 Het feit dat een vordering in faillissement is geverifieerd, laat de bevoegdheid van de wederpartij om ontbinding of vervangende schadevergoeding te vorderen onverlet; zie HR 27 juni 1952, *NJ* 1953, 564, m.nt. PhANH (*Loorbach q.q./Van Streun*) en Rb. Zwolle 24 juli 1968, *NJ* 1969, 172. Ontbinding of het vorderen van vervangende schadevergoeding is in beginsel mogelijk zolang geen nakoming is verkregen (zie HR 8 januari 1925, *NJ* 1925, p. 297) en dus zelfs nog na ontvangst van een uitkering via de uitdelingslijst. Doet de wederpartij na de voor verificatie bepaalde termijn (art. 108 Fw) een beroep op art. 37 Fw zónder dat zij inmiddels een vordering ter verificatie heeft aangemeld, dan zijn haar mogelijkheden tot verificatie uiteraard – evenals die van iedere andere schuldeiser – beperkt; zie de artikelen 127, 173a, 178 en 186 Fw.

150 De afkoelingsperiode is in ons faillissementsrecht geïntroduceerd met de invoering van het huidige BW op 1 januari 1992 en dient blijkens de memorie van toelichting de curator de gelegenheid te geven 'zich een oordeel te vormen over de vraag welke goederen in de boedel vallen of welke goederen hij in elk geval voor de boedel wil behouden, bijvoorbeeld in verband met een mogelijke voortzetting of verkoop van het bedrijf.' Zie Kortmann & Faber 1995, p. 203. Vgl. HR 17 oktober 2008, *NJ* 2009, 92, m.nt. PvS (*Singulus*).

op grond van art. 63a lid 1 Fw dat elke bevoegdheid van derden, met uitzondering van boedelschuldeisers, tot verhaal op tot de boedel behorende goederen of tot opeising van goederen die zich in de macht van de gefailleerde of de curator bevinden, niet mag worden uitgeoefend, tenzij de rechter-commissaris daarvoor machtiging verleent. Ingevolge art. 63a lid 3 Fw wordt een door een derde ter zake van zijn bevoegdheid aan de curator gestelde termijn tijdens de afkoelingsperiode geschorst. Mijns inziens wordt een termijn in de zin van art. 37 Fw níet door deze regel getroffen, nu die termijn niet (primair) ter zake van een bevoegdheid tot verhaal of opeising van tot de boedel behorende goederen wordt gesteld.[151]

Of het juist is de termijn ex art. 37 Fw van het toepassingsgebied van art. 63a lid 3 Fw uit te sluiten, valt evenwel te betwijfelen. Zo heeft Verschoof mijns inziens terecht opgemerkt dat de beleidsafweging die de curator moet maken indien hem om gestanddoening van een overeenkomst wordt gevraagd, niet een wezenlijk andere is dan die bij de beslissing of hij bepaalde goederen voor de boedel wil behouden.[152] Illustratief is ook de volgende passage uit de memorie van toelichting bij het in het kader van het MDW-project Modernisering Faillissementswet gewijzigde art. 63a Fw:

> 'Tijdens de afkoelingsperiode dient de curator de gelegenheid te krijgen de boedel te inventariseren, zonder gedwongen te zijn tot het nemen van beslissingen. Het zou in strijd zijn met de gedachte achter de afkoelingsperiode indien de curator in die periode toch zou kunnen worden gedwongen beslissingen te nemen die gevolgen hebben voor de omvang en samenstelling van de boedel.'[153]

Het komt mij voor dat ook een beslissing omtrent gestanddoening van een lopend contract gevolgen kan hebben voor de omvang en samenstelling van de boedel. Naar mijn mening behoort een tijdens de afkoelingsperiode aan de curator gestelde termijn in de zin van art. 37 Fw dan ook pas te gaan lopen nadat de afkoelingsperiode is geëindigd. Aanpassing van de wettelijke regeling lijkt mij hier gewenst.

Het voorontwerp Insolventiewet

Het voorontwerp Insolventiewet sluit op dit punt geheel aan bij de tekst van het huidige art. 63a lid 3 Fw.[154] Dit neemt echter niet weg dat in de rede ligt dat onder de regeling van het voorontwerp Insolventiewet contractpartijen niet bevoegd worden geacht de bewindvoerder tijdens de afkoelingsperiode op de voet van het equivalent van art. 37 Fw (art. 3.4.1) om gestanddoening te vragen, aangezien dit de tevens in het voorontwerp Insolventiewet neergelegde doorleveringsplicht zou kunnen doorkruisen.[155]

---

151 In dezelfde zin: Van der Aa 2007, p. 71. Vgl. Kortmann 1994, p. 160-161; Leuftink 1995, p. 120-121.
152 Zie Verschoof 1992, p. 6.
153 Zie *Kamerstukken II*, 1999/2000, 27 244, nr. 3, p. 13.
154 Zie art. 3.6.3 lid 5 jo lid 1 voorontwerp Insolventiewet en de Toelichting, Kortmann & Faber 2007, p. 259.
155 Zie nader § 7.6.3, suggestie (x).

4.4.2.6.6 Conclusie

Uit de voorafgaande paragrafen volgt dat er geen nadere vereisten of belemmeringen zijn voor een beroep op art. 37 Fw. Zo is niet van belang (i) of de wederpartij zelf tot nakoming bereid is, (ii) of zij de mogelijkheid heeft c.q. kan verkrijgen de overeenkomst te ontbinden, (iii) of zij in verzuim is en (iv) of zij ter zake van de op de schuldenaar rustende verbintenissen in schuldeisersverzuim verkeert. De wederpartij bij een wederkerige overeenkomst die ten tijde van de faillietverklaring over en weer nog niet geheel is nagekomen, is in beginsel tijdens de gehele looptijd van het faillissement bevoegd zich van art. 37 Fw te bedienen, ook tijdens een op de voet van art. 63a Fw afgekondigde afkoelingsperiode.[156]

4.4.3 Vorm en inhoud van de termijnstelling

De wederpartij die gebruik wenst te maken van de faciliteit van art. 37 Fw dient de curator *schriftelijk* een redelijke termijn te stellen waarbinnen hij dient aan te geven of hij de overeenkomst gestand doet.[157] Art. 37 (oud) Fw bepaalde nog dat de wederpartij bevoegd was 'den curator te sommeeren binnen acht dagen te verklaren of hij de overeenkomst gestand wil[de] doen'. Uit het feit dat de bepaling sprak van het 'sommeeren' van de curator leidde Van Nievelt af dat nodig was dat de wederpartij de vordering daartoe deed bij deurwaardersexploot. Aan een gewoon schriftelijk of mondeling verzoek behoefde de curator zich volgens Van Nievelt niet te storen.[158] Of dit ten aanzien van art. 37 (oud) Fw juist was, waag ik te betwijfelen.[159] De wetsgeschiedenis bij art. 37 (oud) Fw biedt voor de lezing van Van Nievelt in ieder geval geen aanknopingspunten.[160] Hoe dat ook zij, vaststaat dat het gelet op het rechtsgevolg dat aan het ongebruikt verstrijken van de termijn is gekoppeld – onder art. 37 (oud) Fw was dat ontbinding, naar huidig recht het verlies van het recht om nakoming te vorderen – van belang is dat duidelijk kan worden vastgesteld op

156 Uiteraard is wel denkbaar dat een beroep op art. 37 Fw in een voorkomend geval strandt op de regels van art. 3:13 BW of op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 315, waar wordt gesteld dat de redelijkheid en billijkheid eraan in de weg kunnen staan dat een schuldenaar zich bedient van – het met art. 37 Fw vergelijkbare – art. 6:88 BW, indien het hem er slechts om is te doen om bij gebreke van een tijdige reactie van de schuldeiser een voor hem gunstig resultaat te verkrijgen. Vgl. voorts Rb. Den Haag 3 mei 1927, *NJ* 1928, p. 991, waarin de rechtbank oordeelde dat de wederpartij haar rechten om zich te beroepen op de consequenties van art. 37 (oud) Fw had verwerkt, door na het ongebruikt verstrijken van de termijn ex art. 37 (oud) Fw nakoming door de curator te aanvaarden.

157 Dat de termijn aan de *curator* en niet aan de *schuldenaar* dient te worden gesteld, strookt met art. 99 lid 2 Fw, op grond waarvan 'protesten, exploten, verklaringen en *termijnstellingen* betreffende de boedel door en aan de curator [geschieden]'. Bij surseance van betaling dient een termijnstelling op grond van art. 236 Fw aan zowel de schuldenaar als zijn bewindvoerder te zijn gericht. In Vzr. Rb. Amsterdam 8 februari 2011, *JOR* 2011, 164, m.nt. N.S.G.J. Vermunt, r.o. 4.4, werd in het kader van art. 236 Fw mijns inziens ten onrechte betekenis toegekend aan het feit dat de wederpartij in kwestie de schuldenaar reeds vóór datum surseance een redelijke termijn had gesteld.

158 Zie Van Nievelt 1907, p. 54.

159 Vgl. Verschoof 1992, p. 57, die schrijft dat de termijnstelling onder art. 37 (oud) Fw 'vormvrij' was.

160 Zie Van der Feltz I, p. 408-412. Vgl. de noot van P. Zonderland onder Arbitraal vonnis in hoger beroep d.d. 7 maart 1977, *NJ* 1978, 30.

welk moment dit rechtsgevolg intreedt. Indien de wederpartij haar verzoek *schriftelijk* doet – waartoe art. 37 Fw thans verplicht – zal dat doorgaans het geval zijn.[161] Een deurwaardersexploot is echter niet vereist.[162]

Behalve het vereiste van schriftelijkheid stelt de wet geen vereisten aan een termijnstelling op basis van art. 37 Fw.[163] Mede in dit licht mogen aan het verzoek van de wederpartij in de zin van art. 37 Fw naar mijn mening geen al te zware eisen worden gesteld. Zo lijkt mij niet nodig dat de wederpartij naar art. 37 Fw verwijst, zolang voor de curator maar voldoende duidelijk is dat van hem wordt verwacht dat hij voor een bepaald tijdstip kenbaar maakt wat hij met de overeenkomst wil.[164] In een geval waarin uit het exploot waarin de termijnstelling in de zin van art. 37 Fw was opgenomen bleek dat de wederpartij zélf niet tot nakoming bereid was, oordeelde het Hof Den Haag dat hieraan om die reden geen rechtsgevolg was verbonden.[165] Mijns inziens is dit oordeel niet juist. De gedachte achter art. 37 Fw is dat de wederpartij duidelijkheid kan krijgen over wat de curator met de overeenkomst wil. Wat de wederpartij zelf wil, is daarbij niet van belang. Indien de curator zich tot nakoming bereid verklaart, heeft de wederpartij geen keuze meer; ook zij is dan tot nakoming gehouden.[166]

De consequenties van de regeling van art. 37 Fw kunnen niet worden omzeild door de termijnstellingsbrief zo in te richten dat indien de curator niet binnen een bepaalde termijn reageert, de overeenkomst geldt als door de boedel gestand gedaan. Een andersluidende opvatting zou in strijd zijn met het systeem van de Faillissementswet en het daarin neergelegde keuzerecht van de curator.[167]

4.4.4 De redelijke termijn

De in art. 37 (oud) Fw opgenomen achtdagentermijn is op 1 januari 1992 omgewisseld voor een *redelijke* termijn. Hiermee is gekozen voor hetzelfde stelsel als is neergelegd in verschillende andere bepalingen in het huidige BW.[168] De wijziging is doorgevoerd in het belang van zowel de curator als de wederpartij, omdat de termijn van acht dagen in de praktijk veelal aanzienlijk te

161 Het schriftelijkheidsvereiste is zonder toelichting in art. 37 Fw opgenomen; zie Kortmann & Faber 1995, p. 93-99. Huizink 2009, p. 70, gaat ervan uit dat (ook) het *antwoord* van de curator schriftelijk moet zijn. Mijns inziens is dat niet juist. De bereidverklaring van de curator kan in iedere gewenste vorm geschieden en zelfs stilzwijgend worden aangenomen, doordat zij in een verklaring of gedraging besloten ligt; zie nader § 4.6.4.

162 Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 281, waar wordt gesteld dat voor het stellen van een termijn in de zin van art. 6:80 lid 1 sub c BW géén deurwaardersexploot vereist is.

163 Níet vereist is dat de termijnstelling enigerlei informatie over de door de curator te stellen zekerheid bevat. Aldus terecht: Arbitraal vonnis in hoger beroep d.d. 7 maart 1977, *NJ* 1978, 30, m.nt. PZ. Anders: Arbitraal vonnis d.d. 12 april 1976, *NJ* 1977, 193.

164 Níet voldoende lijkt mij de enkele sommatie dat de overeenkomst binnen een bepaalde (redelijke) termijn dient te worden nagekomen.

165 Zie Hof Den Haag 6 april 1936, *NJ* 1936, 682. Vgl. Arbitraal vonnis d.d. 12 april 1976, *NJ* 1977, 193; Rb. Groningen 12 juni 1931, *NJ* 1931, p. 1173.

166 Zie ook § 4.4.2.6.1.

167 Zie ook Verschoof 1992, p. 57, die stelt dat 'zo'n formulering in strijd [is] met het wettelijk uitgangspunt dat de curator expliciet moet instemmen met (verdere) uitvoering van de overeenkomst'. Zie over het keuzerecht van de curator nader § 4.5.

168 Zie de artikelen 3:55 lid 2, 3:69 lid 4, 3:217 lid 4, 5:94 lid 3, 6:19 lid 1, 6:82 lid 1, 6:88, 6:158 en 7:852 lid 2 BW. Vgl. art. 36a Fw. Vgl. tevens art. 7:40 BW, in welke bepaling weer bij de redelijke termijn van art. 37 Fw is aangesloten, aldus Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 284.

kort was en in enkele voor de wederpartij spoedeisende gevallen juist weer onnodig lang. Het ligt volgens de memorie van toelichting voor de hand 'dat voor het geval van een fluitketel niet dezelfde termijn op zijn plaats is als voor het geval van een mammoettanker'.[169] De wijziging van een vaste in een redelijke termijn vormt mijns inziens een verbetering. Zij biedt de praktijk de benodigde flexibiliteit doordat de tijd die de curator krijgt om tot een beslissing te komen steeds afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Bovendien voorkomt zij dat de curator in de hectiek van de eerste dagen van een faillissement noodgedwongen besluit een overeenkomst niet gestand te doen, alleen omdat hij nog niet goed kan overzien of de boedel belang heeft bij c.q. in staat is tot nakoming.[170]

Volgens de memorie van toelichting bij art. 37 Fw mag er in het algemeen van worden uitgegaan dat degene aan wie een termijn is gesteld waarvan hij meent dat zij niet redelijk is, zich vóór de afloop daarvan tot de wederpartij dient te wenden en dient mede te delen hoeveel tijd hij dan wél voor zijn beslissing nodig heeft.[171] Dit lijkt te impliceren dat de curator de mogelijkheid heeft een aan hem gestelde termijn ex art. 37 Fw eenzijdig te verlengen, zolang hij daartoe maar vóór het verstrijken van de termijn overgaat. Laat de curator vervolgens de door hemzelf verlengde termijn verstrijken zonder zich tot gestanddoening bereid te verklaren, dan treedt het in art. 37 lid 1 Fw geregelde rechtsgevolg alsnog in. Wanneer men dit in het oog houdt, is volgens de memorie van toelichting 'van dit stelsel ook in faillissement geen onaanvaardbare mate van onzekerheid te vrezen'.[172] De wederpartij weet uiterlijk op het moment dat de door de curator verlengde termijn afloopt, wat hij met de overeenkomst van plan is, zo is kennelijk de gedachte. In het voorontwerp Insolventiewet is dit stelsel overgenomen. Onder de daarin opgenomen regeling behoeft de wederpartij de bewindvoerder géén termijn te stellen. Een verzoek om zich omtrent gestanddoening uit te laten volstaat, waarna de bewindvoerder binnen redelijke termijn diens beslissing kenbaar dient te maken.[173] Men kan hier bedenkingen bij hebben. Niet valt in te zien waarom het aan één van de betrokken partijen – in dit geval de curator – zou zijn om eenzijdig te bepalen wat een redelijke termijn is. Uitgangspunt lijkt mij dat het oordeel wat redelijk is, is voorbehouden aan de rechter.

Door De Liagre Böhl is betoogd dat indien de curator onredelijk veel tijd voor zijn beslissing omtrent gestanddoening neemt, door de wederpartij art. 69 Fw in stelling kan worden gebracht.[174] Naar mijn mening biedt art. 69 Fw echter geen soelaas.[175] Op grond van vaste rechtspraak staat een beroep op die bepaling slechts open 'indien de bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel

169 Zie Kortmann & Faber 1995, p. 95.
170 Zie ook Thole 1987, p. 1282; Stollenwerck 1991, p. 479. Vgl. De Liagre Böhl 1981, p. 279, die stelt dat een termijn van acht dagen te rigide is voor de praktijk en het gevaar van misbruik in zich bergt indien de wederpartij er belang bij heeft van een lopende overeenkomst af te komen. Anders: Molkenboer 1981, p. 494, die meent dat door de wijziging van de termijn van acht dagen in een redelijke termijn de rechtszekerheid te zeer in het gedrang komt.
171 Zie Kortmann & Faber 1995, p. 95.
172 Zie Kortmann & Faber 1995, p. 95.
173 Zie art. 3.4.1 lid 1 jo lid 3 sub a voorontwerp Insolventiewet.
174 Zie De Liagre Böhl 1991, p. 95.
175 In dezelfde zin: Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2480.

betrokken belangen van de verzoeker *als schuldeiser* door de voorgenomen handeling dreigen te worden geschaad'.[176] Wanneer de beslissing van de curator onredelijk lang op zich laat wachten, zijn niet zozeer de belangen van de wederpartij als *schuldeiser* in het geding, als wel haar belangen als *contractpartij.* De enige mogelijkheid om in een voorkomend geval een spoedige beslissing omtrent gestanddoening af te dwingen, lijkt het dagvaarden van de curator in kort geding. Een erg aanlokkelijk perspectief biedt dit – gelet op de in de regel met een kort geding gepaard gaande tijd en kosten – evenwel niet.

Naar mijn mening is hiermee de balans tussen het belang van de boedel en dat van de wederpartij te zeer in de richting van het boedelbelang doorgeslagen, temeer nu art. 37 Fw primair als faciliteit voor de *wederpartij* in het leven is geroepen. De regeling verdient bijstelling. Gaat de curator in de ogen van de wederpartij uit van een onredelijk lange termijn, dan dient haar het recht toe te komen de rechter-commissaris te verzoeken de termijn te verkorten. Het verdient naar mijn mening de voorkeur die bevoegdheid in art. 37 Fw op te nemen. Het voorontwerp Insolventiewet biedt de gewenste verandering niet; het sluit op dit punt geheel aan bij het huidige art. 37 Fw.[177]

Is het mogelijk om met werking jegens de boedel contractueel vast te leggen binnen welke termijn de curator een beslissing omtrent gestanddoening dient te nemen? Ik meen van niet. Contractuele afwijking van art. 37 Fw is niet toegelaten, niet ten nadele van de wederpartij en evenmin ten nadele van de curator.[178] In de praktijk wordt dit niet steeds onder ogen gezien. Zo gaan de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken (UAV) 2012 in § 45.4 en § 46.3 nog altijd uit van de onder art. 37 (oud) Fw geldende achtdagentermijn. Daarnaast reguleren zij de gevolgen van het verstrijken van die termijn voor de positie van de curator van de opdrachtgever respectievelijk de aannemer, welke gevolgen afwijken van de consequenties die de regeling van art. 37 Fw hieraan verbindt. Ook dergelijke afwijkingen kunnen mijns inziens evenwel níet aan de curator worden tegengeworpen.[179]

4.4.5 De verhouding tot de artikelen 38 t/m 40 Fw

4.4.5.1 Inleiding

De Faillissementswet bevat in de artikelen 37b t/m 40 Fw enige bijzondere regelingen die betrekking hebben op een aantal specifieke overeenkomsten. Het gaat achtereenvolgens om nutsovereenkomsten (art. 37b Fw), overeenkomsten met betrekking tot termijnzaken (art. 38 Fw), overeenkomsten van (scheeps) huurkoop waarbij de gefailleerde optreedt als koper (art. 38a Fw), huur- en pachtovereenkomsten waarbij de gefailleerde huurder respectievelijk pachter is (art. 39 Fw) en arbeids- en agentuurovereenkomsten waarbij de failliet optreedt als

176 Zie voor de eerste maal HR 10 mei 1985, *NJ* 1985, 791, m.nt. G.
177 Zie art. 3.4.1 en art. 4.3.5 voorontwerp Insolventiewet. Zie tevens Van Zanten 2008a, p. 59.
178 Vgl. Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2009. Zie ook § 4.4.2.6.2.
179 Kennelijk anders: Hof Arnhem 20 februari 2007, *JOR* 2007, 129, r.o. 4.18.

werkgever respectievelijk principaal (art. 40 Fw).[180] De wet geeft geen antwoord op de vraag hoe deze bijzondere bepalingen zich verhouden tot de algemene regeling van art. 37 Fw.

Stellig over de verhouding tussen art. 37 Fw enerzijds en de artikelen 38 t/m 40 Fw anderzijds is Völlmar:

> 'Het eerste lid van art. 37 [(oud) Fw] komt niet voor toepassing in aanmerking wanneer voor bijzondere overeenkomsten een afwijkende regeling bestaat zoals die in de hieronder te bespreken artt. 38, 38a, 39 en 40 voorkomt.'[181]

Evenzeer stellig, maar dan in tegenovergestelde zin, is Loesberg:

> 'Voorop gesteld moet worden dat de wetgever geen (uitdrukkelijke) aandacht heeft besteed aan de verhouding tussen art. 37 Fw enerzijds en de art. 38 (termijntransacties), 38a (huurkoop), 39 (huur) en 40 Fw (arbeidsovereenkomst) anderzijds. Omdat art. 37 Fw ziet op het al dan niet nakomen van wederkerige overeenkomsten zolang de overeenkomst niet is geëindigd en de artikelen 38, 38a, 39 en 40 Fw (met name) de opzegging van de in die artikelen genoemde overeenkomsten betreffen, kan niet gezegd worden dat de art. 37 Fw enerzijds en 38, 38a, 39 en 40 Fw anderzijds zich verhouden als een "lex generalis" tot "leges speciales". Dat sprake is van een in art. 38, 38a, 39 of 40 Fw genoemde overeenkomst, betekent dan ook niet dat art. 37 Fw niet van toepassing kan zijn.'[182]

Wie heeft hier gelijk? In § 4.4.5.2 t/m 4.4.5.5 stel ik achtereenvolgens de verhouding tussen art. 37 Fw en de artikelen 38 t/m 40 Fw aan de orde. De vraag hoe art. 37 Fw zich verhoudt tot de regeling van art. 37b Fw komt aan de orde in § 7.5.4.

4.4.5.2 Art. 38 Fw

Art. 38 Fw heeft betrekking op termijncontracten. Het bepaalt dat

> '[i]ndien in het geval van art. 37 de levering van waren, die ter beurze op termijn worden verhandeld, bedongen is tegen een vastgesteld tijdstip of binnen een bepaalde termijn, en dit tijdstip invalt of die termijn verstrijkt na de faillietverklaring, de overeenkomst door de faillietverklaring [wordt] ontbonden'.[183]

Hieruit volgt dat de regeling van art. 37 Fw in een geval dat wordt bestreken door art. 38 Fw eenvoudigweg geen rol kán spelen.

---

180 De regeling van de surseance van betaling bevat in de artikelen 237 t/m 239 Fw min of meer vergelijkbare bepalingen, zij het in enigszins andere volgorde gerangschikt.
181 Völlmar 1961, p. 697. Vgl. Van Nievelt 1907, p. 186.
182 E. Loesberg, noot onder Pres. Rb. Roermond 3 oktober 2001, *JOR* 2001, 267, onder 2.2.
183 Voor schade kan de wederpartij als concurrent schuldeiser opkomen; lijdt juist de boedel door de ontbinding schade, dan is de wederpartij verplicht deze te vergoeden.

4.4.5.3 Art. 38a Fw

Indien de gefailleerde huurkoper is, kan zowel de curator als de verkoper op grond van art. 38a lid 1 Fw de huurkoop ontbinden, welke ontbinding blijkens lid 2 dezelfde gevolgen heeft als een ontbinding wegens het niet nakomen door de koper van zijn verplichtingen. Op grond van art. 38a lid 3 Fw kan de verkoper voor het aan hem verschuldigde bedrag als concurrent schuldeiser opkomen.

Ten aanzien van art. 38a Fw geldt dat de wetgever in de memorie van toelichting – anders dan Loesberg stelt – juist heel uitdrukkelijk de verhouding van die bepaling tot art. 37 Fw onder ogen heeft gezien:

> 'Art. 37 Fw. geeft bij huurkoop geen bruikbare oplossing. De verkoper kan dit artikel in den regel niet gebruiken. Meestal heeft hij de overeenkomst geheel nagekomen, zoodra de overdracht is geschied; de eigendom wordt immers door den koper van rechtswege verkregen (art. 1576p B.W.). De curator kan evenmin van dit artikel gebruik maken.'

En dan even verderop:

> 'Door deze bijzondere regeling is art. 37 Fw. buiten werking gesteld voor de enkele gevallen, waarin het anders toepassing had kunnen vinden.'[184]

Betekent dit nu dat het doek voor art. 37 Fw hier definitief valt? Naar mijn mening is dat niet zonder meer het geval. De parlementaire geschiedenis is voor de uitleg van de wet weliswaar van grote betekenis, maar het is aan de rechter welke waarde hij aan de wetsgeschiedenis toekent. De rechter is in een voorkomend geval vrij deze terzijde te schuiven.[185] Wordt echter in de wetsgeschiedenis een uitdrukkelijke keuze gemaakt, zoals ten aanzien van art. 38a Fw het geval is, dan rust op de rechter naar mijn mening wel een verzwaarde motiveringsplicht ingeval hij die keuze desondanks naast zich neerlegt.

De constatering dat art. 37 Fw in de regel niet van toepassing is bij faillissement van de huurkoper is naar mijn mening voor betwisting vatbaar. Zolang de koopprijs niet integraal is voldaan, blijft op de verkoper 'technisch-juridisch' de verplichting rusten de koper de (onvoorwaardelijke) eigendom van de zaak te verschaffen. Het feit dat die eigendom bij voldoening van de laatste termijn van rechtswege overgaat, doet hieraan niet af.[186] Bovendien is de koper in de regel gerechtigd zijn in huurkoop verkregen zaak te gebruiken. Dit gebruiksrecht is verbintenisrechtelijk van aard, ook al bestaat daarvoor een wettelijke

---

184 Zie Kortmann & Faber 1995, p. 102. Vgl. Molengraaff-Star Busmann 1951, p. 220, noot 4.

185 Zie Snijders 2008, in het bijzonder p. 846-849, en de daar aangehaalde passage uit Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1009-1010: 'Wel past hier wellicht de algemene opmerking dat weliswaar de parlementaire geschiedenis, zoals de Commissie het uitdrukt, "een argumentatiebron" vormt, waaraan "veel betekenis" toekomt, doch dat de wetgever principieel de uitleg van zijn eigen produkten niet kan afdwingen, ook niet door middel van uitingen die tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel of een later wetsvoorstel zijn gedaan.'

186 In dezelfde zin: Vriesendorp 1985, p. 76, noot 34. Zie ook mijn opmerkingen omtrent de toepasselijkheid van art. 37 Fw bij een verkoop onder eigendomsvoorbehoud in § 4.4.2.3.3.

grondslag.[187] In dit licht lijkt mij verdedigbaar dat ook bij huurkoop sprake is van een situatie die valt onder het toepassingsbereik van art. 37 Fw. Dit geldt temeer wanneer de verkoper ook andere dan de hiervoor genoemde verplichtingen op zich heeft genomen.[188]

Doel van de invoering van art. 38a Fw was blijkens de hiervoor geciteerde passage in de memorie van toelichting de wens om ondanks het feit dat art. 37 Fw – althans in de ogen van de wetgever – veelal niet van toepassing zou zijn, toch tot een afwikkeling te kunnen komen. Hiertoe werd aan beide partijen een ontbindingsrecht toegekend. Met de toekenning van dit recht aan de *curator* werd tevens beoogd het belang van de boedel te dienen, doordat hiermee kan worden voorkomen dat de verkoper voor het gehele restant van de koopprijs in de verificatievergadering opkomt, terwijl hij tegelijkertijd eigenaar van de zaak blijft.[189] Door in een geval waarin art. 37 Fw wél van toepassing zou kunnen zijn, een beroep op die bepaling toe te laten, wordt aan deze doelstellingen geen afbreuk gedaan. Indien de wederpartij na een negatieve beslissing van de curator niet over zou gaan tot ontbinding en een vordering tot nakoming ter verificatie zou indienen, kan de curator daarop naar mijn mening reageren door alsnog op de voet van art. 38a lid 1 Fw tot ontbinding over te gaan, ondanks het feit dat hij inmiddels ingevolge art. 37 lid 1 Fw het recht om nakoming te vorderen heeft verspeeld.

Dit geldt ook indien men zou menen dat het verlies van het recht om nakoming te vorderen hier tot gevolg heeft dat de contractuele aanspraken van de schuldenaar zijn gedevalueerd tot natuurlijke verbintenissen.[190] Het ontbindingsrecht van art. 38a lid 1 Fw staat steeds van rechtswege aan de curator ter beschikking en zónder dat van niet-nakoming aan de zijde van de verkoper sprake is. In een voorkomend geval heeft de curator naar mijn mening bovendien ingevolge art. 38a lid 2 Fw jo art. 7A:1576t BW een *afdwingbare* vordering op de huurverkoper ter zake van de in de zaak besloten liggende overwaarde, zoals blijkens de memorie van toelichting door de wetgever werd beoogd.[191]

Onduidelijkheden omtrent de positie van de huurverkoper

Art. 38a Fw voorziet alleen in de *beëindiging* van het contract. De periode vanaf datum faillissement tot het moment van beëindiging laat zij – anders dan de artikelen 39 en 40 Fw – ongeregeld.[192] De regeling van art. 38a Fw roept hierdoor vragen op, in het bijzonder omtrent de status van het contract en de daaruit voortvloeiende aanspraken zolang géén van beide partijen van het in lid 1 neergelegde ontbindingsrecht gebruik heeft gemaakt. In art. 38a lid 3 Fw is bepaald dat de verkoper 'voor het hem verschuldigde bedrag als concurrent

187 Zie art. 7A:1576m lid 1 BW. Vgl. Verstijlen 2007, p. 828.

188 Vgl. art. 7A:1576l lid 1 BW, waarin is bepaald dat de verkoper is gehouden de zaak aan de koper te leveren en dat op *zijn verdere verplichtingen* de bepalingen van de eerste drie afdelingen van titel 1 van Boek 7 van toepassing zijn.

189 Zie de MvT, Kortmann & Faber 1995, p. 102.

190 Zie art. 6:3 lid 2 sub a BW. Zie nader § 4.7.1.2.3.

191 Zie de MvT, Kortmann & Faber 1995, p. 102. Deze vordering kan de curator zonodig met een beroep op het retentierecht van art. 7A:1576u BW kracht bijzetten.

192 Vgl. E. Loesberg, noot onder Pres. Rb. Roermond 3 oktober 2001, *JOR* 2001, 267, onder 2.2.

schuldeiser [kan] opkomen'. Van Hees stelt dat deze bepaling niet van toepassing is wanneer de curator noch de huurverkoper tot ontbinding overgaat. Hij neemt aan dat in dat geval de nog niet betaalde huurkooptermijnen als *boedelschuld* moeten worden aangemerkt, ook voor zover zij reeds vóór het faillissement zijn verschenen.[193] Wessels meent daarentegen dat de neutraal gestelde tekst van art. 38a lid 3 Fw toestaat ook deze vorderingen tot concurrente faillissementsvordering te bestempelen.[194]

Ik acht beide opvattingen onjuist. Het aannemen van een boedelschuld op grond van het enkele feit dat een bevoegdheid tot beëindiging niet wordt benut, gaat mijns inziens te ver. Hiertoe is een – uitdrukkelijke of stilzwijgende – bereidverklaring van de curator tot nakoming vereist of anders een wettelijke voorziening, zoals die bijvoorbeeld bij de huur- en de arbeidsovereenkomst bestaat.[195] Dit geldt temeer voor de op datum faillissement reeds verschenen termijnen; de toekenning van de status van boedelschuld aan de hier bedoelde aanspraken is in strijd met het systeem van de Faillissementswet. Bedacht moet worden dat ook onder de regeling van de artikelen 39 en 40 Fw de vóór datum faillissement opgebouwde aanspraken via de verificatievergadering worden afgewikkeld. En wat als er op enig moment alsnog wordt ontbonden? Naar ik aanneem, meent Van Hees dat de daaruit voortvloeiende schadevergoedingsvordering van de verkoper dan alsnog via art. 38a lid 3 Fw kan worden geverifieerd, aangezien deze bepaling anders een dode letter zou zijn. Die verificatie past naar mijn mening echter evenmin in het systeem van de wet; ook de artikelen 39 en 40 Fw bieden die mogelijkheid in geval van een beëindiging op de voet van die bepalingen niet.

Verificatie van de nog openstaande huurkooptermijnen via art. 38a lid 3 Fw in het geval dat géén van beide partijen het ontbindingsrecht van lid 1 inzet, lijkt mij evenmin mogelijk. Art. 38a lid 3 Fw heeft naar mijn mening alleen betrekking op hetgeen de gefailleerde aan de verkoper verschuldigd is na ontbinding van de overeenkomst op de voet van lid 1. Deze interpretatie van art. 38a lid 3 Fw strookt met art. 37 lid 1 (oud) Fw, waarin eveneens was voorzien in de mogelijkheid van verificatie van een concurrente schadevergoedingsvordering voor het geval dat het contract op de voet van die bepaling was ontbonden. Aangezien de wetgever de regeling van art. 37 (oud) Fw echter niet van toepassing achtte ten aanzien van een overeenkomst van huurkoop, heeft hij die mogelijkheid tevens in art. 38a lid 3 Fw opgenomen.[196] Met de introductie van art. 37a Fw is art. 38a lid 3 Fw overbodig geworden.

---

193 Zie Van Hees 1997, p. 168.

194 Zie Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2508. In deze zin ook Polak 1972, p. 136-137.

195 Zie respectievelijk art. 39 lid 1 en art. 40 lid 2 Fw.

196 Ten tijde van de invoering van art. 38a Fw was de aanspraak van de (huur)verkoper op huurkooptermijnen nog *preferent* op grond van art. 1185 onder 3º (oud) BW, terwijl art. 38a lid 3 Fw rept van het opkomen als *concurrent* schuldeiser. Het is verleidelijk hierin een extra argument te lezen voor mijn stelling dat indien géén van de partijen van haar ontbindingsrecht gebruikmaakt, de nog openstaande huurkooptermijnen níet via art. 38a lid 3 Fw kunnen worden geverifieerd. Hier past echter voorzichtigheid. Ook in art. 37 lid 1 (oud) Fw en in art. 37a Fw wordt het woord 'concurrent' gebezigd en het is aannemelijk dat de wetgever daarmee niet beoogd heeft de rangorde te bepalen, maar heeft willen uitdrukken dat het gaat om een ter verificatie in te dienen vordering en niet om een boedelvordering. Zie nader § 4.7.4.2.3.

Naar mijn mening geldt dat zolang het huurkoopcontract in stand blijft, de verkoper de op datum faillissement reeds verschenen termijnen op de voet van art. 26 Fw ter verificatie kan indienen. Nu huurkooptermijnen als *bestaande* vorderingen moeten worden aangemerkt, geldt hetzelfde ten aanzien van de termijnen die ná de intrede van het faillissement verschijnen, met dien verstande dat de mogelijkheden tot verificatie hier door de regels van art. 131 lid 2 Fw worden begrensd. Dit zal er in de praktijk wel toe leiden dat de wederpartij het contract ontbindt, nu zij anders zou blijven presteren tegen slechts een percentage van haar vordering. De curator zal dit doorgaans alleen kunnen voorkomen door de ná faillissement te verschijnen termijnen integraal te betalen en ook de eventuele achterstanden van vóór faillissement in te lopen indien de wederpartij daarop staat, zij het dat de wederpartij zelfs dan kan besluiten het contract via de weg van art. 38a lid 1 Fw te beëindigen.[197]

Indien de overeenkomst tijdelijk wordt voortgezet en één van beide partijen op enig moment alsnog tot ontbinding op de voet van art. 38a lid 1 Fw overgaat, dient op grond van art. 38a lid 2 Fw jo art. 7A:1576t BW verrekening plaats te vinden van de overwaarde die in de zaak besloten ligt. Is reeds een vordering ter verificatie ingediend, dan zal de hoogte daarvan mogelijk naar beneden moeten worden bijgesteld. Inmiddels gedane tussentijdse uitdelingen zullen eventueel moeten worden gecorrigeerd. Erg praktisch is het allemaal niet.

Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat (i) de wetgever ten onrechte tot uitgangspunt nam dat art. 37 Fw ten aanzien van overeenkomsten van huurkoop in de regel geen toepassing zou kunnen vinden, (ii) de met art. 38a Fw nagestreefde doelstellingen door een beroep van de huurverkoper op art. 37 Fw niet in het gedrang komen en (iii) art. 38a Fw alleen betrekking heeft op de *beëindiging* van de overeenkomst en de *voortzetting* van de overeenkomst tijdens faillissement ongeregeld laat, met alle onduidelijkheden en complicaties van dien. Op grond hiervan concludeer ik dat de regeling van art. 37 Fw – in afwijking van het gestelde in de parlementaire geschiedenis – in voorkomende gevallen ook door de huurverkoper moet kunnen worden ingeroepen.[198]

Het voorontwerp Insolventiewet

In het voorontwerp Insolventiewet keert art. 38a Fw niet terug en mijns inziens terecht. Huurkoopcontracten vallen onder de algemene regeling van art. 3.4.1. Onduidelijkheden met betrekking tot de status van het contract en de daaruit voortvloeiende aanspraken behoren dan tot het verleden. Dat geldt ook voor de potentiële aantasting van de boedel waartegen het ontbindingsrecht van art. 38a lid 1 Fw de curator dient te beschermen. Op grond van art. 3.4.1 lid 4 kan een vordering tot nakoming slechts worden geverifieerd tot ten hoogste het bedrag van

197 Is tevens de betaling van in de toekomst te verschijnen termijnen verzekerd, dan biedt Hof Amsterdam 15 juli 1993, *NJ* 1994, 399 de curator mogelijk licht in de duisternis.

198 In deze zin dus terecht: E. Loesberg, noot onder Pres. Rb. Roermond 3 oktober 2001, *JOR* 2001, 267. Anders: Völlmar 1961, p. 697.

de schadevergoeding waarop de wederpartij aanspraak zou hebben indien zij de overeenkomst, voor zover niet reeds uitgevoerd, wegens een tekortkoming van de schuldenaar had ontbonden.

4.4.5.4 Art. 39 Fw

Voor het geval dat de gefailleerde huurder is, geeft art. 39 lid 1 Fw zowel de curator als de verhuurder de mogelijkheid de huur op te zeggen met inachtneming van de overeengekomen of gebruikelijke termijn, met dien verstande dat een opzegtermijn van drie maanden in ieder geval volstaat. De huurprijs is vanaf datum faillissement boedelschuld. De regeling vindt op grond van art. 39 lid 2 Fw overeenkomstige toepassing in het geval de gefailleerde pachter is.

De vraag of de bijzondere regeling van art. 39 Fw kan worden beschouwd als een *lex specialis* ten opzichte van de algemene regeling van art. 37 Fw is – anders dan Loesberg stelt – in de wetsgeschiedenis, zij het enigszins terloops, aan de orde gekomen. Op de vraag van de Commissie van Voorbereiding uit de Tweede Kamer of 'in geval de gehuurde zaak nog niet geleverd is, art. 37 dan wel art. 39 van toepassing is', antwoordde de minister: 'Ook in geval de gehuurde zaak nog niet is geleverd, is art. 39, als lex specialis, toepasselijk.'[199] Dit is in overeenstemming met de thans heersende leer. Zo wordt in de Toelichting bij art. 3.4.6 van het voorontwerp Insolventiewet – waarin een aantal bijzondere regels voor de huurovereenkomst is neergelegd – opgemerkt dat '[i]n tegenstelling tot de huidige situatie, waarin art. 39 Fw een lex specialis is ten opzichte van art. 37 Fw, […] in het voorontwerp de algemene regeling voor wederkerige overeenkomsten (artikel 3.4.1) ook voor huurovereenkomsten het uitgangspunt [vormt]'.[200] Met het gebruik van de term *lex specialis* is overigens wel enige voorzichtigheid

199 Zie het verslag van de Tweede Kamer met Regeeringsantwoord, Van der Feltz I, p. 421 en 422. Uit de hier geciteerde passages in de parlementaire geschiedenis bij de Faillissementswet is door verschillende auteurs afgeleid dat de wetgever de opname van een bijzondere bepaling voor huurovereenkomsten noodzakelijk achtte, omdat hij er kennelijk vanuit ging dat de verhuurder met de aflevering van de zaak aan de huurder aan zijn verplichtingen had voldaan, zodat de regeling van art. 37 Fw – die betrekking heeft op de situatie dat *over en weer* nog verplichtingen openstaan – geen toepassing kon vinden. Zie Van Hees 1997, p. 170-171; dezelfde, noot onder Pres. Rb. Arnhem 6 maart 1997, *JOR* 1997, 56; dezelfde, noot onder HR 14 januari 2011, *JOR* 2011, 101 (*Aukema q.q./Uni-Invest*), onder 6; W.J.M. van Andel, noot onder HR 13 mei 2005, *JOR* 2005, 222 (*BaByXL*); A-G Rank-Berenschot, conclusie voor HR 14 januari 2011, *NJ* 2011, 114, m.nt. PvS (*Aukema q.q./Uni-Invest*), onder 2.5; Verschoof 2012, p. 31, noot 24. Vgl. Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2511a. Mij lijkt dit niet juist. De achtergrond van de vraag van de commissie leek veeleer te zijn dat de tekst van art. 39 Fw suggereert dat de bepaling louter betrekking heeft op reeds 'ingegane huur', reden waarom Molengraaff het geciteerde antwoord van de minister dat de bepaling tevens toepasselijk was indien de huur nog níet was 'ingegaan', ook onjuist achtte; zie Molengraaff 1898, p. 181, noot 1. De wetsgeschiedenis bij art. 39 Fw bevat mijns inziens ook overigens geen aanknopingspunten voor de stelling dat de wetgever de invoering van een afwijkende regeling noodzakelijk achtte omdat art. 37 Fw in geval van huur niet zou werken. Integendeel; tijdens de beraadslaging in de Eerste Kamer stelde het Kamerlid Vlielander Hein dat aan art. 39 Fw geen behoefte bestond, omdat de minister 'den verhuurder in art. 37 van zijn ontwerp […] volkomen en afdoende [had] geholpen'; zie Van der Feltz I, p. 426. Zie ook Van Nievelt 1907, p. 186: '[Art. 39] onttrekt slechts voor een bepaald geval de huurovereenkomst aan den regel van art. 37. Slechts voor het geval van faillissement van den huurder geldt de daarin gegeven bijzondere bepaling; voor dat van faillissement van den verhuurder zal de algemeene regel van kracht blijven.' Overigens zou de opvatting dat de verhuurder met de terbeschikkingstelling van het gehuurde aan zijn verplichtingen zou hebben voldaan ook onjuist zijn geweest, nu ook ten tijde van de invoering van de Faillissementswet op de verhuurder ingevolge art. 7A:1586 (oud) BW de voortdurende verplichting rustte huurgenot te verschaffen. Vgl. de noot van J.J. van Hees onder Pres. Rb. Arnhem 6 maart 1997, *JOR* 1997, 56, onder 2.

200 Zie Kortmann & Faber 2007, p. 245. Vgl. Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2511.

geboden. Het feit dat sprake is van een *lex specialis* wil niet per definitie zeggen dat een beroep op de algemene regeling (de *lex generalis*) is uitgesloten.[201] Beter is om in dit verband te spreken in termen van exclusiviteit. De vraag is of in een geval dat wordt bestreken door art. 39 Fw, die bepaling *exclusief* van toepassing is of dat daarnaast nog een rol voor art. 37 Fw is weggelegd. Uit de hiervoor geciteerde passage in de parlementaire geschiedenis leid ik af dat de minister tot uitgangspunt nam dat in geval van een huurcontract waarbij de huurder is gefailleerd, géén beroep op art. 37 Fw openstaat.

Blijkens de memorie van toelichting vormt de regeling van art. 39 Fw de neerslag van een zorgvuldige afweging tussen het belang van de verhuurder en dat van de boedel en heeft zij tweeërlei voordeel:

> 'In de eerste plaats wordt de boedel niet meer belast met het aanhouden van de huur van localiteiten, waaraan de curator geen behoefte heeft. Daarom mag het ook alleszins billijk heeten, dat de huurpenningen van den dag der faillietverklaring af integraal uit den boedel voldaan moeten worden. De niet-opzegging door den curator toont aan, dat deze de huur vooralsnog ten behoeve van den boedel wenscht aan te houden. In de tweede plaats kan de verhuurder bijtijds naar een anderen huurder omzien en verkrijgt hij zekerheid, dat de curator hem, zolang de overeenkomst met den boedel voortloopt, den huurprijs zal voldoen.'[202]

Hoewel op goede gronden kan worden betoogd dat de hier bedoelde afweging tegenwoordig anders uitpakt,[203] heeft de Hoge Raad haar in zijn arrest inzake Aukema q.q./Uni-Invest uit 2011 uitdrukkelijk onderstreept.[204]

Zoals reeds aan de orde kwam in § 4.4.5.1 is door Loesberg verdedigd dat art. 37 Fw naast art. 39 Fw kan worden toegepast, omdat beide bepalingen iets anders zouden beogen te regelen. Art. 37 Fw ziet op het al dan niet nakomen van het contract zolang de huur nog niet is geëindigd, terwijl art. 39 Fw volgens Loesberg '(met name) de opzegging' van de huur betreft.[205] Ik zie dat anders. Art. 39 Fw biedt de verhuurder en de curator niet alleen een opzeggingsbevoegdheid, maar bepaalt tevens dat de overeenkomst na datum faillissement ten laste van de boedel doorloopt. Naar mijn mening komt uit de hiervoor geciteerde passage uit de memorie van toelichting duidelijk naar voren dat dit laatste geen nevengeschikt punt is, maar de kern van de belangenafweging raakt. Art. 39 Fw reguleert dus zowel de *voortzetting* als de *beëindiging* van de huur, zodat aan het toepassingsgebied van art. 39 Fw géén argument vóór toepassing van art. 37 Fw

201 Zie bijvoorbeeld HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514, m.nt. LEHR (*Erba I*); HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 578, m.nt. PvS (*Van Dooren q.q./ABN AMRO I*). Zie tevens Nieuwenhuis 2007, p. 3.
202 Van der Feltz I, p. 419.
203 Zie Verstijlen 2006a, p. 125-126; Van Zanten & Verstijlen 2011, p. 88.
204 Zie HR 14 januari 2011, *NJ* 2011, 114, m.nt. PvS, waarover Van Zanten & Verstijlen 2011, p. 85-94.
205 Zie E. Loesberg, noot onder Pres. Rb. Roermond 3 oktober 2001, *JOR* 2001, 267, onder 2.2.

kan worden ontleend. Mijns inziens wijst dit juist veeleer in de richting van exclusiviteit.[206]

De regeling van art. 39 Fw biedt de curator in de praktijk zowel voordelen als nadelen. Heeft hij nog belang bij een tijdelijke voortzetting van de huur, dan biedt art. 39 Fw hem het voordeel dat hij kan profiteren van de prestaties van de verhuurder zonder dat hij daarvoor de overeenkomst gestand moet doen, met als gevolg dat alle daaruit voortvloeiende aanspraken tot boedelschuld worden verheven en zekerheid voor nakoming moet worden gesteld. Heeft de curator het gehuurde niet langer nodig, dan vormt de regeling van art. 39 Fw veeleer een last, omdat hij dan niettemin de huur over de opzegtermijn als boedelschuld moet accepteren. Zou de verhuurder de mogelijkheid hebben om een beroep op art. 37 Fw te doen, dan zou dat in voorkomende gevallen tot gevolg kunnen hebben dat de voordelen van de regeling van art. 39 Fw verdwijnen, terwijl de daaraan verbonden nadelen onverkort in stand blijven.

De curator die nog enige tijd van het gehuurde gebruik wil maken, zal zich binnen de hem gestelde termijn tot gestanddoening bereid moeten verklaren, omdat hij anders op grond van art. 37 lid 1 Fw het recht om nakoming te vorderen verliest. Voor wat betreft de toekomst is dit nog niet zo bezwaarlijk, omdat de curator steeds de mogelijkheid houdt de huur op de voet van art. 39 Fw te beëindigen. De verhuurder kan in dat geval geen andere aanspraak tegen de boedel geldend maken dan zijn boedelvordering over de opzegtermijn,[207] zodat de te stellen zekerheid om die reden beperkt kan blijven.[208] Maar dit is wél bezwaarlijk indien er huurachterstanden zijn van vóór datum faillissement, aangezien die als gevolg van de bereidverklaring van de curator ten laste van de boedel zullen moeten worden ingelopen.[209] Dit kan er toe leiden dat de curator noodgedwongen van gestanddoening afziet. Hij is dan niet langer gerechtigd van het gehuurde gebruik te maken, waardoor een eventuele doorstart wordt gefrustreerd of anderszins waarde voor de boedel verloren gaat. Daar komt bij dat de verhuurder ook in dat geval – zolang de huur niet is beëindigd – zijn aanspraken bij wege van boedelschuld kan verhalen.[210] Daarmee zou de balans tussen het belang van de verhuurder en dat van de boedel wel erg ver in de richting van het eerstgenoemde belang uitslaan. Waar op de curator de verplichting wordt gelegd om de aanspraken van de verhuurder als boedelschuld te accepteren, dient hij

206 Het feit dat art. 39 Fw beide partijen een bevoegdheid tot beëindiging geeft, wil overigens niet zeggen dat de huur niet op een andere wijze zou kunnen eindigen. Is sprake van een tekortkoming die één van beide partijen de bevoegdheid geeft het contract te ontbinden, dan staat niets eraan in de weg dat die bevoegdheid wordt benut. Gaat de verhuurder hiertoe over, dan kan hij zijn daaruit voortvloeiende aanspraken binnen de grenzen van art. 37a Fw ter verificatie indienen; zie HR 14 januari 2011, *NJ* 2011, 114, m.nt. PvS (*Aukema q.q./Uni-Invest*), r.o. 3.5.3. Met de vraag of de regeling van art. 37 Fw door de verhuurder kan worden toegepast, heeft dit evenwel niets van doen. De koppeling die Janssen & Schollen 2005, p. 266, in dit verband lijken aan te leggen tussen de regeling van art. 37 Fw en die van art. 37a Fw bestaat mijns inziens niet. Ook een partij die niet de weg van art. 37 Fw heeft bewandeld, komt het recht toe haar contractuele aanspraken op grond van art. 37a Fw ter verificatie in te dienen.

207 Zie HR 14 januari 2011, *NJ* 2011, 114, m.nt. PvS (*Aukema q.q./Uni-Invest*).

208 Zie voor een nadere uitwerking § 4.6.2.4.2.

209 Zie nader § 4.6.1.

210 Onder de regeling van art. 37 (oud) Fw zou dit probleem zich niet hebben voorgedaan, aangezien de huur dan voor de toekomst zou zijn ontbonden.

onder alle omstandigheden de nakoming van de daartegenover staande verbintenissen te kunnen afdwingen, ongeacht of hij de overeenkomst al dan niet gestand doet. Het in art. 37 lid 1 Fw neergelegde rechtsgevolg past niet bij een overeenkomst waarbij de verplichtingen van de gefailleerde *ex lege* als boedelschuld worden aangemerkt. Weliswaar kan worden verdedigd dat het recht van de curator om nakoming te vorderen 'herleeft' indien de wederpartij toch nakoming weet te verkrijgen,[211] maar het ligt mijns inziens meer voor de hand de hier gesignaleerde problemen helemaal niet te laten ontstaan.

Het belang van de verhuurder bij een beroep op art. 37 Fw is ten slotte gering. Doordat de huur van rechtswege ten laste van de boedel doorloopt, bestaat voor de verhuurder geen directe noodzaak de curator om gestanddoening te vragen. Zegt de curator op, dan kan de verhuurder de opzegtermijn benutten om een andere huurder te zoeken, waarmee de situatie maar weinig verschilt van die buiten faillissement. Indien de verhuurder een beroep op art. 37 Fw zou worden onthouden, mist hij in een voorkomend geval de mogelijkheid zekerheid te vragen voor betaling van de door de boedel verschuldigde huurpenningen.[212] Erg bezwaarlijk is dat naar mijn mening echter niet. De curator die weet of behoort te weten dat de huur niet uit de boedel kan worden betaald, dient mijns inziens in beginsel – op straffe van persoonlijke aansprakelijkheid – de overeenkomst op te zeggen, ook indien hij daarmee een ontruimingsverplichting in het leven roept waaraan hij evenmin kan voldoen.[213] Is de curator ook niet in staat de huur over de opzegtermijn te betalen, dan kan in beginsel van hem worden gevergd dat hij een verzoek om mee te werken aan een eerdere beëindiging inwilligt.[214] Dat de curator daardoor baten voor de boedel misloopt, bijvoorbeeld de inkomsten uit een onderhuurovereenkomst, doet hieraan mijns inziens niet af.[215] Uiteraard kan de verhuurder die niet betaald krijgt ook zelf de huur op de voet van art. 39 Fw beëindigen.

Conclusie

In het voorafgaande kwam aan de orde dat (i) het de bedoeling van de wetgever lijkt te zijn geweest dat de huurovereenkomst in het faillissement van de huurder

211 Zie nader § 4.7.1.3.

212 In Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2511, wordt – onder verwijzing naar Rb. Alkmaar, sector Kanton, 16 mei 2007, *LJN*: BB2734 en Rb. Arnhem, sector Kanton, 16 januari 2006, *Prg* 2006, 25 – gesteld dat in de rechtspraak de verplichting van de curator wordt aangenomen om ten aanzien van de nakoming van de huur gedurende faillissement zekerheid te stellen. Dit volgt mijns inziens echter niet uit de hier bedoelde uitspraken. In de eerstgenoemde uitspraak wordt geoordeeld dat de curator onder omstandigheden door het stellen van zekerheid voor nakoming de verhuurder het opzeggingsrecht van art. 39 Fw uit handen kan slaan, terwijl in de Arnhemse casus slechts wordt bevestigd dat op grond van art. 39 Fw de huur vanaf datum faillissement *boedelschuld* vormt. Met een verplichting van de curator tot zekerheidstelling heeft dit niets van doen.

213 Ook een ontruimingsverplichting constitueert in geval van opzegging door de curator op grond van HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 617, m.nt. PvS (*Van Galen q.q./Circle Vastgoed*) een boedelschuld, maar het ontstaan hiervan zal mijns inziens in beginsel niet tot persoonlijke aansprakelijkheid aanleiding geven, nu deze verplichting op datum faillissement al latent aanwezig is en slechts door de – onvermijdelijke – opzegging 'tot leven wordt gewekt'. Dit is mogelijk anders indien de voortzetting van de huur na datum faillissement tot een vergroting van de boedelschuld uit hoofde van de ontruimingsverplichting heeft geleid, terwijl de curator wist of behoorde te weten dat de boedel niet volstond om het daarmee corresponderende bedrag aan de verhuurder te betalen.

214 Vgl. Rb. Middelburg 31 juli 2002, *JOR* 2003, 18, m.nt. J.J. van Hees. Vgl. Vzr. Rb. Almelo 10 januari 2012, *JOR* 2012, 96, r.o. 4.8.

215 Anders: Ktg. Enschede 12 februari 1998, *JOR* 1998, 97, m.nt. S.C.J.J. Kortmann.

exclusief – dus met uitsluiting van art. 37 Fw – wordt geregeerd door de bijzondere regeling van art. 39 Fw, (ii) art. 39 Fw zowel de *voortzetting* als de *beëindiging* van de huur reguleert, (iii) toepassing van art. 37 Fw door de verhuurder ongewenste gevolgen kan hebben, in het bijzonder voor de mogelijkheden om de onderneming te continueren, (iv) het rechtsgevolg dat art. 37 lid 1 Fw koppelt aan het verstrijken van een aan de curator gestelde termijn zonder dat hij zich tot nakoming bereid heeft verklaard, niet past bij het feit dat de huurprijs op grond van art. 39 lid 1 Fw boedelschuld is en (v) het belang van de verhuurder bij een beroep op art. 37 Fw gering is. Dit rechtvaardigt de conclusie dat in een geval dat wordt bestreken door art. 39 Fw géén plaats is voor een beroep op de algemene regeling van art. 37 Fw.[216]

Het voorontwerp Insolventiewet

Aan het begin van deze paragraaf werd reeds aangestipt dat de regeling van art. 39 Fw in het voorontwerp Insolventiewet niet terugkeert; huurovereenkomsten vallen onder de algemene regeling voor over en weer nog niet geheel nagekomen overeenkomsten.[217] Dat is terecht. De door de wetgever gehanteerde argumentatie voor de invoering van art. 39 Fw is ondeugdelijk, terwijl de daaraan ten grondslag liggende belangenafweging in de huidige tijd geheel anders uitpakt.[218] Door de Commissie insolventierecht is evenwel uitdrukkelijk rekening gehouden met het belang van de bewindvoerder om de huurovereenkomst een zekere periode te kunnen continueren tegen voldoening van uitsluitend de over die periode verschuldigde huurprijs. Ook door de schuldenaar gesloten huurovereenkomsten vallen blijkens de Toelichting onder de in art. 3.4.2 opgenomen doorleveringsplicht.[219] Die doorleveringsplicht geldt steeds voor de duur van de afkoelingsperiode, die met de insolventverklaring van rechtswege ingaat en – na verlenging – maximaal drie maanden kan duren.[220] Daarmee komen de mogelijkheden die de bewindvoerder heeft om tijdelijk te profiteren van de voortzetting van de huurovereenkomst tegen voldoening van alleen de huur over de periode na de insolventverklaring, overeen met die van de curator onder het huidige art. 39 Fw, althans indien hem niet tevens op de voet van art. 37 Fw om gestanddoening kan worden verzocht.[221]

---

216 In dezelfde zin: Van Nievelt 1907, p. 186; Völlmar 1961, p. 697; Pres. Rb. Haarlem 8 maart 1996, *TvI* 1996, 4 – Nieuwsbrief, p. 40-41. Zie tevens met betrekking tot art. 238 Fw: Hof Den Bosch 9 oktober 1990, *KG* 1990, 377; Leuftink 1995, p. 165. Anders: E. Loesberg, noot onder Pres. Rb. Roermond 3 oktober 2001, *JOR* 2001, 267. Vermoedelijk eveneens anders: Spanjaard 2011, p. 37, die stelt dat in geval van faillissement van de huurder art. 39 Fw een *aanvulling* vormt op art. 37 Fw en dat dit anders is bij faillissement van de verhuurder, waar *uitsluitend* art. 37 Fw geldt.

217 Zie art. 3.4.1. In art. 3.4.6 zijn overigens wel enige bijzondere regels voor zowel het faillissement van de huurder als dat van de verhuurder geformuleerd; zie daarover nader Van Zanten 2008a, p. 64-68.

218 Zie nader Van Zanten & Verstijlen 2011, p. 86-88.

219 Zie Kortmann & Faber 2007, p. 238 en p. 246. Dit volgt ook uit de verwijzing in art. 3.4.6 lid 1 naar de toepasselijkheid van art. 3.4.2 lid 3.

220 Zie art. 3.6.3 lid 1 voorontwerp Insolventiewet.

221 Uit de Toelichting bij het voorontwerp Insolventiewet zou kunnen worden afgeleid dat de bevoegdheid van de wederpartij zich te beroepen op de algemene regeling van art. 3.4.1 ook tijdens de afkoelingsperiode kan worden uitgeoefend, maar dit lijkt een omissie; zie nader § 7.6.3, suggestie (x).

4.4.5.5 Art. 40 Fw

In het faillissement van de werkgever biedt art. 40 lid 1 Fw zowel de werknemer als de curator de mogelijkheid de arbeidsovereenkomst met inachtneming van de overeengekomen of wettelijke termijn op te zeggen, met een maximum van zes weken. Het loon en de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden zijn op grond van lid 2 vanaf datum faillissement boedelschuld. Lid 3 verklaart de regeling van lid 1 en 2 van overeenkomstige toepassing op agentuurovereenkomsten.

In de memorie van toelichting bij art. 40 Fw wordt opgemerkt dat '[v]oor eene regeling van de huur van diensten dezelfde redenen [pleiten], die voor art. 39 zijn aan te voeren'.[222] Hoewel in de wetsgeschiedenis verder geen aandacht wordt besteed aan de verhouding van art. 40 Fw tot de algemene regeling van art. 37 Fw, moet naar mijn mening in het licht van de hier geciteerde passage worden aangenomen dat de wetgever art. 40 Fw – evenals art. 39 Fw – zag als een *lex specialis* ten opzichte van art. 37 Fw en dat hij van oordeel was dat in een geval dat wordt bestreken door art. 40 Fw voor een beroep op art. 37 Fw géén plaats is.

De regeling van art. 40 Fw berust op een afweging van het belang van de individuele werknemers tegen dat van de boedel:

> 'Artikel 40 waarborgt hun, dat zij althans gedurende zes weken hunne betrekkingen behouden, en verzekert den curator gedurende denzelfden tijd eene hulp, die hij misschien moeilijk zal kunnen missen. De termijn mocht niet te ruim genomen worden, om den boedel niet met een te hoog bedrag aan salarissen te belasten voor het geval dat de curator de diensten der bedoelde personen kan ontberen.'[223]

De regeling van art. 40 Fw sloot hiermee in belangrijke mate aan bij hetgeen ten tijde van de invoering van de Faillissementswet qua ontslagbescherming ook buiten faillissement gold.[224] Sinds het einde van de 19e eeuw is het arbeidsrecht sterk geëvolueerd. Dit heeft evenwel niet tot ingrijpende wijzigingen in art. 40 Fw geleid, terwijl – zoals de Hoge Raad in zijn arrest inzake Papierfabrieken Van Gelder overwoog – de hier bedoelde belangenafweging door de wetgever wél diverse malen onder ogen is gezien.[225] In het verlengde daarvan oordeelde hij dat het resultaat van die afweging níet kan worden doorbroken, in het berechte geval door een vóór datum faillissement overeengekomen sociaal plan.

In diverse publicaties heeft Loesberg zich op het standpunt gesteld dat art. 40 Fw in het bijzonder het ontslagrecht in faillissement reguleert en dat de relatie werknemer-curator voor het overige (mede) wordt bepaald door art. 37 Fw.[226]

---

222 Zie Van der Feltz I, p. 428.
223 Van der Feltz I, p. 428.
224 Zie Van den Heuvel 1981, p. 19; Van Galen 2001, p. 910.
225 Zie HR 12 januari 1990, *NJ* 1990, 662, m.nt. PvS, r.o. 3.3. Zie ook HR 5 december 1975, *NJ* 1976, 269, m.nt. GJS (*Stichting Algemeen Sociaal Fonds voor de Grafische Bedrijven/Hoek q.q.*). Zie op dit punt voorts Van den Heuvel 1981, p. 20-21.
226 Zie Loesberg 1999, p. 18 en p. 22-23; dezelfde, noot onder Pres. Rb. Roermond 3 oktober 2001, *JOR* 2001, 267.

Eenzelfde standpunt wordt verdedigd door Wessels.[227] Art. 40 Fw heeft echter – evenals art. 39 Fw – niet slechts betrekking op de *beëindiging* van de overeenkomst, maar ook op de *voortzetting* ervan na datum faillissement. Uit de hiervoor geciteerde passage in de memorie van toelichting bij art. 40 Fw komt mijns inziens naar voren dat die *voortzetting* zelfs datgene was wat de wetgever primair voor ogen stond. Hiertoe is in art. 40 lid 2 Fw bepaald dat het loon en de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premies vanaf de intrede van het faillissement boedelschuld zijn. Het gaat hier niet slechts om de toekenning van een ontslagvergoeding. Zolang de curator niet van zijn in lid 1 opgenomen opzeggingsrecht gebruikmaakt, loopt de overeenkomst ten laste van de boedel door, zónder dat de curator zich tot gestanddoening bereid heeft verklaard. Een op de voet van art. 40 Fw verleend ontslag kan bovendien onder bijzondere omstandigheden kennelijk onredelijk zijn in de zin van art. 7:681 BW,[228] in welk geval op grond van art. 7:682 lid 1 BW ook een vordering tot herstel van de arbeidsovereenkomst mogelijk is. De overeenkomst blijft dan dus ten laste van de boedel doorlopen. Het feit dat art. 40 Fw ten aanzien van beide aspecten – voortzetting en beëindiging – een regeling geeft, maakt dat aan haar reikwijdte geen argumenten vóór toepasselijkheid van art. 37 Fw kunnen worden ontleend. Die reikwijdte wijst veeleer – evenals bij art. 39 Fw het geval is – in de richting van exclusiviteit.

In § 4.4.5.4 kwam aan de orde dat aan de regeling van art. 39 Fw voor de curator zowel voor- als nadelen verbonden zijn. Ten aanzien van art. 40 Fw geldt hetzelfde, zoals ook duidelijk in de memorie van toelichting tot uitdrukking komt. Heeft de curator nog belang bij de diensten van de werknemer, dan biedt art. 40 Fw het *voordeel* dat hij daarvan tijdelijk gebruik kan maken zonder het contract gestand te hoeven doen; heeft hij de werknemer niet meer nodig, dan werkt art. 40 Fw in zijn *nadeel*, doordat hij dan niettemin het loon over de opzegtermijn als boedelschuld voor zijn kiezen krijgt. Evenals ten aanzien van art. 39 Fw het geval is, zal de openstelling van een beroep op art. 37 Fw in voorkomende gevallen tot gevolg kunnen hebben dat de curator het hiervoor bedoelde voordeel ontgaat. Zijn er achterstanden in de salarisbetalingen, dan is denkbaar dat de curator naar aanleiding van een verzoek om gestanddoening zal moeten verklaren hiertoe niet bereid te zijn, teneinde te voorkomen dat hij die achterstanden tot boedelschuld promoveert. De curator verliest in dat geval het recht om nakoming te vorderen en kan dan níet beschikken over ‘eene hulp, die hij misschien moeilijk zal kunnen missen’, terwijl hij wél – zolang het contract loopt – het loon en de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premies als boedelschuld moet accepteren. Hiermee komt niet alleen de voortzetting van de onderneming in gevaar, maar wordt tevens de belangenafweging die aan de regeling van art. 40 Fw ten grondslag ligt, doorkruist.[229]

227 Zie Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2533. Instemmend: Verburg 2012, p. 166.
228 Zie HR 12 januari 1990, *NJ* 1990, 662, m.nt. PvS (*Papierfabrieken Van Gelder*).
229 Een andere potentiële consequentie is dat indien de desbetreffende werknemers op een later moment alsnog op de voet van art. 40 Fw worden ontslagen, de curator als gevolg van de werking van art. 37 lid 1 Fw niet langer de mogelijkheid heeft hen aan de op hen rustende concurrentie -en geheimhoudingsverplichtingen te houden, terwijl hij zich daartoe jegens de doorstarter wél had verplicht. Zie de noot van E. Loesberg onder Pres. Rb. Roermond 3 oktober 2001, *JOR* 2001, 267.

Niet voor niets is in het voorontwerp Insolventiewet de toepasselijkheid van de algemene regeling voor lopende overeenkomsten ten aanzien van de arbeidsovereenkomst uitdrukkelijk uitgesloten.[230] Blijkens de Toelichting wordt aldus beoogd te voorkomen dat de werknemer de bewindvoerder om gestanddoening zou kunnen verzoeken en de bewindvoerder – indien hij niet tijdig zou reageren of zekerheid zou stellen – in het kader van een voortzetting van de onderneming niet over zijn diensten zou kunnen beschikken.[231]

Indien de werknemer in het faillissement van zijn werkgever een beroep op art. 37 Fw zou worden onthouden, impliceert dit dat hij ook geen zekerheid kan vragen voor de betaling van de op de boedel drukkende salaris- en premiebetalingen. Erg bezwaarlijk is dit mijns inziens echter niet, omdat de werknemer voldoende mogelijkheden heeft zich tegen die onzekerheid te weer te stellen. Hetgeen ik aan het einde van § 4.4.5.4 op dit punt omtrent de positie van de verhuurder opmerkte, geldt ten aanzien van de werknemer *mutatis mutandis.* Daaraan kan nog worden toegevoegd dat met betrekking tot de aanspraken van de werknemer over de opzegtermijn in de regel de loongarantieregeling van toepassing zal zijn.[232]

Conclusie

Uit het voorgaande komt naar voren dat (i) aannemelijk is dat het de bedoeling van de wetgever van 1893 is geweest om de positie van de werknemer *exclusief* te laten beheersen door de regeling van art. 40 Fw, (ii) die regeling zowel de *voortzetting* als de *beëindiging* van de arbeidsovereenkomst regelt, (iii) toepassing van art. 37 Fw de mogelijkheden van de curator om de onderneming te continueren in voorkomende gevallen in gevaar brengt en de aan art. 40 Fw ten grondslag liggende belangenafweging doorkruist en (iv) de werknemer – mede in het licht van de bescherming die de loongarantieregeling biedt – aan een beroep op art. 37 Fw in de regel weinig behoefte heeft. Dit kan de conclusie dragen dat in een geval dat wordt bestreken door art. 40 Fw géén ruimte bestaat voor een beroep op de algemene regeling van art. 37 Fw.[233]

---

230 Zie art. 3.4.3 lid 3 voorontwerp Insolventiewet.

231 Zie Kortmann & Faber 2007, p. 244.

232 Zie art. 61 e.v. WW.

233 In dezelfde zin: Van Nievelt 1907, p. 186; Völlmar 1961, p. 697; Pres. Rb. Haarlem 25 februari 2000, *JOR* 2000, 65; Pres. Rb. Roermond 3 oktober 2001, *JOR* 2001, 267. Vgl. Lennarts 2000, p. 139. Anders: Loesberg 1999, p. 18 en p. 22-23; dezelfde, noot onder Pres. Rb. Haarlem 25 februari 2000, *JOR* 2000, 65; dezelfde, noot onder Pres. Rb. Roermond 3 oktober 2001, *JOR* 2001, 267; Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2533. In de zaak die leidde tot Pres. Rb. Haarlem 25 februari 2000, *JOR* 2000, 65, was overigens sprake van een *gemengde* overeenkomst, omdat in de door het in surseance verkerende Air Holland met de desbetreffende werknemers gesloten contracten tevens een geldlening in verband met door hen te maken opleidingskosten was opgenomen. Bij een gemengde overeenkomst kan ik mij voorstellen dat art. 37 Fw wél een rol kan spelen ten aanzien van het deel dat níet als arbeidsovereenkomst kan worden beschouwd, in die zin dat in zoverre aan de curator wél een termijn kan worden gesteld, met de daaraan verbonden consequenties. In het berechte geval leek daarvoor evenwel weer géén plaats te zijn, omdat een geldleningsovereenkomst naar huidig recht als een *eenzijdige* overeenkomst wordt behandeld, waarvoor de artikelen 37/236 Fw niet gelden. Zie de noot van E. Loesberg onder Pres. Rb. Haarlem 25 februari 2000, *JOR* 2000, 65, alsmede § 4.4.2.2.1.

4.5 Art. 37 Fw als keuzerecht van de curator

4.5.1 Algemeen

Waar de regeling van art. 37 Fw de wederpartij een middel verschaft om een einde te maken aan de onzekere situatie waarin zij als gevolg van het faillissement van haar contractpartij is komen te verkeren, verwoordt zij tegelijkertijd het zogeheten *keuzerecht* van de curator. Wanneer de curator op de voet van art. 37 Fw een termijn is gesteld, zal hij immers een keuze dienen te maken tussen gestanddoening en niet-gestanddoening.[234]

Dit keuzerecht is in internationaal verband een steeds terugkerend fenomeen.[235] Zo is het ook in België aan de curator om te kiezen of hij lopende overeenkomsten al dan niet verder zal uitvoeren. Dit zogeheten *optierecht* is neergelegd in art. 46 Faill.W., welke bepaling kan worden beschouwd als het equivalent van art. 37 Fw, met dien verstande dat zij niet primair als een faciliteit voor de wederpartij is geformuleerd, maar als een keuzerecht van de curator. Art. 46 § 1 lid 1 Faill.W. bepaalt dat de curator na zijn aanstelling onverwijld dient te beslissen of hij 'de overeenkomsten die gesloten zijn voor de datum van het vonnis van faillietverklaring en waaraan door dat vonnis geen einde wordt gemaakt', verder zal uitvoeren.[236] Het Amerikaanse insolventierecht neemt eveneens het keuzerecht van de *trustee* tot uitgangspunt. Op grond van § 365 (a) BC geldt dat 'the trustee, subject to the court's approval, may assume or reject any executory contract or unexpired lease of the debtor.'[237]

Het keuzerecht biedt de curator aan de ene kant de mogelijkheid de boedel te ontdoen van overeenkomsten die – mede gezien de mate waarin daaraan inmiddels door partijen uitvoering is gegeven – per saldo verliesgevend zijn of waarbij hij in het kader van een eventuele voortzetting van de onderneming niet langer belang meent te hebben. Aan de andere kant stelt het keuzerecht hem juist in staat te profiteren van prestaties die de boedel voordeel brengen.[238] Daarbij geldt dat de curator er alleen voor kan kiezen het contract *integraal* gestand te doen, dat wil zeggen met alle daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen; *cherry picking* is niet mogelijk.[239] Ook is denkbaar dat de curator in dit opzicht

234 Zie ook § 3.2, waar het *keuzerecht* van de curator is gesignaleerd als één van de uitgangspunten die de confrontatie tussen het insolventierecht en het contractenrecht beheersen.
235 Zie ook Verstijlen 2006a, p. 100.
236 Indien de curator hiermee draalt, heeft de wederpartij op grond van art. 46 § 1 lid 2 Faill.W. de bevoegdheid hem aan te manen zijn beslissing binnen vijftien dagen te nemen.
237 Is sprake van een procedure onder het op liquidatie gerichte *Chapter 7*, dan dient de *trustee* in beginsel binnen 60 dagen zijn keuze te hebben gemaakt, bij gebreke waarvan het contract als *rejected* heeft te gelden; zie § 365(d)(1) BC. In geval van een procedure onder *Chapter 11* heeft de *debtor in possession* in dit kader als regel de tijd tot het moment dat de *bankruptcy court* het ingediende *plan of reorganization* goedkeurt, tenzij de *court* hem op verzoek van de wederpartij dwingt op een eerder moment een beslissing omtrent gestanddoening te nemen; zie § 365(d)(2) BC.
238 Zie ook Verstijlen 2006a, p. 100.
239 Zie Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2483. In dezelfde zin voor het Belgische recht: Dirix 2010a, p. 153. Idem voor het Amerikaanse recht: Tabb & Brubaker 2006, p. 426.

géén keuze maakt, maar het contract overdraagt aan een derde,[240] om zo een doorstart mogelijk te maken, om de in de overeenkomst besloten liggende (meer) waarde te realiseren of (slechts) de daaruit voortvloeiende schade voor de boedel te beperken.[241]

Partijen kunnen de curator de mogelijkheid om te kiezen voor *nakoming* op voorhand ontnemen, bijvoorbeeld door vast te leggen dat de wederpartij in geval van faillissement het recht heeft de overeenkomst te ontbinden of dat de overeenkomst in dat geval *ipso facto* zal zijn ontbonden.[242] Het spreekt voor zich dat het recht van de curator om te kiezen voor *niet-nakoming* níet kan worden 'weggecontracteerd', bijvoorbeeld door te bepalen dat het contract ondanks een eventueel faillissement moet worden uitgevoerd,[243] of anderszins buitenspel kan worden gezet, bijvoorbeeld door in de termijnstellingsbrief op te nemen dat de overeenkomst ook bij het uitblijven van een tijdige reactie zijdens de curator heeft te gelden als door hem gestand gedaan.[244] Een en ander zou neerkomen op het creëren van een preferentie (boedelschuld) buiten de wet om.[245]

4.5.2 De reikwijdte van het keuzerecht

4.5.2.1 Inleiding

Het feit dat de curator bij iedere overeenkomst het recht toekomt te kiezen of zij al dan niet wordt uitgevoerd, volgt niet alleen uit art. 37 Fw zelf. Het is een uitvloeisel van het feit dat het faillissement enerzijds overeenkomsten intact laat, terwijl anderzijds art. 26 Fw, althans het daarin tot uitdrukking komende beginsel van de gelijkheid van schuldeisers,[246] eraan in de weg staat dat de curator tot nakoming wordt gedwongen.[247] Dit brengt mee dat het keuzerecht van de curator niet *per se* wordt begrensd door het bepaalde in art. 37 Fw en rechtvaardigt de vraag waar de grenzen precies liggen.

In § 4.5.2.2 verken ik de grenzen van het keuzerecht ten aanzien van overeenkomsten die de schuldenaar vóór datum faillissement is aangegaan. In § 4.5.2.3 stel ik de ná die datum door de schuldenaar gesloten overeenkomsten aan de orde.

---

240 Naar Nederlands recht is hiervoor instemming van de wederpartij vereist, behoudens het bijzondere geval dat de rechter zijn instemming daarvoor in de plaats kan stellen (zie art. 7:307 BW). In de Verenigde Staten heeft de *trustee* echter op grond van § 365(f) BC een bijzondere bevoegdheid om overeenkomsten waarbij de *debtor* partij is over te dragen aan een derde, zónder dat daartoe de instemming van de wederpartij vereist is. Zie over deze regeling – die in de Verenigde Staten bekritiseerd wordt – nader § 7.6.3.

241 Vgl. Rb. Rotterdam 29 januari 1998, *KG* 1998, 94.

242 De mogelijkheden om zich op een dergelijke contractuele clausule te beroepen zijn echter niet onbegrensd; zie nader § 7.2.

243 Zie ook Van Nievelt 1907, p. 77. In dezelfde zin voor het Belgische recht: Dirix 2003, p. 205; De Wilde 2005, p. 173; Dirix 2010a, p. 154.

244 Zie ook § 4.4.4.

245 Zie Dirix 2010a, p. 154.

246 Zie HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. PvS (*Nebula*), r.o. 3.5, waarover in het bijzonder § 5.2.1.

247 Vgl. De Marez Oyens 1883, p. 88.

4.5.2.2 Overeenkomsten die de schuldenaar vóór datum faillissement is aangegaan

Voor het Belgische recht wordt door Dirix verdedigd dat art. 46 Faill.W. van toepassing is op 'lopende' overeenkomsten, waaronder naar zijn mening dient te worden verstaan

> 'de contracten '1) die dateren van vóór de faillietverklaring, 2) waarvan de uitvoering op dat tijdstip (door de debiteur) nog niet was voltooid en 3) waaraan door het faillissementsvonnis zelf geen einde wordt gemaakt'.[248]

Een en ander is geheel in overeenstemming met het feit dat 46 § 1 lid 1 Faill.W. rept van een beslissing omtrent het uitvoeren van 'overeenkomsten die gesloten zijn voor de datum van het vonnis van faillietverklaring en waaraan door dat vonnis geen einde wordt gemaakt'. Dit geldt ook voor de tussen haakjes gezette toevoeging dat in ieder geval de *debiteur* het contract nog niet geheel moet zijn nagekomen. Is dat wel het geval, dan valt er immers van de zijde van de boedel niets meer uit te voeren.[249] Een overeenkomst die geen nieuwe prestatie of financiële inspanning zijdens de curator vergt, is geen lopende overeenkomst in de zin van art. 46 Faill.W.[250] Buiten die situaties vallen *alle* obligatoire overeenkomsten waarbij de schuldenaar partij is dus onder het *optierecht* van de curator, dat hij naar eigen inzicht in het belang van de boedel kan inzetten.[251]

Voor de toepasselijkheid van het Amerikaanse § 365 BC dient sprake te zijn van een *executory contract.*[252] De *Bankruptcy Code* geeft geen definitie van de term *executory.* In de wetsgeschiedenis wordt in dit verband opgemerkt dat '[t]hough there is no precise definition of what contracts are executory, it generally includes contracts on which performance remains due to some extent on both sides'.[253] Dit lijkt naadloos aan te sluiten bij de door mij verdedigde reikwijdte van art. 37 Fw,[254] die evenwel niet *per se* overeenstemt met die van het aan de curator toekomende keuzerecht.

In de rechtspraak wordt veelal een andere benadering gekozen.[255] De meerderheid van de *courts* hanteert de definitie van een *executory contract* zoals geformuleerd door Countryman in zijn befaamde artikel *Executory Contracts in Bankruptcy*:

---

248 Zie Dirix 2003, p. 202; Dirix 2010a, p. 152-153.

249 Een afwijkende visie wordt verdedigd door Leunen. Hij meent dat voor toepassing van art. 46 Faill.W. op het ogenblik van de faillietverklaring nog ten minste één van de partijen de kenmerkende contractuele prestatie verschuldigd moet zijn; zie Leunen 1996, p. 477.

250 Aldus Dirix 2010a, p. 153.

251 Zie Dirix 2010a, p. 154. Weliswaar is in het Belgische art. 46 § 1 lid 3 Faill.W. bepaald dat '[i]ndien de curators beslissen de overeenkomst uit te voeren, de medecontractant recht [heeft], ten laste van de boedel, op de uitvoering van de verbintenis in *zoverre zij betrekking heeft op prestaties geleverd na het faillissement* ', maar hieruit mag mijns inziens niet worden afgeleid dat de curator niet het recht heeft om ook reeds vóór datum faillissement verrichte prestaties te voldoen indien hij van oordeel is dat de boedel daarbij per saldo is gebaat.

252 Daarnaast is § 365 BC van toepassing indien sprake is van een *unexpired lease.* Een *lease* geldt als *unexpired* in alle gevallen waarin de looptijd nog niet is verstreken. Zie Epstein I, p. 441-442.

253 Zie S. Rep. No. 989, 95th Cong., 2d Sess. (1978), p. 58.

254 Zie § 4.4.2.3.1.

255 Zie Epstein I, p. 444.

> 'a contract under which the obligation of both the bankrupt and the other party to the contract are so far unperformed that the failure of either to complete performance would constitute a material breach excusing the performance of the other.'[256]

Op grond van de *Countryman definition* – ook wel aangeduid als de *material breach test* – is § 365 BC dus niet in *alle* gevallen waarin aan beide zijden nog niet volledig is gepresteerd van toepassing. Resteert aan één zijde nog slechts een dusdanig geringe prestatie dat de andere partij aan een tekortkoming in de nakoming daarvan geen grond zal kunnen ontlenen om haar eigen prestatie achter te houden, dan kan de *trustee* zich níet bedienen van § 365 BC.

Sinds het einde van de vorige eeuw gaan in de Verenigde Staten echter stemmen op voor een meer functionele benadering (*functional analysis*).[257] In deze benadering gaat het niet zozeer om de vraag in hoeverre nog over en weer dient te worden gepresteerd, maar is steeds doorslaggevend of het belang van de boedel met een beroep op § 365 BC kan worden gediend. Hiervoor valt veel te zeggen. Bedacht moet worden dat het vereiste dat sprake moet zijn van een *executory contract* – en in het verlengde daarvan ook de *material breach test* – is geïntroduceerd ter voorkoming van onverstandige beslissingen omtrent gestanddoening, die onder § 70b van de *Bankruptcy Act* van 1898 geheel aan het oordeel van de *trustee* waren overgelaten. Naar huidig recht is iedere beslissing van de *trustee* om een contract al dan niet gestand te doen op grond van § 365(a) BC echter 'subject to the court's approval', zodat aan het op voorhand inperken van zijn bevoegdheden niet langer behoefte lijkt te bestaan.[258] In lijn hiermee is in het in 1997 verschenen rapport van de National Bankruptcy Review Commission, getiteld 'Bankruptcy: The next Twenty Years', voorgesteld om de term *executory* in § 365 BC te schrappen.[259] Vooralsnog worden de *material breach test* en de *functional analysis* in de rechtspraak echter naast elkaar gebruikt.

De Belgische benadering en de in de Verenigde Staten in opmars zijnde functionele benadering, waarin het keuzerecht van de curator zich uitstrekt tot iedere overeenkomst op grond waarvan de schuldenaar nog tot enige prestatie gehouden is en slechts wordt begrensd door het belang van de boedel, spreekt mij aan en dient mijns inziens ook voor het Nederlandse recht te worden gevolgd. Ook bij eenzijdige overeenkomsten en wederkerige contracten die door de wederpartij reeds geheel zijn nagekomen, kan de curator ervoor kiezen de op

---

256 Countryman 1973, p. 460.

257 Zie Westbrook 1989 en voor verdere verwijzingingen naar literatuur en rechtspraak het rapport van de National Bankruptcy Review Commission, 'Bankruptcy: The next Twenty Years' (1997), p. 475, noot 1150.

258 In het rapport van de National Bankruptcy Review Commission, 'Bankruptcy: The next Twenty Years' (1997), p. 474, wordt in dit verband opgemerkt: 'It seems clear that the requirement of executoriness was developed in large part to prevent unwise or inadvertent assumptions or rejections by trustees, because under the Bankruptcy Act of 1898 there was no requirement of court approval and notice to creditors for those actions. The Bankruptcy Reform Act of 1978 closed that gap by requiring court approval for assumption or rejection, largely eliminating the underlying reason for the constraining concept. Even using a deferential business judgment standard commonly employed by courts in reviewing motions to assume or reject, a trustee cannot assume a contract if the benefits to the estate clearly were outweighed by the burdens. The goal to be served by the executoriness test is now met directly by court review.'

259 Zie het rapport van de National Bankruptcy Review Commission, p. 454 en 472-478. Kritiek hierop is onder meer geleverd door Epstein & Nickles 1998, p. 691-693.

de schuldenaar rustende verbintenissen na te komen, ook al vallen zij buiten het toepassingsgebied van art. 37 Fw.[260] Het staat hem vrij aanspraken te honoreren indien de boedel daar per saldo bij is gebaat.[261] Weliswaar zal de curator in de hier bedoelde gevallen in de regel van gestanddoening afzien, uitgesloten dat hij in een voorkomend geval bereid is het contract na te komen, is het niet. Is bijvoorbeeld sprake van een overeenkomst met een leverancier van voor de bedrijfsvoering essentiële goederen of diensten, dan is niet ondenkbaar dat de curator zich bereid verklaart om reeds vóór datum faillissement verrichte leveranties te betalen, teneinde zeker te stellen dat ook in de periode daarna met de desbetreffende leverancier kan worden gecontracteerd.[262] Het spreekt voor zich dat de curator er tevens voor kan kiezen eenzijdige overeenkomsten en wederkerige contracten die door de wederpartij reeds geheel zijn nagekomen, níet na te komen.[263] Uit het Nebula-arrest volgt dat dit ook geldt in gevallen waarin de wederpartij buiten de curator om nakoming ten laste van de boedel kan bewerkstelligen.[264]

4.5.2.3 Overeenkomsten die de schuldenaar ná datum faillissement is aangegaan

Hoe zit het met overeenkomsten die ná de intrede van het faillissement buiten de curator om tussen de schuldenaar en een derde tot stand komen? Heeft de curator ten aanzien van die overeenkomsten ook een keuzerecht?

Deze vraag kwam aan de orde in een kort geding dat diende voor de Voorzieningenrechter Rechtbank Leeuwarden. Cabé Drachten exploiteerde een Indonesisch specialiteitenrestaurant. Gedurende enige tijd voerde zij onderhandelingen met Jhapsie omtrent de overname van het restaurant. Uiteindelijk sloten Cabé en Jhapsie op 9 februari 2006 een koopovereenkomst met betrekking tot de inventaris en de goodwill. Nog diezelfde dag werd Cabé in staat van faillissement verklaard. Op 2 maart 2006 ging Jhapsie over tot ontbinding van het contract. De curator verzette zich daartegen en vorderde in rechte nakoming. Hij stelde zich daarbij primair op het standpunt dat de overeenkomst reeds vóór de dag waarop het faillissement werd uitgesproken, tot stand was gekomen, hetgeen naar zijn oordeel meebracht dat nu hij tot nakoming bereid was, ook Jhapsie de overeenkomst diende na te komen. Subsidiair beriep de curator zich erop dat ook indien mocht worden geoordeeld dat de overeenkomst pas op de dag van de faillietverklaring tot stand was gekomen, hij gelet op de artikelen 23 en 24 Fw Jhapsie evenzeer tot nakoming kon aanspreken.

---

260 Vgl. Boekraad 2007, p. 47.
261 Vgl. HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 640, m.nt. CJHB (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*); HR 12 mei 1989, *NJ* 1989, 613 (*Reco/Staat*); HR 24 juni 1994, *NJ* 1995, 368, m.nt. HJS (*INB/Klützow en Trijzelaar*); HR 16 oktober 1998, *NJ* 1998, 896 (*Van der Hel q.q./Edon*). Zie voorts § 7.3.2.
262 Schuldeisers die in staat zijn de curator ertoe te bewegen hun op datum faillissement reeds bestaande vorderingen te voldoen, worden in de regel aangeduid als 'dwangcrediteuren'. Zie daarover nader § 7.3.
263 Zie art. 26 Fw.
264 Zie HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. PvS (*Nebula*), waarover in het bijzonder § 5.2.1.

De voorzieningenrechter oordeelde onder meer als volgt:

> 'Zowel in de situatie dat de overeenkomst vóór de dag van de faillietverklaring al tot stand was gekomen, alsook in de situatie dat de overeenkomst (pas) op de dag van faillietverklaring (of daarna) is gesloten, kan de Curator nakoming daarvan verlangen. Ten aanzien van de eerste situatie is immers gesteld noch gebleken dat de Curator niet tijdig zou hebben verklaard dat hij bereid is de overeenkomst gestand te doen, terwijl ten aanzien van de tweede situatie geldt dat de Curator kan beslissen om een beschikkingshandeling van de failliet ongedaan te maken, maar dat de Curator er ook voor kan kiezen om daarvan af te zien en zijnerzijds aan te sturen op uitvoering van die overeenkomst, zeker wanneer de Curator van mening is dat de boedel bij uitvoering van de overeenkomst is gebaat. Voormelde artikelen uit de Faillissementswet [art. 37, 23 en 24 Fw], noch het systeem van die wet, staan aan de door de Curator ten deze gekozen lijn in de weg; sterker nog: die artikelen en dat systeem maken een en ander juist mogelijk en wenselijk.'[265]

Het keuzerecht van de curator strekt zich volgens de voorzieningenrechter dus mede uit tot overeenkomsten die ná de intrede van het faillissement tot stand zijn gekomen. Hij beroept zich daarbij op de artikelen 23 en 24 Fw en op het systeem van de wet. Is dit juist? Voor de beantwoording van deze vraag is het nuttig wat langer bij de systematiek van de artikelen 23 en 24 Fw stil te staan.

Als uitgangspunt geldt dat een schuldenaar die in staat van faillissement wordt verklaard handelingsonbekwaam noch handelingsonbevoegd wordt. Hij kan dus evenals vóór datum faillissement rechtsgeldig overeenkomsten sluiten.[266] Art. 23 Fw ontneemt de schuldenaar echter de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorende vermogen, welke bevoegdheden tijdens faillissement door de curator worden uitgeoefend.[267] Dit impliceert dat indien de gefailleerde tekortschiet in de nakoming van een overeenkomst die hij buiten de curator om heeft gesloten, de wederpartij in beginsel niet de mogelijkheid heeft haar daaruit voortvloeiende aanspraken op de boedel te verhalen.[268] Dit betekent echter niet dat zij steeds met lege handen staat. In art. 24 Fw is bepaald dat de boedel voor verbintenissen van de schuldenaar die na de faillietverklaring zijn ontstaan wél aansprakelijk is voor zover zij is gebaat; in zoverre heeft de wederpartij dan een *boedelvordering*.[269] Van baat voor de boedel is sprake voor zover het boedelactief als gevolg van de door de wederpartij verrichte prestatie is vermeerderd.[270] De bewijslast rust in dit kader op de wederpartij.[271] Worden verbintenissen ten laste van de boedel voldaan in strijd met artikelen 23 en 24 Fw, dan is de curator bevoegd het betaalde als onverschuldigd betaald terug te vorderen.[272]

---

265 Vzr. Rb. Leeuwarden 28 april 2006, *JOR* 2006, 248, m.nt. W.J.M. van Andel.
266 Zie de MvT bij art. 20 Fw, Van der Feltz I, p. 339-340: 'De failliet staat niet, zooals wel beweerd is, onder curateele, integendeel, hij is bekwaam om te handelen, speciaal om overeenkomsten te sluiten […].'
267 Zie de artikelen 68, 101 en 175 Fw.
268 De te goeder trouw zijnde wederpartij wordt niet beschermd, ook niet indien het faillissementsvonnis op het moment van de contractsluiting nog niet overeenkomstig art. 14 lid 3 Fw was gepubliceerd.
269 Zie Van der Feltz I, p. 362. Zie voorts HR 12 mei 1992, *NJ* 1992, 630.
270 Zie nader over art. 24 Fw § 2.3.3.1.
271 Zie Van der Feltz I, p. 362. Vgl. HR 23 maart 1956, *NJ* 1956, 252.
272 Zie HR 11 januari 1980, *NJ* 1980, 563, m.nt. BW (*ABC/Emmerig q.q.*).

Volgt uit het voorgaande nu dat de curator de wederpartij bij een na datum faillissement door de schuldenaar gesloten overeenkomst tot nakoming kan aanspreken en de curator dus ook ten aanzien van dergelijke contracten een keuzerecht heeft? Naar mijn mening is dat niet het geval. Uit de artikelen 23 en 24 Fw volgt slechts dat indien de prestaties van de wederpartij aan de boedel ten goede zijn gekomen, die wederpartij slechts in beperkte mate het recht heeft zich ter zake van de tegenprestatie op de boedel te verhalen. Maar daarmee is niet gezegd dat de wederpartij ook kan worden *verplicht* de door haar verschuldigde prestaties ten behoeve van de boedel te verrichten.[273] Die verplichting kan mijns inziens worden gebaseerd op art. 20 Fw. Op grond van art. 20 Fw omvat het faillissement niet alleen het vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring, maar tevens 'hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft'. In de rechtspraak is deze zinsnede zo uitgelegd dat zij meebrengt dat de wederpartij die een ná datum faillissement ontstane verbintenis jegens de gefailleerde nakomt, door de curator kan worden verplicht nogmaals te betalen, ditmaal aan de boedel.[274] Het is van daaruit een kleine stap om aan te nemen – zoals de voorzieningenrechter in het besproken vonnis doet – dat de curator in een voorkomend geval de wederpartij die nog níet heeft gepresteerd, tot nakoming kan aanspreken. De schuldenaar heeft gedurende het faillissement een contractuele aanspraak verworven, welke aanspraak op grond van art. 20 Fw tot de boedel behoort en door de curator kan worden gerealiseerd.

De uitbreiding van het keuzerecht van de curator tot ná de intrede van het faillissement door de schuldenaar gesloten overeenkomsten past in het systeem van de Faillissementswet en valt naar mijn mening toe te juichen. Steeds indien nakoming van een door de schuldenaar gesloten overeenkomst in het belang van de boedel moet worden geacht, dient de curator de mogelijkheid van gestanddoening te hebben, ongeacht op welk moment het contract tot stand is gekomen.[275] Het is echter de vraag wat dit betekent voor de positie van de wederpartij. Dient zij nu te presteren tegen hooguit een concurrente boedelvordering voor zover zij in staat is te bewijzen dat de boedel is gebaat?[276] Ik meen van niet. Waar de

273 De geciteerde overweging van de voorzieningenrechter lijkt ook overigens niet helemaal zuiver. Het sluiten van de overeenkomst betrof immers als zodanig geen door de failliet verrichte *beschikkings*handeling die door de curator kon worden aangetast.

274 Zie HR 16 november 1906, *W.* 8458; Rb. Den Bosch 24 oktober 1952, *NJ* 1954, 54; Rb. Haarlem 9 december 1980, *NJ* 1982, 611. Vgl. HR 24 april 1959, *NJ* 1959, 580, m.nt. LEHR. Voor op datum faillissement reeds bestaande verbintenissen geldt in belangrijke mate hetzelfde; zie art. 52 Fw.

275 Zie voor een bijzonder geval waarin de curator bij zijn beslissing omtrent het al dan niet honoreren van een ná datum faillissement door de gefailleerde gesloten overeenkomst niet het belang van de *boedel*, maar dat van de *gefailleerde* tot richtsnoer moest nemen: HR 28 juni 1991, *NJ* 1991, 727 (*Brandwijk-Guis/Jurgens q.q.*). Het ging in deze zaak om de verkoop van een tot de boedel behorend aandelenpakket aan een familielid van de gefailleerde voor een bedrag dat ongeveer de helft van de geschatte waarde beliep, maar nog altijd ruimschoots volstond om alle schuldeisers integraal te voldoen. De curator verzette zich met een beroep op de artikelen 23 en 24 Fw tegen deze verkoop, waartegen een schuldeiser op de voet van art. 69 Fw in het geweer kwam. De curator vond zowel de rechter-commissaris, als de rechtbank aan zijn zijde. In cassatie kwam het punt niet aan de orde. De schuldeiser die het verzoek had ingediend, had volgens de Hoge Raad onvoldoende belang bij haar verzoek, omdat zij op korte termijn integraal uit de boedel zou worden afgelost. Met Verstijlen 1998a, p. 146, meen ik dat deze beslissing van de rechtbank onjuist is. Waar de belangen van de schuldeisers niet in het geding zijn, dienen de wensen van de gefailleerde te worden gerespecteerd, ook indien daardoor boedelbestanddelen (ver) onder de waarde worden verkocht. Zie ook § 2.2.1.6.

276 B. Wachter gaat hiervan uit in zijn noot onder HR 8 november 1974, *NJ* 1975, 243.

wederpartij die vóór datum faillissement met de schuldenaar heeft gecontracteerd niet kan worden gedwongen te presteren tegen slechts een percentage van haar vordering,[277] dient voor de wederpartij bij een ná datum faillissement gesloten contract niet anders te gelden.[278]

De curator die wil beschikken over de prestaties van de wederpartij bij een ná de intrede van het faillissement met de *schuldenaar* gesloten overeenkomst, zal die overeenkomst naar mijn mening dus gestand moeten doen, met als gevolg dat *alle* contractuele aanspraken van de wederpartij de status van boedelschuld krijgen.[279] Verplicht tot het stellen van zekerheid voor nakoming is de curator naar mijn mening níet. In geval van onzekerheid omtrent de toestand van de boedel, zal de wederpartij zich met behulp van het gemene recht tegen die onzekerheid te weer moeten stellen.[280]

4.5.3 De keuze: gestanddoening of niet?

4.5.3.1 Algemeen

Gestanddoening van contracten vindt in de regel plaats binnen het kader van een voortzetting van de activiteiten, veelal tijdens de voorbereiding van een overdracht van de (levensvatbare delen van de) onderneming *going concern*, of in afwachting van de totstandkoming van een akkoord.[281] Soms ook vindt gestanddoening plaats louter met het oog op maximalisatie van de boedel in het kader van de vereffening.[282]

In dit verband kan tussen twee soorten overeenkomsten worden onderscheiden. In de eerste plaats de overeenkomsten die betrekking hebben op opdrachten die potentieel winstgevend zijn. Het gaat er daarbij niet zozeer om of de opdracht in zijn geheel als winstgevend is te beschouwen, maar slechts of ná datum faillissement een positief saldo kan worden gerealiseerd, bijvoorbeeld doordat de schuldenaar reeds ten dele heeft gepresteerd, maar ter zake daarvan nog geen vorderingen zijn ontstaan.[283] De tweede groep betreft contracten die op zichzelf niet winstgevend zijn, maar die betrekking hebben op goederen of diensten die in

277 Vgl. de MvT bij art. 37 (oud) Fw, Van der Feltz I, p. 409.

278 Ook de Voorzieningenrechter Rechtbank Leeuwarden lijkt in het besproken vonnis van 28 april 2006 van oordeel te zijn dat de curator die de wederpartij van de gefailleerde aan het contract hield, ook zelf diende na te komen. In dezelfde zin: Molengraaff-Star-Busmann 1951, p. 179: 'De redactie van het artikel [art. 24 Fw] doet tevens duidelijk uitkomen, dat de schuldenaar rechts- en handelingsbevoegdheid behoudt, en dat de door hem na de faillietverklaring verrichte handelingen in genen dele volstrekt nietig zijn, maar slechts betrekkelijk: tegenover den boedel. Noch de failliet, noch zijne wederpartij kan zich op de nietigheid beroepen, alleen de curator heeft daartoe het recht, tenzij de boedel van de handeling baat heeft getrokken. Bijv. de failliet verkoopt goederen tot den boedel behorende en draagt den koopprijs aan den curator af; de curator, den koopprijs voor den boedel behoudende, zal moeten leveren.' Vgl. Hof Den Bosch 1 februari 1994, *NJ* 1994, 761: 'De curator kan niet nopens een transactie van zijn failliet buiten de boedel het actieve deel daarvan opeisen doch het daarmee samenhangende passief niet voor rekening van de boedel brengen.'

279 Zie nader § 4.6.1.

280 Zie in het bijzonder art. 6:80 jo 6:262 BW en art. 6:263 BW.

281 Ook is nog denkbaar dat de activiteiten worden voortgezet tijdens een surseance van betaling die niet zozeer is aangevraagd teneinde een akkoord tot stand te brengen, maar om tijdelijke liquiditeitsproblemen het hoofd te bieden.

282 Vgl. Verschoof 2012, p. 39.

283 Vgl. Leuftink 1995, p. 124-125.

het kader van de voortzetting vaak onontbeerlijk zijn en waarvoor de wet geen bijzondere voortzettingsregeling biedt, zoals in art. 37b Fw het geval is ten aanzien van nutsovereenkomsten.[284] In dit kader kan bijvoorbeeld worden gedacht aan arbeidsovereenkomsten, huur- en leaseovereenkomsten, telefonie- en internetcontracten, service- en onderhoudscontracten en licenties. Ingeval de bewindvoerder of de curator dient te beslissen over de voltooiing van een lopende opdracht, dienen ook de kosten die gepaard gaan met de (tijdelijke) voortzetting van deze overeenkomsten in de berekening te worden betrokken.

Soms zal gestanddoening plaatsvinden nadat de wederpartij hierom via de weg van art. 37 Fw heeft verzocht, een andere keer zal de curator zich uit eigen beweging tot de wederpartij wenden met de mededeling dat aan het contract uitvoering zal worden gegeven.[285] Veelal zal de curator het contract – in het bijzonder indien het gaat om een contract uit de tweede categorie – niet in al zijn facetten gestand doen, zoals door art. 37 Fw wordt vereist, maar zal tussen de partijen worden onderhandeld over de afwikkeling van de reeds bestaande aanspraken en daarnaast over de voorwaarden waaronder zij (tijdelijk) met elkaar verder gaan.[286] De in art. 37 Fw neergelegde condities hebben dan hooguit een functie als vertrekpunt van die onderhandelingen. In alle gevallen zal de curator ervoor moeten waken dat de uitvoering van het contract c.q. de voorwaarden waaronder die uitvoering plaatsvindt, in overeenstemming zijn met het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Daarbij dient de curator erop bedacht te zijn dat hun belang niet zozeer is gediend met een toename van het boedelactief, als wel met een verhoging van het uitkeringspercentage. Diverse factoren kunnen een rol spelen.

4.5.3.2 Van belang zijnde factoren

Van cruciaal belang is dat de curator zich er op voorhand van vergewist dat de te realiseren opbrengst daadwerkelijk aan de boedel ten goede zal komen. Voorkomen moet worden dat de kosten die met de uitvoering van het contract gemoeid zijn voor rekening van de boedel komen, terwijl een andere partij met de opbrengst aan de haal gaat. Men denke bijvoorbeeld aan de financier aan wie het onderhanden werk is verpand.[287] Ook dient te worden vermeden dat de

284 Zie over art. 37b Fw § 7.5.

285 Zie § 4.6.3.

286 Bij een tijdelijke voortzetting van huur- en arbeidsovereenkomsten vindt geen gestanddoening plaats, nu art. 37 Fw ten aanzien van de hier bedoelde contracten niet geldt; zie respectievelijk § 4.4.5.4 en § 4.4.5.5. Huur- en arbeidsovereenkomsten lopen op grond van art. 39 respectievelijk art. 40 Fw vanaf datum faillissement *ex lege* ten laste van de boedel door, zolang althans één van beide partijen het contract niet met een beroep op die bepalingen of op andere grondslag beëindigt.

287 Vgl. Leuftink 1995, p. 125. Vgl. Van Nievelt 1907, p. 69-70. In geval van een koopovereenkomst is goed denkbaar dat de vordering tot betaling van de koopprijs – anders dan bijvoorbeeld een vordering tot betaling van huurpenningen, zie HR 26 maart 1982, *NJ* 1982, 615, m.nt. WMK (*SOS/ABN*) – kwalificeert als een op datum faillissement reeds bestaande vordering waarvan verpanding aan de boedel kan worden tegengeworpen. Hetzelfde geldt voor de termijnen die verschuldigd zijn onder een overeenkomst van huurkoop. Zie over de positie van de curator ten opzichte van de financier met een pandrecht op het onderhanden werk: Franken 2011.

wederpartij haar schuld betaalt door middel van verrekening.[288] Dit laatste deed zich voor in de zaak Deelmij/De Haan en Schimmelpenninck q.q.[289]

Tussen Deelmij en Van der hoop bankiers bestond een aantal overeenkomsten van dienstverlening, op basis waarvan met enige regelmaat zogenaamde repotransacties werden uitgevoerd. Dit zijn transacties waarbij de verkoper tegen betaling effecten levert aan de koper, onder de verplichting deze effecten op een vooraf overeengekomen datum en tegen een vooraf vastgestelde prijs terug te kopen. Toen Van der hoop bankiers op 16 december 2005 in staat van faillissement werd verklaard, stond tussen Van der hoop en Deelmij nog één repotransactie open. Enkele weken na hun aanstelling berichtten de curatoren Deelmij dat zij alle uitstaande transacties contant wilden maken en verzochten haar om die reden mee te werken aan een vervroegde afwikkeling. Deelmij liet daarop weten aan levering op de voorgestelde datum te zullen meewerken, onder voldoening aan de boedel van hetgeen zij aan Van der hoop verschuldigd zou zijn. Deze brief is door de curatoren voor akkoord ondertekend retour gezonden. Bij brief van diezelfde dag verzochten zij om in het kader van de gemaakte afspraken op 16 januari 2006 over te gaan tot betaling van een bedrag van circa € 5,5 miljoen. In reactie hierop schreef Deelmij dat dit bedrag zou worden betaald door overboeking van een bedrag van circa € 3,5 miljoen en verrekening van het restant met haar vordering uit hoofde van een aangehouden depositorekening. De curatoren stemden niet met de verrekening in; het aanwezige depositobedrag hadden zij over het hoofd gezien.

In kort geding stelde Deelmij zich op het standpunt dat de curatoren hadden besloten de bestaande wederkerige overeenkomst, zij het met een andere einddatum, na te komen en zij daartoe dan ook gehouden waren. Aan de voorwaarden voor een beroep op verrekening was naar haar oordeel voldaan. De curatoren voerden hiertegen diverse verweren – zij deden onder andere een beroep op dwaling – maar het mocht allemaal niet baten. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter hadden zij ervoor gekozen een bestaande wederkerige overeenkomst gestand te doen. Nu bovendien aan de vereisten van art. 53 Fw was voldaan, stond niets aan de door Deelmij beoogde wijze van betaling in de weg. Gestanddoening van de overeenkomst betekende in dit geval dus een aanzienlijke schadepost voor de boedel.

Een andere factor waarmee de curator bij zijn beslissing om een overeenkomst al dan niet gestand te doen rekening dient te houden, is dat de wederpartij bij niet-gestanddoening naar alle waarschijnlijkheid met een – in de regel concurrente – vordering in het faillissement zal opkomen.[290] Hoewel de curator zich veelal niet om de daarmee gepaard gaande toename van het passief zal hoeven te bekommeren,[291] kan dit onder omstandigheden anders zijn.

Ik geef een voorbeeld.[292] Een aannemer gaat vlak voor de afronding van een bouwproject failliet. De opdrachtgever heeft het grootste deel van de aanneemsom

288 Zie ook De Liagre Böhl 1991, p. 96; Leuftink 1995, p. 125; Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2483.
289 Zie Rb. Amsterdam 16 maart 2006, *JOR* 2006, 138.
290 Zie de artikelen 26 en 37a Fw.
291 Vgl. De Liagre Böhl 1991, p. 94. Voor het Belgische recht: Brijs 2005, p. 55.
292 Dit voorbeeld is voor een belangrijk deel ontleend aan Verstijlen 1998a, p. 258.

voldaan. Het restant bedraagt € 10.000 en dient bij oplevering te worden betaald. Oplevering kost de boedel € 20.000. Op het moment dat de opdrachtgever de curator een termijn ex art. 37 Fw stelt, bedraagt het vrije actief € 50.000, het concurrente passief € 100.000 en zijn er geen preferente schulden.[293] Zou de curator zich bereid verklaren de overeenkomst gestand te doen, dan bedraagt het uitkeringspercentage 40. Of dat verstandig is, hangt af van de hoogte van de schadevergoedingsvordering die zou ontstaan ingeval de boedel het project níet zou voltooien. Stel dat de overeenkomst de opdrachtgever in dat geval recht geeft op schadevergoeding ten belope van € 25.000. De door de opdrachtgever in te dienen schadevergoedingsvordering bedraagt dan per saldo € 15.000. Nakoming door de boedel blijkt nu niet in het belang van de schuldeisers, aangezien de curator bij niet-nakoming een uitkering van ruim 43 % kan realiseren. Indien de door de opdrachtgever per saldo in te dienen schadevergoedingsvordering bij niet (tijdige) oplevering echter geen € 15.000, maar € 50.000 zou bedragen, dan verandert de zaak. Zou de curator ook in dit geval gestanddoening weigeren, dan bedraagt het uitkeringspercentage nog slechts circa 33.

Het feit dat de wederpartij bij niet-gestanddoening met een (schadevergoedings)vordering in het passief dient te worden toegelaten, kan er onder omstandigheden dus toe leiden dat zelfs wanneer door gestanddoening het boedelactief *afneemt*, dit niettemin in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers. In faillissementen waarin geen uitkering is te verwachten – dus ook niet aan de preferente schuldeisers – is het belang van de gezamenlijke faillissementsschuldeisers niet in het geding. De curator voert diens beheer over de boedel dan in de eerste plaats in het belang van de *boedelschuldeisers.*[294] In een dergelijk geval ligt in de rede dat de curator met het oog op hun belangen wél slechts de omvang van het boedelactief tot richtsnoer neemt, nu een toename van de faillissementsschulden de boedelschuldeisers niet raakt. Indien in het voorbeeld van de failliete aannemer de boedelschulden meer dan € 50.000 zouden bedragen – zodat op dat moment geen uitkering aan de faillissementsschuldeisers zou kunnen plaatsvinden – en daarnaast in redelijkheid niet valt te verwachten dat daarin nog verandering optreedt, zal de curator naar mijn mening in het belang van de gezamenlijke boedelschuldeisers dus steeds gestanddoening moeten weigeren.

4.5.4 Keuzevrijheid, bezwaar en beroep

De curator is in zijn keuze in beginsel geheel vrij. Dat de boedel in staat is de overeenkomst na te komen of nakoming zelfs zou leiden tot een verhoging van het uitkeringspercentage biedt de wederpartij geen aanknopingspunten om in rechte gestanddoening af te dwingen. Indien de curator met een derde een nog voordeliger contract kan sluiten, is hij gerechtigd – en uit hoofde van zijn functie in de regel ook verplicht – dat te doen. Doet dit laatste zich niet voor en laat de curator door de overeenkomst níet gestand te doen per saldo een bate voor de boedel liggen, dan kunnen de schuldeisers – waaronder veelal ook de desbetreffende

293 De faillissementskosten worden omwille van de eenvoud buiten beschouwing gelaten.
294 Zie Verstijlen 1998a, p. 174 en p. 320-322. Zie ook § 2.2.1.4.

wederpartij[295] – daartegen op grond van art. 69 Fw in het geweer komen. Hetzelfde geldt in een geval waarin de curator de overeenkomst wél gestand doet, terwijl dat voor de boedel – vanwege de omvang van de met de uitvoering van de overeenkomst te maken boedelkosten of omdat de curator op meer lucratieve wijze met een derde kan contracteren – per saldo nadelig is.

Van de procedure van art. 69 Fw behoeft echter niet veel te worden verwacht. Behoudens het bijzondere geval dat een commissie uit schuldeisers is benoemd,[296] zal doorgaans slechts de wederpartij in kwestie van een voorgenomen beslissing van de curator op de hoogte zijn. Indien zij daartegen niet (als schuldeiser) via de weg van art. 69 Fw protesteert – in geval van gestanddoening zal daarvan sowieso geen sprake zijn – resteert de schuldeisers slechts de mogelijkheid tot het achteraf aansprakelijk stellen van de curator indien aan de boedel schade is toegebracht.[297] Zijn de schuldeisers bij uitzondering wél van een voorgenomen beslissing op de hoogte, dan lopen zij veelal aan tegen het feit dat voor die beslissing inmiddels een machtiging is verstrekt door de rechter-commissaris,[298] die in de regel niet snel geneigd zal zijn diens beslissing te herzien. De crediteuren zijn dan aangewezen op hoger beroep bij de rechtbank,[299] met de mogelijkheid van cassatie.[300]

Surseance van betaling
De surseance van betaling kent niet een met art. 69 Fw vergelijkbare procedure. Dit hangt samen met het feit dat de rechter-commissaris in surseance veel meer dan in faillissement louter een adviserende taak heeft.[301] Indien zij op informele wijze bij de bewindvoerder en de rechter-commissaris geen gehoor vinden, zijn de schuldeisers in voorkomende gevallen aangewezen op een procedure in kort geding.

Het voorontwerp Insolventiewet
Art. 4.3.1 van het voorontwerp Insolventiewet bevat een met art. 69 Fw vergelijkbare regeling.[302]

4.5.5 Rechterlijke machtiging

Op grond van art. 68 lid 2 Fw behoeft de curator voor een beslissing op een verzoek ex art. 37 Fw machtiging van de rechter-commissaris, ongeacht of de

295 In dit geval zijn niet, althans niet primair, haar belangen als contractuele wederpartij, maar haar belangen als schuldeiser in het geding.
296 In dat geval dient de schuldeiserscommissie op grond van art. 78 lid 1 Fw om advies te worden gevraagd; zie nader § 4.5.6.
297 Zie § 4.5.7.
298 Zie art. 68 lid 2 Fw.
299 Zie art. 67 lid 1 Fw.
300 Zie art. 426 Rv.
301 De benoeming van een rechter-commissaris is in een surseance van betaling strikt genomen ook slechts facultatief, zie art. 223a Fw. In de praktijk wordt echter steeds een rechter-commissaris benoemd. Zie Leuftink 1995, p. 105-106.
302 Zie de Toelichting, Kortmann & Faber 2007, p. 299-301. Zie voorts Verstijlen 2008a.

curator opteert voor gestanddoening of niet.[303] Het oorspronkelijke wetsontwerp bevatte dit vereiste niet, maar na enig aandringen vanuit de Tweede en de Eerste Kamer is het alsnog in de wet neergelegd.[304] Waarom de leden van de beide Kamers der Staten-Generaal van oordeel waren dat de curator voor een beslissing op een verzoek ex art. 37 Fw machtiging behoeft, laat zich uit de parlementaire documentatie niet afleiden. Mijns inziens is dit niet vanzelfsprekend,[305] al was het maar omdat de curator evenmin een machtiging behoeft te vragen indien hij besluit tot de nakoming van contracten die níet aan het toepassingsgebied van art. 37 Fw voldoen, bijvoorbeeld omdat zij ná datum faillissement door de schuldenaar zijn aangegaan, of indien hij zelf overeenkomsten sluit.[306] Heeft de curator een machtiging nodig indien hij ten aanzien van een overeenkomst die valt *binnen* de reikwijdte van art. 37 Fw *uit eigen beweging* een beslissing omtrent nakoming neemt, dat wil zeggen zonder dat hem door de wederpartij schriftelijk een redelijke termijn is gesteld? Ik zou denken van wel. Naar mijn mening zijn aan een beslissing omtrent gestanddoening van een lopende overeenkomst op initiatief van de curator voor de boedel dezelfde consequenties verbonden als aan eenzelfde beslissing die op de voet van art. 37 Fw door de wederpartij is uitgelokt.[307] Het gaat dan niet aan dat de waarborg die de wetgever met het machtigingsvereiste heeft willen creëren, eenvoudig zou kunnen worden ontgaan door tot gestanddoening over te gaan vóórdat de wederpartij daarom heeft verzocht. In ieder geval zou ik menen dat curatoren er verstandig aan doen zich in voorkomende gevallen van de steun van de rechter-commissaris te verzekeren.

Het verstrekken van machtigingen vormt een onderdeel van de toezichthoudende taak van de rechter-commissaris.[308] Het gaat dan in feite om 'toezicht vooraf'.[309] Bij het uitoefenen van dat toezicht gaat de rechter-commissaris na 'of de curator zich houdt binnen de grenzen der wet, of hij handelt in het belang van den boedel, [en] of hij zijne taak behoorlijk vervult'.[310] Hieruit kan worden

303 Verschoof 2012, p. 31, noot 24, leidt uit HR 26 november 1982, *NJ* 1983, 442, m.nt. BW (*Bouchar/Dekkers q.q.*) af dat voor een beslissing om de overeenkomst niet gestand te doen, bijvoorbeeld door de gestelde termijn ongebruikt te laten verstrijken, volgens de Hoge Raad géén machtiging behoeft te worden verkregen. Naar mijn mening volgt dit echter niet uit bedoeld arrest. De wederpartij in die zaak had zich op het standpunt gesteld dat de curator – die binnen de gestelde termijn gestanddoening had geweigerd en daarvoor eerst nadien een machtiging had verzocht en verkregen – alsnog gehouden was de overeenkomst na te komen, omdat de curator diens bevoegdheid om een beslissing omtrent gestanddoening te nemen naar haar oordeel slechts kon uitoefenen indien eerst een machtiging was verkregen of ten minste verzocht. De Hoge Raad oordeelde dat niet kan worden aangenomen dat voor een 'zich niet bereid verklaren' als in art. 37 (oud) Fw bedoeld slechts plaats is nadat een machtiging is verleend of ten minste verzocht. Dit oordeel dient te worden gelezen in het licht van hetgeen daaraan voorafgaand door de Hoge Raad is vooropgesteld, namelijk dat uit art. 72 Fw voortvloeit dat ook een zonder de vereiste machtiging door de curator genomen beslissing geldig is en dat een schending van het machtigingsvereiste zich oplost in een schadevergoedingsplicht. Dat voor een negatieve beslissing in het geheel geen machtiging vereist zou zijn, mag hieruit mijns inziens níet worden afgeleid.

304 Zie Van der Feltz I, p. 411-412.

305 Vgl. het Regeeringsantwoord bij het Verslag van de Tweede Kamer, Van der Feltz I, p. 412.

306 Voor het aangaan van een aantal specifieke overeenkomsten is wél machtiging vereist, zoals overeenkomsten die betrekking hebben op een onderhandse verkoop van boedelbestanddelen (art. 176 lid 1 Fw) of een vaststellingsovereenkomst (art. 104 Fw). Verschoof 2012, p. 38-40, merkt op dat het toezicht op een beslissing omtrent de voortzetting van een lopende overeenkomst in de regel wel meer intensief is dan het toezicht op de beslissing om één van de hier genoemde contracten aan te gaan.

307 Zie § 4.6.3 en § 4.7.2.

308 Zie art. 64 Fw.

309 Zie Verstijlen 2008a, p. 19.

310 Zie het Verslag van de Tweede Kamer met Regeeringsantwoord bij art. 64 Fw, Van der Feltz II, p. 2.

afgeleid dat de rechter-commissaris het beleid van de curator zowel dient te toetsen op rechtmatigheid als op doelmatigheid.[311] De Hoge Raad bevestigt dit in Brink/curatoren Tilburgsche Hypotheekbank, waarin hij oordeelt dat

> 'op grond van de geschiedenis van de Faillissementswet [dient] te worden vooropgesteld dat het de taak is van de R-C, beslissend op de voet van art. 69, en van de Rb. in hoger beroep om het beleid van de curator in volle omvang te toetsen'.[312]

Hoewel de Hoge Raad hier strikt genomen slechts spreekt over een procedure ex art. 69 Fw geldt voor het verstrekken van een machtiging naar mijn mening niets anders. Ook dan dient de rechter-commissaris 'vol' te toetsen.[313] Dit komt er in wezen op neer dat de rechter-commissaris die heeft te oordelen over een voorgenomen beslissing van de curator omtrent gestanddoening, dezelfde toets zal moeten aanleggen als de curator zélf.[314] In de praktijk komt er van een 'volle' toetsing echter kennelijk vaak niet veel terecht, maar blijft het bij een beperkte rechtmatigheidstoets.[315]

Handelt de curator zonder de vereiste machtiging – doordat hij deze niet (tijdig) vraagt of ontvangt – dan blijft diens beslissing omtrent gestanddoening op grond van art. 72 lid 1 Fw geldig,[316] ook indien de wederpartij ervan op de hoogte is dat de voorgeschreven procedures niet zijn gevolgd.[317] Wel is de curator in beginsel op de voet van art. 72 lid 1 Fw in privé jegens de gefailleerde en de schuldeisers aansprakelijk, wanneer door zijn handelen 'de belangen van de boedel en daarmee de verhaalsmogelijkheden van de […] schuldeisers, zijn geschaad.'[318] De implicaties van het machtigingsvereiste voor de aansprakelijkheid van de curator komen nader aan de orde in § 4.5.7.

Surseance van betaling
Voor gestanddoening van een overeenkomst door de schuldenaar en de bewindvoerder tijdens surseance is géén machtiging vereist.

Het voorontwerp Insolventiewet
Ook de bewindvoerder onder de regeling van het voorontwerp Insolventiewet is – mijns inziens terecht – niet verplicht een machtiging te vragen indien hij een beslissing neemt omtrent gestanddoening.[319]

---

311 Vgl. Wessels 2007, p. 262, die uit de geciteerde passage afleidt dat het toezicht een drieledig karakter heeft, namelijk rechtmatigheid, doelmatigheid en doelgerichtheid.
312 Zie HR 10 mei 1985, *NJ* 1985, 791, m.nt. G. Zie ook Rb. Roermond 25 februari 2004, *JOR* 2005, 44.
313 In dezelfde zin: Vriesendorp 2000, p. 58; Wessels Insolventierecht IV 2010, par. 4012.
314 Vgl. Verstijlen 2008a, p. 22.
315 Zie Van Galen 2006, p. 143; Verstijlen 2008a, p. 22, noot 26.
316 Zie ook HR 26 november 1982, *NJ* 1983, 442, m.nt. BW (*Bouchar/Dekkers q.q.*), waarin de Hoge Raad overweegt dat niet kan worden aangenomen dat voor een 'zich niet bereid verklaren' als bedoeld in art. 37 Fw slechts plaats is nadat door de rechter-commissaris een machtiging is verleend. Ook de stelling dat een machtiging ten minste dient te zijn verzocht, vindt volgens de Hoge Raad geen steun in het recht. Zie voorts Rb. Almelo 20 januari 2009, *LJN*: BH1798.
317 Zie het Verslag van de Tweede Kamer met Regeeringsantwoord bij art. 72 Fw, Van der Feltz II, p. 18; Molengraaff-Star Busmann 1951, p. 322.
318 Aldus HR 26 november 1982, *NJ* 1983, 442, m.nt. BW (*Bouchar/Dekkers q.q.*).
319 Zie art. 4.2.3b voorontwerp Insolventiewet en de Toelichting daarbij, Kortmann & Faber 2007, p. 279.

4.5.6 Advisering commissie uit schuldeisers

De Faillissementswet kent sinds haar inwerkingtreding in 1896 de mogelijkheid tot de instelling van een (voorlopige) commissie uit schuldeisers.[320] Hoewel van deze regeling in de praktijk betrekkelijk weinig gebruik wordt gemaakt, is zij niet zonder betekenis.[321] Met name in grote faillissementen met veel concurrente schuldeisers aan wie naar verwachting een enigszins substantiële uitkering kan worden gedaan, kan de crediteurencommissie een waardevolle rol spelen.[322] In dergelijke faillissementen wordt dan ook met enige regelmaat een crediteurencommissie ingesteld.[323]

Indien een commissie uit schuldeisers is benoemd, is de curator op grond van art. 78 lid 1 Fw voor diverse voorgenomen handelingen verplicht het advies van de commissie in te winnen.[324] Dat advies is niet bindend. Voor het geval dat de curator zich met het advies niet kan verenigen, bepaalt art. 79 Fw dat hij de commissie daarvan onmiddellijk in kennis dient te stellen teneinde haar de gelegenheid te bieden de beslissing van de rechter-commissaris in te roepen. Maakt de commissie kenbaar daartoe te zullen overgaan, dan is de curator verplicht de voorgenomen handeling gedurende drie dagen op te schorten. Eén van de 'handelingen' waarvoor de crediteurencommissie om advies dient te worden gevraagd, is een beslissing op een verzoek ex art. 37 Fw. Naar ik meen, ligt in de rede dit vereiste zo te interpreteren dat het eveneens geldt indien de curator *uit eigen beweging* een beslissing neemt omtrent de uitvoering van een overeenkomst die valt binnen de reikwijdte van art. 37 Fw.

Wint de curator geen advies in bij de commissie uit schuldeisers waar dat wel is vereist of houdt hij zich niet aan de in art. 79 Fw voorgeschreven procedure, dan geldt hetzelfde als wanneer hij handelt zonder de vereiste machtiging. Diens beslissing omtrent gestanddoening blijft geldig, maar leidt in beginsel tot persoonlijke aansprakelijkheid jegens de gefailleerde en de schuldeisers indien door zijn handelen 'de belangen van de boedel en daarmee de verhaalsmogelijkheden van de […] schuldeisers, zijn geschaad.'[325] De gevolgen van de verplichte consultatie van de crediteurencommissie voor de aansprakelijkheid van de curator komen aan de orde in § 4.5.7.

Surseance van betaling

De surseance van betaling kent geen regeling voor de instelling van een commissie uit schuldeisers. Niettemin is denkbaar dat de rechtbank op de voet

320 Zie art. 74 en 75 Fw.

321 De wetgever ging er ook vanuit dat 'in verreweg de meeste, d.i. in de kleine faillissementen, zich slechts hoogst zelden de behoefte aan eene dergelijke commissie zal doen gevoelen'; zie de MvT bij art. 74 Fw, Van der Feltz II, p. 25.

322 Zie Van Galen 2000, p. 20; Wessels Insolventierecht IV 2010, par. 4273.

323 Crediteurencommissies werden onder meer ingesteld in de faillissementen van de Tilburgsche Hypotheekbank, Fokker, BCCI, De Wereld, Vie d'Or, SAirGroup Finance, KPNQwest, Jomed, Ceteco, Van der hoop bankiers, Indover Bank en DSB.

324 Gaat het om een handeling waarvoor de curator op grond van art. 68 lid 2 Fw een machtiging van de rechter-commissaris nodig heeft, dan gelden beide vereisten naast elkaar. Zie voor een overzicht van de bevoegdheden en verplichtingen van de crediteurencommissie: Van Galen 2000, p. 19-25.

325 Zie art. 72 lid 1 Fw en HR 26 november 1982, *NJ* 1983, 442, m.nt. BW (*Bouchar/Dekkers q.q.*).

van art. 225 Fw – dat haar de bevoegdheid biedt 'zodanige bepalingen [te] maken, als zij ter beveiliging van de belangen der schuldeisers nodig oordeelt' – een commissie uit schuldeisers instelt. In dat geval zullen ook de bevoegdheden van de commissie door de rechtbank moeten worden vastgesteld. Zo ging de Rechtbank Amsterdam in de surseance van Texeira de Mattos over tot de instelling van een crediteurencommissie op de voet van art. 225 Fw en verklaarde zij daarbij onder meer de artikelen 72, 78 en 79 Fw van overeenkomstige toepassing.[326]

Het voorontwerp Insolventiewet
In het voorontwerp Insolventiewet – waarin het faillissement en de surseance in één procedure zijn opgegaan – is in art. 4.4.1 de mogelijkheid tot het instellen van een schuldeiserscommissie neergelegd. Voor de gestanddoening van wederkerige contracten is echter géén advies (of toestemming) van de schuldeiserscommissie vereist.[327]

4.5.7 Aansprakelijkheid jegens de schuldeisers wegens een verkeerde keuze

De beslissing van de curator om een overeenkomst al dan niet uit te voeren, zal in de praktijk niet steeds goed uitpakken. Zo kan het voorkomen dat de voortzetting van de onderneming al na korte tijd moet worden gestaakt, terwijl de curator met het oog op die voortzetting een contract gestand heeft gedaan. Ook is mogelijk dat nadat de curator zijnerzijds is nagekomen, de wederpartij tekortschiet en geen verhaal biedt voor de daaruit voortvloeiende schade.[328] In zulke gevallen komt de vraag aan de orde of de curator voor de schade die de boedel lijdt jegens de schuldeisers aansprakelijk is. Bij een dergelijk verwijt is uit de aard der zaak geen aansprakelijkheid van de curator q.q., maar diens aansprakelijkheid in privé aan de orde.[329]

In dit verband is van belang te onderscheiden tussen de situatie dat de curator handelt zonder de vereiste machtiging van de rechter-commissaris of – in voorkomende gevallen – zonder de door art. 78 en 79 Fw voorgeschreven procedures te hebben gevolgd en de situatie dat hij zich wél aan deze vereisten heeft gehouden. Handelt de curator zonder zich aan de in de wet gestelde formaliteiten te hebben gehouden, dan leidt dat in beginsel tot persoonlijke aansprakelijkheid jegens de gefailleerde en de schuldeisers wanneer door zijn handelen 'de belangen van de boedel en daarmee de verhaalsmogelijkheden van de […] schuldeisers, zijn geschaad.'[330] De curator kan in dat geval nog slechts aan aansprakelijkheid ontsnappen indien hij bewijst dat de schade ook bij zorgvuldig handelen zou zijn ingetreden. Hij dient dan te bewijzen dat de rechter-commissaris de machtiging

326 Zie Rb. Amsterdam 4 november 1966, *NJ* 1966, 445.
327 Zie art. 4.2.3a voorontwerp Insolventiewet en de Toelichting daarbij, Kortmann & Faber 2007, p. 279.
328 Zie voor weer een ander voorbeeld: Rb. Amsterdam 16 maart 2006, *JOR* 2006, 138, waarover § 4.5.3.2.
329 Vgl. De Liagre Bohl 1991, p. 46; Verstijlen 1998a, p. 234.
330 Aldus HR 26 november 1982, *NJ* 1983, 442, m.nt. (*Bouchar/Dekkers q.q.*). In het uiterste geval kan het ontslag van de curator aan de orde zijn; zie art. 73 Fw.

zou hebben verleend indien deze (tijdig) was verzocht,[331] welk bewijs in de regel zal zijn geleverd indien de machtiging achteraf alsnog wordt gegeven.[332] Dit lijkt mij eveneens afdoende indien er een crediteurencommissie is ingesteld, die niet op de door de wet voorgeschreven wijze is geconsulteerd. Weliswaar heeft de curator de commissie dan de mogelijkheid ontnomen hem op andere gedachten te brengen, maar voor mij geeft de doorslag dat het uiteindelijk de rechter-commissaris is die beslist.[333] Of een rechter-commissaris snel geneigd zal zijn achteraf een machtiging te verstrekken voor een beslissing van de curator die verkeerd is uitgepakt, is evenwel de vraag.

Handelt de curator wél conform de voorgeschreven procedures of slaagt hij erin te bewijzen dat de rechter-commissaris de machtiging had verstrekt indien daarom (tijdig) was verzocht, dan betekent dat níet dat aansprakelijkheid jegens de schuldeisers is uitgesloten. De gedachte achter de invoering van art. 72 Fw was enerzijds dat van partijen die met de curator handelen niet kan worden gevergd dat zij onderzoeken of de vereiste formaliteiten in acht zijn genomen; anderzijds diende de boedel te worden beschermd tegen – aan het niet in acht nemen van de vereiste formaliteiten te ontlenen – chicaneus gedrag van diezelfde partijen.[334] Art. 72 Fw beoogt dan ook slechts buiten twijfel te stellen dat niet-naleving van de wettelijke voorschriften geen consequenties heeft voor de geldigheid van de handeling, maar zich oplost in een schadevergoedingsplicht jegens de schuldeisers.[335] Daarmee is nog niets gezegd over de aansprakelijkheid van de curator indien door zijn handelen aan de boedel schade is toegebracht, terwijl hij zich wél aan de in de wet gestelde vereisten heeft gehouden.

Indien de rechter-commissaris een machtiging verstrekt, geeft hij daarmee geen bindend oordeel over de zorgvuldigheid van de voorgenomen handeling. Het afgeven van een machtiging impliceert slechts dat hij op basis van de hem aangereikte informatie van oordeel is dat de bij het faillissement betrokken belangen met de voorgenomen handeling van de curator zijn gediend.[336] De curator blijft echter verantwoordelijk voor zijn eigen handelingen en kan zich niet verschuilen achter eventuele misslagen van zijn toezichthouder.[337] Illustratief is de navolgende overweging van het Hof Den Haag in een procedure waarin een ontslagen curator door diens opvolger werd aangesproken wegens schending van de beleggingsplicht ex art. 102 lid 2 Fw:

> 'Voor deze beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag is niet van invloed de houding die de betrokken rechter-commissaris in het faillissement heeft ingenomen. De verantwoordelijkheid van de curator in deze is een zelfstandige en staat los van die van de rechter-commissaris. Ook indien vast zou staan dat aan de rechter-commissaris gebrekkige instructie en/of toezicht zou

331 Anders: De Ranitz 1999, p. 53.
332 Zie Verstijlen 1998a, p. 366-367. Anders: B. Wachter, noot onder HR 26 november 1982, *NJ* 1983, 442 (*Bouchar/Dekkers q.q.*).
333 Zie art. 79 Fw.
334 Zie de MvT, Van der Feltz II, p. 17.
335 Vgl. Verstijlen 1998a, p. 367.
336 Zie Verstijlen 1998a, p. 367.
337 Zie ook De Liagre Böhl 1991, p. 51, die schrijft dat machtiging van de RC de curator niet disculpeert.

kunnen worden verweten, ontlast zulks gedaagde niet nu zijn aansprakelijkheid in deze een hoofdelijk karakter draagt.'[338]

Ook indien een machtiging is verkregen dient steeds te worden bezien of de curator heeft gehandeld 'zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht'.[339] Het feit dat een machtiging is verstrekt, vormt wel – mits de rechter-commissaris naar behoren is geïnformeerd – een duidelijke aanwijzing dat de handelwijze van de curator als zorgvuldig kan worden gekwalificeerd.[340]

4.5.8 De beperkte rol van het keuzerecht in de praktijk

Hoewel het keuzerecht op het eerste gezicht een belangrijke bevoegdheid van de curator lijkt te zijn, speelt het in de praktijk slechts een bescheiden rol. Daarvoor is een aantal oorzaken aan te wijzen.[341]

Een belangrijke oorzaak is dat in de Faillissementswet nagenoeg geen beperkingen worden gesteld aan de mogelijkheden van de wederpartij zich te beroepen op een contractueel beëindigingsrecht.[342] Aangezien veel contracten ofwel een bepaling bevatten die in geval van faillissement van één van de partijen automatisch het einde van de overeenkomst meebrengt, ofwel voorzien in de mogelijkheid voor de solvente partij om de overeenkomst in dat geval eenzijdig te beëindigen, betekent dit dat het vrijwel steeds van de bereidwilligheid van de wederpartij afhangt of de overeenkomst ondanks het faillissement wordt uitgevoerd.[343]

Wordt de overeenkomst níet als gevolg van het faillissement beëindigd, dan stuit de curator veelal op het probleem dat in geval van gestanddoening ook contractuele vorderingen die de wederpartij op datum faillissement al had, de status van boedelschuld krijgen.[344] Zolang de curator die niet betaalt, zal de wederpartij zich – ondanks de inmiddels door de curator afgegeven bereidverklaring – kunnen beroepen op een opschortingsrecht of de overeenkomst kunnen ontbinden.[345]

---

338 Hof Den Haag 26 mei 1998, kenbaar uit *JOR* 1999/38. Zie ook Verstijlen 1998a, p. 367, die schrijft dat '[d]e waarborg die het vereiste van de machtiging beoogt te bieden, zou komen te verkeren in zijn tegendeel wanneer deze machtiging prohibitief zou werken voor een vordering tegen de curator'. Vgl. Hof Den Haag 9 december 1997, *JOR* 1998, 138.

339 Op basis van HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727, m.nt. WMK (*Maclou*).

340 Zie Verstijlen 1998a, p. 369; Wessels Insolventierecht IV 2010, par. 4144.

341 Zie ook Verstijlen 2006a, p. 101.

342 Alleen nutsleveranciers worden in hun contractuele beëindigingsmogelijkheden beperkt; zie art. 37b Fw, waarover § 7.5. Zie voorts art. 7:40 lid 1 BW, welke bepaling beperkingen stelt aan de mogelijkheid tot uitoefening van het recht van reclame, teneinde de curator van de koper in de gelegenheid te stellen van zijn keuzerecht gebruik te maken.

343 De hier bedoelde clausules worden gesanctioneerd door HR 13 mei 2005, *NJ* 2005, 406, m.nt. PvS (*BaBXL*). Het arrest lijkt curatoren echter tevens een ontsnappingsroute te bieden, die wel eens verder zou kunnen strekken dan in de praktijk wordt gepercipieerd; zie § 7.2.

344 Zie § 4.6.1.

345 Alleen nutsleveranciers worden op grond van art. 37b Fw in hun opschortings- en beëindigingsbevoegdheden beperkt; zie § 7.5.

Bovendien zal de curator in dit geval voor nakoming van de gehele overeenkomst zekerheid moeten stellen,[346] waartoe de middelen veelal niet voorhanden zijn.

De hiervoor gesignaleerde gebreken aan het keuzerecht brengen mee dat de curator in veel gevallen niet in staat zal zijn te kiezen voor nakoming van de overeenkomst, ondanks het feit dat de met het faillissement nagestreefde belangen met nakoming zouden zijn gediend.

Het voorontwerp Insolventiewet

In het voorontwerp Insolventiewet worden deze gebreken ten dele gerepareerd. Op grond van art. 3.4.2 wordt vrijwel iedere wederpartij gedurende de afkoelingsperiode – die vanaf de insolventverklaring voor een periode van één maand geldt en, na verlenging, maximaal drie maanden kan duren[347] – een beroep op een opschortings- en beëindigingsrecht ontnomen. Bepalingen die de strekking hebben de overeenkomst wegens insolventie te doen eindigen, blijven tijdens de afkoelingsperiode buiten toepassing, terwijl een beëindiging op basis van een dergelijk beding binnen één maand voor het verzoek tot insolventverklaring zolang kan worden teruggedraaid. Na ommekomst van de afkoelingsperiode herleven de opschortings- en beëindigingsbevoegdheden van de wederpartij. Tijdelijk voortgezette overeenkomsten nemen dan alsnog een einde.[348]

Indien de bewindvoerder overeenkomsten die tijdens de afkoelingsperiode zijn voortgezet ook na ommekomst daarvan wil blijven continueren, zal hij – evenals onder huidig recht – door de wederpartij om gestanddoening kunnen worden verzocht. Verklaart hij zich daartoe bereid, dan promoveren daardoor ook de schulden die dateren van vóór de insolventverklaring tot boedelschuld. Tot het stellen van zekerheid is de bewindvoerder slechts verplicht indien de rechter-commissaris dat op verzoek van de wederpartij bepaalt. In dat geval dient wel – evenals onder het huidige recht – voor nakoming van de *gehele* overeenkomst zekerheid te worden gesteld.[349]

4.6 De curator doet de overeenkomst gestand

4.6.1 De status van de uit de overeenkomst voortvloeiende vorderingen

4.6.1.1 Het geldende recht

In de verklaring van de curator dat hij de overeenkomst gestand doet, ligt besloten dat de boedel voor de uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen wordt

346 Zie § 4.6.2.
347 Zie art. 3.6.3 lid 1 voorontwerp Insolventiewet.
348 De regeling van art. 3.4.2 wordt meer uitvoerig besproken in § 7.6.
349 Zie art. 3.4.1 lid 2 voorontwerp Insolventiewet, waarover § 4.6.2.9.

verbonden.[350] Die verplichtingen worden dus *boedelschuld*.[351] Dat is terecht. De curator doet de overeenkomst gestand in het belang van de boedel, zodat ook de aan de uitvoering van de overeenkomst verbonden lasten voor rekening van de boedel dienen te komen.[352] Deze vaststelling is niet zonder belang. Weliswaar verplicht art. 37 lid 2 Fw de curator om bij zijn bereidverklaring voor nakoming zekerheid te stellen, maar dat neemt niet weg dat zich situaties kunnen voordoen waarin géén zekerheid is gesteld. Men denke aan de situatie dat de curator de overeenkomst uit eigen beweging gestand heeft gedaan en de wederpartij niet om zekerheid heeft verzocht, of de curator niet tot zekerheidstelling bereid of in staat was en de wederpartij met een enkele bereidverklaring genoegen heeft genomen. Is wél zekerheid gesteld, dan is mogelijk dat die niet voldoende dekking biedt, bijvoorbeeld omdat de curator schade veroorzaakt die niet op de zekerheid kan worden verhaald. Hoewel ook een boedelvordering geen absolute zekerheid van betaling biedt, is de betaling van de vordering van de wederpartij dan in ieder geval in zekere mate gewaarborgd.

In de huidige faillissementspraktijk is geregeld sprake van de situatie dat de boedel niet voldoende actief bevat om alle boedelschulden te betalen. Doorgaans spreekt men dan van een negatieve boedel. In zijn arrest inzake De Ranitz q.q./ Ontvanger heeft de Hoge Raad geoordeeld dat indien sprake is van een negatieve boedel, het beschikbare actief tussen de boedelschuldeisers dient te worden verdeeld conform de rangregeling die op grond van art. 3:277 e.v. BW voor de faillissementsschuldeisers geldt.[353] De wet verbindt aan vorderingen uit wederkerige overeenkomsten in de regel geen voorrang, zodat als uitgangspunt geldt dat zij *concurrent* zijn. Betekent dit nu dat indien de wederpartij bij een door de curator op de voet van art. 37 Fw gestand gedane overeenkomst in geval van een negatieve boedel níet over (voldoende) zekerheid beschikt, zij – nadat zij zelf heeft gepresteerd – zich ter zake van de tegenprestatie niet integraal op de boedel zal kunnen verhalen?

Indien de boedel op het moment dat de curator de overeenkomst gestand deed nog *positief* was en pas in een later stadium negatief is geworden, luidt het antwoord mijns inziens zonder meer bevestigend. De wederpartij wordt in geval van gestanddoening reeds in vergaande mate beschermd door de verplichte zekerheidstelling van art. 37 lid 2 Fw. Naar mijn mening bestaat geen ruimte haar – ten detrimente van de overige boedelschuldeisers – additionele bescherming te bieden in gevallen waarin de gestelde zekerheid achteraf onvoldoende blijkt te zijn of zij geheel zonder zekerheid heeft gepresteerd.[354]

---

350 Vgl. Verstijlen 2006a, p. 105.

351 Dit is niet expliciet in de Faillissementswet geregeld, maar wordt algemeen aangenomen. Zie o.a. Van Nievelt 1907, p. 63-64; Verschoof 1992, p. 59; Van Galen 1996, p. 417; Van Hees 1997, p. 164; Boekraad 1997, p. 65; Verstijlen 2006a, p. 105. Anders: Völlmar 1961, p. 697, die schrijft dat 'de vordering op den curator daardoor *practisch* boedelschuld [wordt]. Tevens anders: Rb. Leeuwarden 14 mei 1925, *NJ* 1926, 950.

352 Vgl. Verstijlen 1998a, p. 166.

353 Zie HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 305, m.nt. PvS.

354 Vgl. Hof Amsterdam 26 mei 1910, *W.* 9091, waarin werd overwogen dat de verkoper die op de sommatie van de curator tot levering was ingegaan zonder enig voorbehoud en zonder zekerheidstelling te vorderen, zich niet later op het gemis aan zekerheidstelling kon beroepen.

Was de boedel echter reeds negatief op het moment dat de curator zich tot nakoming bereid verklaarde, dan liggen de kaarten mogelijk anders. In de praktijk worden vorderingen uit overeenkomsten die de curator *aangaat* in de regel bij voorrang voldaan, ook in geval van (wetenschap van) een negatieve boedel. Zou dit anders zijn, dan zouden vermoedelijk weinig partijen meer te vinden zijn die bereid zijn in de gegeven omstandigheden met de curator in zee te gaan, hetgeen de afwikkeling van een negatieve boedel ernstig zou bemoeilijken.[355] Verstijlen stelt dat deze voorkeursbehandeling kan worden gelegitimeerd op grond van een analogie met het 'gewone' faillissement. Zoals de boedelschulden er bij een 'gewoon' faillissement toe strekken de boedel te vereffenen ten behoeve van de faillissementsschuldeisers, strekken de boedelschulden die de curator aangaat ná het moment waarop het boedelfaillissement intreedt ertoe de boedel te vereffenen ten behoeve van de op dat moment reeds bestaande boedelschuldeisers.[356] De kosten die gepaard gaan met de nakoming van het door de curator aangegane contract zijn dan binnen het boedelfaillissement te beschouwen als kosten van executie en vereffening, die vanwege art. 3:277 lid 1 BW in samenhang met het arrest De Ranitz/Ontvanger q.q. als eerste dienen te worden betaald, alvorens betaling aan de overige boedelschuldeisers conform de tussen hen geldende rangorde kan plaatsvinden. De curator handhaaft hier dus de rangregeling, zodat hij mijns inziens dan niet alleen bevoegd, maar in beginsel ook *verplicht* is de wederpartij bij voorrang te voldoen.[357]

Moet hetzelfde worden aangenomen indien het niet gaat om een overeenkomst die de curator *aangaat*, maar om een door de schuldenaar – vóór dan wel ná datum faillissement – aangegane overeenkomst die de curator *gestand doet*? Het argument dat het anders praktisch ondoenlijk zou zijn om de negatieve boedel af te wikkelen, speelt hier geen rol; indien de curator de overeenkomst gestand doet, is ook de wederpartij tot nakoming gehouden.[358] Toch meen ik dat eenzelfde behandeling hier op zijn plaats is. Ook gestanddoening van een door de schuldenaar gesloten overeenkomst vindt plaats in het belang van de op dat moment reeds bestaande boedelschuldeisers, zodat in de rede ligt ook de hieraan verbonden kosten bij de afwikkeling van de negatieve boedel als kosten van executie en vereffening te beschouwen. De wederpartij kan deze kosten dus verhalen vóórdat de op het moment van het intreden van het boedelfaillissement

355 Zie Verstijlen 1998a, p. 179.
356 Zie Verstijlen 1998a, p. 180-182.
357 Een alternatieve grondslag wordt onder anderen verdedigd door Boekraad 1997, p. 217-218. Boekraad wijst op de in een reeks van arresten door de Hoge Raad aangenomen bevoegdheid van de curator om de rangorde tussen de faillissementsschuldeisers te doorbreken indien het belang van de boedel dat vergt, welke bevoegdheid hij doortrekt naar de situatie dat sprake is van een boedelfaillissement. In deze visie betaalt de curator de wederpartij dus buiten de rangregeling om, waartoe hij weliswaar *bevoegd* is, maar níet verplicht. In de regel zal de curator echter ook hier wel betalen, al was het maar omdat hij anders riskeert in privé voor het onvoldane gedeelte aansprakelijk te worden gehouden. Deze alternatieve grondslag was overigens ook door Verstijlen 1995, p. 95, noot 19, reeds gesuggereerd, maar ondeugdelijk bevonden. Zie ook Verstijlen 1998a, p. 181.
358 Dat is vanzelfsprekend níet zo indien de wederpartij aanspraak maakt op zekerheidstelling door de curator en de curator die zekerheid niet biedt; in dat geval verliest de curator ex art. 37 lid 1 Fw het recht om nakoming te vorderen. Het gaat hier om gevallen waarin de wederpartij die door de curator tot nakoming wordt aangesproken, geen of onvoldoende zekerheid verkrijgt en daarmee genoegen neemt, of de curator wanpresteert en schade veroorzaakt die niet op de gestelde zekerheid kan worden verhaald.

reeds bestaande boedelschuldeisers aan de beurt zijn,[359] ook indien zij geen zekerheid voor nakoming heeft verkregen.[360]

Blijkens art. 37 lid 1 Fw doet de curator de *overeenkomst* als zodanig gestand.[361] Hieruit volgt dat *alle* contractuele verplichtingen van de schuldenaar boedelschuld worden, dus zowel de verplichtingen die ná de bereidverklaring van de curator ontstaan als alle op dat moment reeds bestaande verplichtingen, ook voor zover zij dateren van vóór de faillietverklaring.[362] Deze vaststelling is met name van belang voor *duurovereenkomsten*, die – zoals in § 4.4.2.4 aan de orde kwam – niet verplichten tot eenmalige of voorbijgaande prestaties, maar juist tot opeenvolgende of voortdurende prestaties.[363] Ter illustratie geef ik een voorbeeld.

Men neme het faillissement van een supermarkt. De curator die gedurende enige tijd doordraait, komt voor de vraag te staan of hij het distributiecontract met de groothandel gestand moet doen. Duidelijk is dat het zonder de groothandel niet mogelijk is de activiteiten voort te zetten. Op datum faillissement is sprake van een betalingsachterstand. Zou de curator zich bereid verklaren de overeenkomst gestand te doen, dan krijgt de betreffende leverancier ter zake van die concurrente faillissementsschuld de positie van boedelschuldeiser. Daar komt bij dat de curator het risico loopt dat hij – indien er geen overnamekandidaat wordt gevonden die tevens bereid is het contract met de groothandel over te nemen of juist de groothandel niet aan een contractsoverneming wil meewerken – de boedel met een nog zwaardere schuldenlast opzadelt, doordat de boedel ook voor de toekomst aan de overeenkomst is gebonden. Is het contract aangegaan voor onbepaalde tijd, dan kan de schade in dat geval nog slechts door opzegging – met inachtneming

359 Vgl. Van Aalst 1996, p. 147, die met betrekking tot een overeenkomst tot levering van energie betoogt dat zolang de curator de overeenkomst niet beëindigt, althans niet aan een voortijdige beëindiging meewerkt, de verplichtingen ter zake van na datum faillissement geleverde energie steeds als kosten van executie dienen te worden beschouwd die in geval van een boedelfaillissement bij voorrang moeten worden betaald, zonder daarbij echter een onderscheid te maken tussen kosten die vóór en kosten die ná het intreden van het boedelfaillissement worden gemaakt.

360 Dat de curator tot zekerheidstelling ex art. 37 lid 2 Fw bevoegd is op een moment dat de boedel negatief is, staat mijns inziens buiten kijf. Die zekerheid wordt juist met het oog op die situatie gesteld. Is de boedel positief, dan heeft de wederpartij aan een boedelvordering voldoende. Vgl. G.A.J. Boekraad, noot onder Rb. Rotterdam 22 april 1999, *JOR* 1999, 211, onder 4.

361 Zie ook art. 37 lid 2 Fw, waarin is bepaald dat indien de curator zich tot *nakoming van de overeenkomst* bereid verklaart, hij verplicht is voor die nakoming zekerheid te stellen.

362 Zie Van Hees 1997, p. 164; Verstijlen 2006a, p. 105. Vgl. de MvT bij art. 37 (oud) Fw, Van der Feltz I, p. 409, waar wordt gesteld dat de wederpartij niet zal hoeven te presteren zolang de curator zich niet bereid verklaart 'de verplichtingen des gefailleerden *ten volle* te vervullen'. Vgl. tevens Hof Amsterdam 28 april 1916, *NJ* 1916, p. 1063, waarin het hof overweegt dat de woorden 'gestand doen' betekenen '*volledig nakomen* van de overeenkomst door den curator'. Nederland staat hierin overigens niet alleen; vergelijkbare regelingen gelden bijvoorbeeld in Italië en Spanje. Zie respectievelijk McBryde e.a. 2003, p. 425 en p. 614.

363 De vaststelling dat de op datum faillissement reeds bestaande aanspraken in geval van gestanddoening tot boedelschuld worden gepromoveerd, is tevens van belang voor contracten die de wederpartij weliswaar verplichten tot een ondeelbare prestatie, maar waarbij de daartegenover staande betalingsplicht van de schuldenaar in termijnen is opgedeeld, zoals bijvoorbeeld bij overeenkomsten van aanneming van werk veelal het geval is. Zie voor een voorbeeld: Hof Den Haag 25 november 2008, *JOR* 2009, 89, m.nt. E. Loesberg. Een voorbeeld van een ander contract waarbij dit speelt, komt aan de orde in § 4.6.1.2 hierna.

van een redelijke termijn – worden beperkt.[364] Heeft de groothandel recht op een vergoeding wegens de voortijdige beëindiging, dan vormt deze vergoeding integraal boedelschuld.[365] Is sprake van een contract voor bepaalde tijd, dan is opzegging in beginsel niet mogelijk, zodat de boedel dan gebonden blijft zolang de looptijd niet is verstreken en het faillissement voortduurt. Schiet de curator in de nakoming tekort, dan vormen de uit die wanprestatie en de eventueel daarop volgende ontbinding voortvloeiende aanspraken van de groothandel eveneens boedelschulden.

Uit dit voorbeeld komt naar voren dat aan de gestanddoening van een *duurovereenkomst* conform de in art. 37 Fw gestelde vereisten vergaande consequenties verbonden zijn. Het feit dat de boedel dient in te staan voor nakoming van de *gehele* overeenkomst – en daarvoor ingevolge art. 37 lid 2 Fw tevens zekerheid dient te worden gesteld – betekent voor de curator in de praktijk een zware last, waaraan hij in veel gevallen niet kan voldoen. Vaak zal de curator om die reden proberen te bedingen dat de wederpartij instemt met de verificatie van haar op datum faillissement reeds bestaande vorderingen.[366] Daarnaast zal de curator willen afspreken dat de boedel slechts aan het contract zal zijn gebonden zolang hij belang heeft bij de door de wederpartij te verrichten prestaties. Houdt de wederpartij echter vast aan haar recht op integrale nakoming, dan zal de curator veelal noodgedwongen van de verdere uitvoering van de overeenkomst afzien, waardoor een eventuele doorstart in gevaar komt of anderszins waarde voor de boedel verloren gaat.

De vraag rijst of de regeling van art. 37 Fw op dit punt niet aan heroverweging toe is. Tegen deze achtergrond neem ik in de volgende paragraaf de consequenties van een bereidverklaring conform art. 37 Fw voor de aanspraken die de wederpartij reeds in de periode vóór de faillietverklaring heeft opgebouwd, nader onder de loep. In § 4.6.1.3 besteed ik aandacht aan de consequenties voor de periode daarna.

Surseance van betaling

Indien de schuldenaar en de bewindvoerder zich tijdens de surseance van betaling tot nakoming van een overeenkomst bereid verklaren, krijgen alle daaruit voortvloeiende verplichtingen eveneens de status van boedelschuld.[367] Wordt

364 Knijp 1998, p. 46, stelt dat in de literatuur wordt aangenomen dat de redelijke opzegtermijn die als regel bij duurovereenkomsten in acht moet worden genomen, bij faillissement van één van de partijen níet geldt dan wel aanmerkelijk wordt verkort. Niet duidelijk is echter, althans mij niet, welke literatuur hij hier op het oog heeft. Knijp verwijst slechts naar Strijbos 1985, par. 5.2, welke verwijzing echter niet adequaat is, nu daar alleen wordt gewezen op de bijzondere opzeggingsbevoegdheden die zijn neergelegd in de artikelen 39 en 40 Fw. Niet uitgesloten is overigens dat ook ingeval de opzegtermijn op zichzelf als redelijk kan worden aangemerkt, de eisen van de redelijkheid en billijkheid de curator in een voorkomend geval schadeplichtig maken. Vgl. HR 21 juni 1991, *NJ* 1991, 742, m.nt. PAS (*Mattel/Borka*).

365 Aanspraken die de wederpartij naar aanleiding van een opzegging door de curator verkrijgt, vormen overigens eveneens boedelschuld indien de curator de overeenkomst níet eerst gestand heeft gedaan. In een dergelijk geval heeft de curator echter in de regel geen belang bij opzegging van het contract. Zie hierover nader § 4.7.4.2.2.

366 Vgl. ten aanzien van de surseance Leuftink 1995, p. 162. In Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2483 wordt gesteld dat de curator zijn bereidverklaring tot gestanddoening in de praktijk zal laten afhangen van de vraag of de wederpartij ten dele bereid is *afstand* van haar vordering te doen. Mijns inziens gaat dat te ver. Ik zie geen reden om de wederpartij voor wat betreft haar op datum faillissement reeds bestaande aanspraken anders te behandelen dan de crediteuren die op het verificatieproces zijn aangewezen.

367 Zie Leuftink 1995, p. 161-162.

de surseance op enig moment omgezet in een faillissement, dan volgt uit de strekking van art. 249 Fw dat zij die status binnen faillissement behouden.[368]

4.6.1.2 De periode vóór datum faillissement

Indien de curator een vóór datum faillissement gesloten (duur)overeenkomst gestand doet, krijgen ook de voor die datum ontstane contractuele schulden de status van boedelschuld. Van Hees lijkt deze promotie tot boedelschuld te onderschrijven. Hij stelt dat 'van de wederpartij niet [kan] worden verlangd dat zij volledig aan de overeenkomst voldoet, terwijl dit aan de zijde van de failliet onzeker blijft'.[369] Een nadere onderbouwing geeft hij niet. Het lijkt erop dat de redenering van Van Hees is ingegeven door het bijzondere karakter van de wederkerige overeenkomst, waarbij partijen zich tot een bepaalde prestatie verbinden ter verkrijging van de prestatie van de ander. Verkrijgen zij die door de ander toegezegde prestatie slechts ten dele, dan kan niet van hen worden gevergd dat zij de daartegenover staande prestatie wél volledig verrichten, zo is dan kennelijk de gedachte. Ik ben niet overtuigd. Verreweg de meeste schuldeisers zullen hun vorderingsrecht ontlenen aan een wederkerige overeenkomst, terwijl zij géén aanspraak kunnen maken op integrale voldoening, bijvoorbeeld doordat zij op datum faillissement al geheel aan hun verplichtingen hebben voldaan of de curator om andere reden niet bereid is het contract gestand te doen.[370]

Het feit dat de curator die een overeenkomst verder wil uitvoeren verplicht is om eerst de reeds bestaande achterstanden ten laste van de boedel in te lopen, heeft niet alleen potentieel negatieve consequenties voor de mogelijkheden van de curator om de onderneming voort te zetten of anderszins waarde voor de boedel te realiseren. De promotie van bestaande schulden tot boedelschuld betekent een fundamentele breuk met het systeem van de Faillissementswet, waarbinnen op vorderingen die op datum faillissement reeds bestaan slechts wordt uitbetaald na verificatie en in overeenstemming met de op die datum geldende rangorde.[371] Het enkele feit dat van de wederpartij wordt gevraagd om de met de schuldenaar gesloten overeenkomst na datum faillissement voort te zetten, vormt hiervoor onvoldoende rechtvaardiging. Andere bezwaren tegen de toekenning van de status van boedelschuld aan de hier bedoelde categorie schulden zijn dat zij hierdoor niet door de faillissementscrediteuren kunnen worden betwist en niet worden gesaneerd in geval van de totstandkoming van een akkoord of in het kader van de verlening van een 'schone lei'.

Het Amerikaanse recht is op dit punt praktisch gelijk aan het Nederlandse. § 365(b)(1)(A) BC bepaalt dat '[i]f there has been a default in an executory contract or unexpired lease of the debtor, the trustee may not assume such contract

368 Vgl. HR 27 mei 1988, *NJ* 1988, 964, m.nt. G (*AMRO/Den Hollander q.q.*), r.o. 3.3.
369 Zie Van Hees 1997, p. 164-165.
370 Hier komt bij dat ook andere rechtsbetrekkingen die verplichten tot het wederzijds verrichten van prestaties, maar waarbij de over en weer verschuldigde prestaties niet zijn uitgeruild, vallen onder het toepassingsgebied van art. 37 Fw; zie § 4.4.2.2.
371 Vgl. S.C.J.J. Kortmann, noot onder Hof Arnhem 8 april 1997, *JOR* 1997, 61; Verstijlen 2006a, p. 105 onder verwijzing naar p. 104; Van Zanten 2008a, p. 60; Van Zanten 2009, p. 94. Zie ook § 2.3.

or lease unless, at the time of assumption of such contract or lease, the trustee *cures, or provides adequate assurance that the trustee will promptly cure, such default* […]'. Daarbij is hij bovendien op grond van § 365(b)(1)(B) BC gehouden tot vergoeding van of zekerheidstelling voor 'actual pecuniary loss to such party resulting from such default'. De *trustee* die aanstuurt op nakoming, dient reeds bestaande schulden dus te betalen of voor betaling daarvan adequate zekerheid te verschaffen.

Beter is naar mijn mening de wijze waarop in België met de onderhavige problematiek wordt omgegaan. Besluit de curator tot de verdere uitvoering van de overeenkomst, dan geldt op grond van art. 46 § 1 lid 3 Faill.W. dat 'de medecontractant recht [heeft], ten laste van de boedel, op de uitvoering van de verbintenis in zoverre zij betrekking heeft op prestaties geleverd na het faillissement.' Alleen prestaties die de wederpartij ná de intrede van het faillissement heeft verricht, worden dus met een boedelschuld beloond. Dit geldt ook voor prestaties die worden verricht ná faillissement, maar vóórdat de curator tot gestanddoening besluit.[372] Naar ik meen, is dit terecht. Wanneer de curator zich tot gestanddoening bereid verklaart, geeft hij daarmee aan prijs te stellen op de prestaties van de wederpartij. Het is dan gerechtvaardigd dat *alle* prestaties die zij ten behoeve van de boedel heeft verricht, als boedelschuld worden betaald. Ter zake van de tegenprestatie voor prestaties die de wederpartij reeds vóór de intrede van het faillissement heeft verricht, dient aangifte te worden gedaan in het faillissement.[373] Aldus worden volgens het hof van beroep te Brussel 'het beginsel van de gelijke behandeling van schuldeisers en het belang van de boedel [gerespecteerd]'.[374]

Men zij erop bedacht dat voor de vraag of een aan de wederpartij toekomende aanspraak in geval van gestanddoening van het contract als faillissementsschuld of als boedelschuld heeft te gelden, onder de regeling van art. 46 § 1 lid 3 Faill.W. niet zozeer van belang is op welk moment zij die aanspraak heeft verkregen, als wel op welk moment zij de daartegenover staande prestatie heeft verricht. Heeft zij ná datum faillissement gepresteerd, dan vormt de tegenprestatie een boedelschuld, ongeacht op welk moment de wederpartij recht op die tegenprestatie verkreeg. In de regel zal dat moment ook wel ná de faillietverklaring liggen, maar niet steeds. Stel dat sprake is van een koopcontract met betrekking tot een vrachtwagen, op grond waarvan de helft van de koopsom ad € 50.000 op 1 februari moet worden aanbetaald en het restant op het moment van aflevering op 1 april. Op 1 maart gaat de koper failliet. Op dat moment heeft hij de reeds verschuldigde aanbetaling ad € 25.000 nog niet verricht. De curator die de overeenkomst gestand doet, kan nu niet zeggen dat de vrachtwagen tegen betaling

372 Zie o.a. Geinger e.a. 1996, p. 1105-1106; Leunen 1998, p. 498-499. Vgl. De Wilde 2005, p. 197-199. Wanneer de curator besluit de overeenkomst níet verder uit te voeren, dient de curator wél het eventueel door de boedel genoten voordeel aan de wederpartij te vergoeden; zie De Wilde 2005, p. 198. Vgl. art. 24 Fw.

373 Zie art. 62 e.v. Faill.W. De in art. 46 § 1 lid 3 Faill.W. aangebrachte scheiding tussen de periode vóór en ná faillissement heeft blijkens de parlementaire geschiedenis tot weinig discussie geleid. De verklaring daarvoor lijkt te zijn dat de bepaling slechts is getoetst aan de in de jurisprudentie van het Hof van Cassatie ontwikkelde boedelschuldcriteria en dat aan de contractuele dimensie niet of nauwelijks aandacht is besteed. Zie bijvoorbeeld *Parl. St.* Kamer, nr. 631/13, p. 273.

374 Kenbaar uit Cass. 16 januari 2009, *NjW* 2009, 448 (*Sabena*).

van slechts € 25.000 dient te worden geleverd, omdat de vordering van de wederpartij ter zake van de bij wijze van aanbetaling verschuldigde € 25.000 op datum faillissement al bestond en om die reden ter verificatie moet worden ingediend. Dit is mijns inziens terecht. Het is niet aanvaardbaar dat de wederpartij in geval van gestanddoening zou moeten presteren tegen de ontvangst van slechts een deel van de tegenprestatie en daardoor als gevolg van het faillissement in een slechtere positie zou komen te verkeren. Voor iedere prestatie die de wederpartij op instigatie van de curator verricht, dient zij uit de boedel te worden betaald.[375]

Nauw verwant met de hier aan de orde zijnde problematiek is de vraag naar de mogelijkheden die de wederpartij heeft om zich na gestanddoening te beroepen op een opschortings- of beëindigingsrecht. Zolang zij haar faillissementsvordering niet betaald krijgt, zal de wederpartij in de regel haar verplichtingen kunnen (blijven) opschorten. Daarnaast zal zij veelal bevoegd zijn de overeenkomst te ontbinden. Zou de wederpartij niet tegelijkertijd in haar mogelijkheden tot opschorting en beëindiging worden beperkt, dan loopt de curator in een voorkomend geval het risico ofwel alsnog haar openstaande vorderingen – in strijd met de rangregeling – te moeten voldoen, ofwel alsnog af te moeten zien van de verdere uitvoering van de overeenkomst, met alle schadelijke gevolgen van dien.

Van Hees ziet hierin een extra argument om in geval van gestanddoening tevens aan bestaande schulden de kwalificatie van boedelschuld te verlenen.[376] Ik zie dat anders. Naar mijn mening gaat het te ver om louter vanwege het *risico* dat de wederpartij aan de voortzetting van de overeenkomst de voorwaarde verbindt dat tevens alle oude schulden worden betaald, maar op voorhand te bepalen dat die schulden in geval van gestanddoening als boedelschuld hebben te gelden, nog daargelaten dat de toekenning van de status van boedelschuld geen garantie biedt dat de wederpartij haar prestaties niet zal opschorten of tot ontbinding zal overgaan.[377] Een regeling op grond waarvan aanspraken die de wederpartij heeft verkregen in verband met prestaties die zij vóór datum faillissement heeft verricht, hun oorspronkelijke status van faillissementsschuld behouden, past beter in het systeem van de Faillissementswet en verbetert de (onderhandelings)positie van de curator. Bovendien biedt zij – zoals in § 4.6.1.3 aan de orde komt – meer mogelijkheden om op evenwichtige wijze om te gaan met de aanspraken die de wederpartij verkrijgt indien de voortgezette overeenkomst in een later stadium alsnog wordt beëindigd. Ook in België heeft de wederpartij – ondanks het

375 Het Duitse recht is op dit punt praktisch gelijk aan het Belgische. Indien de *Insolvenzverwalter* op basis van § 103 InsO besluit een overeenkomst gestand te doen, geldt als hoofdregel dat *alle* uit de overeenkomst voortvloeiende aanspraken van de wederpartij kwalificeren als *Masseschulden* (*i.e.* boedelschulden); zie § 55 Abs 1 Nr 2 InsO. In § 105 InsO wordt hierop evenwel een belangrijke uitzondering gemaakt voor zogenaamde *Teilbare Leistungen.* Indien de prestaties van de wederpartij *deelbaar* zijn en de wederpartij tot aan de opening van het *Insolvenzverfahren* (ten dele) aan haar verplichtingen heeft voldaan, is zij ook ingeval de *Insolvenzverwalter* voortzetting van de overeenkomst verlangt, ter zake van haar met die vóór faillissement verrichte prestaties corresponderende vordering *Insolvenzgläubiger* (*i.e.* faillissementsschuldeiser). Hoewel de wetgever met § 105 InsO in het bijzonder het oog had op overeenkomsten die verplichten tot 'die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie', vallen in beginsel *alle* overeenkomsten die verplichten tot deelbare prestaties onder § 105 InsO. Zie Marotzke 2006, p. 557.

376 Zie Van Hees 1997, p. 165. Zie voorts het commentaar van de Adviescommissie Insolventierecht van de Nederlandse Orde van Advocaten op het voorontwerp Insolventiewet, p. 25. Dit commentaar is op te vragen via de Nederlandse Orde van Advocaten (www.advocatenorde.nl).

377 Ook de verplichte zekerheidstelling van art. 37 lid 2 Fw biedt niet steeds soelaas; zie § 4.6.2.7.

bepaalde in art. 46 § 1 lid 3 Faill.W. – de mogelijkheid om met een beroep op de *exceptio non adimpleti contractus* haar bereidheid tot verdere uitvoering van de overeenkomst afhankelijk te maken van de betaling van 'oude' schulden.[378] Zou men willen voorkomen dat zij een beroep doet op één van de hiervoor genoemde bevoegdheden en zo afbreuk doet aan het keuzerecht van de curator, dan dient de oplossing te worden gezocht in een beperking van die bevoegdheden.[379]

Naar Nederlands recht heeft een bereidverklaring van de curator niet slechts tot gevolg dat de vorderingen die de wederpartij ontleent aan prestaties die zij vóór datum faillissement heeft verricht, de status van boedelschuld krijgen. Op grond van art. 37 lid 2 Fw zal de curator in dat geval tevens voor de voldoening van die vorderingen zekerheid moeten stellen.[380] De wederpartij verkrijgt daardoor ter zake van die vorderingen – ongeacht hun status – een ijzersterke verhaalspositie, vergelijkbaar met die van een separatist.[381] Invoering van een regeling zoals het Belgische art. 46 § 1 lid 3 Faill.W. zou dan ook alleen zinvol zijn indien tegelijkertijd de verplichting tot zekerheidstelling voor de voldoening van de hier bedoelde schulden zou worden geschrapt. Ik zou daarvan een voorstander zijn.[382]

Het voorontwerp Insolventiewet

De consequenties die art. 37 Fw aan een bereidverklaring van de curator verbindt, worden in het voorontwerp Insolventiewet ten dele gehandhaafd. Art. 5.1.1 lid 2 sub b bestempelt vorderingen uit wederkerige overeenkomsten die de bewindvoerder heeft verklaard gestand te doen tot boedelvordering, ongeacht of zij de tegenprestatie vormen voor prestaties die vóór of ná de insolventverklaring zijn verricht. Tot het stellen van zekerheid is de curator nog slechts gehouden indien de rechter-commissaris dit op verzoek van de wederpartij bepaalt.[383] In dat geval dient wél voor nakoming van de *gehele* overeenkomst zekerheid te worden gesteld, dus ook voor de voldoening van prestaties die de wederpartij vóór de insolventverklaring heeft verricht. De opschortings- en beëindigingsrechten van de wederpartij in verband met de niet-nakoming van vóór de insolventverklaring ontstane verbintenissen worden gedurende de afkoelingsperiode aan banden worden gelegd.[384] Dat is een belangrijke innovatie, indien althans tevens uitdrukkelijk zou worden bepaald dat de wederpartij de bewindvoerder gedurende de afkoelingsperiode niet om gestanddoening kan vragen.

---

378 Zie Cass. 28 januari 2005, *R.W.* 2006-07, 476. Zie voorts De Wilde 2005, p. 192; Dirix 2010a, p. 155.
379 Zie over deze problematiek hoofdstuk 7.
380 Zie nader § 4.6.2.
381 Ten onrechte stelt Huizink 2009, p. 71, dat '[d]e verplichting tot zekerheidstelling in het tweede lid van art. 37 en art. 236 F tot gevolg [heeft] dat de vordering van de wederpartij die, had hij zijn verbintenis gewoon uitgevoerd, ter verificatie had moeten worden aangemeld, de status van *boedelschuld* krijgt'. In dezelfde (onjuiste) zin: Slaski 2009, p. 113. De vordering van de wederpartij ontleent de status van boedelschuld niet aan de zekerheidstelling, maar aan de bereidverklaring van de curator. Ook wanneer na gestanddoening géén zekerheid wordt gesteld, behoeft de wederpartij haar vordering dus niet ter verificatie in te dienen, maar kan zij die – zo nodig met behulp van executiemaatregelen – op de boedel verhalen.
382 Zie § 4.6.2.9.
383 Zie art. 3.4.1 lid 2 voorontwerp Insolventiewet.
384 Zie art. 3.4.2 voorontwerp Insolventiewet, waarover § 7.6.

4.6.1.3 De periode ná datum faillissement

Indien de curator een door de schuldenaar gesloten duurovereenkomst gestand doet, bindt hij de boedel niet alleen voor het verleden, maar ook voor de toekomst. Dit betekent dat zolang het contract loopt en de wederpartij haar verplichtingen nakomt, ook de curator zal moeten nakomen. Wil hij op enig moment alsnog van de overeenkomst af, dan gelden dezelfde regels als buiten faillissement. Is de overeenkomst voor bepaalde tijd aangegaan en is niet voorzien in de mogelijkheid van tussentijdse opzegging, dan is een voortijdige beëindiging in beginsel niet mogelijk,[385] zodat de boedelvordering van de wederpartij dan blijft oplopen zolang de looptijd niet is verstreken (en het faillissement voortduurt). Is sprake van een contract voor onbepaalde tijd, dan kan zij in beginsel met inachtneming van een redelijke termijn worden opgezegd.[386] Gedurende de opzegtermijn loopt het contract evenwel door en blijft de boedel gebonden. Kan de wederpartij aanspraak maken op een beëindigingsvergoeding, dan vormt deze boedelschuld.[387] Zegt de curator níet op, maar staakt hij de uitvoering van het contract, dan kan de wederpartij de aanspraken die zij aan die wanprestatie ontleent tevens als boedelschuld verhalen. Die boedelschuld kan hoog oplopen. Bepaald niet ongebruikelijk is dat in geval van ontbinding alle nog resterende termijnbetalingen tot het einde van de oorspronkelijke looptijd van het contract bij wijze van schadevergoeding dienen te worden voldaan.

Welbeschouwd heeft de gestanddoening van een duurovereenkomst ook voor de toekomst vergaande consequenties, die zich doen gevoelen indien de curator op enig moment tot de conclusie komt dat hij geen belang meer heeft bij de prestaties van de wederpartij of niet langer in staat is de overeenkomst na te komen. Is dit terecht? Enerzijds kan men zeggen dat ingeval de curator een duurovereenkomst gestand doet, de wederpartij ervan uit mag gaan dat zij in ieder geval vanaf datum faillissement geheel wordt uitgevoerd. Een bereidverklaring van de curator zou ten aanzien van een dergelijke overeenkomst – waarbij het duurkarakter een wezenlijk onderdeel vormt van de over en weer bedongen prestaties – immers weinig om het lijf hebben indien hij de mogelijkheid zou hebben de voortgezette overeenkomst op ieder gewenst moment alsnog te beëindigen. Anderzijds kan de vraag worden gesteld of het enkele feit dat de curator de overeenkomst tijdelijk heeft gecontinueerd voldoende rechtvaardiging oplevert om ook – ten detrimente van de schuldeisers – aan alle aanspraken die de wederpartij in geval van *niet-nakoming* c.q. *beëindiging* verkrijgt de status van boedelschuld te verlenen. Zonder tijdelijke voortzetting hadden deze aanspraken immers slechts ter verificatie kunnen worden ingediend, terwijl de prestaties die de wederpartij gedurende die voortzetting verricht – en waarvan de schuldeisers profiteren – uit de boedel worden betaald.

---

385 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 408, met verwijzingen.
386 Zie HR 28 oktober 2011, *LJN*: BQ9854 (*Gemeente/SNU en Stedin*).
387 Dit is eveneens het geval indien de curator de overeenkomst niet eerst gestand heeft gedaan, maar in een dergelijk geval heeft hij bij opzegging in de regel geen belang, omdat de daaruit voortvloeiende aanspraken dan niet binnen het faillissement kunnen worden verhaald; zie § 4.7.4.2.2.

In België heeft lange tijd een discussie gewoed over de vraag wat de status is van de beëindigingsvergoeding ('verbrekingsvergoeding') waarop een werknemer aanspraak heeft indien de curator de arbeidsovereenkomst in het kader van een tijdelijke voortzetting van de onderneming gestand doet, om deze enige tijd later alsnog te beëindigen.[388] Onder het oude recht leek deze discussie te zijn beslecht door een arrest van het Hof van Cassatie van 2 mei 1997, waarin het Hof oordeelde dat de schulden die voortvloeien uit door de curator voortgezette arbeidsovereenkomsten boedelschulden zijn en dat hetzelfde geldt voor de schulden die uit de opzegging van die overeenkomsten ontstaan.[389] De meest veilige route leek dan ook te zijn om de arbeidsovereenkomsten steeds te beëindigen en aansluitend de voor de voortzetting benodigde werknemers een nieuw contract voor bepaalde tijd aan te bieden. Dit maakte de curator echter enigszins kwetsbaar, omdat hij hiermee van de instemming van de desbetreffende werknemers afhankelijk werd.[390]

Na de invoering van de huidige Faillissementwet op 1 januari 1998 is de discussie wederom opgelaaid, mede naar aanleiding van het in de vorige paragraaf besproken art. 46 § 1 lid 3 Faill.W, waarin is bepaald dat de wederpartij in geval van gestanddoening 'recht [heeft], ten laste van de boedel, op de uitvoering van de verbintenis *in zoverre zij betrekking heeft op prestaties geleverd na het faillissement.*' In dit kader werden ten minste drie verschillende stellingen verdedigd. De curatoren Van Buggenhout en Van de Mierop hebben zich op het standpunt gesteld dat het belang van de boedel vereist dat beëindigingsvergoedingen steeds schulden *in* de boedel (*i.e.* faillissementsschulden) zijn.[391] Zij wijzen er daarbij op dat de beëindiging van een tijdelijk voortgezette overeenkomst nu eenmaal inherent is aan het faillissement.[392] Vanuit sociaalrechtelijke hoek werd daarentegen – in lijn met de door het Hof van Cassatie onder de oude Faillissementswet ingezette koers – verdedigd dat de vergoeding die verschuldigd is bij de beëindiging van een arbeidsovereenkomst integraal schuld *van* de boedel (*i.e.* boedelschuld) vormt, omdat het recht op vergoeding pas ontstaat op het moment dat de overeenkomst wordt opgezegd.[393] Een middenkoers werd gevaren door Zenner,[394] die daarin werd bijgevallen door Dirix.[395] Het feit dat in art. 46 § 1 lid 3 Faill.W. een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen de periode vóór en ná faillissement impliceert volgens hen dat een *pro rata* toedeling over beide periodes dient plaats te vinden.

In een arrest van 16 januari 2009 heeft het Hof van Cassatie aan de hiervoor geschetste discussie een einde gemaakt.[396] Het betrof een geschil tussen de

388 Zie in dit verband Zenner & Verougstraete 2004, p. 517-523; De Wilde 2005, p. 234-241; Crivits & Persyn 2009, p. 431-432.
389 Zie Cass. 2 mei 1997, *R.W.* 1997-98, 503, waarover Dirix 2003, p. 210; De Wilde 2005, p. 237-238.
390 Zie Crivits & Persyn 2009, p. 430 en p. 432.
391 Zie Van Buggenhout & Van de Mierop 2005, p. 255. Vgl. R. Parijs, 'De arbeidsrechtelijke gevolgen van het faillissement en het gerechtelijk akkoord', in: Gerechtelijk Akkoord & Faillissement, V.A.20, p. 11.
392 Vgl. Kh. Turnhout 18 april 1995, *R.W.* 1996-97, 160.
393 Zie J. Meerts, 'Boedelschulden', in: Gerechtelijk Akkoord & Faillissement, II.H.30, p. 41 en 42; Van Hoogenbemt 2006, p. 678.
394 Zie Zenner 1998, p. 475-476. Zie ook Zenner & Verougstraete 2004, p. 522-523.
395 Zie Dirix 2003, p. 210.
396 Zie Cass. 16 januari 2009, *NjW* 2009, 448.

curatoren in het faillissement van vliegtuigmaatschappij Sabena en een oud-werknemer. Op 7 november 2001 is Sabena in staat van faillissement verklaard.[397] In het kader van de voortzetting van de handelsactiviteit is de arbeidsovereenkomst met de betrokken werknemer tijdelijk voortgezet. Twee weken later werd het arbeidscontract echter alsnog beëindigd, als gevolg waarvan de werknemer recht kreeg op een beëindigingsvergoeding van € 57.158,48. De werknemer stelde zich op het standpunt dat het gehele bedrag kwalificeerde als *boedelschuld*, terwijl volgens de curatoren sprake was van een *faillissementsschuld.* Het Hof van Cassatie opteert – in navolging van het hof van beroep te Brussel – voor de gulden middenweg, namelijk een *pro rata* omslag over de periode vóór en ná faillissement, gerelateerd aan de duur van elk van deze periodes. Voor de werknemer in kwestie pakte dit bijzonder ongunstig uit, aangezien sprake was van een totale tewerkstellingsduur van 1130 dagen, waarvan slechts 15 dagen betrekking hadden op de periode ná de intrede van het faillissement. Dit betekende dat een bedrag van € 760,21 werd aangemerkt als schuld *van* de boedel, terwijl het leeuwendeel van de vordering alleen door indiening in het faillissement geldend kon worden gemaakt.

In de literatuur lijkt deze beslissing van het Hof van Cassatie inmiddels als algemene regel te worden aanvaard, die niet alleen geldt ten aanzien van arbeidsovereenkomsten, maar ook voor *andere* duurovereenkomsten die door de curator tijdelijk worden gecontinueerd.[398] Ook de wetgever heeft de *pro rata* toedeling inmiddels omarmd. In art. 37 lid 2 van de op 1 april 2009 in werking getreden Wet Continuïteit Ondernemingen is ten aanzien van lopende overeenkomsten die na de ingang van de procedure tot gerechtelijke reorganisatie worden voortgezet, bepaald dat 'de contractuele, wettelijke of gerechtelijke vergoedingen, waarvan de schuldeiser de betaling eist op grond van de beëindiging of niet-uitvoering van de overeenkomst, pro rata [worden] opgedeeld in verhouding tot het verband dat zij vertonen met de aan het openen van de procedure voorafgaande of erop volgende periode'. Deze regeling geldt dus niet alleen ten aanzien van eventuele vergoedingen die verschuldigd zijn ingeval een tijdelijk voortgezette duurovereenkomst wordt *beëindigd*, maar ook met betrekking tot de aanspraken die de wederpartij aan een *niet-nakoming* van die overeenkomst ontleent.

In de vorige paragraaf heb ik verdedigd dat naar Nederlands recht – in navolging van het Belgische art. 46 § 1 lid 3 Faill.W. – zou moeten worden bepaald dat ingeval de curator een (duur)overeenkomst gestand doet, alleen haar aanspraken ter zake van prestaties die zij ná datum faillissement heeft verricht de status van boedelschuld dienen te krijgen. Moeten wij tevens toe naar een regeling als opgenomen in art. 37 lid 2 WCO? Bij arbeidsovereenkomsten is de omvang van de vergoeding waarop de werknemer in het kader van een beëindiging aanspraak kan maken in de regel mede gerelateerd aan het aantal dienstjaren. Goed verdedigbaar is dan dat die vergoeding – zoals het Belgische Hof van

397 Het faillissement van Sabena wordt beschouwd als de grootste deconfiture die zich tot op heden in België heeft voorgedaan.

398 Zie Crivits & Persyn 2009, p. 436. Zie voorts Dirix & Jansen 2010, p. 192, die stellen dat de regeling van art. 37 lid 2 WCO – waarover hierna meer – overeenstemt met wat thans wordt aangenomen bij faillissement.

Cassatie in het faillissement van Sabena doet – wordt gesplitst in een deel dat is opgebouwd vóór datum faillissement en een deel dat is opgebouwd daarna; het eerste deel vertegenwoordigt dan een faillissementsschuld, het tweede een boedelschuld.[399] In een systeem waarin een bereidverklaring van de curator alleen binding voor de toekomst meebrengt, doet een dergelijke oplossing naar mijn mening recht aan zowel het belang van de gezamenlijke schuldeisers als dat van de wederpartij.

Van een tijdsevenredige opbouw is echter lang niet altijd sprake. Niet zelden beloopt de overeengekomen beëindigingsvergoeding een gefixeerd bedrag en heeft zij het karakter van een boetebeding dat de wederpartij ervan moet weerhouden de overeenkomst te beëindigen.[400] In een dergelijk geval is minder evident wat de rechtvaardiging is voor een *pro rata* toedeling die is gerelateerd aan de duur van de periode vóór en ná de opening van de procedure. Ten aanzien van de vergoeding die verschuldigd is wegens de *niet-uitvoering* van de overeenkomst geldt naar mijn mening hetzelfde. Tussen de schade die de wederpartij lijdt indien de curator wanpresteert en de looptijd van het contract vóór en ná faillissement bestaat veelal geen enkel verband. Bovendien is de omvang van de schade niet zelden afhankelijk van externe omstandigheden – zoals de marktprijs – op het moment waarop de schade wordt geleden. Voor een *pro rata* omslag van die schade over de periode vóór en ná faillissement lijkt dan geen grond te bestaan. Art. 37 lid 2 WCO laat evenwel voldoende ruimte om in de hier bedoelde gevallen te komen tot een andere verdeling, nu daarin wordt gerept van een opdeling van de desbetreffende vergoedingen in verhouding tot *het verband dat zij vertonen* met de aan het openen van de procedure voorafgaande of erop volgende periode. Is er met één van beide periodes géén verband, dan vindt over die periode – zo lijkt uit de gecursiveerde zinsnede te volgen – géén omslag plaats. De precieze reikwijdte van art. 37 lid 2 WCO is echter vooralsnog onduidelijk, omdat richtinggevende jurisprudentie ontbreekt.

Indien in navolging van het Belgische art. 46 § 1 lid 3 Faill.W. in Nederland zou worden bepaald dat de aanspraken die de wederpartij ontleent aan prestaties die zij vóór datum faillissement heeft verricht, in geval van gestanddoening hun status van verifieerbare schuld behouden, dan verdient de invoering van een met het Belgische art. 37 lid 2 WCO vergelijkbare regeling mijns inziens eveneens serieuze overweging. Nog beter zou echter zijn dat een regeling wordt gecreëerd op basis waarvan de curator kan beschikken over de prestaties van contractuele wederpartijen van de schuldenaar tegen voldoening van *uitsluitend* díe prestaties. Het voorontwerp Insolventiewet bevat daartoe een goede aanzet in art. 3.4.2, welke bepaling aan de orde komt in § 7.6.

---

399 Maar hierbij kunnen ook vraagtekens worden geplaatst, want in beginsel wordt de beëindigingsvergoeding bij een arbeidsovereenkomst niet dagelijks, maar op jaarbasis opgebouwd. Vgl. Crivits & Persyn 2009, p. 436. Naar geldend Nederlands recht heeft de werknemer wiens arbeidsovereenkomst door de curator op de voet van art. 40 Fw wordt opgezegd overigens nimmer aanspraak op een beëindigingsvergoeding, niet bij wege van boedelschuld en evenmin als verifieerbare schuld; zie HR 12 januari 1990, *NJ* 1990, 662, m.nt. PvS (*Papierfabrieken Van Gelder*).

400 Van een boetebeding in eigenlijke zin is evenwel geen sprake; zie Schelhaas 2004, p. 361-362. Voor België: Cass. 6 september 2002, *Arr. Cas.* 2002, nr. 421.

4.6.2 De verplichte zekerheidstelling van art. 37 lid 2 Fw

4.6.2.1 Inleiding

Indien de curator zich tot nakoming van een overeenkomst bereid verklaart, is hij op basis van art. 37 lid 2 Fw verplicht om 'bij die verklaring voor deze nakoming zekerheid te stellen'. De bepaling sluit hiermee naadloos aan op art. 37 lid 1 (oud) Fw, op grond waarvan de curator zekerheid diende te stellen voor de 'richtige nakoming der overeenkomst'. Ook ten tijde van de invoering van art. 37 (oud) Fw was het recht van een contractpartij op zekerheidstelling in geval van faillissement van haar wederpartij geen onbekend fenomeen. Art. 1515 (oud) BW gaf aan de verkoper van een goed die aan de koper uitstel van betaling had verleend en die als gevolg daarvan verplicht was om eerder te leveren dan hij aanspraak had op betaling van de koopprijs,[401] het recht om in geval van faillissement van de koper levering te weigeren, zolang niet een derde zich voor de verplichtingen van de koper borg had gesteld. Aangezien met art. 37 (oud) Fw werd bedoeld te voorzien in 'eenen algemeenen regel omtrent de rechten van hen, die met den gefailleerde eene weederkeerige overeenkomst hebben gesloten welke ten tijde van de faillietverklaring zoowel door den schuldenaar (gefailleerde) als door zijne wederpartij in het geheel niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen' en de bepaling dus ook van toepassing zou zijn 'in het geval, in art. 1515 Burgerlijk Wetboek bedoeld', werd art. 1515 (oud) BW bij gelegenheid van de invoering van de Faillissementswet geschrapt.[402]

De opname van een algemene verplichting tot zekerheidstelling ingeval de curator zich tot nakoming bereid verklaart, wordt in de memorie van toelichting bij art. 37 (oud) Fw als volgt toegelicht:

> 'Verklaart de curator zich tot die nakoming bereid dan blijft de overeenkomst stand houden. Opdat die laatste weg niet lichtvaardig worde ingeslagen, zal de curator verplicht zijn voor de richtige nakoming zekerheid te stellen. De mede-contractant moet, waar nakoming gekozen is, redelijkerwijze ook op nakoming kunnen rekenen; nu hij staat tegenover een failliete boedel, zal alleen zekerheid hem dat vertrouwen kunnen geven.'[403]

Het doel van de verplichting is dus tweeërlei. Enerzijds dient zij de curator ervan te weerhouden om lichtvaardig tot gestanddoening te besluiten, terwijl zij anderzijds de wederpartij het vertrouwen moet geven dat de curator in geval van gestanddoening ook daadwerkelijk zal nakomen. Met name de tweede doelstelling lijkt mij in de praktijk van belang. Daarbij dient te worden bedacht dat in gevallen waarin de door de schuldenaar verschuldigde prestatie een andere is dan de betaling van een geldsom, zekerheidstelling de wederpartij niet zozeer het vertrouwen zal geven dat door de boedel zal worden *nagekomen*, als wel dat

401 Zie art. 1514 (oud) BW: 'De verkooper is niet verplicht het goed te leveren, indien de kooper den koopprijs niet betaalt, en de verkooper hem geen uitstel van betaling heeft toegestaan.'
402 Zie art. 2 van de Invoeringswet en de MvT daarbij, Van der Feltz I, p. 504-505.
403 Van der Feltz I, p. 409. Zie ook de MvT bij het huidige art. 37 Fw, Kortmann & Faber 1995, p. 95.

zij in geval van niet-nakoming verhaal heeft voor haar vordering tot vervangende schadevergoeding.[404]

Surseance van betaling
De regeling van de surseance van betaling bevat in art. 236 lid 2 Fw een met art. 37 lid 2 Fw vergelijkbare bepaling, zij het dat indien de schuldenaar en de bewindvoerder zich tot nakoming van de overeenkomst bereid verklaren, zij slechts verplicht zijn *desverlangd* voor deze nakoming zekerheid te stellen. Ook onder art. 236 (oud) Fw behoefde alleen zekerheid te worden gesteld indien de wederpartij dit vorderde. Iedere toelichting voor deze afwijking van art. 37 lid 2 Fw ontbreekt.[405] Denkbaar is dat de verklaring moet worden gezocht in de aard van de surseance van betaling, die primair is gericht op de vermijding van faillissement en herstel van vermogen en die met het oog daarop – althans in theorie, de praktijk is anders – zal worden aangevraagd in een stadium waarin er nog uitzicht is op herstel. In een dergelijke situatie is er minder dan in faillissement aanleiding om – ter bescherming van de wederpartij – de curator steeds te verplichten in geval van gestanddoening uit eigen beweging zekerheid te stellen.[406]

4.6.2.2 De aard van de zekerheid

In het Regeeringsantwoord bij art. 37 (oud) Fw wordt ervan uitgegaan dat door de curator die wordt gesommeerd zich omtrent gestanddoening uit te laten, zowel zakelijke als persoonlijke zekerheid kan worden gesteld.[407] Naar huidig recht geldt hetzelfde. Art. 6:51 lid 1 BW laat de keuze tussen zakelijke en persoonlijke zekerheid uitdrukkelijk aan degene die tot het stellen van zekerheid verplicht is.[408] Bij zakelijke zekerheid kan worden gedacht aan een pand- of

404 Vgl. Molengraaff-Star Busmann 1951, p. 213.
405 De MvT bij art. 236 (oud) Fw, Kortmann & Faber 1995, p. 487-488, bepaalt slechts dat '[d]e regeling betreffende wederkeerige overeenkomsten […] is […] overgenomen uit den eersten titel […]'. Maar niet één op één dus.
406 Wessels stelt zich – zonder nadere motivering – op het standpunt dat ook in geval van gestanddoening tijdens surseance steeds zekerheid dient te worden gesteld, ongeacht of de wederpartij daarom vraagt. Zie Wessels Insolventierecht VIII 2011, par. 8211. Ik meen echter dat niet zomaar aan de tekst van de wet kan worden voorbijgegaan, ook niet nu voor de afwijking van art. 37 lid 2 Fw in de wetsgeschiedenis geen verklaring kan worden gevonden. Vgl. Verstijlen & Vriesendorp 2004, p. 1022, die in hun bespreking van de eerste druk van dit deel (Polak-Wessels VIII) schrijven dat het verschil tussen art. 37 lid 2 Fw en art. 236 lid 2 Fw door Wessels ten onrechte wordt 'weggeïnterpreteerd', zonder dat zij overigens (proberen) een verklaring voor dit verschil (te) geven. Vgl. Verstijlen 2006a, p. 101, noot 31. Van Dooren 2011, p. 86, meent dat het woordje 'desverlangd' ook in art. 37 lid 2 Fw moet worden ingelezen.
407 Zie Van der Feltz, p. 412. Dit strookt met diverse bepalingen in het oud BW waarin de partij die verplicht was tot het stellen van zekerheid steeds de keuze had tussen persoonlijke en zakelijke zekerheid. Zie bijvoorbeeld art. 528, 831, 836, 1025, 1029 en 1081 (oud) BW. Opvallend is dat persoonlijke zekerheid – in de vorm van een borgtocht – in vroeger tijden leek te worden gezien als een aantrekkelijker vorm van zekerheid dan pand of hypotheek. Zo bepaalde art. 1867 (oud) BW dat alleen '[h]ij die door de wet, of ten gevolge van een regterlijk gewijsde, verpligt is eenen borg te stellen, en dien niet mogt kunnen vinden, [kan] volstaan met, in deszelfs plaats, een pand of hypotheek te geven'. Zie voorts – ten aanzien van art. 1515 (oud) BW – Diephuis XI, p. 227-228: 'De verkooper behoeft geen genoegen te nemen met pand of hypotheek, waarvan de verwezenlijking meer of minder moeite en omslag vordert; hij behoeft niet te leveren, tenzij zich iemand jegens hem verbindt als borg, dien hij even gemakkelijk als den kooper zelven, en met gelijk gevolg, aanspreken kan.'
408 Vgl. Leuftink 1995, p. 161; Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2484; Verstijlen 2006a, p. 102.

hypotheekrecht,[409] bij persoonlijke zekerheid in het bijzonder aan een hoofdelijkheid of een borgtocht.[410]

Ten aanzien van de in art. 1515 (oud) BW opgenomen verplichting tot borgstelling in geval van faillissement van de koper schreef Diephuis:

> 'Dat de faillietverklaarde van regtswege de beschikking en het beheer over zijne goederen verloor […] levert geen bezwaar op tegen die borgstelling; deze geschiedt ook niet door hem. En een ander, een vriend, een schuldeischer of de curator, kan zeer wel reden vinden voor zoodanige handeling, in het belang van den boedel, waarvoor het zeer wenschelijk kan zijn, dat het gekochte voor den bepaalden prijs wordt afgeleverd.'[411]

Tijden veranderen. Dat de curator zich in het belang van de boedel persoonlijk borg stelt voor de nakoming van een verplichting van de gefailleerde, is in de huidige maatschappelijke verhoudingen niet goed denkbaar.[412] Ook het verschaffen van zekerheid bij wijze van vriendendienst zal slechts bij hoge uitzondering voorkomen. Doorgaans zal de curator die verplicht is zekerheid te stellen, aan die verplichting voldoen door het (doen) stellen van een bankgarantie, veelal op basis van een door de bank ter beschikking gesteld boedelkrediet. In doorstartsituaties is ook denkbaar dat de curator de beoogde doorstarter tot zekerheidstelling weet te bewegen.[413] Vindt de curator geen bank of andere derde bereid de nakoming van de overeenkomst te garanderen, dan is hij in beginsel aangewezen op verpanding of verhypothekering van tot de boedel behorende (toekomstige) activa.[414] Het spreekt voor zich dat dit alleen een optie is indien er voldoende vrij boedelactief is. In veel faillissementen is dat niet het geval.

4.6.2.3 Eisen aan de zekerheid

De curator behoeft niet de door de wederpartij verlangde zekerheid te stellen. Een contractuele bepaling van deze strekking, zoals bijvoorbeeld is opgenomen in § 45.4 en § 46.3 van de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken (UAV) 2012, kan mijns inziens niet aan de curator worden tegengeworpen.[415] De aangeboden zekerheid dient op grond van art. 6:51 lid 2 BW zodanig te zijn

---

409 Zie art. 3:227 e.v. BW.
410 Zie respectievelijk art. 6:6 lid 3 en art. 7:850 e.v. BW.
411 Diephuis XI, p. 227.
412 De kans hierop was overigens volgens Van Nievelt ook in 1907 al uiterst gering; zie Van Nievelt 1907, p. 65, noot 1.
413 Zie voor een voorbeeld Rb. Dordrecht 29 januari 1992, rolnr. 2604/1990 (n.g.), waarover Verstijlen 2006a, p. 102-103. In gevallen waarin de doorstart snel van de grond komt, zal overigens vaak geen zekerheid worden gesteld voor nakoming door de boedel, maar zal direct worden overgegaan tot contractsoverneming. De boedel is dan van de uit het contract voortvloeiende verplichtingen bevrijd.
414 De bevoegdheid van de curator tot het stellen van zakelijke zekerheid kan in de *conservatoire* fase van het faillissement worden gebaseerd op (de door de Hoge Raad in HR 27 augustus 1937, *NJ* 1938, 9 aangenomen ruime uitleg van) art. 101 Fw en in de *executoriale* fase op art. 175 lid 1 Fw. Vgl. Van Nievelt 1907, p. 65-66; Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2236.
415 Zie nader § 4.4.4.

> 'dat de vordering en, zo daartoe gronden zijn, de daarop vallende rente en kosten behoorlijk gedekt zijn en dat de schuldeiser daarop zonder moeite verhaal zal kunnen nemen'.[416]

Enigszins onduidelijk is of op grond van art. 6:51 lid 2 BW (slechts) zekerheid dient te worden gesteld voor de vordering tot nakoming, eventueel vermeerderd met rente en kosten, of dat dusdanige zekerheid dient te worden gesteld dat verhaal van wegens niet-nakoming verschuldigde schadevergoeding mogelijk zal zijn.[417] In de context van art. 37 Fw is die onduidelijkheid er echter niet. Art. 37 lid 2 Fw bepaalt uitdrukkelijk dat de curator verplicht is 'voor deze nakoming' zekerheid te stellen, zodat die zekerheid ook uitsluitend *daarop* betrekking behoeft te hebben.[418] Contractuele schadevergoedingsaanspraken en wettelijke aanspraken ter zake van *aanvullende* schade behoeven niet door de zekerheid te zijn gedekt.

Op deze lijn zit ook de Rechtbank Rotterdam in de zaak Smit q.q./3 B Promotion.[419] 3 B Promotion had aan Promotion Collection Nederland de opdracht verstrekt tot het vervaardigen van 8.000 mokken à *f* 1,95 per stuk. Toen 3 B Promotion vernam dat Promotion Collection Nederland failliet was verklaard, ging zij ervan uit dat Promotion Collection Nederland niet meer tijdig zou kunnen leveren en wendde zij zich voor de fabricage van de mokken tot een derde. De curator van Promotion Collection Nederland verzette zich daartegen en stelde dat de boedel tot levering bereid was. 3 B Promotion verweerde zich met de stelling dat de boedel niet in staat zou zijn de vereiste zekerheid te stellen, nu deze slechts enkele duizenden guldens beliep, terwijl zekerheid nodig zou zijn geweest voor een bedrag van *f* 120.000. Dit betrof kennelijk de schade die 3 B Promotion meende te zullen lijden indien de curator niet (tijdig) zou nakomen. De rechtbank volgde 3 B Promotion niet:

> 'Ook in dit betoog kan 3B Promotion niet worden gevolgd omdat 3 B Promotion miskent dat de te stellen zekerheid – zo de curator, gelet op de aard van de te leveren prestatie, al tot het stellen van zekerheid gehouden was – uitsluitend betrekking heeft op de nakoming van de overeenkomst en niet op schade, die het gevolg zou zijn van niet nakoming, c.q. gebrekkige nakoming.'[420]

Het vereiste dat de nakomingsvordering van de schuldeiser 'behoorlijk' moet zijn 'gedekt', spreekt voor zich. Bij zakelijke zekerheid gaat het om de waarde van het onderpand met inachtneming van eventuele andere zakelijke rechten en op het onderpand rustende beslagen; bij persoonlijke zekerheid om zowel de omvang

---

416 Vgl. Polak 1972, p. 133, die onder verwijzing naar de artikelen 1864-1867 (oud) BW stelt dat door de curator niet de door de wederpartij *verlangde* zekerheid behoeft te worden gesteld, 'mits hij maar *genoegzame* zekerheid stelt'.

417 Uit de parlementaire geschiedenis zou eventueel kunnen worden afgeleid dat ook de schade wegens niet-nakoming moet zijn gedekt. Zie bijvoorbeeld Parl. Gesch. Boek 6, p. 199, waar wordt gesteld dat buiten het geval dat sprake is van een wederkerige overeenkomst, de uitoefening van een opschortingsrecht door een schuldenaar niet aanvaardbaar is 'wanneer het risico van een tekortkoming door de schuldeiser […] in zoverre van die schuldenaar afvalt, dat hij – via een zekerheidstelling – *financieel geen nadeel meer hoeft te vrezen*'. Vgl. art. 6:55 BW.

418 In dezelfde zin: Verstijlen 2006a, p. 103.

419 Zie Rb. Rotterdam 11 juni 1998, *JOR* 1998, 170.

420 Zie ook Rb. Leeuwarden 14 mei 1925, *NJ* 1926, 950.

van de door de derde op zich genomen aansprakelijkheid, als diens vermogenspositie. Eventuele *voorzienbare* waardedalingen dienen op voorhand in de te stellen zekerheid te worden verdisconteerd.[421]

Wanneer is sprake van de situatie dat de gestelde zekerheid niet dusdanig is dat daarop 'zonder moeite' verhaal kan worden genomen? De parlementaire geschiedenis bij art. 6:51 BW geeft twee voorbeelden: het geval dat zakelijke zekerheid wordt aangeboden ten aanzien van onroerend goed dat is gelegen in het buitenland en het geval dat het vermogen van een borg zich geheel in het buitenland bevindt.[422] De gedachte is kennelijk dat van een schuldeiser niet kan worden gevergd dat hij rechtsmaatregelen neemt in een ander land.[423] Sinds de inwerkingtreding van in het bijzonder het EEX-Verdrag[424] en de EEX-Verordening[425] kunnen rechtsmaatregelen in het buitenland echter veelal beperkt blijven tot een vereenvoudigde exequaturprocedure. Is dat het geval, dan is verdedigbaar dat aan de voorwaarde dat 'zonder moeite' verhaal kan worden genomen, wél is voldaan.[426] Dit vereiste zal in de context van art. 37 lid 2 Fw dan ook hoogst zelden een probleem opleveren.

Art. 6:51 lid 3 BW bepaalt ten slotte dat indien de gestelde zekerheid door een niet aan de schuldeiser toe te rekenen oorzaak onvoldoende is geworden, de schuldenaar verplicht is haar aan te vullen of te vervangen. Ook de curator is aan die bepaling gebonden. Het is echter de vraag wat de consequenties zijn indien de curator met het stellen van additionele zekerheid in gebreke blijft. Naar mijn mening loopt hij in dat geval níet het risico alsnog op de voet van art. 37 lid 1 Fw het recht om nakoming te vorderen, te verliezen.[427] Dát lijkt mij na gestanddoening onder het stellen van op dat moment adequate zekerheid een gepasseerd station. De wederpartij zal zich dan ook op grond van het gemene recht tegen een eventueel – met het teruglopen van haar zekerheidsdekking gepaard gaand – verhaalsrisico te weer moeten stellen.[428]

---

421 Vgl. Fikkers 1992, p. 206.

422 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 193.

423 Vgl. art. 1864 (oud) BW: 'de schuldenaar die verpligt is borg te stellen moet daartoe zoodanigen persoon aanbieden die de bekwaamheid heeft om zich te verbinden, die genoegzaam gegoed is om aan de verbindtenis te kunnen voldoen, en *binnen het koningrijk woonachtig is*'.

424 Verdrag van 27 september 1968, *Trb.* 1969, 101. Zie ook het Verdrag van 16 september 1988, *Trb.* 1989, 58 (*Verdrag van Lugano*).

425 Verordening (EU) nr. 44/2001, *PbEG* 2000, L 12 (*Brussel I*).

426 In deze zin: Mouthaan 2006, p. 53-56, die zich naar mijn mening op goede gronden keert tegen Vzr. Rb. Almelo 15 februari 2005, *NJF* 2005, 220, waarin werd geoordeeld dat een schuldeiser genoegen moest nemen met een door een in de Verenigde Staten gevestigde bank gesteld documentair krediet. Wel juist: Pres. Rb. Rotterdam 29 mei 1998, 99 180 / KG ZA 98-718, waarin een door een Zwitserse bank gestelde bankgarantie voldoende werd geacht omdat op de zekerheid Nederlands recht van toepassing was, een forumkeuze voor de Nederlandse rechter was gemaakt en een Nederlandse uitspraak op grond van het Verdrag van Lugano in Zwitserland zonder inhoudelijke toetsing ten uitvoer kan worden gelegd. Zie Mouthaan 2006, p. 55.

427 Zie daarover § 4.7.1.

428 In § 3.3.3.1 heb ik verdedigd dat de in art. 6:40 sub a BW neergelegde regel dat verbintenissen van de schuldenaar die is gefailleerd van rechtswege opeisbaar zijn, níet geldt ten aanzien van verbintenissen die voortvloeien uit een overeenkomst die door de curator gestand is gedaan. Is echter de door de curator in dat kader gestelde zekerheid verminderd door een oorzaak die in zijn risicosfeer ligt, dan worden de uit de overeenkomst voortvloeiende aanspraken van de wederpartij mijns inziens wederom opeisbaar op de voet van art. 6:40 sub c BW.

Het voorontwerp Insolventiewet
Indien de bewindvoerder onder de regeling van het voorontwerp Insolventiewet verklaart de overeenkomst gestand te doen en in dat kader op de voet van art. 3.4.1 lid 2 door de rechter-commissaris wordt opgedragen zekerheid te stellen, dient deze eveneens te voldoen aan de in art. 6:51 BW gestelde vereisten.[429]

4.6.2.4 Omvang van de zekerheid

4.6.2.4.1 Algemeen
Waar uit art. 37 lid 1 Fw volgt dat een bereidverklaring van de curator niet alleen betrekking heeft op toekomstige verplichtingen, maar ook op ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande verplichtingen, rijst de vraag of hetzelfde geldt voor de verplichte zekerheidstelling van art. 37 lid 2 Fw. Uit de in art. 37 lid 2 Fw gebruikte bewoordingen – die de curator verplichten voor *nakoming* van de *overeenkomst* zekerheid te stellen – lijkt te volgen dat dit inderdaad het geval is. In lijn hiermee wordt zowel in de literatuur, als in de spaarzame rechtspraak op dit punt tot uitgangspunt genomen dat ook vorderingen die de wederpartij vóór de intrede van het faillissement op basis van de overeenkomst heeft verkregen, door de zekerheid dienen te zijn gedekt.[430] Toch is naar mijn mening niet erg logisch dat de curator in een voorkomend geval voor de voldoening van een *bestaande* schuld zekerheid stelt, nu de wederpartij die zekerheid in dat geval meteen voor het verhaal van die schuld zou kunnen uitwinnen. Meer voor de hand ligt dat de curator die schuld betaalt. Hoe dat ook zij, aan de verplichting tot het stellen van zekerheid voor nakoming van vóór de faillietverklaring ontstane verbintenissen kleven dezelfde bezwaren als aan de promotie van de daaruit voortvloeiende schulden tot boedelschulden. Zij is in strijd met het systeem van de Faillissementswet, waarbinnen op schulden die vóór datum faillissement zijn ontstaan slechts wordt uitbetaald in overeenstemming met de op die datum geldende rangorde.[431]

Bij de bepaling van de omvang van de verplichting tot zekerheidstelling dient volgens Verstijlen rekening te worden gehouden met andere omstandigheden waaraan de wederpartij zekerheid kan ontlenen. Hij noemt als voorbeeld de omstandigheid dat de wederpartij nog een schuld heeft aan de gefailleerde die in verrekening kan worden gebracht. De verplichting van de curator kan dan volgens Verstijlen beperkt blijven tot het 'gat' in de dekking van de wederpartij, waarbij mede in aanmerking dienen te worden genomen eventuele andere voor verrekening vatbare schulden die zij heeft.[432] Op zichzelf is dit een aantrekkelijke gedachte doordat de last die de verplichte zekerheidstelling op de curator legt in een voorkomend geval wordt verlicht. Maar hierin schuilt voor de wederpartij het gevaar dat niet steeds op voorhand duidelijk zal zijn hoe groot het 'gat' in haar

429 Zie de Toelichting, Kortmann & Faber 2007, p. 235.
430 Zie Van Hees 1997, p. 164; Verstijlen 2006a, p. 104. Zie Hof Arnhem 8 april 1997, *JOR* 1997, 61, m.nt. S.C.J.J. Kortmann. Hoewel de tekst van art. 37 lid 2 Fw inderdaad weinig ruimte voor discussie lijkt te laten, betwijfel ik of de wetgever inderdaad een dergelijk vergaande strekking heeft beoogd; zie nader § 4.6.2.9.
431 Vgl. Verstijlen 2006a, p. 104.
432 Zie Verstijlen 2006a, p. 103-104.

zekerheidsdekking is. Nu de verplichting van de curator tot het stellen van zekerheid slechts betrekking heeft op de vordering van de wederpartij tot *nakoming*, zal zij een eventuele 'extra' zekerheid willen reserveren voor het geval dat de curator wanpresteert en schade veroorzaakt. Waar art. 37 lid 2 Fw op de curator expliciet de verplichting legt om in geval van gestanddoening 'voor deze nakoming' zekerheid te stellen, behoeft de wederpartij naar mijn mening met zekerheidstelling voor een lager bedrag dan de waarde van haar vordering tot nakoming in beginsel geen genoegen te nemen.

4.6.2.4.2 Duurovereenkomsten

Voor de bepaling van de omvang van de voor de curator uit art. 37 lid 2 Fw voortvloeiende verplichting is van belang wat de waarde is van de vordering van de wederpartij tot nakoming. Dat is duidelijk wanneer de wederpartij aanspraak heeft op de betaling van een geldsom, zoals de leverancier die zich jegens de schuldenaar heeft verplicht om tegen betaling van € 5.000 een partij goederen te leveren. Maar hoe stelt de curator zekerheid voor verplichtingen uit een duurovereenkomst, zoals een licentieovereenkomst of een onderhoudscontract? Dient deze onder meer *alle* nog te verschijnen verplichtingen te bestrijken?

Naar de letter van de wet is dat inderdaad het geval. Bij duurovereenkomsten waarbij op datum faillissement nog een lange looptijd resteert, is het stellen van zekerheid voor alle nog te verschijnen verplichtingen echter veelal geen reële optie. Teneinde de regeling van art. 37 Fw op dit punt beter hanteerbaar te maken zónder dat dit afbreuk hoeft te doen aan de positie van de wederpartij, lijkt mij redelijk haar zo te interpreteren dat in gevallen waarin de curator de mogelijkheid heeft de – gestand gedane – overeenkomst in een later stadium door opzegging te doen eindigen, hij slechts gehouden is zodanige zekerheid te stellen dat de vordering van de wederpartij over de in dat kader te hanteren opzegtermijn (en een eventueel additioneel verschuldigde beëindigingsvergoeding), is gedekt. Dit impliceert dat van de wederpartij enige diligentie mag worden verwacht, in die zin dat zij tijdig aan de bel trekt indien zij uit de zekerheid dreigt te lopen.[433] Ik zou denken dat daartegen geen overwegende bezwaren kunnen bestaan.[434] In gevallen waarin de schuldenaar periodiek gehouden is te betalen voor prestaties die in de voorafgaande periode reeds door de wederpartij zijn verricht, dient de te stellen zekerheid niet alleen de opzegtermijn, maar tevens één extra termijnbetaling te dekken, zodat de wederpartij dan niet direct na gestanddoening uit de zekerheid loopt.

---

433 Vgl. art. 6:51 lid 3 BW, waarover § 4.6.2.3.

434 Men zou wellicht ook nog kunnen verdedigen dat bij een duurovereenkomst alleen maar zekerheid behoeft te worden gesteld voor de vordering tot *nakoming* die de wederpartij *op het moment van gestanddoening* heeft. Bij duurovereenkomsten waarbij de aanspraken van de wederpartij ter zake van in de toekomst door de schuldenaar te verrichten prestaties als *toekomstige* vorderingen hebben te gelden, zou dit het leven van de curator aanzienlijk gemakkelijker maken. Ik ben evenwel geneigd te denken dat dit in strijd moet worden geacht met de gehoudenheid van de curator om voor nakoming van de *overeenkomst* zekerheid te stellen.

Is opzegging na gestanddoening niet mogelijk, bijvoorbeeld omdat sprake is van een overeenkomst voor bepaalde tijd en niet in de mogelijkheid van tussentijdse beëindiging is voorzien, dan biedt de door mij verdedigde interpretatie van art. 37 lid 2 Fw echter geen uitkomst. Dit betekent dat indien in een dergelijke situatie op datum faillissement nog een lange looptijd resteert en de wederpartij niet bereid is om met betrekking tot de voortzetting van de overeenkomst nadere – van art. 37 Fw afwijkende – afspraken te maken, de curator veelal noodgedwongen van gestanddoening zal moeten afzien.

4.6.2.4.3 Andere verbintenissen dan die tot betaling van een geldsom

Wat te denken van de situatie dat de wederpartij recht heeft op een andere prestatie dan de betaling van een geldsom? Men denke wederom aan de in § 4.6.2.3 besproken zaak tussen 3 B Promotion en de curator van Promotion Collection Nederland, waar de schuldenaar gehouden was 8.000 mokken te vervaardigen en waarin de Rechtbank Rotterdam als volgt overwoog:

> 'Ook in dit betoog kan 3B Promotion niet worden gevolgd omdat 3 B Promotion miskent dat de te stellen zekerheid – *zo de curator, gelet op de aard van de te leveren prestatie, al tot het stellen van zekerheid gehouden was* – uitsluitend betrekking heeft op de nakoming van de overeenkomst en niet op schade, die het gevolg zou zijn van niet nakoming, c.q. gebrekkige nakoming.'[435]

Het gaat mij nu om het gecursiveerde gedeelte. De rechtbank vraagt zich af of de curator vanwege de *aard* van de verschuldigde prestatie eigenlijk wel tot het stellen van zekerheid gehouden was. Tot een beantwoording van de vraag komt zij niet. Hoewel de aard van de door de gefailleerde verschuldigde prestatie mijns inziens inderdaad kán meebrengen dat de curator van de verplichting tot het stellen van zekerheid is vrijgesteld – ik kom daar in § 4.6.2.4.4 op terug – is dat in een situatie als in het faillissement van 3 B Promotion níet het geval. Ook indien de schuldenaar verplicht is tot de levering van goederen of diensten dient de curator in beginsel voor nakoming van de overeenkomst zekerheid te stellen.[436]

Hoe dient in een dergelijk geval de omvang van de stellen zekerheid te worden bepaald? Met Verstijlen ben ik van mening dat aansluiting dient te worden gezocht bij de vervangende schadevergoeding van art. 6:87 BW.[437] Dit betekent dat de zekerheid dusdanig moet zijn dat zij de wederpartij in staat stelt de verschuldigde prestatie bij een derde te verwerven. Daarbij is niet de contractuele waarde maatgevend, maar de objectieve vervangingswaarde in het economisch

---

435 Zie Rb. Rotterdam 11 juni 1998, *JOR* 1998, 170.

436 Uit de MvT bij art. 37 (oud) Fw, Van der Feltz I, p. 409, blijkt dat met die mogelijkheid ook uitdrukkelijk rekening is gehouden: 'Die onzekerheid omtrent den definitieven uitslag, die hem noodzaakt om op beide eventualiteiten, zoowel van nakoming als niet-nakoming, voorbereid te zijn, kan hem groote schade toebrengen, vooral wanneer de overeenkomst in een koop of verkoop op termijn bestaat. Moet hij zich al dan niet gereed houden tot leveren? *Zal hem al dan niet door den curator, die de zaken des gefailleerden heeft voortgezet, geleverd worden?*'

437 Zie Verstijlen 2006a, p. 103.

verkeer.[438] Zijn op het moment dat de curator het contract met 3 B Promotion gestand doet de betreffende mokken niet *f* 1,95 per stuk waard, maar bijvoorbeeld *f* 1,50, dan behoeft de te stellen zekerheid dus niet 8.000 x *f* 1,95, maar slechts 8.000 x *f* 1,50 te belopen. Is de waarde in het economisch verkeer juist hoger dan de contractuele waarde, dan zal de te stellen zekerheid op die hogere waarde gebaseerd dienen te zijn. In dat geval zal de curator de overeenkomst in de regel niet gestand doen, maar uitgesloten is het niet. Gedacht kan worden aan de situatie dat het behoud van de relatie met de desbetreffende afnemer cruciaal is voor het slagen van een eventuele doorstart of de schadevergoedingsvordering van de afnemer die zou ontstaan ingeval de schuldenaar zou wanpresteren dusdanig hoog is, dat de boedel per saldo bij gestanddoening is gebaat.[439]

Indien de schuldenaar zich contractueel heeft verbonden een zaak te leveren die zodanig uniek is dat zij niet via een derde kan worden verkregen, bijvoorbeeld een bepaald schilderij of een ander kunstvoorwerp, is voor het stellen van zekerheid voor nakoming naar mijn mening géén plaats.[440]

4.6.2.4.4 Negatieve verbintenissen

Bijzondere aandacht is op zijn plaats voor die gevallen waarin de wederpartij niet een *positieve* prestatie – zoals de betaling van een geldsom of de levering van goederen of diensten – maar een *negatieve* prestatie van de schuldenaar te vorderen heeft. Van negatieve verbintenissen kunnen in de kern twee varianten worden onderscheiden: de verbintenis tot een *dulden* en die tot een *niet-doen.*[441]

Verbintenissen tot een *dulden* vloeien in de regel voort uit overeenkomsten waarin aan de wederpartij een gebruiksrecht met betrekking tot een aan de schuldenaar toebehorend goed is verschaft. De schuldenaar is dan – al dan niet tegen ontvangst van een vergoeding – gehouden het gebruik van de wederpartij te dulden. In het Nebula-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de curator – uitzonderingen daargelaten – het recht heeft om door de schuldenaar aan een derde verschafte obligatoire gebruiksrechten te frustreren door afgifte van de in gebruik gegeven zaak te vorderen.[442] Hoewel de schuldenaar een dergelijke overeenkomst in beginsel automatisch nakomt, kan voor de wederpartij dus toch aanleiding bestaan om de curator om gestanddoening te vragen. Verklaart de curator zich daartoe bereid, dan dient naar mijn mening te worden aangenomen dat hij zijn recht om het gebruiksrecht te doorkruisen daarmee prijsgeeft. Nu de wederpartij in zo'n geval verzekerd is van nakoming, is de curator gezien de ratio

438 Zie HR 26 april 2002, *NJ* 2004, 210 (*Sparrow/Van Beukering*), in het bijzonder de noot van Jac. Hijma. Zie tevens Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 403.

439 Zie voor een voorbeeld van dit laatste § 4.5.3.2.

440 Indien het kunstvoorwerp nog door de schuldenaar zélf dient te worden vervaardigd, komt men in de sfeer van art. 37 lid 3 Fw en is voor zekerheidstelling op de voet van lid 2 ook om die reden geen plaats. Zie nader § 4.8.1.

441 Verbintenissen tot een dulden zijn per definitie duurverbintenissen. Verbintenissen tot een niet-doen zullen in de regel tevens als zodanig kwalificeren, maar kunnen ook een incidenteel karakter dragen, zoals bijvoorbeeld een verbintenis om niet aan een bepaalde inschrijving deel te nemen. Zie de noot van Jac. Hijma onder HR 11 januari 2002, *NJ* 2003, 255 (*Schwarz/Gnjatovic*), onder 5.

442 Zie HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. PvS waarover in het bijzonder § 5.2.1.

van art. 37 lid 2 Fw mijns inziens níet tot het stellen van zekerheid gehouden.[443] Bevat de overeenkomst tevens één of meer op de boedel rustende positieve (neven)verbintenissen, dan dient daarvoor wél zekerheid te worden gesteld.

De verbintenis tot een *niet-doen* kent vele verschijningsvormen. Gedacht kan worden aan geheimhoudingsverplichtingen en concurrentiebedingen, maar bijvoorbeeld ook aan een verbod tot vervreemding van bepaalde activa zonder voorafgaande toestemming.[444] Waar bij verbintenissen tot een dulden voor zekerheidstelling geen plaats is omdat de wederpartij bij een bereidverklaring van de curator van nakoming verzekerd is, lijken de kaarten bij verbintenissen tot een niet-doen op het eerste gezicht anders te liggen. Met gestanddoening van de overeenkomst waarin een verplichting tot een nalaten besloten ligt, is immers nog steeds mogelijk dat de curator – of in voorkomende gevallen de schuldenaar – de verplichting schendt. Toch meen ik dat de curator ook voor de nakoming van verplichtingen tot een niet-doen géén zekerheid behoeft te stellen. De gedachte achter de regeling van art. 37 lid 2 Fw is dat wanneer de curator niet nakomt, de wederpartij haar vordering tot nakoming of – indien zij aanspraak heeft op een andere prestatie dan de betaling van een geldsom – tot vervangende schadevergoeding op de gestelde zekerheid kan verhalen, waarna de verschuldigde prestatie bij een derde kan worden verkregen. Bij de schending van een verplichting tot een niet-doen is nakoming echter uit de aard der zaak niet langer mogelijk,[445] noch kan de verschuldigde prestatie door een derde worden verricht. Voor het stellen van zekerheid is dan geen plaats.

4.6.2.4.5 Garantieverbintenissen

In hoeverre dient de curator zekerheid te stellen voor eventueel op de schuldenaar rustende garantieverplichtingen? In § 4.4.2.3.2 heb ik – in navolging van Van Andel – verdedigd dat garantieverbintenissen in het kader van art. 37 Fw alleen een rol spelen voor zover de bescherming die de wederpartij aan de garantie ontleent, verder gaat dan de bescherming die de toepasselijke wettelijke regelingen haar bieden.[446] Dit impliceert dat de curator ook alleen in zoverre gehouden is voor de nakoming van die verbintenissen zekerheid te stellen.

De vaststelling van de waarde van de garantie en daarmee van de omvang van de door de curator te stellen zekerheid zal niet steeds eenvoudig zijn. De meest voor de hand liggende methode lijkt te zijn om het bedrag van een potentiële claim onder de garantie te schatten, om dit vervolgens te vermenigvuldigen met de kans dat daadwerkelijk een beroep op de garantie wordt gedaan. Die kans kan dan

443 Vgl. Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2586, die meent dat in geval van gestanddoening van een licentiecontract waarbij de *licentiegever* is gefailleerd, een persoonlijke verklaring van de curator voldoende is.
444 Vgl. Rb. Amsterdam 11 juni 2008, *JOR* 2008, 286.
445 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 383. Zie ook HR 11 januari 2002, *NJ* 2003, 255, m.nt. JH (*Schwarz/Gnjatovic*), waarin de Hoge Raad onder meer oordeelt dat in geval van een tekortschieten in de nakoming van een verplichting om niet te doen de verzuimregeling niet geldt, omdat nakoming in een dergelijk geval niet langer mogelijk is.
446 Zie in het bijzonder art. 7:17 BW en art. 7:759 BW.

in voorkomende gevallen eventueel worden ontleend aan een voor de desbetreffende of vergelijkbare producten bestaande 'uitvalrichtlijn'.[447]

4.6.2.5 Welke vorderingen mogen op de zekerheid worden verhaald?

Art. 37 lid 2 Fw beoogt te waarborgen dat indien de curator ondanks een bereidverklaring niet nakomt, de wederpartij haar vordering tot nakoming of – indien zij aanspraak heeft op een andere prestatie dan de betaling van een geldsom – tot vervangende schadevergoeding, op de gestelde zekerheid kan verhalen. Lijdt zij tevens vertragingsschade of gevolgschade, dan heeft zij daarvoor alleen een – in de regel concurrente – boedelvordering. Maar wat nu indien de curator slechts *gedeeltelijk* tekortschiet in de nakoming van de overeenkomst? De gestelde zekerheid biedt in dat geval in beginsel ruimte voor verhaal van *aanvullende* schade. Mag de wederpartij het restant daarvoor aanwenden?

Door de wetgever is in dit kader een afweging gemaakt tussen het belang van de boedel en dat van de wederpartij. Indien de curator opteert voor nakoming, moet de wederpartij volgens de memorie van toelichting 'redelijkerwijze ook op *nakoming* kunnen rekenen'.[448] Dát is wat de regeling van art. 37 lid 2 Fw beoogt te waarborgen. Dit betekent mijns inziens dat de curator gehouden is de zekerheidsdocumentatie zo in te richten dat de wederpartij op de te stellen zekerheid alleen verhaal heeft voor haar vordering tot nakoming of tot (nakoming) vervangende schadevergoeding. Alleen in zoverre legitimeert art. 37 lid 2 Fw de door de zekerheid gecreëerde voorrang. Lijdt de wederpartij *aanvullende* schade, dan dient zij zich daarvoor te voegen in de *concursus* van boedelschuldeisers. Op dat punt verschilt haar positie niet van die van andere partijen aan wie door de curator – bijvoorbeeld uit onrechtmatige daad – schade is toegebracht. Voor *contractuele* schadevergoedingsaanspraken en – ingeval de wederpartij het contract zou ontbinden – een vordering tot ongedaanmaking of waardevergoeding geldt hetzelfde; ook zij kunnen niet op de door de curator gestelde zekerheid worden verhaald, althans indien de documentatie in overeenstemming met art. 37 lid 2 Fw is geredigeerd.

Speciale aandacht is in dit verband op zijn plaats voor de situatie dat de wederpartij haar contractuele schadevergoedingsvordering ontleent aan een boetebeding in de zin van art. 6:91 BW. Zij dient in dat geval op grond van art. 6:92 lid 1 BW een keuze te maken tussen nakoming van het boetebeding en nakoming van de verbintenis waaraan het boetebeding is verbonden, althans voor zover geen andersluidende afspraken zijn gemaakt.[449] Betekent dit nu dat de wederpartij zich alleen op de gestelde zekerheid mag verhalen indien zij zou opteren voor het laatste? De wederpartij zou in dat geval genoodzaakt zijn een inschatting te maken van de toestand van de boedel, om alleen dan voor nakoming van het boetebeding te kiezen indien zij verwacht dat haar (concurrente) boedelvordering haar meer

---

447 Zie Rb. Maastricht 12 mei 2004, *JOR* 2004, 184, m.nt. W.J.M. van Andel. Zie ook Janssen & Versteeg 2008, p. 155-156.

448 Zie Van der Feltz I, p. 409. Vgl. tevens de MvT bij het huidige art. 37 Fw, Kortmann & Faber 1995, p. 95.

449 Zo komt regelmatig voor dat de boete is gesteld op de enkele *vertraging* in de nakoming, zodat de wederpartij dan beide vorderingen naast elkaar kan instellen. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 322.

oplevert dan verhaal van haar vordering tot nakoming van de hoofdverbintenis op de gestelde zekerheid. Een ongewenst resultaat en naar ik meen een onjuiste conclusie. Ingeval de wederpartij zich beroept op een boetebeding, treedt de boete in de plaats van de op grond van de wet verschuldigde aanvullende én vervangende schadevergoeding. Het is dan ook gerechtvaardigd dat de wederpartij die opteert voor nakoming van het boetebeding niettemin gerechtigd is om zich voor het bedrag van haar vordering tot nakoming van de hoofdverbintenis op de gestelde zekerheid te verhalen. Voor het restant heeft zij dan in ieder geval nog een boedelvordering.

4.6.2.6 Het moment waarop de zekerheid moet zijn gesteld

De curator die zich bereid verklaart de overeenkomst gestand te doen, is ingevolge art. 37 lid 2 Fw verplicht om 'bij die verklaring' voor nakoming zekerheid te stellen. Hieruit lijkt te moeten worden afgeleid dat het afgeven van de verklaring en het stellen van de zekerheid *gelijktijdig* dient plaats te vinden. Ook in de memorie van toelichting bij het huidige art. 37 Fw wordt ervan uitgegaan dat door de curator 'terstond' zekerheid moet worden gesteld, wil hij op nakoming aanspraak kunnen blijven maken.[450] Het is evenwel niet goed voorstelbaar dat de curator die zich tot gestanddoening bereid verklaart, direct een bankgarantie of een pandakte meezendt. Zekerheidstelling zonder vooroverleg is in de praktijk vaak ondoenlijk. Om deze reden achtte De Liagre Böhl met betrekking tot de regeling van art. 37 (oud) Fw voldoende dat de curator in zijn verklaring zou aangeven op welke wijze hij zich voorstelde zekerheid te verschaffen, mits de aangeboden zekerheid adequaat was. Deze uitleg van art. 37 (oud) Fw diende volgens De Liagre Böhl te voorkomen dat de wederpartij die graag van de overeenkomst af wilde, onevenredig zou worden begunstigd.[451]

Ook voor het huidige recht zou ik willen verdedigen dat de bewoordingen van art. 37 Fw op dit punt niet letterlijk moeten worden genomen en de curator die zich bereid verklaart de overeenkomst na te komen, steeds een redelijke termijn moet worden gegund om de vereiste zekerheid te stellen. Naar mag worden aangenomen, zullen partijen in de regel in onderling overleg bepalen binnen welke termijn de zekerheid dient te zijn gesteld.[452] Kunnen zij het op dit punt echter niet eens worden en gaat de curator in de ogen van de wederpartij uit van een onredelijk lange termijn, dan kan de wederpartij daartegen – evenals ingeval de curator met zijn beslissing omtrent gestanddoening draalt – niets anders ondernemen dan het dagvaarden van de curator in kort geding.[453] Tot die tijd zal zij wel haar prestaties kunnen opschorten.[454] Slaagt de curator er niet in de vereiste zekerheid binnen een redelijke termijn te stellen, dan tekent zich voor hem een doemscenario af. Enerzijds

450 Zie Kortmann & Faber 1995, p. 97.
451 Zie De Liagre Böhl 1991, p. 95-96. Vgl. P. Zonderland, noot onder Arbitraal vonnis in hoger beroep d.d. 7 maart 1977, *NJ* 1978, 30.
452 Vgl. Rb. Rotterdam 29 januari 1998, *KG* 1998, 94.
453 Een beroep op art. 69 Fw staat in dit geval voor de wederpartij niet open; zie § 4.4.4.
454 Op basis van art. 6:262 of art. 6:263 BW.

verliest hij dan het recht om nakoming te vorderen,[455] terwijl hij anderzijds – als gevolg van diens eerdere bereidverklaring – zelf wél tot nakoming gehouden is. Persoonlijke aansprakelijkheid ligt dan op de loer.[456]

Het voorontwerp Insolventiewet
In art. 3.4.1 lid 2 van het voorontwerp Insolventiewet is bepaald dat indien de bewindvoerder verklaart de overeenkomst gestand te doen, de rechter-commissaris op verzoek van de wederpartij kan bepalen dat voor nakoming zekerheid moet worden gesteld. De bewindvoerder krijgt in dat geval een redelijke termijn om de zekerheid te stellen.[457] Wat redelijk is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Een mogelijkheid om op dit punt de beslissing van de rechter-commissaris in te roepen, ontbreekt.[458] Ter vermijding van discussies verdient het aanbeveling te bepalen dat de rechter-commissaris bij diens instructie aan de bewindvoerder tot het stellen van zekerheid bepaalt binnen welke termijn de zekerheid moet zijn gesteld.[459] Wordt de zekerheid níet binnen redelijke termijn gesteld, dan kan de bewindvoerder op grond van art. 3.4.1 lid 3 sub c niet langer nakoming van de overeenkomst vorderen. Hij heeft zich dan echter inmiddels bereid verklaard de overeenkomst gestand te doen, zodat in dat geval het hiervoor geschetste doemscenario zich verwezenlijkt.[460] Ter vermijding hiervan zou kunnen worden bepaald dat indien de zekerheid niet binnen redelijke termijn wordt gesteld, vaststaat dat de overeenkomst níet gestand wordt gedaan.

4.6.2.7 Het effect van zekerheidstelling voor de boedel

De gevolgen van het stellen van zekerheid door de curator voor de *wederpartij* kwamen reeds aan de orde. Zekerheid biedt haar het vertrouwen dat door de boedel zal worden nagekomen, althans dat zij in geval van niet-nakoming verhaal vindt voor haar vordering tot vervangende schadevergoeding. Maar wat is het effect van de zekerheidstelling voor de *boedel*?

In de eerste plaats voorkomt zekerheidstelling dat de curator het recht om nakoming te vorderen verliest. Van belang is echter of hij – indien nodig – ook nakoming kan afdwingen of dat hij daarbij nog altijd kan stuiten op een opschortingsrecht van de wederpartij. Art. 6:55 BW bepaalt dat zodra zekerheid is gesteld voor de voldoening van een verbintenis van de wederpartij, de bevoegdheid tot opschorting vervalt, tenzij de voldoening daardoor onredelijk zou worden vertraagd. In de context van een wederkerige overeenkomst is deze bepaling echter niet van toepassing.[461] De gedachte hierachter is dat van een partij bij een wederkerige overeenkomst niet kan worden gevergd dat zij haar

455 Zie § 4.7.1.1.
456 Zie § 4.5.7.
457 Zie art. 3.4.1 lid 3 sub c voorontwerp Insolventiewet.
458 Zie de Toelichting, Kortmann & Faber 2007, p. 235.
459 Zie ook Van Zanten 2008a, p. 59.
460 Zie ook de Toelichting, Kortmann & Faber 2007, p. 235, waar uitdrukkelijk wordt gesteld dat indien de bewindvoerder aangeeft de overeenkomst gestand te doen, hij daarmee een verplichting op zich neemt die de wederpartij een boedelvordering oplevert.
461 Zie art. 6:264 BW.

opschortingsrecht prijsgeeft en presteert tegen een zekerheid die slechts tot verhaal van schadevergoeding in geld kan dienen.[462] De keuze die zij in geval van niet-nakoming van haar wederpartij heeft tussen de vorderingen tot nakoming en ontbinding, zou haar dan ten onrechte uit handen worden geslagen.[463]

Als uitgangspunt geldt dus dat het opschortingsrecht van de wederpartij ook in geval van zekerheidstelling door de curator standhoudt. Maar dat is niet steeds het geval. Wanneer de in art. 6:263 BW genoemde vrees dat niet zal worden nagekomen is gelegen in de toestand van de boedel, zal zekerheidstelling die vrees wegnemen, zodat de bevoegdheid zich te beroepen op de onzekerheidsexceptie dan komt te vervallen.[464] Hiernaast kunnen de redelijkheid en billijkheid meebrengen dat de wederpartij zich niet langer op de *exceptio non adimpleti contractus* kan beroepen, maar daarvan zal slechts in uitzonderlijke gevallen sprake zijn.[465] De curator die wil beschikken over de prestaties van de wederpartij dient zich dus steeds te realiseren dat indien er nog verplichtingen openstaan, hij er veelal niet aan zal ontkomen eerst aan die verplichtingen te voldoen.[466]

4.6.2.8 Verleden, heden en toekomst

In 1931 overwoog de Rechtbank Groningen ten aanzien van de regeling van art. 37 (oud) Fw

> 'dat […] het zwaartepunt uiteraard gelegen is in de al of niet bereidverklaring en niet in de zekerheidsstelling, terwijl menigmaal de wederpartij eventueel genoegen zal nemen met een uitdrukkelijke toezegging van den curator en dit wel bovenal zal gelden bij procureurs onder elkaar waar het woord van den Curator voldoende zekerheid biedt voor zijn confrère;'[467]

In de huidige praktijk, waarin in het overgrote deel van de faillissementen sprake is van een negatieve boedel, zou men verwachten dat het zwaartepunt zou zijn opgeschoven van de bereidverklaring – die de wederpartij slechts een boedelvordering biedt – in de richting van de zekerheidstelling. Niets blijkt echter minder waar. De vereiste zekerheid wordt in de praktijk kennelijk in veel gevallen niet gesteld.[468] De voornaamste reden lijkt te zijn dat de curator in de regel geen of slechts zeer beperkte mogelijkheden heeft om te voldoen aan de in art. 37 lid 2 Fw gestelde vereisten. Dit leidt er in een voorkomend geval ofwel toe dat de overeenkomst niet gestand wordt gedaan, ofwel dat partijen afspreken dat de

462 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 199 en p. 994.
463 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 283.
464 Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 999. Heeft de wederpartij recht op een andere prestatie dan de betaling van een geldsom en is de vrees dat niet (deugdelijk) zal worden nagekomen bijvoorbeeld gelegen in het feit dat de belangrijkste werknemers inmiddels elders emplooi hebben gevonden, dan zal zekerheidstelling die vrees níet kunnen wegnemen en houdt een beroep op de onzekerheidsexceptie stand.
465 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 995.
466 Zolang de wederpartij haar recht op nakoming nog niet heeft prijsgegeven, kan de curator het verzuim op de voet van art. 6:86 BW zuiveren, tenzij de wederpartij reeds heeft aangegeven geen nakoming meer te wensen, maar zich nog te willen beraden over de vraag of zij ontbinding of vervangende schadevergoeding wenst. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 307.
467 Rb. Groningen 12 juni 1931, *NJ* 1931, p. 1173.
468 Zie ook de Toelichting bij het voorontwerp Insolventiewet, Kortmann & Faber 2007, p. 235.

curator zekerheidstelling (deels) achterwege kan laten. Een en ander roept de vraag op of de verplichting tot het stellen van zekerheid – in haar huidige vorm – nog wel bestaansrecht heeft.

Alvorens te komen tot een beantwoording van deze vraag is het nuttig even terug te gaan naar de oorsprong. Het oorspronkelijk door Molengraaff ontworpen artikel dat betrekking had op de afwikkeling van wederzijds nog niet nagekomen overeenkomsten (artikel 34) bevatte géén verplichting van de curator om in geval van gestanddoening zekerheid te stellen. Uit de notulen van de vergadering van de Commissie tot Herziening van het Wetboek van Koophandel waarin dit artikel aan de orde kwam, kan worden opgemaakt dat de verplichte zekerheidstelling op instigatie van lid T.M.C. Asser in het uiteindelijke wetsontwerp is opgenomen:

> 'De heer Asser acht door art. 34 de belangen van den medecontractant des gefailleerden, voor het geval dat de curator verklaart de overeenkomst gestand te willen doen, niet genoeg verzekerd. Hij meent dat de curator verplicht moet worden alsdan voor de richtige nakoming der overeenkomst zekerheid te stellen. Men vergete niet dat men hier staat tegenover een faillieten, gewoonlijk insolventen, boedel. Na eenige discussie wordt dit voorstel aangenomen, en het artikel ter fine van nadere redactie gerenvoieerd aan den ontvanger.'[469]

Zowel in het advies van de Raad van State bij het voorgestelde art. 37 (oud) Fw, als in het daarop volgende parlementaire debat, althans in de schriftelijke vastlegging daarvan, is met geen woord over de verplichting tot het stellen van zekerheid gerept.[470] Uit dit alles zou kunnen worden afgeleid dat aan de invoering ervan geen langdurig denkproces vooraf is gegaan. Datzelfde lijkt te gelden voor de handhaving van de verplichting tot het stellen van zekerheid bij gelegenheid van de invoering van het huidige BW. In de memorie van toelichting bij art. 37 Fw wordt slechts opgemerkt dat de wederpartij ook naar huidig recht zekerheid dient te hebben dat indien de curator zich tot gestanddoening bereid verklaart, de overeenkomst inderdaad zal worden nagekomen.[471]

Verstijlen heeft zich op het standpunt gesteld dat de verplichting tot zekerheidstelling ook kan worden gemist.[472] Zou de verplichting inderdaad worden geschrapt, dan zou dat waarschijnlijk tot gevolg hebben dat overeenkomsten vaker dan thans het geval is gestand (kunnen) worden gedaan. Dat het belang van de boedel daarmee is gediend, staat buiten kijf. Tegelijkertijd zal dit er echter toe leiden dat de wederpartij ofwel vaker genoodzaakt zal zijn zich te beroepen op een opschortingsrecht – met als gevolg dat de onzekerheid die het faillissement voor haar positie meebrengt, voortduurt – ofwel vaker wordt geconfronteerd met een onverhaalbare vordering op de boedel. De vraag lijkt dan ook gerechtvaardigd of bij het zonder meer schrappen van de verplichte zekerheidstelling de balans niet al te zeer in de richting van het boedelbelang zou doorslaan. Ik kom hierop terug in

469 Zie de Notulen der Commissie tot Herziening van het Wetboek van Koophandel VI, p. 64-65. Deze notulen bevinden zich in de Juridische Bibliotheek van de Universiteit Utrecht (Molengraaff-kast).
470 Zie Van der Feltz I, p. 410-412.
471 Zie Kortmann & Faber 1995, p. 95.
472 Zie Verstijlen 2006a, p. 101-102 en p. 104.

de volgende paragraaf, waarin ik de contouren schets van een in mijn optiek wenselijke regeling.

4.6.2.9 Een alternatieve regeling van de verplichte zekerheidstelling

De invoering respectievelijk handhaving van de verplichting tot het stellen van zekerheid wordt in de wetsgeschiedenis gerechtvaardigd door erop te wijzen dat indien de curator kiest voor nakoming, de wederpartij de zekerheid moet hebben dat hij inderdaad zal nakomen.[473] Dit lijkt op het eerste gezicht vanzelfsprekend, maar dat is het niet. Contractpartijen die geen zekerheid hebben bedongen voor nakoming van de overeenkomst, lopen steeds het risico dat zij hun vordering niet of slechts gedeeltelijk kunnen verhalen doordat hun wederpartij insolvent raakt vóórdat de overeenkomst (geheel) is nagekomen. Mijns inziens bestaat er onvoldoende rechtvaardiging om dit verhaalsrisico met de bereidverklaring van de curator alsnog zonder meer op de (overige) schuldeisers van de wederpartij af te wentelen. Waarom dient de wederpartij in dat geval ineens wel van integrale nakoming verzekerd zijn?

De enige functie die ik voor de regeling van art. 37 lid 2 Fw zie, is dat zij dient te waarborgen dat de wederpartij voor ná faillissement te leveren prestaties betaald krijgt en niet wordt opgezadeld met een onverhaalbare vordering op de boedel. Ik sluit niet uit dat zij door Asser ook zo is bedoeld. Bedacht moet worden dat ons burgerlijk recht ten tijde van de invoering van de Faillissementswet nog geen algemeen opschortingsrecht kende. Weliswaar lag een opschortingsrecht besloten in art. 37 (oud) Fw dan wel in de memorie van toelichting bij die bepaling, maar dat recht had betrekking op de situatie vóórdat de curator zich omtrent gestanddoening had uitgesproken.[474] Evenmin bestond destijds een regeling vergelijkbaar met die van art. 6:80 BW.[475] Indien de curator zich eenmaal bereid had verklaard de overeenkomst na te komen, liep de wederpartij het risico dat zij na faillissement een vordering verkreeg op de schuldenaar, zonder de daartegenover staande tegenprestatie te ontvangen en aldus als gevolg van de werking van art. 37 (oud) Fw (dieper) in het rood werd gedrukt. Door de verplichte zekerheidstelling werd voorkomen dat dát risico zich zou verwezenlijken.[476] Naar huidig recht is dit risico aanzienlijk geringer. De wederpartij die goede grond heeft te vrezen dat de curator niet zal kunnen nakomen, zal haar eigen prestaties ook na gestanddoening steeds kunnen opschorten of het contract kunnen ontbinden.[477]

Maar hiermee is nog niet alles gezegd. Naar mijn mening kan niet geheel voorbij worden gegaan aan het feit dat de wederpartij ook nadat de curator zich tot gestanddoening bereid heeft verklaard, nog altijd staat tegenover een schuldenaar wiens financiële toekomst hoogst onzeker is of die zelfs geheel zal ophouden te bestaan. Dit betekent dat bij gebreke van een verplichting tot het stellen van

473 Zie Van der Feltz I, p. 409; Kortmann & Faber 1995, p. 95.
474 Zie § 4.2.
475 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 410.
476 Een vergelijkbare gedachte gaat schuil achter de regel van art. 53 Fw. Zie de MvT bij art. 53 Fw, Van der Feltz I, p. 462. Vgl. Faber 2005, p. 453.
477 Zie respectievelijk art. 6:263 BW en art. 6:80 jo 6:265 BW. Zie ook Verstijlen 2006a, p. 104.

zekerheid, de mogelijkheid tot opschorting of ontbinding voor de wederpartij – veel meer dan buiten faillissement – van cruciaal belang wordt om schade te voorkomen. Niet altijd zal zij echter in staat zijn te beoordelen of er aanleiding is zich van deze remedies te bedienen,[478] terwijl als hoofdregel geldt dat de bewijslast in dit verband op de wederpartij rust.[479] Het is bovendien de vraag of van de wederpartij die de route van art. 37 Fw heeft doorlopen, kan worden gevergd dat zij zich na gestanddoening (wederom) op een *opschortingsrecht* beroept. Zij verkeert dan andermaal in onzekerheid of de overeenkomst zal worden nagekomen, terwijl art. 37 Fw nu juist in het leven is geroepen als instrument om die onzekerheid weg te nemen. Ook ten aanzien van de bevoegdheid tot *ontbinding* lijkt mij de vraag gerechtvaardigd of van de wederpartij die de weg van art. 37 Fw heeft bewandeld, kan worden gevergd dat zij door ontbinding een einde maakt aan de onzekerheid die art. 37 Fw juist beoogt weg te nemen. Een en ander afwegend concludeer ik dat een nadere regeling ter bescherming van de wederpartij op dit punt gerechtvaardigd is.

Ik maak een zijstap naar het Amerikaanse recht. In § 365(b) BC is bepaald dat ingeval er ten tijde van de ingang van de procedure openstaande schulden zijn, de *trustee* deze schulden dient te betalen of voor betaling daarvan *adequate assurance* dient te verschaffen. Daarnaast zal hij *adequate assurance of future performance* moeten geven.[480] Het begrip *adequate assurance* is niet gedefinieerd. In de wetsgeschiedenis wordt slechts in zijn algemeenheid opgemerkt dat 'the court will have to insure that the trustee's performance under the contract or lease gives the other contracting party the full benefit of his bargain'.[481] Van belang is

> 'whether the debtor's financial data indicate its ability to generate an income stream sufficient to meet its obligations, the general economic outlook in the debtor's industry, and the presence of a guarantee'.[482]

De *trustee* is dus niet zonder meer verplicht zekerheid te stellen. Noodzakelijk, maar ook voldoende is dat hij aantoont dat de betaling van de wederpartij is gewaarborgd.[483]

Ook naar Nederlands recht dient naar mijn mening niet langer te worden geabstraheerd van de omstandigheden van het geval. Is evident sprake van een positieve boedel of is de verwachting om andere reden gerechtvaardigd dat de curator in staat zal zijn de overeengekomen tegenprestatie te leveren, dan behoort

478 Zeker in de beginfase van het faillissement is zelfs voor de curator vaak bijzonder lastig om te bepalen of de boedel al dan niet negatief is. Vgl. Van Andel 2008, p. 508.
479 Zie art. 150 Rv. Vgl. Verstijlen 2006a, p. 160. Ook is denkbaar dat de bevoegdheid tot opschorting of ontbinding contractueel is beperkt.
480 Zie § 365(b)(1)(A) t/m 365(b)(1)(C) BC.
481 Zie S. Rep. No. 989, 95th Cong., 2d Sess. (1978), p. 59.
482 Zie *Richmond Leasing Co. v. Capital Bank, N.A.*, 762 F.2d 1303, 1310 (5th Cir.1985), met verdere verwijzingen.
483 Zie Tabb & Brubaker 2006, p. 432.

voor zekerheidstelling in ieder geval geen plaats te zijn.[484] Daarmee zouden slechts nodeloos kosten worden gemaakt. Bedacht moet worden dat in een dergelijke situatie ook een beroep op de onzekerheidsexceptie niet mogelijk is. In afwijking van het bepaalde in § 365(b) BC meen ik dat ook indien er op datum faillissement géén openstaande schulden zijn, de wederpartij voor zekerheidstelling door de curator in aanmerking kan komen. De omstandigheid dat er geen achterstanden zijn, kan bij beantwoording van de vraag of zekerheidstelling op zijn plaats is wel van belang zijn. Evenals onder Amerikaans recht dient de bewijslast in dit verband naar mijn mening niet op de wederpartij, maar op de curator te rusten.

Maar ook indien de curator onvoldoende in staat blijkt om aan te tonen dat mag worden verwacht dat de gestand gedane overeenkomst kan worden nagekomen, behoeft naar mijn mening niet steeds zekerheid te worden gesteld. Zekerheidstelling is slechts geïndiceerd indien de wederpartij het *risico* loopt dat haar ten behoeve van de *boedel* te verrichten prestaties onbetaald blijven. Dit betekent dat geen zekerheid behoeft te worden gesteld voor prestaties die zij op het moment van gestanddoening reeds heeft verricht. Ook indien sprake is van een overeenkomst op basis waarvan de schuldenaar als eerste dient te presteren of door partijen gelijktijdig dient te worden gepresteerd, loopt de wederpartij in beginsel het hiervoor bedoelde risico niet, zodat voor zekerheidstelling dan geen plaats is.[485] Loopt de wederpartij wél een risico, dan dient de te stellen zekerheid steeds tot dat risico beperkt te blijven. Is bijvoorbeeld sprake van een overeenkomst op basis waarvan aan de schuldenaar een licentie is verstrekt tegen betaling van een vergoeding van € 1.000 per maand, welke vergoeding achteraf dient te worden betaald, dan kan de te stellen zekerheid naar mijn mening – onafhankelijk van de nog resterende looptijd van het contract – tot een bedrag van € 1.000 beperkt blijven.

Het voorontwerp Insolventiewet

In art. 3.4.1 lid 2 van het voorontwerp Insolventiewet is bepaald dat '[i]ndien de bewindvoerder verklaart de overeenkomst gestand te doen, de rechter-commissaris op verzoek van de wederpartij [kan] bepalen dat de bewindvoerder verplicht is voor deze nakoming zekerheid te stellen'. De Toelichting heeft daarbij het oog op die gevallen waarin het niet zeker is of de boedel de op de schuldenaar rustende verplichtingen zal kunnen nakomen.[486] Deze bepaling vormt een verbetering ten opzichte van het huidige recht, doordat zij de mogelijkheid biedt de wederpartij het recht op zekerheidstelling te onthouden indien zij géén risico loopt om met een onverhaalbare vordering op de boedel te worden afgescheept. Loopt de wederpartij

484 Dit sluit ook goed aan bij art. 7:307 lid 2 BW, op grond waarvan een verzoek tot indeplaatsstelling dient te worden afgewezen indien de voorgestelde huurder niet voldoende waarborgen voor nakoming biedt. Die waarborg behoeft niet per definitie te bestaan uit door de beoogde huurder (of een andere partij) te stellen zekerheid. Vgl. *Kamerstukken II* 1966/67, 8875, nr. 3, p. 16.

485 Dit is anders indien de wederpartij in verband met de door haar te verrichten prestaties investeringen moet plegen. Zekerheid dient dan te waarborgen dat de gepleegde investeringen worden terugbetaald.

486 Zie Kortmann & Faber 2007, p. 235. Uit de Toelichting lijkt overigens te moeten worden opgemaakt dat ook wanneer niet zeker is of de boedel zijn verplichtingen zal kunnen nakomen, níet steeds zekerheid behoeft te worden gesteld. Zie hierover Van Zanten 2008a, p. 59, noot 13.

dit risico wél, dan lijken de bewoordingen van art. 3.4.1 lid 2 de rechter-commissaris echter niet de ruimte te bieden om de *omvang* van de te stellen zekerheid tot dat risico te beperken. Het artikel bepaalt immers dat de bewindvoerder kan worden verplicht 'voor deze nakoming' zekerheid te stellen. Dit betekent dat in dat geval – evenals naar huidig recht – *alle* vorderingen die de wederpartij aan de overeenkomst ontleent, door de zekerheid moeten zijn gedekt. Op dit punt schiet de regeling van het voorontwerp Insolventiewet naar mijn mening te kort.

Conclusie
De regeling van art. 37 lid 2 Fw is toe aan een grondige revisie. Mijns inziens zou moeten worden bepaald dat de curator in geval van gestanddoening nog slechts zekerheid behoeft te stellen indien de wederpartij het risico loopt om niet betaald te krijgen voor prestaties die zij ten behoeve van de boedel verricht, waarbij de omvang van de stellen zekerheid steeds tot dat risico beperkt dient te blijven. Dit impliceert dat in beginsel geen zekerheid behoeft te worden gesteld indien sprake is van een overeenkomst op basis waarvan de schuldenaar als eerste dient te presteren of gelijktijdig dient te worden gepresteerd. Evenmin behoeft de curator zekerheid te stellen voor vorderingen die de wederpartij op het moment van gestanddoening al heeft. De beslissing omtrent zekerheidstelling dient in handen van de rechter-commissaris te worden gelegd. Indien de wederpartij om zekerheidstelling verzoekt, dient dit verzoek in beginsel te worden gehonoreerd, tenzij de curator aannemelijk maakt dat het stellen van zekerheid niet noodzakelijk is, omdat de betaling van de prestaties die de wederpartij ten behoeve van de boedel zal verrichten in voldoende mate is gewaarborgd.

De regeling van het voorontwerp Insolventiewet vormt weliswaar een verbetering ten opzichte van de huidige regeling, maar legt nog altijd een onnodig zware last op de bewindvoerder die zich bereid verklaart een overeenkomst gestand te doen.

4.6.3 Gestanddoening op initiatief van de curator

De curator die van zijn keuzerecht gebruik wenst te maken behoeft vanzelfsprekend niet af te wachten tot hem een termijn in de zin van art. 37 Fw wordt gesteld. Het staat hem vrij om uit eigen beweging tot gestanddoening over te gaan.[487] De vraag die dan opkomt, is of daaraan dezelfde rechtsgevolgen verbonden zijn als aan een gestanddoening naar aanleiding van een termijn ex art. 37 Fw. Verbindt de curator de boedel in dat geval tot nakoming van de *gehele* overeenkomst en dient hij voor die nakoming ook zekerheid te stellen?

Hoewel ik een groot voorstander ben van een regeling waarbij de curator kan beschikken over de prestaties van contractpartijen van de failliet tegen voldoening van uitsluitend die prestaties, meen ik dat het onwenselijk is om verschillende

487 Zie Van Nievelt 1907, p. 56; Van Eeghen 1999, p. 196, noot 17; Van Zanten 2008a, p. 59. Vgl. Vzr. Rb. Amsterdam 16 maart 2006, *JOR* 2006, 138, in welke zaak de curatoren zelf het initiatief tot nakoming hadden genomen. De voorzieningenrechter oordeelde dat de wederpartij terecht had gesteld dat zij de curatoren geen termijn als bedoeld in art. 37 lid 1 Fw behoefde te stellen, aangezien van meet af aan duidelijk was dat de curatoren de overeenkomst wilden nakomen. Vgl. Hof Den Bosch 17 juli 2001, *JOR* 2001, 266.

rechtsgevolgen toe te kennen aan een bereidverklaring van de curator al naar gelang deze binnen of buiten het kader van art. 37 Fw plaatsvindt. Bedacht moet worden dat art. 37 Fw primair is bedoeld als instrument om duidelijkheid te verkrijgen omtrent de intenties van de curator. Verschaft de curator die duidelijkheid uit eigen beweging, dan zou het voor de wederpartij niet nodig moeten zijn alsnog art. 37 Fw in stelling te brengen.[488] Zolang de regeling van art. 37 Fw in haar huidige vorm wordt gehandhaafd, dient naar mijn mening te gelden dat ook wanneer de curator uit zichzelf kenbaar maakt een overeenkomst te zullen uitvoeren, hij gehouden is *alle* uit het contract voortvloeiende verbintenissen na te komen.[489] Ook is hij in dat geval verplicht tot het stellen van zekerheid.[490] Het is vanzelfsprekend mogelijk – en in de praktijk ook niet ongebruikelijk – dat tussen de curator en de wederpartij wordt onderhandeld over de voorwaarden waaronder de overeenkomst wordt voortgezet, maar de in art. 37 Fw neergelegde condities dienen steeds het vertrekpunt van die onderhandelingen te zijn.[491]

Het voorontwerp Insolventiewet
Dat het voor de positie van de wederpartij niet zou moeten uitmaken of zij dan wel de curator het initiatief tot nakoming neemt, is ook door de Commissie insolventierecht onderkend. In art. 3.4.1 van het voorontwerp Insolventiewet is – in afwijking van art. 37 Fw – bepaald dat de bewindvoerder ook eigener beweging kan verklaren of hij de overeenkomst gestand doet. Verklaart hij zich op deze wijze tot gestanddoening bereid, dan kan de wederpartij – evenals wanneer zij de bewindvoerder om een verklaring heeft verzocht – de rechter-commissaris verzoeken te bepalen dat zekerheid voor nakoming moet worden gesteld.[492]

4.6.4 Stilzwijgende gestanddoening

4.6.4.1 Algemeen

Art. 37 Fw bepaalt niets over de wijze waarop de curator zich tot gestanddoening bereid dient te verklaren. Daardoor kan twijfel ontstaan over de vraag of steeds een expliciete verklaring noodzakelijk is of dat de bereidheid van de curator tot nakoming ook uit de omstandigheden kan worden afgeleid. In § 4.6.3 kwam aan de orde dat de curator zich tevens tot gestanddoening bereid kan verklaren indien hem géén termijn ex art. 37 Fw is gesteld. De vraag of uit de omstandigheden kan worden afgeleid dat de curator de overeenkomst gestand doet, zal in de regel juist in die gevallen spelen.

---

488 Vgl. Van Hees 2012, p. 6.
489 Vgl. De Liagre Böhl 1991, p. 97.
490 In dezelfde zin: Van Nievelt 1907, p. 56; Nijenhuis & Verhagen 1994, p. 97. In Rb. Den Bosch 2 april 2008, *LJN*: BC8623 was sprake van de situatie dat de curator de wederpartij aansprak tot nakoming zonder dat hem een termijn in de zin van art. 37 lid 1 Fw was gesteld. De wederpartij verweerde zich onder meer door te stellen dat de curator dat recht niet toekwam omdat hij niet overeenkomstig art. 37 lid 2 Fw zekerheid had gesteld. De rechtbank liet het punt onbesproken.
491 Ten onrechte heb ik eerder anders gesuggereerd; zie Van Zanten 2008a, p. 59, noot 11.
492 Zie art. 3.4.1 lid 2 voorontwerp Insolventiewet.

Loesberg is van mening dat het aannemen van een stilzwijgende gestanddoening gezien de consequenties daarvan voor de boedel niet mogelijk zou moeten zijn.[493] Van den Heuvel en Van Hövell tot Westerflier stellen dat hetgeen met stilzwijgende instemming van de curator wordt gepresteerd als regel een boedelschuld zal opleveren, maar dat stilzwijgende instemming met voortzetting buiten art. 37 Fw om niet snel mag worden aangenomen. Bovendien menen zij dat de curator in geval van een stilzwijgende voortzetting buiten art. 37 Fw om, die voortzetting steeds op een door hem gewenst tijdstip kan doen eindigen, waarmee zij kennelijk willen betogen dat de resterende verplichtingen dan géén boedelschuld vormen. Van gestanddoening is in dat geval dus geen sprake.[494]

Ik volg de hiervoor genoemde auteurs niet. Een bereidverklaring van de curator tot gestanddoening dient te worden gekwalificeerd als een eenzijdige rechtshandeling.[495] Niet valt in te zien waarom daarvoor principieel iets anders zou gelden dan voor willekeurig welke andere (eenzijdige) rechtshandeling. Het spreekt voor zich dat het gezien de consequenties voor de boedel van belang is dat niet te snel wordt aangenomen dat van stilzwijgende gestanddoening sprake is, maar die noodzaak tot terughoudendheid geldt ten aanzien andere rechtshandelingen evenzeer, zowel binnen als buiten de context van een faillissement.[496] Ik meen dan ook dat voor een gestanddoening niet steeds een expliciete verklaring is vereist, maar dat zij onder omstandigheden ook stilzwijgend kan plaatsvinden, doordat zij in een verklaring of gedraging besloten ligt.[497] Dit geldt zowel gedurende een aan de curator gestelde termijn ex art. 37 Fw, als daarbuiten.

Ook voor het Belgische recht wordt algemeen aangenomen dat niet steeds een expliciete stellingname vereist is, maar dat tevens mogelijk is dat uit de omstandigheden moet worden afgeleid dat de curator kiest voor voortzetting van de overeenkomst.[498] In de Verenigde Staten is de beslissing van de *trustee* om een contract gestand te doen ingevolge § 365(a) BC 'subject to the court's approval'. Belanghebbende partijen – waaronder de wederpartij in kwestie – dienen daarbij te worden opgeroepen en de gelegenheid te krijgen om te worden gehoord.[499] Zonder *court's approval* is de beslissing ongeldig. Dit betekent dat waar onder de *Bankruptcy Act* van 1898 nog in diverse uitspraken werd aangenomen dat sprake was van *implied assumption*, dit onder de regeling van

493 Zie Loesberg 2008, p. 243, noot 14.
494 Zie Praktijkboek Insolventierecht 2, p. 60.
495 Vgl. voor het Belgische recht: Dirix 2003, p. 204.
496 Terughoudendheid is eveneens op zijn plaats wanneer weliswaar sprake is van een *expliciete* verklaring, maar deze onduidelijk of tegenstrijdig is. Vgl. Pres. Rb Amsterdam 24 februari 1983, *KG* 1983, 100, waarin sprake was van de situatie dat de curator schriftelijk had laten weten dat hij de verplichtingen uit de door de schuldenaar gesloten koopovereenkomst had te aanvaarden, maar tevens in diezelfde brief had aangegeven dat hij een hoger bod op de panden in kwestie 'gaarne zou aanvaarden'. Op die grond moest volgens de President 'rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat de curator niet tot nakoming gehouden [was].'
497 Zie art. 3:37 BW. In deze zin ook Melissen 2011, p. 292. Zie voorts Arbitraal vonnis in hoger beroep d.d. 7 maart 1977, *NJ* 1978, 30, m.nt. PZ. Vgl. art. 2:203 lid 1 BW, op grond waarvan een BV slechts aan namens de BV i.o. aangegane rechtshandelingen wordt gebonden indien de BV deze na haar oprichting *uitdrukkelijk* of *stilzwijgend* bekrachtigt.
498 Zie Leunen 1998, p. 497; Zenner & Verougstraete 2004, p. 518; De Wilde 2005, p. 174-177. Vgl. Dirix 2010a, p. 153.
499 Zie *United States v. Dewey Freight System, Inc.*, 31 F.3d 620, 624 (8th Cir.1994): 'Under § 365(a), rejection is "subject to the court's approval", and a debtor seeking such approval must proceed by motion upon reasonable notice and opportunity for hearing.'

§ 365(a) BC niet langer mogelijk is.[500] Naar Nederlands recht staat het feit dat de curator voor een beslissing omtrent gestanddoening machtiging van de rechter-commissaris nodig heeft, níet aan het aannemen van een stilzwijgende bereidverklaring in de weg, nu het ontbreken van die machtiging – anders dan naar Amerikaans recht – de verklaring niet ongeldig maakt.[501]

Of van stilzwijgende gestanddoening sprake is, zal in een voorkomend geval aan de hand van de artikelen 3:33 en 3:35 BW moeten worden bepaald. Daarbij geldt dat alleen uitingen in aanmerking mogen worden genomen die rechtstreeks tot de wederpartij zijn gericht.[502] Níet vereist is dat het gaat om uitingen van de curator zélf. Ook aan de curator toe te rekenen verklaringen of gedragingen van *derden* kunnen op grond van art. 3:61 lid 2 BW nopen tot het oordeel dat de overeenkomst gestand wordt gedaan.[503]

Inwerkperiode?

In de vaak enigszins hectische periode kort na hun aanstelling halen curatoren geregeld voordeel uit diverse (duur)contracten, zoals huur-, lease- en andere gebruiksovereenkomsten, licenties, nutsovereenkomsten en telefoon- en internet-contracten, zonder het bestaan ervan te kennen of ten minste op de hoogte te zijn van de daarin neergelegde condities. Uit het enkele feit dat de boedel uit deze overeenkomsten tijdelijk voordeel haalt, mag naar mijn mening niet worden afgeleid dat zij door de curator gestand worden gedaan.[504] De curator heeft vaak enige tijd nodig om zich een oordeel te vormen omtrent de levensvatbaarheid van de onderneming en – in het verlengde daarvan – omtrent de wijze waarop het faillissement dient te worden afgewikkeld. Mijns inziens kan niet van hem worden gevergd dat hij zolang de door de schuldenaar gedreven onderneming staakt en daarmee een eventuele doorstart op voorhand frustreert, louter vanwege het risico dat in een later stadium moet worden geoordeeld dat bepaalde contracten gestand zijn gedaan en de boedel als gevolg daarvan met de hieruit voortvloeiende verplichtingen wordt belast. Indien de curator evenwel toelaat dat contractuele wederpartijen van de failliet prestaties blijven verrichten die voor de voortzetting van de onderneming essentieel zijn, terwijl hij dit eenvoudig kan voorkomen, dan loopt hij in het licht van het hierna te bespreken arrest Mulder q.q. & Hijmans q.q./TenneT mijns inziens een serieus risico dat moet worden geoordeeld dat hij

500 Zie Tabb & Brubaker 2006, p. 378, waar wordt gesteld dat '[t]he inclusion of the express provision for court approval in § 365(a) overrules a line of decisions under the prior Bankruptcy Act which authorized *implied* assumption.'

501 Zie art. 68 lid 2 jo art. 70 Fw, waarover § 4.5.5. In België is de beslissing omtrent de voortzetting van overeenkomsten geheel aan de curator overgelaten. Een uitzondering geldt voor het geval dat de curator van de koper eist dat de verkoper – tegen betaling van de koopprijs door de curator – zijn leveringsplicht nakomt. Hiertoe is op de voet van art. 107 Faill.W. machtiging van de rechter-commissaris nodig.

502 De regel van art. 3:36 BW mist hier toepassing, nu de daarin neergelegde bescherming slechts wordt geboden aan een derde die het ontstaan of bestaan heeft aangenomen van een bepaalde rechtsbetrekking waarbij hijzelf géén partij is.

503 Vgl. Rb. Den Bosch 28 december 2005, *JOR* 2006, 137, waarin de rechtbank oordeelde dat de curator de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid van een tweetal managers had gewekt, waardoor een contractuele wederpartij van de gefailleerde er op basis van *hun* verklaringen vanuit mocht gaan dat (slechts) een aantal projecten zou worden afgemaakt.

504 In dezelfde zin voor het Belgische recht: Zenner & Verougstraete 2004, p. 518 en De Wilde 2005, p. 176, beide met verwijzingen naar relevante rechtspraak. Vgl. Dirix 2010a, p. 153.

het contract stilzwijgend gestand heeft gedaan, ook indien dit alles zich in de hectiek van de eerste dagen afspeelt.

Surseance van betaling

Uit het met art. 37 Fw corresponderende art. 236 Fw volgt dat een verklaring omtrent gestanddoening van een lopende overeenkomst tijdens surseance van betaling alleen door de schuldenaar en de bewindvoerder gezamenlijk kan worden afgegeven. Over de vraag hoe de onderlinge verhoudingen liggen, laat de bepaling niets los. Mijns inziens ligt voor de hand aansluiting te zoeken bij de algemene bevoegdheidsregeling van art. 228 Fw. Uitgangspunt is dat de schuldenaar tijdens de surseance een initiërende rol vervult.[505] Voor het verrichten van daden van beheer of beschikking met betrekking tot de boedel heeft hij op grond van art. 228 lid 1 Fw evenwel *medewerking*, *machtiging* of *bijstand* van de bewindvoerder nodig. Verbintenissen van de schuldenaar die zonder medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder zijn aangegaan, leveren ingevolge art. 228 lid 2 Fw alleen boedelschulden op indien en voor zover de boedel is gebaat.[506]

In de parlementaire geschiedenis wordt het vereiste van '*medewerking*, *machtiging* of *bijstand* van de bewindvoerder' nader ingekleurd. Zo kan uit de memorie van toelichting worden opgemaakt dat de drie genoemde termen geen onderscheidende betekenis toekomt; er dient steeds sprake te zijn van *toestemming*.[507] Het is volgens de memorie van toelichting voorts onverschillig in welke vorm de bewindvoerder zijn toestemming verleent, zolang de schuldenaar maar niet alleen handelt.[508] In het Regeeringsantwoord bij het Verslag van de Tweede Kamer wordt ten slotte opgemerkt dat

> '[w]ie voorzichtig is, [niet] handelt met den schuldenaar alleen en verlangt, *ook al bepaalt de wet het niet*, het een of ander blijk, naar gelang der omstandigheden, van de medewerking der bewindvoerders […]'.[509]

De gecursiveerde zinsnede doet de gedachte postvatten dat de vereiste toestemming ook *stilzwijgend* kan worden gegeven.[510] In het arrest Mulder q.q. & Hijmans q.q./TenneT heeft de Hoge Raad dit bevestigd.[511]

---

505 Vgl. de noot van S.C.J.J. Kortmann onder Hof Amsterdam (OK) 21 november 1996, *JOR* 1996, 137. Vgl. voorts Rb. Breda 2 december 1941, *NJ* 1942, 219, waarin de rechtbank overwoog dat een huuropzegging niet van de bewindvoerder, maar van de in surseance verkerende huurder zelf dient uit te gaan.

506 Vgl. art. 24 Fw, waarover § 2.3.3.1.

507 Zie Van der Feltz II, p. 376.

508 Zie Van der Feltz II, p. 376. In dezelfde zin: Ktg. Amsterdam 7 september 1967, *NJ* 1968, 60. Volgens Hof Den Haag 6 april 1939, *NJ* 1939, 729 kan de toestemming ook *achteraf* worden verleend. Hoewel er in de MvT, Van der Feltz II, p. 376, uitdrukkelijk van wordt uitgegaan dat de toestemming *vooraf* dient te worden gegeven, lijkt mij tegen het verlenen van toestemming achteraf geen bezwaar te bestaan. In wezen is dan sprake van bekrachtiging. Zie ook Wessels Insolventierecht VIII 2011, par. 8144 en de daar vermelde jurisprudentie.

509 Zie Van der Feltz II, p. 376.

510 Zo ook Molengraaff-Star Busmann 1951, p. 619; Leuftink 1995, p. 52; Wessels Insolventierecht VIII 2011, par. 8142.

511 Zie HR 22 oktober 2010, *NJ* 2011, 113, m.nt. PvS. Zie ook Rb. Den Bosch 29 juni 1984, *NJ* 1987, 111.

Mulder q.q. & Hijmans q.q./TenneT
Wat was het geval? Tussen elektriciteitsleverancier EnergyXS en TenneT – de beheerder van het landelijk hoogspanningsnet – was een overeenkomst gesloten waarin EnergyXS werd erkend als programmaverantwoordelijke in de zin van de Systeemcode Elektriciteit. In die hoedanigheid werden door EnergyXS prognoses afgegeven aan TenneT met betrekking tot het te verwachten energieverbruik per tijdvak door bij EnergyXS aangesloten verbruikers. In geval van een verschil tussen de prognose en het feitelijk verbruik ontstaat een onbalans op het net, welke door TenneT bij EnergyXS in rekening werd gebracht. Op 15 augustus 2003 is aan EnergyXS voorlopig surseance van betaling verleend, welke op 18 augustus 2003 is omgezet in een faillissement. Eén dag later heeft TenneT de overeenkomst met EnergyXS met onmiddellijke ingang beëindigd. Gedurende de drie dagen dat EnergyXS in surseance verkeerde, zijn de mogelijkheden om het bedrijf te kunnen voortzetten, onderzocht. Tijdens deze periode is een aanzienlijke vordering uit onbalans ontstaan, die volgens TenneT als een boedelschuld moest worden aangemerkt. De curatoren van EnergyXS meenden dat dit níet het geval was, omdat de schuld ná datum surseance zonder medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder zou zijn ontstaan.

TenneT kreeg in drie instanties gelijk. Bij de beoordeling in cassatie stelde de Hoge Raad het volgende voorop:

> 'De medewerking, machtiging of bijstand in de zin van art. 228 lid 2 F. kan, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, op verschillende wijzen blijken, waarbij niet is uitgesloten dat deze ligt besloten in een stilzwijgende toestemming van de bewindvoerder voor het laten ontstaan van een bepaalde verbintenis. Aan het enkele feit van een voortzetting van de bedrijfsactiviteiten na verlening van surseance zal in het algemeen niet de gevolgtrekking kunnen worden verbonden dat de bewindvoerder ook (stilzwijgend) toestemming verleent voor het laten ontstaan van alle daarmee samenhangende verbintenissen. Indien echter blijkt dat de bewindvoerder welbewust, bijvoorbeeld met het oog op het streven de onderneming gaande te houden om deze te verkopen of anderszins voort te zetten, toelaat dat de schuldenaar nieuwe verplichtingen aangaat of dat uit een bestaande rechtsverhouding voortvloeiende schulden blijven ontstaan hoewel dat op eenvoudige wijze kan worden voorkomen, zal sprake kunnen zijn van toestemming als hier bedoeld, ook al heeft de bewindvoerder zulks niet uitdrukkelijk laten blijken. Daarbij zal met name van belang zijn in hoeverre het gaat om verplichtingen en schulden die van wezenlijke betekenis zijn voor het openhouden van de mogelijkheid van voortzetting of overname van de bedrijfsactiviteiten.'[512]

De door art. 228 Fw vereiste toestemming van de bewindvoerder kan volgens de Hoge Raad dus ook *stilzwijgend* worden verleend. In dat kader formuleert hij als hoofdregel dat het enkele feit dat de activiteiten na de verlening van de surseance worden voortgezet, nog niet betekent dat de bewindvoerder ook stilzwijgend toestemming verleent voor het laten ontstaan van alle daarmee samenhangende

512 Zie r.o. 4.1.3.

verbintenissen. Naar ik meen, spreekt dit voor zich.[513] De surseance van betaling is uit de aard der zaak op voortzetting van de activiteiten gericht.[514] Zouden alle in dat kader te ontstane verbintenissen steeds als boedelschuld moeten worden aangemerkt, dan zou de bevoegdheidsregeling van art. 228 Fw betrekkelijk betekenisloos zijn en zou van de daarmee beoogde crediteurenbescherming weinig terecht komen.

Wanneer is nu wél sprake van de situatie dat de bewindvoerder stilzwijgend toestemming verleent voor het aangaan van verbintenissen door de schuldenaar? Volgens de Hoge Raad is dit het geval indien de bewindvoerder 'welbewust' toelaat dat nieuwe verplichtingen ontstaan, waartoe kennelijk eerder kan worden geconcludeerd naarmate die verplichtingen van groter belang zijn voor de voortzetting van de onderneming.[515] In het berechte geval leek het hof zijn oordeel dat de bewindvoerder stilzwijgend met het ontstaan van de onbalansschuld had ingestemd hoofdzakelijk te hebben gebaseerd op het feit dat de bewindvoerder ermee bekend was of had behoren te zijn dat deze schuld kon ontstaan en ervan had afgezien dit ontstaan te voorkomen, terwijl hij die mogelijkheid wel had.[516] Daarmee had het hof naar het oordeel van de Hoge Raad geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Dit lijkt te kunnen worden verklaard doordat de verplichtingen in kwestie op de kernactiviteit van EnergyXS – de indiening van energieprogramma's en de levering van elektriciteit – betrekking hadden.[517]

Indien de schuldenaar zich na de (voorlopige) toelating tot de surseance bereid verklaart een wederzijds nog niet geheel uitgevoerde overeenkomst na te komen, dient in het kader van de vraag of de bewindvoerder met die bereidverklaring heeft ingestemd, naar mijn mening te worden getoetst aan de door de Hoge Raad in het arrest Mulder q.q. & Hijmans q.q./TenneT geformuleerde criteria. Nu de in dit verband vereiste toestemming van de bewindvoerder ook stilzwijgend kan worden verleend, ligt in de rede aan te nemen dat eveneens mogelijk is dat een lopende overeenkomst tijdens surseance van betaling geheel stilzwijgend gestand wordt gedaan. Zijn de prestaties van de wederpartij in een voorkomend geval van 'wezenlijke betekenis' voor de voortzetting van de onderneming, dan zou hiertoe wel eens voldoende kunnen zijn dat de wederpartij na de verlening van de surseance blijft presteren en de schuldenaar en diens bewindvoerder daarvan op de

513 Vgl. Melissen 2011, p. 292. Anders: De Ranitz 2008, p. 180-182, die meent dat indien de bewindvoerder de onderneming niet uitdrukkelijk staakt, alle schulden die uit de voortzetting ontstaan boedelschulden zijn.

514 Zie de MvT bij Titel II van de Faillissementswet, Van der Feltz II, p. 336, waar wordt gesteld dat 'het behoud van den boedel en de voortzetting der zaak het doel der surséance [is]'. Zie ook HR 13 mei 2005, *NJ* 2005, 406, m.nt. PvS (*BaByXL*), r.o. 3.4.2, waarin de Hoge Raad overweegt dat de surseance van betaling 'tot doel heeft de zaken van de schuldenaar gaande te houden'.

515 Vgl. Slaski 2011, p. 98, die uit het arrest afleidt dat 'welbewustheid' en 'wezenlijke betekenis' in dit kader communicerende vaten zijn. Naarmate de toestemming van de bewindvoerder 'stilzwijgender' is, is volgens Slaski van groter belang dat het gaat om verplichtingen die van wezenlijke betekenis zijn voor de voortzetting van de onderneming en vice versa.

516 Of dit laatste juist was, mag evenwel worden betwijfeld. Eén van de stellingen van de curatoren was dat de bewindvoerder niet de mogelijkheid had de overeenkomst met TenneT te beëindigen. Het hof ging daarin mee, maar meende dat dit onverlet liet dat EnergyXS en TenneT hierover onderling afspraken hadden kunnen maken. Dat is mijns inziens echter toch iets anders dan dat de bewindvoerder het in zijn macht had het ontstaan van de onbalansverplichtingen te voorkomen.

517 Zie ook Slaski 2011, p. 98.

hoogte zijn, maar nalaten het ontstaan van de daaruit voortvloeiende schulden te verhinderen. In dat geval valt bovendien niet in te zien waarom iets anders zou gelden in faillissement. Mijns inziens zou dit in strijd zijn met het systeem van de surseance en het faillissement. Louter stilzitten behoort onvoldoende te zijn om aan te nemen dat een over en weer nog niet geheel nakomen overeenkomst gestand wordt gedaan.[518]

4.6.4.2 Analyse verschillende casusposities

Een enkele keer zal ook bij het ontbreken van een uitdrukkelijke verklaring van de curator duidelijk zijn dat de overeenkomst gestand wordt gedaan. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat de curator de overeenkomst nakomt of de wederpartij tot nakoming aanspreekt. Veelal zal de situatie evenwel minder duidelijk zijn.

Stel nu dat sprake is van een overeenkomst waarbij aan de schuldenaar een licentie is verstrekt. Doet de curator die de onderneming gedurende enige maanden voortzet en daarbij van de licentie gebruik blijft maken de overeenkomst gestand? In de praktijk lijkt er in de regel van te worden uitgegaan dat de curator in een dergelijk geval slechts de ná faillissement genoten prestaties als boedelschuld dient te vergoeden.[519] Hoewel ik een regeling die de curator in staat stelt te beschikken over de prestaties van contractpartijen van de gefailleerde tegen voldoening van uitsluitend díe prestaties wenselijk acht, meen ik dat naar geldend recht moet worden aangenomen dat de curator de overeenkomst in het gegeven voorbeeld gestand doet en daarmee *alle* aanspraken die de licentiegever aan het contract ontleent, tot boedelschuld verheft. Het zou mijns inziens ook ongewenst zijn dat het voor de mogelijkheden van de curator om te beschikken over de prestaties van de wederpartij verschil zou maken of hij het verkrijgen van die prestaties al dan niet zelf in de hand heeft.

Wat te denken van de situatie dat de curator een rekeningovereenkomst niet opzegt en debiteuren betalingen blijven doen ten gunste van de desbetreffende rekening? Mag de bank in dat geval na datum faillissement gemaakte kosten als boedelschuld verhalen op eveneens na die datum binnengekomen bedragen?[520] Naar mijn mening is het enkele feit dat de curator de overeenkomst niet uit eigen beweging opzegt, onvoldoende om aan te nemen dat zij gestand wordt gedaan. Hiertoe is meer vereist, bijvoorbeeld de omstandigheid dat de curator de bank instrueert om ten laste van het saldo op de rekening betalingen te verrichten.

Bijzondere aandacht is op zijn plaats voor die gevallen waarin de gedraging die de wederpartij aanleiding geeft te veronderstellen dat de overeenkomst gestand

---

518 In de zaak Mulder q.q. & Hijmans q.q./TenneT had TenneT niet het standpunt ingenomen dat de schuldenaar en de bewindvoerder het contract (stilzwijgend) gestand hadden gedaan en het is ook de vraag of het iets had uitgemaakt. TenneT had de overeenkomst immers zelf met onmiddellijke ingang opgezegd, terwijl niet blijkt dat er op datum surseance betalingsachterstanden waren die als gevolg van een bereidverklaring van de schuldenaar en de bewindvoerder tevens tot boedelschuld waren gepromoveerd.

519 Zie Praktijkboek Insolventierecht 2, p. 60; De Liagre Böhl 1991, p. 96-97.

520 Voor verhaal van deze kosten op het op datum faillissement *reeds aanwezige* creditsaldo is gestanddoening door de curator naar mijn mening veelal niet vereist. De bank zal deze bevoegdheid doorgaans kunnen ontlenen aan het op basis van art. 24 (voorheen art. 18) Algemene bankvoorwaarden op dit saldo gevestigde *openbare* pandrecht.

wordt gedaan, een *stilzitten* betreft. De Liagre Böhl geeft het voorbeeld van een curator die stilzwijgend toestaat dat wordt voortgegaan met de afbouw van een door de schuldenaar opgedragen bouwwerk. Kort voor de voltooiing stopt de curator het werk. Hij zegt de aannemer toe de ná datum faillissement door hem verrichte prestaties als boedelschuld te zullen vergoeden en nodigt hem uit zijn schadeclaim ter verificatie in te dienen.[521] Is dat terecht? Of is de curator verplicht het gehele project ten laste van de boedel te doen voltooien, althans de aannemer de gehele aanneemsom te voldoen? De Liagre Böhl meent dat de curator tot dit laatste alleen dan gehouden is indien sprake is geweest van een 'uitdrukkelijke, op voltooiing gerichte wilsuiting'. Ik deel zijn mening. Louter stilzitten is onvoldoende om aan te nemen dat de curator de overeenkomst stilzwijgend gestand doet. Bijkomende omstandigheden zijn vereist, zoals de omstandigheid dat de curator bij de wederpartij naar de voortgang van het bouwproject informeert. De wederpartij zal er dan al snel op mogen vertrouwen dat de curator met de voltooiing ervan ten laste van de boedel instemt.

De situatie wordt ten slotte helemaal precair wanneer het een overeenkomst betreft die niet een *positieve* prestatie (een geven of een doen), maar een *negatieve* prestatie (een dulden of een niet-doen) van de boedel vergt. Ten aanzien van een dergelijke overeenkomst geldt dat de curator automatisch nakomt. Ingeval sprake is van een overeenkomst die de schuldenaar tot een negatieve prestatie verplicht, dient uit de aard der zaak dan ook grote terughoudendheid te worden betracht bij het aannemen van een stilzwijgende gestanddoening door de curator. Weliswaar heeft de Hoge Raad in het Nebula-arrest geoordeeld dat de curator in een dergelijk geval in beginsel gerechtigd is om *actief* niet-nakoming te bewerkstelligen,[522] uit het enkele feit dat de curator vooralsnog niet van dit recht gebruikmaakt, mag mijns inziens níet worden afgeleid dat hij de overeenkomst gestand doet. Ook hier zijn bijkomende omstandigheden vereist.[523]

4.6.5 Aansprakelijkheid jegens de wederpartij

Ingeval de curator een door de schuldenaar gesloten overeenkomst gestand doet en nadien in de nakoming tekortschiet, is mogelijk dat de wederpartij daardoor schade lijdt die zij – doordat de boedel onvoldoende middelen bevat om alle boedelschulden te betalen – niet of slechts ten dele kan verhalen. De vraag die dan opkomt, is of de wederpartij de curator voor het onverhaalbaar gebleken gedeelte *persoonlijk* kan aanspreken.[524]

In zijn algemeenheid geldt dat wanneer de curator boedelschulden doet ontstaan die niet kunnen worden voldaan, hij daarvoor in beginsel níet persoonlijk aansprakelijk is. Potentiële wederpartijen moeten – evenals buiten faillissement – voor hun eigen belangen waken. Geeft de toestand van de boedel aanleiding tot zorg, dan kunnen zij hun positie verstevigen door zekerheid of contante betaling te

521 Zie De Liagre Böhl 1991, p. 96-97.
522 Zie HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. PvS, waarover § 5.2.1.
523 Vgl. de noot van P. van Schilfgaarde onder HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155 (*Nebula*), onder 5.
524 Aansprakelijkstelling van de curator q.q. heeft in een dergelijk geval geen zin, aangezien dat de wederpartij hooguit een boedelvordering oplevert en die heeft zij al.

bedingen. Is de curator daartoe niet bereid of in staat, dan kunnen zij ook besluiten van de voorgenomen transactie af te zien.[525] De mogelijkheden die de curator heeft om zonder risico op aansprakelijkheid boedelschulden aan te gaan, zijn echter uiteraard niet onbegrensd. Aangenomen wordt dat de grens in zijn algemeenheid daar ligt waar de curator schulden doet ontstaan terwijl hij weet of behoort te weten dat deze niet kunnen worden betaald.[526] Hiermee wordt aanknoopt bij de zogeheten Beklamel-jurisprudentie, die betrekking heeft op de aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen.[527] Dit betekent echter niet dat de positie van de faillissementscurator op dit punt geheel vergelijkbaar is met die van een bestuurder. Verstijlen wijst er terecht op dat de curator bij zijn aantreden als het ware op een zinkend schip wordt geparachuteerd, zodat van hem niet meteen mag worden verwacht dat hij inzicht heeft in de vermogenspositie van de schuldenaar. In de periode vlak na zijn aanstelling mag dan ook minder snel worden aangenomen dat de curator had behoren te weten dat een schuld niet kon worden voldaan.[528]

Geldt nu hetzelfde wanneer de curator zich bereid verklaart een door de schuldenaar gesloten overeenkomst gestand te doen? Vooropgesteld zij, dat de wederpartij binnen het kader van art. 37 Fw beperktere middelen heeft om haar eigen belangen te verzekeren dan de partij die op het punt staat met de curator te contracteren. Zij heeft niet de mogelijkheid contante betaling te bedingen noch kan zij zonder meer besluiten om maar helemaal van het handelen met de curator af te zien. De belangen van de wederpartij worden echter in belangrijke mate gewaarborgd door de in art. 37 lid 2 Fw neergelegde verplichting van de curator tot zekerheidstelling. Schendt de curator een wettelijke plicht ten opzichte van een individuele betrokkene, dan leidt dat al snel tot diens persoonlijke aansprakelijkheid voor de daardoor veroorzaakte schade.[529] Toch meen ik dat de curator hier een zekere mate van beleidsvrijheid heeft. Indien de wederpartij uitdrukkelijk met een bereidverklaring genoegen neemt, bijvoorbeeld omdat zij nakoming wenst en de curator niet tot het stellen van zekerheid in staat is, moet mijns inziens worden aangenomen dat hij daarmee van zijn plicht tot zekerheidstelling is ontslagen.[530] De toets die dan dient te worden aangelegd, is dezelfde als die buiten het kader van art. 37 Fw voor het aangaan van ongedekte boedelschulden wordt gehanteerd.

De vraag of de curator zijn plicht tot het stellen van zekerheid heeft geschonden, is in ieder geval niet relevant voor zover de wederpartij als gevolg van de tekortkoming *aanvullende* schade lijdt, nu de zekerheid van art. 37 lid 2 Fw daarvoor geen dekking biedt, althans behoort te bieden. Ter zake van aanvullende schade is de curator mijns inziens alleen dan persoonlijk aansprakelijk indien hij

525 Zie Verstijlen 1998a, p. 292.
526 Zie Verstijlen 1998a, p. 295, met verdere verwijzingen.
527 Zie HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286, m.nt. Ma (*Beklamel*) en meer recent HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659 (*Ontvanger/Roelofsen*).
528 Zie Verstijlen 1998a, p. 297. Vgl. Borgers 1996, p. 548-549. Vgl. Lemstra & Van der Weide 2008, p. 167.
529 Zie Molengraaff-Star Busmann 1951, p. 326; Verstijlen 1998a, p. 235-236.
530 Vgl. Hof Amsterdam 26 mei 1910, *W.* 9091, waarin werd overwogen dat de verkoper die op de sommatie van de curator tot levering was ingegaan zonder enig voorbehoud en zonder zekerheidstelling te vorderen, zich niet later op het gemis aan zekerheidstelling kon beroepen. Vgl. Van Dooren 2011, p. 86.

het ontstaan van de schade behoorde te voorzien én wist of behoorde te weten dat de boedel onvoldoende middelen zou bevatten om deze te vergoeden.

4.7 De curator doet de overeenkomst niet gestand

4.7.1 Het verlies van het recht om nakoming te vorderen

4.7.1.1 Achtergrond en doel van de regeling

In § 4.3 kwam aan de orde dat indien de curator onder vigeur van art. 37 (oud) Fw was verzocht zich tot gestanddoening bereid te verklaren en hij niet tijdig een verklaring van die strekking afgaf, de overeenkomst van rechtswege was ontbonden (*ex nunc*). Onder het huidige art. 37 Fw verliest de curator in dat geval op grond van lid 1 het recht om nakoming te vorderen. Een redelijke uitleg van art. 37 Fw brengt mijns inziens mee dat hetzelfde geldt indien de curator zich weliswaar binnen de gestelde termijn tot nakoming bereid verklaart, maar hij daarvoor niet tijdig adequate zekerheid stelt.[531]

De invoering van het verlies van het recht om nakoming te vorderen wordt in de parlementaire geschiedenis vrijwel niet toegelicht. In de memorie van toelichting wordt er slechts op gewezen dat ook § 17 van de Duitse *Konkursordnung* – welke bepaling model heeft gestaan voor art. 37 (oud) Fw – niet tot ontbinding van rechtswege, maar tot het verval van de nakomingsvordering van de *Konkursverwalter* leidt.[532] De gedachte is kennelijk dat waar de argumenten die ten tijde van de invoering van art. 37 (oud) Fw bestonden om van § 17 KO af te wijken – door te opteren voor een ontbinding van rechtswege – niet langer opgaan,[533] ook op dit punt alsnog bij die bepaling kan worden aangesloten. Dat doet vermoeden dat over het verval van de nakomingsvordering van de curator bij gelegenheid van de invoering van het huidige art. 37 Fw niet lang is doorgedacht. Zo lijkt de wetgever zich geen rekenschap te hebben gegeven van de wijze waarop § 17 KO door het *Bundesgerichtshof* werd uitgelegd. De weigering van de *Konkursverwalter* om de overeenkomst gestand te doen had niet alleen tot gevolg dat door hem geen nakoming meer kon worden gevorderd, maar impliceerde naar het oordeel van het *Bundesgerichtshof* ook dat het contract werd 'umgestaltet', in die zin dat de wederpartij nog slechts een vordering tot schadevergoeding resteerde die in het faillissement kon worden ingediend.[534] Het resultaat was daarmee in belangrijke mate vergelijkbaar met de in art. 37 (oud) Fw neergelegde ontbinding van rechtswege.

---

531 Zie ook de MvT, Kortmann & Faber 1995, p. 97. Zie voorts § 4.6.2.6.

532 Zie Kortmann & Faber 1995, p. 95. Ten tijde van de invoering van de Faillissementswet was de regeling van § 17 KO overigens nog neergelegd in § 15 KO. In § 103 van de *Insolvenzordnung* – de opvolger van § 17 KO – is het verlies van de nakomingsvordering gehandhaafd.

533 Zie nader § 4.3.

534 Zie BGH 16 januari 1986, *NJW* 1986, 1176, waarover Verstijlen 2006a, p. 111-112, die tevens wijst op latere jurisprudentie waarin het *Bundesgerichtshof* eerst het moment waarop de *Umgestaltung* plaatsvond naar voren heeft gehaald en heeft aangeknoopt bij de *Konkurseröffnung*, om dit later weer te nuanceren.

De regeling van art. 37 Fw vertoont gelijkenis met die van art. 6:88 BW. Op grond van art. 6:88 BW heeft een *schuldenaar* die in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet, de mogelijkheid om zijn *schuldeiser* een redelijke termijn te stellen waarbinnen deze kenbaar moet maken welke van de hem ten dienste staande middelen hij wenst in te zetten. Bij gebreke van een tijdige keuze resteert de *schuldeiser* dan in beginsel nog slechts de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen, of – in geval van overmacht – om het onderliggende contract te ontbinden.[535] De gedachte achter dit artikel is

> 'dat na het ongebruikt laten verstrijken van de gestelde termijn de schuldenaar er zeker van behoort te kunnen zijn, dat hij geen maatregelen meer behoeft te nemen om de mogelijkheid tot het verrichten van de verschuldigde prestatie open te houden'.[536]

Exact dezelfde gedachte gaat schuil achter art. 37 Fw.[537] Indien de curator zich niet binnen de gestelde termijn tot gestanddoening bereid verklaart, kan de wederpartij er zeker van zijn dat zij de verschuldigde prestatie niet meer behoeft te verrichten.[538] Onder art. 37 (oud) Fw werd dit gerealiseerd door een ontbinding van rechtswege,[539] onder het huidige art. 37 Fw doordat de curator het recht verliest om nakoming te vorderen.

Een belangrijk verschil is evenwel dat waar in een geval als in art. 6:88 BW bedoeld het aan de schuldeiser ontnemen van diens vordering tot nakoming noodzakelijk is voor het bereiken van het met die bepaling nagestreefde doel, dit in de context van art. 37 Fw veel minder het geval is. Wanneer de wederpartij de curator een redelijke termijn stelt en de curator zich niet binnen die termijn tot gestanddoening bereid verklaart, ontstaat in de regel – los van de werking van art. 37 lid 1 Fw – terstond de bevoegdheid tot ontbinding.[540] De wederpartij heeft in dat geval de mogelijkheid zich van de op haar rustende verbintenissen te bevrijden en daarmee van de onzekerheid of zij zich gereed moet houden voor nakoming of niet. De regeling van art. 37 lid 1 Fw voegt hieraan betrekkelijk weinig toe.[541] Zij biedt de wederpartij in dat geval slechts de gelegenheid om in alle rust een keuze te maken tussen de verschillende bevoegdheden die haar ten dienste staan, zonder dat zij het risico loopt alsnog te moeten nakomen doordat de curator het aan de zijde van de schuldenaar ingetreden verzuim met toepassing van art. 6:86 BW zuivert.[542] Op zijn beurt heeft de curator dan weer de mogelijkheid die bedenktijd in te korten met een beroep op de regeling van art. 6:88 BW.

---

535 Zie nader § 3.3.4.1.
536 Zie Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1256-1257.
537 In dezelfde zin: Bakels 1993, p. 253.
538 Vgl. de MvT bij art. 37 (oud) Fw, Van der Feltz I, p. 409.
539 Hierbij zij aangetekend dat de ontbinding *ex nunc* plaatsvond en de partij die tot het moment van ontbinding het minste had gepresteerd, gehouden was het evenwicht te herstellen. In zoverre kon dus ook de wederpartij nog tot nakoming worden verplicht. Zie nader § 4.3.
540 Zie § 3.3.5.2.2.
541 Vgl. Verstijlen 2006a, p. 107. Vgl. voorts Verschoof 1992, p. 58, die de bepaling dat de curator zijnerzijds het recht verliest om nakoming te vorderen kwalificeert als 'een dode letter'. Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2487, acht de bepaling daarentegen wél van betekenis.
542 Men kan zich afvragen wat hiervoor de rechtvaardiging is; zie § 3.3.5.2.2.

4.7.1.2 Reikwijdte

4.7.1.2.1 Alleen voor de duur van het faillissement of ook daarna?

De reikwijdte van het verlies van de nakomingsvordering is onduidelijk. Zo kan twijfel bestaan over de vraag of dit verlies een permanent karakter heeft of slechts voor de duur van het faillissement geldt. In zijn conclusie voor het in § 4.4.2.6.2 besproken arrest van de Hoge Raad in de zaak Warnas/Mettler overwoog A-G Bakels ten aanzien van de regeling van art. 37 (oud) Fw:

> 'De ontbinding die door de werking van art. 37 Fw (oud) tot stand werd gebracht, behield […] haar gelding na afloop van het faillissement omdat de rechtszekerheid vergt dat de schuldeiser zich op de nieuw ontstane situatie kan instellen en desgewenst met een andere wederpartij zaken kan doen.'[543]

Deze opvatting lijkt mij voor weinig twijfel vatbaar. Een overeenkomst is ontbonden of zij is het niet. Een *tijdelijke* ontbinding past niet in ons rechtssysteem en tast de rechtszekerheid aan, terwijl met art. 37 (oud) Fw juist werd beoogd de wederpartij zekerheid te verschaffen. Indien de door art. 37 (oud) Fw tot stand gebrachte ontbinding slechts voor de duur van het faillissement gold, kwam de wederpartij door de toepassing van die bijzondere regeling bovendien in een slechtere positie te verkeren dan wanneer zij zich van de algemene regeling van art. 1302 (oud) BW zou hebben bediend. Dat kan niet de bedoeling zijn. Het laten 'herleven' van de overeenkomst na afloop van het faillissement zou ten slotte ook geheel in strijd zijn geweest met het feit dat de wederpartij op grond van art. 37 (oud) Fw in het faillissement kon opkomen voor schadevergoeding ter zake van geleden verlies of gederfde winst doordat het contract voor de toekomst was ontbonden.[544]

De hiervoor gesignaleerde bezwaren gelden níet indien het verlies van de nakomingsvordering ex art. 37 lid 1 Fw tot de duur van het faillissement zou worden beperkt. In de vorige paragraaf kwam aan de orde dat indien de curator zich niet binnen een hem gestelde termijn tot nakoming bereid verklaart, de wederpartij in de regel de mogelijkheid zal hebben de overeenkomst te ontbinden. Het feit dat de curator zijn recht om nakoming te vorderen verliest, staat hieraan niet in de weg. Het na afloop van het faillissement laten 'herleven' van het recht om nakoming te vorderen, zou dan ook alleen onzekerheid meebrengen voor partijen die het contract ondanks de weigering van de curator zich tot nakoming bereid te verklaren in stand hebben gelaten, omdat zij meenden daarmee een voordeel te kunnen behalen of niet bevoegd waren de overeenkomst te beëindigen. Bij dit laatste kan worden gedacht aan de situatie dat de wederpartij geen beëindigingsrecht bij faillissement heeft bedongen en ontbinding evenmin mogelijk is, bijvoorbeeld omdat dit contractueel is uitgesloten, de (gevreesde)

543 Zie de conclusie voor HR 19 oktober 2001, *JOL* 2001, 556, onder 2.13.
544 Zie § 4.3.

tekortkoming van te geringe betekenis is om dit te rechtvaardigen,[545] of de wederpartij in schuldeisersverzuim verkeert.[546] In dergelijke gevallen lijkt mij geen aanleiding te bestaan de wederpartij te beschermen door het rechtsgevolg van art. 37 lid 1 Fw na het eindigen van het faillissement te laten voortduren. Het is mijns inziens ook niet aanvaardbaar dat de wederpartij de schuldenaar na faillissement nog uit hoofde van het contract zou kunnen aanspreken, terwijl die laatste de betaling van de tegenprestatie niet zou kunnen afdwingen.

In het licht van het voorgaande meen ik dat het rechtsgevolg dat art. 37 lid 1 Fw verbindt aan het verstrijken van een aan de curator gestelde termijn zonder dat hij zich tot nakoming bereid heeft verklaard, alleen geldt zolang het faillissement loopt. Dit strookt ook met de tekst van art. 37 lid 1 Fw, waarin uitdrukkelijk is bepaald dat het de *curator* is die het recht om nakoming te vorderen verliest. De schuldenaar die na afloop van het faillissement nog een reëel bestaan leidt, omdat hij een natuurlijk persoon is of hij zijn schuldeisers een akkoord heeft aangeboden dat door de rechtbank is gehomologeerd, ondervindt van de werking van art. 37 lid 1 Fw dus geen nadeel.

Surseance van betaling

Het verlies van de nakomingsvordering in art. 236 lid 1 Fw geldt naar mijn mening eveneens slechts voor de duur van de surseance van betaling, tenzij de surseance door een faillissement wordt opgevolgd. In dat geval dient in het licht van art. 249 Fw – dat ertoe strekt de surseance en het opvolgende faillissement als één geheel te behandelen[547] – te worden aangenomen dat het verlies van de nakomingsvordering van de schuldenaar en de bewindvoerder van rechtswege leidt tot het verlies van de nakomingsvordering van de curator.

4.7.1.2.2 Bepaalde of alle contractuele rechten?

De hoofdregel

Een andere onduidelijkheid omtrent de reikwijdte van art. 37 lid 1 Fw betreft de vraag of het verlies van het recht om nakoming te vorderen betrekking heeft op *alle* contractuele rechten van de schuldenaar, of dat er ook verbintenissen resteren waarvan de nakoming wél door de curator kan worden afgedwongen. Deze vraag was (mede) de inzet van een proefprocedure die recentelijk diende voor de Rechtbank Almelo.[548]

Tussen Avabouw en een tweetal opdrachtgevers bestond een aannemingsovereenkomst met betrekking tot de bouw van een woning. Tijdens de bouw ging Avabouw failliet, waarna de opdrachtgevers de curator op de voet van art. 37 Fw om gestanddoening vroegen. De curator verklaarde zich daartoe níet bereid, maar maakte tegelijkertijd wél aanspraak op betaling van een bedrag dat correspondeerde met de waarde van de tot aan de faillissementsdatum door Avabouw

545 Zie de artikelen 6:80 en 6:265 lid 1 BW.
546 Zie art 6:266 BW.
547 Zie HR 27 mei 1988, *NJ* 1988, 964, m.nt. G (*AMRO/Den Hollander q.q.*), r.o. 3.3.
548 Zie Rb. Almelo 4 april 2012, *LJN*: BW2517.

verrichte werkzaamheden. De opdrachtgevers stelden tezamen met Woningborg – aan wie zij hun schadevergoedingsaanspraken hadden gecedeerd – dat de curator tot dit laatste niet gerechtigd was, omdat de aannemingsovereenkomst niet in de door de curator voorgestane tussentijdse facturering voorzag. Of zij de rechtbank daarnaast uitdrukkelijk hebben gewezen op het door art. 37 lid 1 Fw bewerkstelligde verlies van de nakomingsvordering van de curator kan uit de uitspraak niet worden afgeleid. De rechtbank oordeelde:

> 'Onjuist is […] het betoog dat de Curator dan niet op basis van de stand van het werk tot die datum van het faillissement zou kunnen factureren (zelfs in het geheel niet zou kunnen factureren indien het standpunt van Woningborg zou worden gevolgd): de beëindiging van de overeenkomst tot aanneming van werk vindt ook niet plaats op basis van enige contractuele bepaling maar op basis van de Faillissementswet, meer in het bijzonder op het daarin neergelegde (algemene) fixatie-beginsel zomede de regeling ex artikel 37. Zulks heeft tot gevolg dat de Curator – op peildatum faillissement en naar gelang van de stand van het werk – kan factureren en als zodanig van Woningborg en/of [opdrachtgevers] kan vorderen.'[549]

Met dit oordeel van de rechtbank kan niet worden ingestemd. In de eerste plaats is onjuist dat de overeenkomst zou zijn geëindigd op basis van het fixatiebeginsel en de regeling van art. 37 Fw. Als gevolg van de faillietverklaring vindt weliswaar fixatie van het actief en het passief plaats,[550] maar op overeenkomsten oefent die faillietverklaring nu juist 'niet den minsten invloed uit'.[551] Contracten worden als gevolg van het faillissement gewijzigd noch beëindigd.[552] Ook een verklaring van de curator dat hij de overeenkomst niet gestand doet, leidt sinds 1 januari 1992 niet meer tot het eindigen van het contract, maar tot het verlies van diens recht om nakoming te vorderen. De principiële vraag die moest worden beantwoord, is of dit verlies ook reeds opgebouwde aanspraken treft, daargelaten of door Avabouw in het onderhavige geval reeds aanspraken waren opgebouwd.

Het antwoord op deze vraag dient naar mijn mening bevestigend te luiden. In § 4.5.1 kwam aan de orde dat de curator alleen de bevoegdheid heeft een door de schuldenaar gesloten contract integraal gestand te doen; *cherry picking* is niet mogelijk. Hierin ligt besloten dat de gevolgen van het feit dat de curator niet tot gestanddoening bereid is zich eveneens tot de gehele overeenkomst uitstrekken, nu de curator anders toch gedeeltelijk nakoming zou kunnen bewerkstelligen. Het door mij verdedigde standpunt strookt bovendien met de tekst van art. 37 lid 1 Fw, waarin uitdrukkelijk wordt gerept van het verlies van het recht om nakoming van de *overeenkomst* te vorderen. Voor de curator van Avabouw betekent dit dat art. 37 lid 1 Fw eraan in de weg stond dat hij de opdrachtgevers tot betaling voor reeds op basis van de aannemingsovereenkomst geleverde prestaties aansprak, ongeacht of in de mogelijkheid van tussentijdse facturering was voorzien.

549 Zie r.o. 12.
550 Zie § 2.3.
551 Zie de MvT bij art. 37 (oud) Fw, Van der Feltz I, p. 409.
552 Zie nader § 3.1.

Ook indien bijvoorbeeld sprake is van een overeenkomst tussen een verzekeraar en een tussenpersoon op basis waarvan de tussenpersoon tegen ontvangst van provisie bemiddelt bij het afsluiten van verzekeringen en de curator van de tussenpersoon de overeenkomst niet gestand doet, verliest hij ingevolge art. 37 lid 1 Fw tevens het recht om betaling van reeds opgebouwde, maar nog niet door de verzekeraar voldane provisieaanspraken af te dwingen.

Uitzonderingen

Als regel geldt dus dat het door art. 37 lid 1 Fw bewerkstelligde verlies van het recht om nakoming te vorderen *alle* contractuele rechten van de schuldenaar treft. Deze regel is evenwel niet zonder uitzonderingen. Ter illustratie wijs ik op het arrest van het Hof Den Haag in de zaak Borsboom q.q./Jonkman & CMR.[553]

Wat was het geval? CMR was door RET als aannemer ingeschakeld terzake het Metroproject Beneluxlijn. Op haar beurt had CMR Van Dam ingeschakeld om als onderaannemer geluidsschermen te ontwerpen, te leveren en te monteren. Ter uitvoering van deze opdracht had Van Dam schermen vervaardigd, waarna zij Jonkman de opdracht had gegeven deze van een coating te voorzien. Van Dam ging failliet. Op dat moment had Jonkman haar werkzaamheden ten dele voltooid en voor de verrichte werkzaamheden facturen verzonden, die Van Dam nog niet had betaald. Jonkman verzocht de curator of hij bereid was de overeenkomst gestand te doen, die daarop antwoordde daartoe niet bereid te zijn en een eventueel beroep van Jonkman op een retentierecht op de voet van art. 60 lid 2 Fw te zullen doorbreken. Vervolgens trad de curator met CMR in overleg over de voorwaarden waaronder CMR bereid zou zijn de geluidsschermen van de boedel af te nemen, waarbij Jonkman dan voorrang op de opbrengst zou krijgen. Op dat moment had Jonkman echter inmiddels zijn werkzaamheden voltooid en de schermen buiten de curator om tegen betaling aan CMR afgegeven. De curator betrok daarop onder andere Jonkman en CMR in rechte.

In eerste aanleg beriep de curator zich op een eigendomsrecht met betrekking tot de schermen. In hoger beroep ging hij er echter vanuit dat de eigendom rustte bij RET en sprak hij Jonkman onder meer aan uit hoofde van wanprestatie. Het contract bepaalde dat Jonkman gehouden was om bij voltooiing, tussentijdse opzegging of ontbinding de door hem ter bewerking ontvangen zaken aan Van Dam te retourneren. Deze bepaling had Jonkman naar het oordeel van de curator geschonden door de schermen na voltooiing niet aan hem, maar aan CMR af te geven. Van de zijde van Jonkman en CMR werd hiertegen ingebracht dat de curator het contract niet gestand had gedaan, als gevolg waarvan ook geen verplichting tot teruggave meer bestond, maar het hof ging daar niet in mee. Naar zijn oordeel kon de curator nakoming van de verplichting tot teruggave verlangen, ondanks het feit dat hij zich niet tot gestanddoening bereid had verklaard.

553 Zie Hof Den Haag 25 november 2008, *JOR* 2009, 89, m.nt. E. Loesberg.

Ik acht het oordeel van het hof juist. Het doel van het verlies van de nakomingsvordering is de beëindiging van de bij de wederpartij bestaande onzekerheid. Met het verstrijken van de termijn zonder dat de curator een bereidverklaring afgeeft, kan de wederpartij er zeker van zijn dat zij niet meer zal behoeven na te komen en dus ook niet langer maatregelen behoeft te nemen om de mogelijkheid tot het verrichten van de door haar verschuldigde prestaties open te houden.[554] De hier bedoelde onzekerheid doet zich mijns inziens níet voor ten aanzien van de verbintenis tot teruggave van de schermen, nu deze in ieder denkbaar scenario op de wederpartij blijft rusten, zelfs indien het contract door één van de partijen algeheel wordt ontbonden.[555] Van dergelijke verbintenissen zal de curator dus nakoming kunnen vorderen, ongeacht de werking van art. 37 lid 1 Fw.[556]

4.7.1.2.3 Overige bevoegdheden

Een laatste onduidelijkheid omtrent de reikwijdte van art. 37 lid 1 Fw heeft betrekking op de *overige* (contractuele) bevoegdheden die de curator ten dienste staan. Mag de curator de door de werking van art. 37 lid 1 Fw getroffen aanspraken verrekenen met een schuld aan de wederpartij of die aanspraken ten laste van een door de wederpartij gestelde zekerheid brengen? Ik zou menen van niet, omdat de curator daarmee alsnog – in weerwil van art. 37 lid 1 Fw – nakoming zou weten te bewerkstelligen.[557] Iedere bevoegdheid waarvan de uitoefening tot gevolg heeft dat *nakoming* wordt verkregen, wordt naar mijn mening bij niet-gestanddoening door de regeling van art. 37 lid 1 Fw uitgeschakeld. Ook ligt in de rede om aan te nemen dat door de curator in een voorkomend geval geen vordering tot *vervangende schadevergoeding* kan worden ingesteld,[558] nu een dergelijke vordering een substituut van het recht op nakoming is. Gaat de wederpartij in reactie op de negatieve verklaring van de curator over tot (algehele) *ontbinding* en ontstaan daardoor aan de zijde van die wederpartij ongedaanmakings- of waardevergoedingsverplichtingen,[559] dan de curator de wederpartij naar mijn mening wél tot nakoming van díe verplichtingen

554 Vgl. de MvT bij art. 37 (oud) Fw, Van der Feltz I, p. 409.

555 Vgl. art. 6:271 lid 1 BW, waaruit volgt dat partijen in geval van ontbinding alleen van de 'daardoor getroffen verbintenissen' worden bevrijd. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1026, waar erop wordt gewezen dat de huurder na ontbinding van de huur nog verplicht is tot teruggave van het gehuurde en dat ook de verplichting om voor het gehuurde zorg te dragen tot het moment van teruggave in stand blijft.

556 Vgl. de noot van E. Loesberg onder het arrest in *JOR* 2009/89, onder 2, die een onderscheid maakt tussen de *primaire* verbintenissen van de wederpartij – waarvan de curator als gevolg van de werking van art. 37 lid 1 Fw geen nakoming meer kan vorderen – en de *secundaire* verbintenissen, die volgens Loesberg wél steeds moeten worden nagekomen. Met *secundaire* verbintenissen lijkt in de regel te worden gedoeld op die verbintenissen die ontstaan indien de oorspronkelijke – primaire – verbintenis níet wordt nagekomen; zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 43. In de hier aan de orde zijnde gevallen kan het echter tevens gaan om verbintenissen die ontstaan op een moment dat de primaire verbintenissen zijn nagekomen, zoals ook in het berechte geval aan de orde was. Om deze reden geef ik er de voorkeur aan hier te onderscheiden tussen verbintenissen die wél en verbintenissen die níet door een algehele ontbinding worden getroffen. Van de eerste categorie kan de curator als gevolg van de werking van art. 37 lid 1 Fw géén nakoming meer vorderen, van de tweede wél.

557 Anders: Rb. Almelo 4 april 2012, *LJN*: BW2517, die verhaal door de curator op een door de wederpartij bij een notaris gestorte waarborgsom toelaatbaar oordeelde, ondanks het feit dat de curator op verzoek van de wederpartij had verklaard het contract níet gestand te doen. Zie over deze uitspraak § 4.7.1.2.2.

558 Zie art. 6:87 BW.

559 Zie de artikelen 6:271 en 6:272 BW.

aanspreken. Leidt de ontbinding tot een verplichting om de oorspronkelijke waardeverhouding te herstellen,[560] dan kan de curator ook daarvan nakoming afdwingen. Het contract waarvan de curator door de werking van art. 37 lid 1 Fw geen nakoming meer kon vorderen, bestaat in beide gevallen immers niet meer.

Kan de curator die het recht om nakoming te vorderen heeft verloren zélf het contract *ontbinden*? Kan de curator wel *aanvullende* schadevergoeding vorderen? Vriesendorp en Wessels menen dat de contractuele verplichtingen van de wederpartij met het verstrijken van de termijn ex art. 37 Fw zonder dat de curator zich tot nakoming bereid heeft verklaard, ingevolge art. 6:3 lid 2 sub a BW devalueren tot *natuurlijke* verbintenissen.[561] Een belangrijke consequentie van die opvatting is dat de curator dan niet alleen het recht om nakoming te vorderen verliest, maar tevens alle andere bevoegdheden die slechts ten aanzien van een *civiele* verbintenis kunnen worden uitgeoefend, waaronder de bevoegdheid tot ontbinding en die tot het vorderen van schadevergoeding.[562] Verstijlen meent echter dat de curator in een voorkomend geval wel degelijk kan ontbinden of schadevergoeding kan vorderen, om de eenvoudige reden dat art. 37 lid 1 Fw hem het recht daarop niet ontneemt.[563] In zijn noot onder het in § 4.7.1.2.2 besproken arrest van het Hof Den Haag in de zaak Borsboom q.q./Jonkman & CMR verdedigt ook Loesberg dat indien de wederpartij een contractuele verplichting schendt en daarmee schade veroorzaakt, zij jegens de curator verplicht is die schade te vergoeden, ongeacht of art. 37 lid 1 Fw aan het afdwingen van de nakoming van die verplichting in de weg staat.[564]

De consequenties die aan de kwalificatie van een *natuurlijke* verbintenis verbonden zijn, spreken mij binnen de context van art. 37 lid 1 Fw niet aan. Zij gaan verder dan het doel van de regeling – het bieden van zekerheid aan de wederpartij dat zij de verschuldigde prestatie niet meer behoeft te verrichten – lijkt te rechtvaardigen. Deze doelstelling wordt niet doorkruist door de curator zijn bevoegdheid tot ontbinding en tot het vorderen van aanvullende schadevergoeding te laten behouden. Het is mijns inziens ook niet noodzakelijk om vanwege het verliezen van de nakomingsvordering steeds tot een (zuiver) natuurlijke verbintenis te concluderen. De regeling van art. 6:88 BW – waarachter dezelfde bedoeling schuil gaat – berooft de schuldeiser eveneens van zijn nakomingsvordering, maar laat diens aanspraak op de schadevergoeding waarop de tekortkoming recht geeft, intact.

Ook de wetgever lijkt ervan uit te gaan dat de curator die het recht verliest om nakoming te vorderen, níet tevens een reeds bestaande schadevergoedingsvordering wordt ontnomen. De memorie van toelichting bij art. 37 Fw geeft het voorbeeld van een koopovereenkomst op grond waarvan het gekochte de

560 Zie art. 6:278 BW, waarover in het bijzonder § 3.3.4.2.2.
561 Zie Vriesendorp 1985, p. 75, noot 32; Wessels 1988, par. 278; Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2487.
562 Zie art. 6:4 BW, dat ten aanzien van natuurlijke verbintenissen de wettelijke bepalingen betreffende verbintenissen van overeenkomstige toepassing verklaart, *tenzij* uit een bepaling of de strekking daarvan volgt dat zij geen toepassing mag vinden op een niet-afdwingbare verbintenis. Zie voorts Parl. Gesch. Boek 6, p. 85; Wessels 1988, nr. 694; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 82.
563 Zie Verstijlen 2006a, p. 107, die geen onderscheid maakt tussen de bevoegdheid tot het vorderen van *aanvullende* schadevergoeding en die tot het vorderen van *vervangende* schadevergoeding.
564 Zie E. Loesberg, noot onder Hof Den Haag 25 november 2008, *JOR* 2009, 89, onder 2.

schuldenaar in drie partijen moet worden geleverd. De eerste twee leveranties zijn op datum faillissement reeds verricht, maar alleen de eerste is betaald, omdat de tweede gebreken vertoont. De wederpartij stelt de curator een termijn ex art. 37 Fw. Verklaart de curator zich niet tijdig tot gestanddoening bereid, dan verliest hij het recht op nakoming, dat wil zeggen op herstel van de tekortkoming ter zake van de tweede partij conform het bepaalde in art. 7:21 BW en op levering van de derde partij. De curator kan nu de wederpartij een termijn in de zin van art. 6:88 BW stellen. Reageert zij niet tijdig, dan zal de wederpartij volgens de memorie van toelichting

> 'geen nakoming meer kunnen vragen, maar wel vervangende schadevergoeding, waarbij de eventuele schade die de boedel door de gebreken van de tweede partij lijdt, *in mindering [zal] moeten worden gebracht door verrekening overeenkomstig art. 53 [Fw]*'.[565]

De curator kan hier dus een vordering tot aanvullende schadevergoeding geldend maken ondanks het feit dat hij het recht om nakoming te vorderen inmiddels heeft verspeeld.[566]

Het is echter van belang zich te realiseren dat indien de schuldenaar inderdaad een recht op schadevergoeding ter zake van de *tweede* partij toekwam, dit recht op het moment dat de curator zijn recht op nakoming verloor al bestond. Het verlies van de nakomingsvordering ten aanzien van díe partij kan dan worden beschouwd als niet meer dan een beperking van de rechtsvorderingen die aan de curator ten dienste staan, zoals dat onder art. 6:88 BW eveneens het geval is.[567] Maar iets anders geldt ten aanzien van de *derde* partij. Op het moment dat de curator zijn vordering tot nakoming ten aanzien van díe partij verloor, stonden hem géén andere rechtsvorderingen ter beschikking. Het lijkt dan uitgesloten dat in de toekomst nog een bevoegdheid tot ontbinding of tot het vorderen van schadevergoeding ontstaat, nu de daarvoor vereiste tekortkoming zich als gevolg van de werking van art. 37 lid 1 Fw niet meer kan voordoen. Ten aanzien van de verplichting van de wederpartij tot levering van de *derde* partij lijkt de kwalificatie van een (zuiver) natuurlijke verbintenis dan ook welhaast onvermijdelijk.

4.7.1.3 De wederpartij verkrijgt toch nakoming of vervangende schadevergoeding

De werking van art. 37 lid 1 Fw lijkt de curator voor serieuze problemen te stellen indien de wederpartij hem om gestanddoening verzoekt, terwijl zij voor het

565 Zie Kortmann & Faber 1995, p. 97.

566 In het licht van art. 6:131 BW en HR 31 januari 1992, *NJ* 1992, 686, m.nt. PvS (*Van der Hoeven/Comtu*) acht ik overigens niet helemaal uitgesloten dat de hier bedoelde verrekening ook zou zijn toegestaan indien wél van een (zuiver) natuurlijke verbintenis sprake zou zijn. Het is evenwel niet aannemelijk dat in de geciteerde passage in de memorie van toelichting wordt beoogd de gestelde verrekeningsbevoegdheid te gronden op een analogische toepassing van de bijzondere regeling van art. 6:131 BW zonder daar ook maar één woord aan te wijden, terwijl het arrest Van der Hoeven/Comtu op een later moment is gewezen.

567 Vgl. Bakels 1993, p. 253, die stelt dat met art. 37 Fw hetzelfde belang wordt nagestreefd als met art. 6:88 BW en dat 'het rechtsgevolg van een vergeefs verstrijken van de termijn in zoverre gelijk [is], dat de overeenkomst in beginsel blijft gelden, maar dat de niet (afdoende) reagerende schuldeiser wordt beknot in de hem ten dienste staande rechtsvorderingen'.

verkrijgen van nakoming niet op de curator is aangewezen. Verstijlen geeft het voorbeeld van de huurder die de curator op basis van art. 37 Fw verzoekt de overeenkomst gestand te doen.[568] Geeft de curator niet tijdig een verklaring van die strekking af, dan verliest hij het recht om nakoming te vorderen. Maar de overeenkomst blijft in stand. Mogelijkheden om de huurder diens huurrecht te ontnemen heeft de curator niet, althans indien het de huur van een gebouwde onroerende zaak betreft.[569] In theorie zou de huurder nu van het gehuurde gebruik kunnen maken zónder dat de curator betaling van de daartegenover staande huurpenningen zou kunnen vorderen.[570] Een ander voorbeeld is de koop van een onroerende zaak, waarbij de koper de curator eerst om gestanddoening vraagt en indien de curator zich daartoe niet bereid verklaart, alsnog de levering op de voet van art. 7:3 lid 3 sub g BW afdwingt.[571] Ook kan worden gedacht aan situaties waarin de wederpartij de mogelijkheid heeft haar vordering tot nakoming of – indien zij aanspraak heeft op een andere prestatie dan de betaling van een geldsom – tot vervangende schadevergoeding op een door de schuldenaar gestelde zekerheid te verhalen.

Een enigszins vergelijkbaar probleem doet zich voor indien de curator zich eerst wél tot nakoming bereid verklaart, maar vervolgens niet in staat blijkt om binnen een redelijke termijn de door art. 37 lid 2 Fw vereiste zekerheid te stellen. Enerzijds verliest hij dan het recht om nakoming van de overeenkomst te vorderen, terwijl hij anderzijds als gevolg van diens eerdere bereidverklaring zelf wél tot nakoming gehouden is.[572] De wederpartij kan haar contractuele aanspraken in dat geval als boedelschuld verhalen, zonder dat de boedel de overeengekomen tegenprestatie ontvangt.

De hiervoor gegeven voorbeelden laten zien dat de regeling van art. 37 lid 1 Fw niet naar behoren functioneert. De gedachte achter het verlies van het recht om nakoming te vorderen is dat de wederpartij er na het verstrijken van de termijn zonder dat de curator zich tot gestanddoening bereid heeft verklaard, zeker van behoort te zijn dat zij niet meer tot nakoming kan worden aangesproken. Zij is vanzelfsprekend níet bedoeld om de wederpartij de mogelijkheid te bieden de door de gefailleerde verschuldigde prestaties te genieten zonder verplicht te zijn de overeengekomen tegenprestatie te verrichten. Verstijlen concludeert dan ook dat de curator in het door hem gegeven voorbeeld betaling van de huurpenningen moet kunnen vorderen 'n'en déplaise de tekst van art. 37 Fw.'[573] In zijn noot onder het arrest van het Hof Amsterdam inzake Nebula laat ook Van Andel het

568 Zie Verstijlen 2006a, p. 107.
569 Zie § 5.3.1.2.2.
570 In deze zin: Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2511.
571 Zie over de reikwijdte van deze bepaling: Verstijlen & Visser 2009.
572 Strikt genomen vereist art. 37 lid 2 Fw dat de bereidverklaring tot gestanddoening en de zekerheidstelling *gelijktijdig* plaatsvinden, in welk geval het geschetste probleem niet speelt. De praktijk is echter dat de zekerheid op een later moment wordt gesteld. In het voorontwerp Insolventiewet wordt deze praktijk 'gecodificeerd', in die zin dat de bewindvoerder die door de rechter-commissaris wordt opgedragen om zekerheid voor nakoming te stellen daarvoor steeds een redelijke termijn wordt gegund. Wordt de zekerheid níet binnen redelijke termijn gesteld, dan verliest de bewindvoerder op grond van art. 3.4.1 lid 3 sub c het recht om nakoming te vorderen, zodat het gesignaleerde probleem zich ook onder vigeur van de regeling van het voorontwerp Insolventiewet kan voordoen. Zie nader § 4.6.2.6.
573 Zie Verstijlen 2006a, p. 107.

recht van de curator op betaling van de huurpenningen in een geval als het onderhavige 'herleven'.[574]

Indien in de hiervoor bedoelde gevallen strikt aan het verlies van de nakomingsvordering zou worden vastgehouden, lijkt de curator hooguit iets tegen de daarmee gepaard gaande aantasting van de boedel te kunnen ondernemen – door de overeenkomst te ontbinden of schadevergoeding te vorderen – indien op het moment waarop de termijn om zich bereid te verklaren respectievelijk om zekerheid te stellen verstreek, reeds sprake was van een tekortkoming van de wederpartij die hem het recht geeft het contract te ontbinden of schadevergoeding te vorderen.[575] Om die reden meen ik dat een redelijke uitleg van art. 37 lid 1 Fw inderdaad noopt tot het doen 'herleven' van het recht van de curator om nakoming te vorderen in al die gevallen waarin de wederpartij ondanks de weigering van de curator om de overeenkomst gestand te doen, toch nakoming verkrijgt.[576] Bedacht moet worden dat in een dergelijk geval ook het gemene recht de wederpartij geen mogelijkheid biedt zich tegen een vordering van de curator tot nakoming te weer te stellen.[577]

4.7.1.4 De wederpartij dient een vordering tot nakoming of vervangende schadevergoeding ter verificatie in

Het verlies van de nakomingsvordering kan ook problematisch zijn indien de wederpartij níet de mogelijkheid heeft om buiten de curator om nakoming ten laste van de boedel te bewerkstelligen. Denkbaar is dat de wederpartij na zonder succes de weg van art. 37 Fw te hebben bewandeld, de overeenkomst niet ontbindt en haar daaruit voortvloeiende aanspraken verifieert, maar met een hogere vordering tot nakoming of vervangende schadevergoeding in de verificatievergadering meeloopt. Deze opstelling wordt gefaciliteerd doordat de wederpartij er door de werking van art. 37 lid 1 Fw veelal geen rekening meer mee behoeft te houden dat zij haar eigen verplichtingen nog zal moeten nakomen, zodat instandhouding van die verplichtingen dan geen risico oplevert.[578]

Ter vermijding van deze situatie meent Verschoof dat indien de wederpartij op nakoming blijft aansturen ondanks het feit dat de curator zich niet tijdig tot gestanddoening bereid heeft verklaard, de curator wederom alle wettelijke bevoegdheden heeft, inclusief de mogelijkheid om zijnerzijds nakoming te vorderen. De wederpartij dient in dat geval volgens Verschoof te presteren tegen slechts een percentage van haar vordering, uit welke penibele situatie zij zich nog slechts met

---

574 Zie W.J.M. van Andel, noot onder Hof Amsterdam 17 maart 2005, *JOR* 2005, 161.

575 Zie § 4.7.1.2.3 hiervoor.

576 Ook Bartels & Heyman 2004, p. 939, onder II, gaan ervan uit dat de curator van de verkoper die besluit niet te willen nakomen en vervolgens door de koper op de voet van art. 7:3 lid 3 sub g BW tot medewerking aan de levering wordt genoodzaakt, aanspraak heeft op betaling van de koopprijs, evenwel zonder dat de consequenties van het verlies van de nakomingsvordering ex art. 37 lid 1 Fw daarbij uitdrukkelijk in beeld komen.

577 De voldoening van de vorderingen van de wederpartij kan dan worden beschouwd als zuivering van het eerder aan de zijde van de curator ingetreden verzuim; vgl. art. 6:86 BW.

578 Dit is anders indien sprake is van het faillissement van een natuurlijk persoon of de schuldenaar bezig is met de totstandbrenging van een akkoord, omdat in die gevallen het risico bestaat dat de schuldenaar de wederpartij na afloop van het faillissement aan het contract houdt.

een beroep op een opschortingsrecht zou kunnen redden.[579] Ook Faber meent dat in de gegeven omstandigheden moet worden aangenomen dat het recht van de curator om nakoming te vorderen 'herleeft' en dit de wederpartij een weinig aantrekkelijk vooruitzicht biedt. Zou zij haar eigen verplichtingen niet nakomen, dan zou de curator het contract kunnen ontbinden, als gevolg waarvan de wederpartij volgens Faber niet alleen haar recht op nakoming zou verliezen, maar evenmin een recht op schadevergoeding zou verkrijgen, omdat het *haar* tekortkoming zou zijn die grond voor de ontbinding zou hebben opgeleverd.[580]

Hoe hierover te oordelen? Dient de vordering van de curator tot nakoming in een voorkomend geval inderdaad te herleven, zoals in de vorige paragraaf is verdedigd voor die gevallen waarin de wederpartij de curator van zijn recht op nakoming berooft, om vervolgens haar vordering tot nakoming of vervangende schadevergoeding buiten de verificatievergadering om te verhalen? Men kan zeggen dat het verschil tussen beide situaties niet zozeer principieel, maar hooguit gradueel (of eigenlijk: procentueel) is, zodat geen grond bestaat hiertussen te onderscheiden. Daartegen kan echter worden ingebracht dat dit alleen geldt in situaties waarin de vordering tot nakoming of vervangende schadevergoeding strekt tot de betaling van een geldsom. Heeft de wederpartij bijvoorbeeld aanspraak op levering van een zaak, dan kan door haar via de verificatievergadering géén nakoming worden verkregen. Hiernaast is van belang dat voor het faillissement van de huurkoper in art. 38a Fw een bijzondere regeling is gecreëerd, juist omdat de toepasselijkheid van art. 37 Fw in de visie van de wetgever niet zou verhinderen dat indien de curator niet zou willen nakomen, de verkoper het contract in stand zou laten, verificatie zou vragen van alle resterende termijnen en tegelijkertijd eigenaar van de zaak bleef.[581] Bovendien heeft de wetgever met de invoering van art. 37a Fw mede beoogd te faciliteren dat vorderingen tot *vervangende schadevergoeding* die ná de intrede van het faillissement in verband met de niet-nakoming van een lopende overeenkomst door de curator ontstaan, ter verificatie kunnen worden ingediend.[582] Een en ander afwegend meen ik dat voor het doen 'herleven' van de nakomingsvordering van de curator in een geval als het onderhavige géén plaats is, zodat de wederpartij in een dergelijk geval dus níet de door Verschoof en Faber gesignaleerde problemen ondervindt.[583]

Men realisere zich dat het probleem dat de vordering tot nakoming of vervangende schadevergoeding door de wederpartij zonder reëel risico kan worden gehandhaafd en ter verificatie kan worden ingediend, zich evengoed zou kunnen voordoen indien een weigering van de curator om de overeenkomst gestand te doen níet tot gevolg zou hebben dat hij zijn nakomingsvordering verliest. In dit verband kan worden gedacht aan de veel voorkomende situatie dat de schuldenaar een zaak heeft gekocht en pas recht op levering krijgt nadat hij een deel van de koopprijs heeft (aan)betaald. De wederpartij die weet dat de curator

579 Zie Verschoof 1992, p. 59.
580 Zie Faber 2005, p. 528-529.
581 Zie de MvT bij art. 38a Fw, Kortmann & Faber 1995, p. 102. Zie voorts § 4.4.5.3.
582 Zie de MvT bij art. 37a Fw, Kortmann & Faber 1995, p. 99. Zie voorts § 4.7.4.2.1.
583 Daargelaten of zij die problemen in geval van de door de genoemde auteurs gepropageerde 'herleving' van de nakomingsvordering wél zou ondervinden.

niet wil nakomen, kan dan in de regel met een gerust hart de overeenkomst in de lucht houden en een vordering tot nakoming indienen of alleen de op haar rustende leveringsplicht in stand laten en een vordering tot vervangende schadevergoeding verifiëren.[584]

Ook ik meen dat hieraan paal en perk moet worden gesteld. De vraag of daartoe naar huidig recht mogelijkheden bestaan, stel ik aan de orde in § 4.7.4.3. Enige gedachten over wettelijk ingrijpen vormen onderdeel van § 5.6.

4.7.1.5 Conclusies en toekomstperspectief

In de voorafgaande paragrafen zijn de consequenties van het feit dat de curator die zich niet tijdig tot gestanddoening bereid verklaart op grond van art. 37 lid 1 Fw het recht verliest om nakoming te vorderen, geanalyseerd. Dit levert het volgende beeld op.

Toen op 1 januari 1992 de ontbinding van rechtswege in art. 37 Fw werd omgewisseld voor het verlies van de nakomingsvordering van de curator beoogde de wetgever daarmee aan te sluiten bij het toentertijd geldende § 17 van de Duitse *Konkursordnung*, welke bepaling aan een weigering van de *Konkursverwalter* om het contract gestand te doen eveneens het verlies van de vordering tot nakoming koppelde. In werkelijkheid lijkt het Nederlandse recht hiermee echter juist van het Duitse recht te zijn vervreemd, nu de gevolgen die het *Bundesgerichtshof* aan het verlies van de nakomingsvordering ex § 17 KO verbond, in belangrijke mate overeenkwamen met die van een ontbinding op de voet van art. 37 (oud) Fw. Het verlies van het recht om nakoming te vorderen heeft tot doel de wederpartij de zekerheid te verschaffen dat zij de door haar verschuldigde prestatie niet meer behoeft te verrichten, maar voegt op dit punt weinig toe aan de mogelijkheden die het gemene recht haar biedt.

De reikwijdte van het verlies van de nakomingsvordering is onduidelijk. In het bijzonder is de vraag in hoeverre de curator hierdoor ook andere contractuele bevoegdheden, zoals die tot ontbinding en tot het vorderen van aanvullende schadevergoeding, uit handen worden geslagen. Het verlies van de nakomingsvordering blijkt de curator bovendien voor problemen te kunnen plaatsen, die zich in voorkomende gevallen slechts laten oplossen door hem – in strijd met art. 37 lid 1 Fw – toch een recht op nakoming toe te kennen.

Dit alles kan naar mijn mening maar tot één conclusie leiden: het verlies van het recht om nakoming te vorderen dient te worden geschrapt. Hoe moet het dan wel? Terug naar de door art. 37 (oud) Fw gerealiseerde partiële ontbinding *ex nunc*? Hoewel zich verschillende situaties laten denken waarin het voortbestaan van het contract problemen oplevert en er goede gronden zijn om in die situaties de mogelijkheid te openen aan het contract een einde te maken indien de wederpartij dit achterwege laat,[585] meen ik dat een regeling op grond waarvan een weigering van de curator om de overeenkomst gestand te doen tot gevolg heeft dat deze standaard eindigt, te ongenuanceerd is. Wettelijk ingrijpen dient

584 Zie over de mogelijkheden tot verificatie van de vordering tot nakoming nader § 4.7.4.3.
585 Zie § 5.6.

niet verder te strekken dan noodzakelijk is om de daarmee nagestreefde doelstellingen te bereiken. In situaties waarin de schuldenaar na afloop van het faillissement blijft voortbestaan, kunnen zowel de belangen van de wederpartij als die van de schuldenaar bij een automatische ontbinding van voor hen voordelige contracten nodeloos worden geschaad.[586] Is sprake van een meerpartijencontract, dan worden daardoor ook de *overige* partijen van hun contractuele aanspraken jegens elkaar beroofd.[587] Bij de situatie dat de schuldenaar een natuurlijk persoon is, dient te worden bedacht dat een opheffing wegens gebrek aan baten de meest voorkomende wijze is waarop faillissementen eindigen en bepaald niet ongebruikelijk is dat die opheffing binnen afzienbare termijn plaatsvindt. Een vernietiging van het faillissement doordat tegen het vonnis met succes een rechtsmiddel is gericht, kan in voorkomende gevallen nog sneller haar beslag krijgen, terwijl ook dan een door de verklaring van de curator veroorzaakte ontbinding van de overeenkomst geldig en verbindend blijft.[588] Is ten aanzien van de schuldenaar de WSNP van toepassing verklaard, dan verhindert een ontbinding van rechtswege dat de overeenkomst tijdens de procedure buiten bezwaar van de boedel wordt gecontinueerd.

Naar Belgisch recht geldt dat indien de curator door de wederpartij op de voet van art. 46 § 1 lid 2 Faill.W. wordt aangemaand om binnen 15 dagen een beslissing te nemen omtrent het al dan niet verder uitvoeren van de overeenkomst en hij niet binnen die termijn tot nakoming besluit, daaraan géén bijzondere consequenties verbonden zijn. Het gemene contractenrecht reguleert de gevolgen van de niet-gestanddoening, hetgeen in de regel zal betekenen dat de gefailleerde in verzuim is. De wederpartij kan dan eventueel ontbinden, terwijl haar vordering tot schadevergoeding op de voet van art. 46 § 1 lid 2 Faill.W. in het faillissement kan worden ingediend.[589] Naar mijn mening verdient het de voorkeur ook naar Nederlands recht géén additionele consequenties te verbinden aan de weigering van de curator om een overeenkomst gestand te doen, maar de gevolgen ervan uitsluitend te laten beheersen door het gemene recht. De wederpartij behoudt dan de mogelijkheid om te kiezen welke van de haar ten dienste staande middelen zij wenst in te zetten. Verkrijgt zij op enigerlei wijze toch nakoming, dan kan zij ook zelf tot nakoming worden aangesproken.

Het voorontwerp Insolventiewet

In het voorontwerp Insolventiewet wordt het verlies van de nakomingsvordering zonder toelichting gehandhaafd.[590]

586 Anders: Van Hees 2012, p. 15-16, die pleit voor een regeling op grond waarvan overeenkomsten die de curator niet wil nakomen, standaard eindigen.

587 Vgl. Van Hees 2012, p. 15-16, die suggereert dat dit probleem kan worden ondervangen door aan de door hem bepleite standaard beëindiging van het contract indien de curator niet wil nakomen relatieve werking toe te kennen.

588 Zie art. 13 lid 1 Fw.

589 Zie Dirix 2003, p. 204; Dirix 2010a, p. 153-154; Brijs 2005, p. 56.

590 Zie art. 3.4.1 lid 3 van het voorontwerp Insolventiewet en de Toelichting bij die bepaling, Kortmann & Faber 2007, p. 235.

4.7.2 Niet-gestanddoening op initiatief van de curator

In § 4.6.3 is aan de orde gekomen dat de curator niet behoeft af te wachten totdat hem op grond van art. 37 Fw een termijn wordt gesteld, maar gerechtigd is uit eigen beweging te verklaren dat hij de overeenkomst gestand doet. Ziet de curator juist géén heil in de verdere uitvoering van de overeenkomst, dan geldt hetzelfde. Hij kan de wederpartij dan uit eigen beweging berichten de overeenkomst in kwestie níet gestand te zullen doen.[591]

Vanuit het perspectief van de boedel lijkt deze constatering op het eerste gezicht van weinig waarde. Vorderingen die ná datum faillissement ontstaan, zijn, niet verifieerbaar en kunnen slechts op de boedel worden verhaald voorzover hij is gebaat.[592] Het belang van de boedel lijkt bij het voortbestaan van de overeenkomst dan ook niet in het geding. Dit laatste is evenwel anders in gevallen waarin de wederpartij nakoming verkrijgt buiten de curator om.[593] Ook daarbuiten dient de curator die tot de conclusie komt een bepaalde overeenkomst niet verder te willen uitvoeren, naar mijn mening niet een verzoek in de zin van art. 37 Fw af te wachten, maar de wederpartij op eigen initiatief te berichten dat hij de overeenkomst niet gestand doet. Niet alleen wordt daarmee uitgesloten dat op enig moment moet worden geoordeeld dat de overeenkomst in kwestie stilzwijgend gestand wordt gedaan, ook het belang van de wederpartij is met een dergelijke proactieve opstelling gediend. Van een zorgvuldig curator mag worden verwacht dat hij een contractuele wederpartij niet langer dan nodig omtrent de uitvoering van de overeenkomst in onzekerheid laat.

In § 4.6.3 heb ik verdedigd dat ook wanneer de curator een overeenkomst uit eigen beweging gestand doet, hij voor nakoming zekerheid zal moeten stellen. Om dezelfde reden meen ik dat wanneer hij op eigen initiatief verklaart een overeenkomst níet te zullen uitvoeren, hij het recht verliest om nakoming te vorderen. Weliswaar is dit rechtsgevolg uitdrukkelijk gekoppeld aan het verstrijken van een door de wederpartij ex art. 37 Fw gestelde termijn, maar voor mij weegt zwaarder dat er verschil zou kunnen bestaan tussen de situatie dat de curator gestanddoening weigert binnen en buiten het kader van art. 37 Fw.[594]

Het voorontwerp Insolventiewet

In art. 3.4.1 van het voorontwerp Insolventiewet is bepaald dat de bewindvoerder zijn beslissing omtrent gestanddoening ook eigener beweging kan geven. De daaraan verbonden rechtsgevolgen zijn dan – zowel in geval van een positieve als

---

591 Dit volgt ook uit HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. PvS (*Nebula*). Wanneer sprake is van een overeenkomst waarbij aan de wederpartij een gebruiks- of genotsrecht is verleend met betrekking tot een tot de boedel behorende zaak, zal de curator die over de zaak wenst te beschikken deze ten behoeve van de boedel kunnen opvorderen. Daarin ligt besloten dat hij de overeenkomst niet gestand doet. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld ingeval de curator een op de schuldenaar rustend geheimhoudings- of concurrentiebeding schendt. Vgl. de noot van J.J. van Hees onder Rb. Arnhem 21 juli 2004, *JOR* 2004, 333, onder 9. Zie voor een recent voorbeeld van een situatie waarin de curator de wederpartij uit eigen beweging berichtte dat hij de overeenkomst niet gestand deed: HR 20 januari 2012, *JOR* 2012, 98 (*AgfaPhoto Finance/Foto Noort*).

592 Zie art. 24 Fw.

593 Deze problematiek wordt behandeld in hoofdstuk 5.

594 Vgl. Rb. Almelo 20 januari 2009, *LJN*: BH1798, waarover § 4.7.3 hierna.

een negatieve beslissing – hetzelfde als wanneer de wederpartij de bewindvoerder om een verklaring heeft verzocht.

4.7.3 Stilzwijgende niet-gestanddoening

Niet-gestanddoening van een overeenkomst door de curator zal in de praktijk niet zelden stilzwijgend plaatsvinden, doordat de curator een gestelde termijn in de zin van art. 37 Fw ongebruikt laat verstrijken. Maar ook daarnaast is niet ondenkbaar dat in een verklaring of gedraging van de curator besloten ligt dat hij een overeenkomst niet gestand doet. Hetgeen in § 4.6.3 is opgemerkt over de situatie dat de curator stilzwijgend tot gestanddoening overgaat, geldt in deze situatie *mutatis mutandis.*

Illustratief is een vonnis van de Voorzieningenrechter Rechtbank Almelo van 20 januari 2009.[595] In deze zaak had de schuldenaar onroerend goed verkocht aan een derde. Vóór de leveringsdatum ging hij failliet. Na enige tijd werd de curator vervangen door een andere curator, die de koper in rechte tot nakoming aansprak. De koper stelde dat de eerste curator hem reeds schriftelijk had bericht dat hij de overeenkomst niet gestand wilde doen, zodat het recht om nakoming te vorderen ingevolge art. 37 lid 1 Fw verloren was gegaan. Hij beriep zich daarbij op een brief van de eerste curator, die de volgende passage bevatte:

> 'Inmiddels beschik ik over meerdere taxatierapporten met betrekking tot de beide grondstukken, de opstal alsmede de woning. Zoals bekend wenst u mogelijk tot één of meerdere aankopen over te gaan. Gaarne nodig ik u uit om mij binnen tien werkdagen na dagtekening van deze brief schriftelijk per onderdeel desgewenst een bod uit te brengen. Mocht ik niet van u hebben vernomen binnen de gestelde termijn dan ga ik ervan uit dat u geen interesse heeft tot aankoop van de woning, percelen danwel opstal.'

De opvolgend curator stelde zich op het standpunt dat hieruit niet expliciet zou blijken dat zijn voorganger de overeenkomst niet gestand deed, maar de voorzieningenrechter stelde de koper in het gelijk en wees de vorderingen van de curator af. Naar zijn oordeel mocht de koper er gelet op de hiervoor geciteerde passage van uitgaan dat de curator de overeenkomst niet gestand wenste te doen en de koop dus geen doorgang zou vinden.[596]

---

595 Zie Vzr. Rb. Almelo 20 januari 2009, *LJN*: BH1798.

596 Zie voor een ander voorbeeld Rb. Den Bosch 28 december 2005, *JOR* 2006, 137, waarin werd geoordeeld dat de curator de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid van een tweetal managers had gewekt, waardoor een contractuele wederpartij van de gefailleerde er op basis van hun verklaringen vanuit mocht gaan dat een aantal projecten niet zou worden afgemaakt. In die omstandigheden was het volgens de rechtbank niet nodig de curator op de voet van art. 37 Fw een termijn te stellen om duidelijkheid te geven of hij al dan niet zou nakomen.

4.7.4 Bevoegdheden van de wederpartij

4.7.4.1 Algemeen

Indien de curator – uitdrukkelijk of stilzwijgend – verklaart een overeenkomst niet gestand te doen, staat daarmee in de regel de toerekenbare tekortkoming aan de zijde van de boedel (bij voorbaat) vast.[597] Het is dan aan de wederpartij om te kiezen welke van de bevoegdheden die zij op grond van het gemene recht aan die tekortkoming ontleent, zij wenst in te zetten. Zo kan zij ervoor kiezen de overeenkomst in stand te laten en haar vordering tot nakoming te handhaven, die vordering om te zetten in een vordering tot vervangende schadevergoeding,[598] of de overeenkomst algeheel of gedeeltelijk te ontbinden, als gevolg waarvan – afhankelijk van de mate waarin reeds is gepresteerd – over en weer ongedaanmakings- of waardevergoedingsverbintenissen kunnen ontstaan.[599] In alle gevallen kan de wederpartij tevens *aanvullende* schadevergoeding vorderen, zo daartoe gronden zijn.[600] Is een koopovereenkomst aan de orde, dan is ook denkbaar dat de wederpartij-verkoper zich beroept op een recht van reclame of een eigendomsvoorbehoud.[601]

De buitengerechtelijke verklaring die in het kader van een ontbinding of omzetting in een vordering tot vervangende schadevergoeding dient te worden uitgebracht,[602] moet op de voet van art. 99 lid 2 Fw aan de curator worden gericht. Indien de wederpartij belang heeft bij een ontbinding in rechte of in het enkele uitzonderlijke geval dat ontbinding alleen door de rechter kan plaatsvinden, zal de wederpartij haar ontbindingsvordering op de voet van art. 25 Fw tegen de curator moeten instellen.[603] Hetzelfde geldt voor de (terug)vordering op grond van het recht van reclame en de vordering tot afgifte op grond van het eigendomsvoorbehoud.[604]

Haar contractuele aanspraken kan de wederpartij gedurende het faillissement in beginsel slechts geldend maken door deze ter verificatie in te dienen,[605] waarvoor de artikelen 26 en 37a Fw de basis vormen.[606]

---

597 Zie de MvT, Kortmann & Faber 1995, p. 95 en 97. Zie voor enige nuances § 3.3.5.2.2.
598 Zie art. 6:87 BW.
599 Zie respectievelijk art. 6:265, 6:270 en 6:271 BW.
600 Zie art. 6:74 BW. Voor ontbinding is dit uitdrukkelijk vastgelegd in art. 6:277 BW.
601 Zie respectievelijk art. 7:39 e.v. BW en art. 3:92 BW.
602 Zie respectievelijk art. 6:267 BW en art. 6:87 BW.
603 Zie Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2352, onder f, met verwijzingen. Heeft de wederpartij de gerechtelijke ontbindingsvordering reeds vóór datum faillissement ingesteld, dan kan de procedure op de voet van art. 28 Fw worden gecontinueerd.
604 Zie Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2352, onder a.
605 Anders: Hof Den Bosch 17 juli 2001, *JOR* 2001, 266. In deze zaak had de curator verklaard een door de schuldenaar gesloten bewaarnemingsovereenkomst niet gestand te doen, waarna de bewaarnemers het contract hadden ontbonden en vorderden dat de curator de door hen in bewaring genomen chemische stoffen – die een negatieve waarde vertegenwoordigden – in ontvangst zou nemen. Het hof wees deze vordering toe en baseerde zich daarbij ten onrechte op art. 6:271 BW. De verplichting tot inontvangstname van de stoffen – die door de bewaarnemers weer bij een derde waren ondergebracht – had wél kunnen worden gegrond op de norm van de maatschappelijke zorgvuldigheid; zie op dit punt Smelt 2006, p. 150.
606 Een uitzondering geldt voor vorderingen die voortvloeien uit de ontbinding van een overeenkomst met betrekking tot termijnzaken of een overeenkomst van (scheeps)huurkoop. Deze vorderingen kunnen worden geverifieerd op de voet van art. 38 respectievelijk art. 38a lid 3 Fw.

4.7.4.2 Art. 37a Fw

4.7.4.2.1 Achtergrond en doel van de regeling

Art. 37a Fw is in de Faillissementswet opgenomen bij gelegenheid van de invoering van het huidige BW en luidt als volgt:

> 'Voor vorderingen die de wederpartij uit hoofde van ontbinding of vernietiging van een vóór de faillietverklaring met de schuldenaar gesloten overeenkomst op deze heeft verkregen, of die strekken tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten in de nakoming van een vóór de faillietverklaring op deze verkregen vordering, kan zij als concurrent schuldeiser in het faillissement opkomen.'

Het recht van vóór 1 januari 1992 kende niet een met art. 37a Fw vergelijkbare bepaling. Art. 37 lid 1 (oud) Fw bepaalde slechts dat de wederpartij in geval van een ontbinding op de voet van die bepaling voor schadevergoeding in het faillissement kon opkomen. Het ging dan om schade die werd geleden doordat het contract voor de toekomst (*ex nunc*) werd verbroken.[607] Voor alle andere aanspraken die de wederpartij aan de overeenkomst ontleende, gold dat zij op de voet van art. 26 Fw konden worden ingediend indien zij vóór datum faillissement waren *ontstaan*.[608] Vorderingen tot ongedaanmaking die ontstonden als gevolg van een gemeenrechtelijke ontbinding ex art. 1302 (oud) BW kwamen daarbij steeds voor verificatie in aanmerking, aangezien die ontbinding tot het ogenblik van de contractsluiting terugwerkte (*ex tunc*). Vorderingen tot vervangende schadevergoeding waren onder het oude recht om vergelijkbare redenen steeds verifieerbaar.[609]

Met de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek dreigden de verificatiemogelijkheden van de wederpartij van de gefailleerde in het gedrang te geraken. Als gevolg van het vervallen van de terugwerkende kracht van de ontbinding ex art. 6:269 BW ontstaat de vordering tot restitutie – in de terminologie van art. 6:271 BW: ongedaanmaking – van hetgeen reeds is gepresteerd pas op het moment dat de ontbinding plaatsvindt, dat wil zeggen op het moment dat de ontbindingsverklaring de curator heeft bereikt. Ook de vordering tot vervangende schadevergoeding ontstaat pas op het moment dat de omzetting plaatsvindt (of nakoming blijvend onmogelijk wordt).[610] Hoewel vernietiging onder het huidige recht haar terugwerkende kracht heeft behouden,[611] laten zich ook bij vernietiging verificatieproblemen denken. Het gaat dan om gevallen waarin de reeds ingetreden gevolgen van de overeenkomst bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt en de rechter op de voet van art. 3:53 lid 2 BW op verzoek van één van

607 Zie § 4.3.
608 Zie HR 12 februari 1931, *NJ* 1931, p. 854, m.nt. EMM (*Kettenes/Gerards*). Zie voorts § 2.3.3.2.
609 Zie de MvT bij art. 37a Fw, Kortmann & Faber 1995, p. 99. De mogelijkheid van omzetting in een vordering tot vervangende schadevergoeding was onder het oude recht niet uitdrukkelijk in de wet neergelegd, maar werd door de Hoge Raad niettemin aanvaard; zie bijvoorbeeld HR 1 november 1918, *NJ* 1918, p. 1202; HR 10 mei 1928, *NJ* 1928, p. 1384, m.nt. EMM.
610 Zie art. 6:87 lid 1 BW.
611 Zie art. 3:53 lid 1 BW.

de partijen aan de vernietiging (ten dele) terugwerkende kracht ontzegt en in plaats daarvan een uitkering in geld oplegt.

Met art. 37a Fw wordt beoogd voor al deze gevallen zeker te stellen dat de vordering van de wederpartij ondanks het feit dat zij ná datum faillissement ontstaat, voor verificatie in aanmerking komt.[612] Dit is terecht. Het gaat hier steeds om de afwikkeling van een vóór de faillietverklaring door de schuldenaar op zich genomen verbintenis c.q. ontstane vordering, zodat gerechtvaardigd is dat de schuldeiser in kwestie ter zake van de daaruit voortvloeiende aanspraken in het faillissement kan opkomen.[613]

4.7.4.2.2 Reikwijdte

In art. 37a Fw kunnen drie categorieën vorderingen worden onderscheiden: (i) vorderingen uit hoofde van ontbinding, (ii) vorderingen uit hoofde van vernietiging en (iii) vorderingen die strekken tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten in de nakoming van een vóór de faillietverklaring op de schuldenaar verkregen vordering. In alle gevallen gaat het om vorderingen die ná de faillissementsdatum ontstaan. Zijn zij daarvóór ontstaan, dan geschiedt verificatie op de voet van art. 26 Fw.

Ten aanzien van de *eerste* categorie vorderingen geldt dat onverschillig is of de ontbinding door *wederpartij* of de *curator* wordt ingeroepen en op welke grond de ontbinding plaatsvindt. Het gaat dus niet alleen om vorderingen die de wederpartij uit hoofde van een ontbinding op de voet van art. 6:265 BW verkrijgt, maar ook om vorderingen die ontstaan naar aanleiding van de uitoefening van een *contractueel* ontbindingsrecht[614] en als gevolg van het intreden van een *ontbindende voorwaarde*.[615] Evenmin is relevant of de wanprestatie zich vóór of ná de faillietverklaring heeft voorgedaan.[616]

Bij vorderingen die de wederpartij uit hoofde van de ontbinding van een vóór faillissement met de schuldenaar gesloten overeenkomst verkrijgt, kan in de eerste plaats worden gedacht aan vorderingen tot ongedaanmaking of waardevergoeding die voortvloeien uit de artikelen 6:24, 6:271 en 6:272 BW. Is geen vordering tot (terug)betaling van een geldsom aan de orde, dan zal zij worden geverifieerd voor haar op de voet van art. 133 Fw geschatte waarde. In de tweede plaats kan worden

---

612 Zie de MvT, Kortmann & Faber 1995, p. 99-100. Loesberg 2008, p. 245, noot 30, stelt dat art. 37a Fw strikt genomen overbodig is, omdat het niet nakomen van een bestaande overeenkomst door de curator wanprestatie van de *gefailleerde* oplevert en de daaruit voortvloeiende aanspraken om die reden per definitie zouden kunnen worden geverifieerd. Dit lijkt mij niet juist. Ook indien de schuldenaar ná de intrede van het faillissement een overeenkomst aangaat en wanpresteert, heeft de wederpartij niet de mogelijkheid haar contractuele aanspraken ter verificatie in te dienen. Daarnaast geldt dat ook niet-nakoming van een door de curator gestand gedane of aangegane overeenkomst 'technisch-juridisch' wanprestatie van de gefailleerde oplevert, zonder dat de vorderingen van de wederpartij via de verificatievergadering worden afgewikkeld.

613 In dezelfde zin: Verstijlen 2006a, p. 108.

614 Zie HR 13 mei 2005, *NJ* 2005, 406, m.nt. PvS (*BaByXL*), r.o. 3.4.4; HR 14 januari 2011, *NJ* 2011, 114, m.nt. PvS (*Aukema q.q./Uni-Invest*), r.o. 3.5.3.

615 Zie Faber 2005, p. 495; Van Zanten & Verstijlen 2011, p. 89. Vgl. art. 299 lid 1 sub d Fw.

616 Vgl. Faber 2005, p. 496-497.

gedacht aan vorderingen tot schadevergoeding ex art. 6:277 BW,[617] die overigens evenzogoed onder de hierna nog te bespreken derde categorie zouden kunnen worden geschaard. Ten slotte kunnen ook vorderingen uit hoofde van een schadevergoedingsbeding dat wordt geactiveerd door de *ontbinding* van de overeenkomst op grond van art. 37a Fw worden ingediend.[618] Verificatie van de hier bedoelde vorderingen lijkt tevens geoorloofd te zijn indien het ontstaan van de ontbindingsbevoegdheid of het intreden van de ontbindende voorwaarde is gekoppeld aan het uitspreken van het faillissement of aan een daarmee vergelijkbare vermogenstoestand.[619]

De *tweede* categorie is zeer beperkt. Zij omvat alleen die vorderingen die de wederpartij ingevolge art. 3:53 lid 2 BW verkrijgt naar aanleiding van de vernietiging van een vóór datum faillissement met de schuldenaar gesloten overeenkomst waaraan de rechter op verzoek van één van de partijen geheel of ten dele de terugwerkende kracht heeft ontzegd. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een vernietiging op de voet van art. 3:44 BW of art. 6:228 BW, maar ook andere grondslagen zijn denkbaar.

De *derde* categorie omvat *alle* vorderingen tot schadevergoeding *ter zake van* tekortschieten in de nakoming van een vóór de faillietverklaring op de schuldenaar verkregen vordering, ongeacht of de tekortkoming zich vóór of ná faillissement heeft voorgedaan en dus ook ongeacht het moment waarop de schade zich manifesteert.[620] De gecursiveerde zinsnede dient ruim te worden geïnterpreteerd. Zij bestrijkt niet alleen vorderingen tot *aanvullende* schadevergoeding, maar tevens vorderingen tot *vervangende* schadevergoeding ex art. 6:87 BW,[621] die weliswaar niet rechtstreeks uit de wanprestatie voortvloeien, maar daarmee wel nauw samenhangen.[622] Ten slotte vallen ook *contractuele* schadevergoedingsaanspraken in deze categorie, uiteraard voor zover zij betrekking hebben op een tekortkoming in de nakoming van een vóór de faillietverklaring verkregen vordering.

De mogelijkheden om via art. 37a Fw een vordering tot *aanvullende* schadevergoeding ter verificatie in te dienen, zijn niet onbegrensd. Op grond van art. 128 Fw komt na datum faillissement verschenen rente niet voor verificatie in aanmerking. Dit geldt zowel voor *wettelijke* rente, als voor *contractueel* bedongen rente.[623] Beschikt de wederpartij over een vordering tot betaling van een geldsom,

---

617 Vgl. art. 37 lid 1 (oud) Fw. Uitgangspunt in geval van ontbinding is dat het *positieve* contractsbelang moet worden vergoed. De hoogte van de verschuldigde schadevergoeding wordt daarbij gevonden door vergelijking van de situatie die zou zijn ontstaan in geval van een in alle opzichten onberispelijke nakoming, met die welke zou resteren uit een ontbinding zonder schadevergoeding, na afwikkeling van de mogelijk over en weer bestaande restitutieverplichtingen; zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 1036; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 711. Zie voor een recent voorbeeld: HR 10 juli 2009, *NJ* 2011, 43, m.nt. JH (*Vos/TSN*).

618 Zie HR 13 mei 2005, *NJ* 2005, 406, m.nt. PvS (*BaByXL*), r.o. 3.4.4; HR 14 januari 2011, *NJ* 2011, 114, m.nt. PvS (*Aukema q.q./Uni-Invest*), r.o. 3.5.3. Zie ook Groenewegen & Loesberg 2005, p. 161; Verstijlen 2006a, p. 136. Zie over de mogelijkheid van verificatie van contractuele schadevergoedingsaanspraken nader § 8.4.2.

619 Zie HR 13 mei 2005, *NJ* 2005, 406, m.nt. PvS (*BaByXL*); HR 14 januari 2011, *NJ* 2011, 114, m.nt. PvS (*Aukema q.q./Uni-Invest*), r.o. 3.5.3. Zie over de vraag in hoeverre dit gerechtvaardigd is § 8.4.2.

620 Anders: Van Hees 2000, p. 136, die ervan uitgaat dat indien de wanprestatie vóór datum faillissement heeft plaatsgehad, maar de schade eerst ná die datum intreedt, de schuldeiser zijn schadevergoedingsvordering niet ter verificatie kan indienen.

621 Zie de MvT, Kortmann & Faber 1995, p. 99.

622 Een vordering tot vervangende schadevergoeding vloeit voort uit de *omzetting* van de primaire verbintenis op de voet van art. 6:87 BW, die plaatsvindt naar aanleiding van een tekortkoming van de schuldenaar.

623 Zie ook De Liagre Böhl 1991, p. 243; Wessels Insolventierecht V 2011, par. 5116.

dan kan door haar dus geen vordering tot vergoeding van *vertragingsschade* worden geverifieerd, voor zover de vertraging betrekking heeft op de periode ná datum faillissement.

Enige bedenkingen

Bij de hiervoor geschetste reikwijdte van art. 37a Fw kan men enige bedenkingen hebben. Ik plaats hier een drietal kanttekeningen.[624]

(i) De tekst van art. 37a Fw staat heel in het algemeen toe dat vorderingen die voortvloeien uit de ontbinding van de overeenkomst worden geverifieerd, dus ook vorderingen die ertoe strekken prestaties ongedaan te maken die de wederpartij ná de faillissementsdatum heeft verricht. Naar ik meen, kan dit niet de bedoeling zijn. Voor zover de wederpartij ná faillissement nog prestaties verricht, dient daarop bij de verificatie op de voet van art. 37a Fw geen beroep te kunnen worden gedaan.[625] Een andersluidende opvatting is mijns inziens strijdig met art. 24 Fw en het daaraan ten grondslag liggende fixatiebeginsel.[626]

(ii) Het feit dat een schuldeiser van een vordering tot betaling van een geldsom in geval van niet-nakoming ingevolge art. 128 Fw geen vordering tot vergoeding van *vertragingsschade* ter verificatie kan indienen voor zover de vertraging betrekking heeft op de periode ná de faillietverklaring, roept de vraag op of niet hetzelfde zou moeten gelden voor de schuldeiser die recht heeft op een *andere* prestatie dan de betaling van een geldsom. In dit kader zou relevant kunnen zijn wat de beweegredenen van de wetgever waren om de regeling van art. 128 Fw in te voeren, maar de memorie van toelichting vermeldt niet meer dan dat zij een uitvloeisel is van het aan de Faillissementswet ten grondslag liggende fixatiebeginsel.[627] Dit beginsel geldt echter evenzeer voor schuldeisers die een andere prestatie dan de betaling van een geldsom van de gefailleerde te vorderen hebben. Mijns inziens bestaat geen grond om de laatstgenoemde categorie schuldeisers in het kader van de verificatie anders te behandelen dan – of beter gezegd: te *bevoordelen* boven – schuldeisers die aanspraak hebben op de betaling van een geldsom. In zou dan ook menen dat er aanleiding is ook schuldeisers die recht hebben op een andere prestatie dan de betaling van een geldsom de mogelijkheid tot de verificatie van vertragingsschade in de zin van art. 6:85 BW te onthouden, voor zover de vertraging betrekking heeft op de periode ná datum faillissement.

(iii) Art. 37a Fw geeft géén regeling voor een belangrijke categorie vorderingen die kunnen voortvloeien uit de afwikkeling van een vóór datum faillissement gesloten overeenkomst. Ik doel hier op al die vorderingen die ontstaan indien het contract op andere wijze dan door *ontbinding* eindigt, waarbij in het bijzonder kan worden gedacht aan de *opzegging* van een duurovereenkomst. Dit impliceert dat indien de *wederpartij* na datum faillissement een met de schuldenaar gesloten

---

624 Zie voor enige kanttekeningen bij de door de Hoge Raad aanvaarde mogelijkheid tot de verificatie van aanspraken die voortvloeien uit een schadevergoedingsbeding dat wordt geactiveerd door de *ontbinding* van de overeenkomst § 8.4.2.

625 Zie ook § 4.7.4.4.

626 Zie hierover § 2.3.3.1.

627 Zie Van der Feltz II, p. 126-127. Ook Molengraaff grondt de regel van art. 128 Fw louter op het fixatiebeginsel; zie Molengraaff-Star Busmann 1951, p. 404-405.

duurovereenkomst opzegt, zij niet de mogelijkheid heeft haar eventueel naar aanleiding van die opzegging te ontstane vorderingen, zoals bijvoorbeeld een vordering tot oplevering van een verhuurd perceel in de oorspronkelijke staat of een vordering tot restitutie van vooruitbetaalde termijnen,[628] ter verificatie in te dienen.[629] Zegt niet de wederpartij, maar de *curator* de overeenkomst op, dan krijgen diezelfde vorderingen op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad de status van *boedelschuld*, omdat zij in dat geval door *toedoen* van de curator zijn ontstaan.[630] Om dezelfde reden promoveert de curator de naar aanleiding van een beëindiging van de overeenkomst te ontstane aanspraken van de wederpartij tot boedelschuld indien hij terzake met haar een *beëindigingsovereenkomst* sluit.[631] Weliswaar heeft de curator in de regel geen belang bij opzegging of het sluiten van een overeenkomst tot voortijdige beëindiging, nu hij eenvoudigweg kan weigeren te presteren, maar onder omstandigheden kan dit anders zijn. Men denke aan het geval dat de gefailleerde een vooruitbetaling heeft verricht die de curator gerestitueerd wil zien of sprake is van een huurovereenkomst of een arbeidsovereenkomst waarbij de gefailleerde huurder respectievelijk werkgever is, aangezien die overeenkomsten van rechtswege ten laste van de *boedel* doorlopen.[632]

De hier geschetste onevenwichtigheid tussen de situatie dat de wederpartij opzegt (niet-verifieerbare schuld) en die waarin de curator daartoe overgaat of zijn medewerking aan een voortijdige beëindiging verleent (boedelschuld), kan er in de praktijk toe leiden dat de partijen op elkaar gaan zitten te wachten, met alle schadelijke consequenties van dien. Mijns inziens is dit ongewenst.[633] Los daarvan bestaat er in mijn optiek geen goede reden om vorderingen die de wederpartij in verband met een *ontbinding* van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst verkrijgt anders te behandelen dan vorderingen die ontstaan indien het contract op enige *andere wijze* eindigt. In *alle* gevallen dient de wederpartij haar uit de *beëindiging* voortvloeiende vorderingen ter verificatie te kunnen indienen, ongeacht of zijzelf of de curator het initiatief tot die beëindiging heeft genomen. Art. 37a Fw dient op dit punt te worden gewijzigd.

Verrekening

Nu vorderingen die zijn begrepen onder art. 37a Fw rechtstreeks voortvloeien uit de afwikkeling van een vóór de faillietverklaring met de gefailleerde aangegane rechtsbetrekking, geldt dat zij steeds op de voet van art. 53 lid 1 Fw met een schuld aan de gefailleerde kunnen worden verrekend.[634] Een verbintenis tot

628 In HR 3 december 2010, *NJ* 2010, 653 (*ING/Nederend q.q.*) werd beslist dat dergelijke restitutieverplichtingen eerst ontstaan op het moment dat de overeenkomst wordt opgezegd. Zie over dit arrest Beekhoven van den Boezem & Van der Weijden 2012.

629 In deze zin: Hof Den Bosch 29 november 2005, *JOR* 2006, 13.

630 Zie in het bijzonder HR 12 november 1993, *NJ* 1994, 229, m.nt. WMK (*Frima q.q./Blankers*) en HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 617, m.nt. PvS (*Van Galen q.q./Circle Vastgoed*).

631 Zie Hof Den Bosch 29 november 2005, *JOR* 2006, 136.

632 Zie de artikelen 39 en 40 Fw, waarover § 4.4.5.4 en § 4.4.5.5.

633 Zie ook Van Andel 2003, p. 38, noot 19. Anders: P. van Schilfgaarde, noot onder HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 617 (*Van Galen q.q./Circle Vastgoed*), onder 6.

634 Zie Hof Den Haag 25 november 2008, *JOR* 2009, 89, m.nt. E. Loesberg. Zie voorts Faber 2005, p. 525. Vgl. Rb. Den Haag 14 juli 2004, *JOR* 2004, 261. In dezelfde zin ten aanzien van het recht van vóór 1 januari 1992: Rb. Den Bosch 23 december 1983, *NJ* 1985, 307.

ongedaanmaking die een andere inhoud heeft dan de betaling van een geldsom zal daartoe wel eerst op de voet van art. 6:87 BW moeten worden omgezet in een vordering tot vervangende schadevergoeding, opdat vordering en schuld aan elkaar beantwoorden, zoals door art. 6:127 lid 2 BW wordt vereist.[635]

Verhaal op door de schuldenaar gestelde zekerheden

In zijn noot onder het arrest van de Hoge Raad in de zaak Aukema q.q./Uni-Invest werpt Van Hees de vraag op of een partij bij een duurovereenkomst de schade die hij bij voortijdige beëindiging van de overeenkomst in verband met het faillissement van de andere partij zal lijden, mag verhalen op door de schuldenaar gestelde zekerheden. Voor een bevestigende beantwoording pleit zijns inziens dat de wet geen beperkingen stelt aan het verlenen van zekerheid voor toekomstige (schadevergoedings)verplichtingen. Daartegen pleit volgens van Van Hees dat de wetgever bij de totstandkoming van de Faillissementswet geen rekening met deze mogelijkheid zou hebben gehouden en ervan lijkt te zijn uitgegaan dat voor schadevergoedingsverplichtingen in verband met het faillissement slechts als concurrent schuldeiser kan worden opgekomen, waarbij hij verwijst naar de memorie van toelichting bij art. 37 (oud) Fw en de tekst van art. 37a Fw.[636]

Laatstgenoemde argumenten kunnen mij niet overtuigen. Het enkele feit dat in de parlementaire geschiedenis geen aandacht wordt besteed aan de mogelijkheid dat de hier bedoelde vorderingen ten laste van door de schuldenaar gestelde zekerheden worden gebracht, betekent niet dat de wetgever die mogelijkheid afwijst. Dit volgt evenmin uit de regeling van art. 37a Fw. Zij is slechts ingevoerd om te voorkomen dat de daarin genoemde vorderingen als gevolg van de invoering van het huidige BW niet langer ter verificatie zouden kunnen worden ingediend,[637] níet (ook) om vast te leggen dat die vorderingen *louter* door verificatie geldend kunnen worden gemaakt. Schadevergoedingsverplichtingen die ontstaan bij het eindigen van een (duur)overeenkomst in geval van faillissement kunnen naar mijn mening zonder meer worden verhaald op door de schuldenaar gestelde zekerheden, indien althans aan de in de zekerheidsdocumentatie gestelde voorwaarden is voldaan. Hetzelfde geldt voor de andere in art. 37a Fw vermelde vorderingen.[638]

Het voorontwerp Insolventiewet

Het equivalent van art. 37a Fw in de regeling van het voorontwerp Insolventiewet is te vinden in art. 5.2.1 lid 1 sub b. Op grond van deze bepaling kan een schuldeiser in de insolventie opkomen voor

---

635 Vgl. Faber 2005, p. 495-496.

636 Zie J.J. van Hees, noot onder HR 14 januari 2011, *JOR* 2011, 101, onder 8.

637 Zie § 4.7.4.2.1.

638 Anders: Hof Den Bosch 16 augustus 2011, *LJN*: BS8956, welk arrest evenwel is gegrond op een onjuiste uitleg van HR 4 november 1994, *NJ* 1995, 627, m.nt. PvS (*NCM/Knottenbelt q.q.*). Uit laatstgenoemd arrest volgt níet – zoals het hof meent - dat verhaal van na de faillissementsdatum ontstane vorderingen op een door de schuldenaar gestelde zekerheid niet is toegelaten. De Hoge Raad oordeelt hierin alleen dat vorderingen die niet mogen worden verrekend omdat zij in strijd met art. 54 lid 2 Fw na de faillietverklaring zijn overgenomen van een derde, evenmin ten laste van een door de schuldenaar gevestigd zekerheidsrecht mogen worden gebracht. Zie in dit kader overtuigend Kortmann & Faber 2001, p. 142-145.

> 'een vordering die de wederpartij uit hoofde van beëindiging van een vóór de insolventverklaring met de schuldenaar gesloten overeenkomst op deze heeft verkregen, of die strekt tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten in de nakoming van een vóór de insolventverklaring op deze verkregen vordering;'

Blijkens de Toelichting zijn onder 'beëindiging' naast ontbinding en vernietiging tevens begrepen *opzegging* en *nietigverklaring.*[639]

De nietigverklaring lijkt mij slechts voor de volledigheid te worden vermeld. Vorderingen die de wederpartij uit dien hoofde op de schuldenaar verkrijgt, zullen immers steeds voor verificatie in aanmerking komen op grond van de omstandigheid dat zij vóór de datum van de insolventverklaring zijn ontstaan. Het feit dat ook vorderingen die de wederpartij als gevolg van een *opzegging* van de overeenkomst verkrijgt als insolventievordering kunnen worden ingediend, heeft daarentegen wél materiële betekenis, omdat dergelijke vorderingen zich naar geldend recht – zoals hiervoor aan de orde kwam – níet voor verificatie lenen. Nu art. 5.2.1 lid 1 sub b heel in het algemeen rept van *beëindiging* zal mijns inziens ook het sluiten van een overeenkomst tot voortijdige beëindiging onder vigeur van de regeling van het voorontwerp Insolventiewet niet langer tot ongerijmdheden aanleiding geven.[640]

4.7.4.2.3 Rangorde

Art. 37a Fw bepaalt uitdrukkelijk dat de wederpartij voor de daarin genoemde vorderingen als *concurrent* schuldeiser in het faillissement kan opkomen. Ook art. 37 lid 1 (oud) Fw repte van het opkomen voor schadevergoeding als *concurrent* schuldeiser. Wat betekent dit nu voor vorderingen waaraan een voorrecht is verbonden? Gaat dat voorrecht in geval van verificatie op de voet van de hier bedoelde bepalingen verloren?

Deze vraag was onderwerp van geschil in de zaak Kastelijn q.q./Nijenhuis.[641] Nijenhuis was met Jansen overeengekomen dat hij ten behoeve van Jansen een huis zou bouwen tegen betaling van een bedrag van *f* 3.000. Tijdens de bouw ging Jansen failliet. Nijenhuis verzocht de curator de overeenkomst van aanneming van werk gestand te doen. De curator verklaarde zich daartoe echter niet bereid, als gevolg waarvan de overeenkomst op grond van art. 37 (oud) Fw was ontbonden. In onderling overleg werd de schade waarvoor Nijenhuis ingevolge art. 37 lid 1 (oud) Fw in het faillissement kon opkomen vastgesteld op een bedrag van *f* 1705. Partijen verschilden echter van inzicht omtrent de aan de vordering van Nijenhuis verbonden rang. Nijenhuis meende dat zijn vordering *preferent* was op de voet van de artikelen 1185 sub 8º en 1193 (oud) BW. De curator stelde

---

639 Zie Kortmann & Faber 2007, p. 318.

640 In de algemene toelichting bij de titel die gaat over boedelvorderingen, insolventievorderingen en verificatie (Titel 5) wordt opgemerkt dat indien de bewindvoerder van de huurder de huurovereenkomst opzegt, een eventueel als gevolg daarvan te ontstane ontruimingsverplichting op grond van art. 5.2.1 lid 1 *sub c* kwalificeert als insolventievordering. Naar ik aanneem (en hoop), is sprake van een verschrijving en wordt hier art. 5.2.1 lid 1 *sub b* bedoeld.

641 Zie Hof Amsterdam 28 april 1916, *NJ* 1916, p. 1063; HR 16 maart 1917, *NJ* 1917, p. 455.

daarentegen dat sprake was van een *concurrente* vordering, nu art. 37 (oud) lid 1 Fw dit met zoveel woorden bepaalde.

Het Hof Amsterdam maakte met dit op de tekst van art. 37 (oud) Fw gestoelde argument van de curator korte metten:

> 'dat er […] evenmin reden is de wederpartij een voorrecht, dat krachtens de wet aan hare vordering tot schadevergoeding is verbonden, te ontnemen, dusdoende haar achterstellend bij andere schuldeisers, aan wier vorderingen een dergelijk voorrecht kleeft, hetgeen in strijd is met één der grondslagen van de Faillissementswet, welke er van uitgaat, dat schuldeischers met gelijke rechten gelijkelijk behandeld zullen worden; dat dit ook niet mag worden afgeleid, zoals appellant wil, uit het bezigen van het woord "concurrent" in art. 37 F.W., omdat de geschiedenis van dit artikel niets vermeldt omtrent 's wetgevers bedoeling om hier inbreuk te maken èn op bovengemelden grondslag èn op de wettelijke bepalingen, welke aan sommige vorderingen een voorrecht boven andere verleenen, en het niet aannemelijk is, dat de wetgever een dergelijke inbreuk heeft gewild, zonder daarvan bij de totstandkoming van het artikel, zij het met een enkel woord, te reppen; dat veeleer de wetgever bedoeld heeft met het woord "concurrent" aan te geven, dat de vordering der wederpartij wegens schadevergoeding niet het karakter heeft van boedelschuld, welke […] eigen is aan de haar toekomende vordering in het geval de curator de overeenkomst gestand doet;'

De curator had voorts nog betoogd dat niet aan de in art. 1185 sub 8º (oud) BW vermelde voorwaarden was voldaan, maar ook dit argument werd door het hof van tafel geveegd. De vordering van Nijenhuis diende volgens het hof als bevoorrecht op de opbrengst van de onroerende zaak te worden geverifieerd.

In cassatie kwam de vraag naar de betekenis van art. 37 lid 1 (oud) Fw voor een voorrecht dat aan een op de voet van die bepaling te verifiëren vordering is verbonden, niet aan de orde. Naar het oordeel van de Hoge Raad had Nijenhuis zijn vordering weliswaar betiteld als een vordering tot schadevergoeding, maar vorderde hij in werkelijkheid de voldoening van hetgeen Jansen hem krachtens het in stand gebleven deel van de overeenkomst verschuldigd was.[642] Verificatie van een dergelijke aanspraak – waaraan ook volgens de Hoge Raad het voorrecht van de artikelen 1185 sub 8º en 1193 (oud) BW verbonden was – liep niet via art. 37 lid 1 (oud) Fw, maar via art. 26 Fw.

De hiervoor geciteerde overwegingen uit het arrest van het hof zijn naar mijn mening overtuigend. Het is aannemelijk dat de wetgever met de opname van het woord 'concurrent' in art. 37 lid 1 (oud) Fw niet meer heeft beoogd dan tot uitdrukking te brengen dat de daar bedoelde schadevergoedingsvordering geen boedelschuld constitueert, maar slechts via het systeem van verificatie en uitdeling

642 In afwijking van art. 1302 (oud) BW was de overeenkomst in geval van een ontbinding op de voet van art. 37 (oud) Fw alleen voor de toekomst ontbonden (ontbinding *ex nunc*), zo oordeelde de Hoge Raad in dit arrest. Zie nader § 4.3.

kan worden gerealiseerd.[643] Mijns inziens bestaat ook geen enkele reden om een schuldeiser diens voorrecht in de gegeven omstandigheden te ontnemen. Integendeel; dat voorrecht is hem juist met het oog op een *concursus creditorum* toegekend. Onder het oude recht zijn in de literatuur enige beschouwingen gewijd aan de vraag in hoeverre voorrechten die verbonden zijn aan een vordering tot nakoming, eveneens verbonden zijn aan de aanspraken die de wederpartij in geval van niet-nakoming ten dienste staan.[644] Ik laat dat verder daar. Waar het mij om gaat, is dat indien aan een vordering een voorrecht verbonden was, de indiening van die vordering op de voet van art. 37 lid 1 (oud) Fw er niet toe leidde dat dit voorrecht verloren ging.[645]

Voor het huidige recht geldt mijns inziens hetzelfde. Is aan een vordering die voldoet aan de criteria van art. 37a Fw een voorrecht verbonden, dan blijft dit bij verificatie op grond van die bepaling in stand.[646] Indien bijvoorbeeld een aannemer tekortschiet in de nakoming van een vóór diens faillietverklaring gesloten overeenkomst en hij terzake een vordering op zijn aansprakelijkheidsverzekeraar heeft, kan de wederpartij op de voet van art. 37a Fw een schadevergoedingsvordering ter verificatie indienen waaraan het voorrecht van art. 3:287 BW verbonden is.[647]

Het voorontwerp Insolventiewet
In art. 5.2.1 lid 1 sub b van het voorontwerp Insolventiewet – het equivalent van art. 37a Fw – is het woord 'concurrent' terecht niet teruggekeerd.

4.7.4.2.4 Waardering

In deze paragraaf staat de *waardering* van de in art. 37a Fw genoemde vorderingen centraal. Ik begin met een uitstapje naar het Amerikaanse recht. De gevolgen van een beslissing van de *trustee* om een door de schuldenaar gesloten overeenkomst níet uit te voeren, zijn geregeld in § 365(g)(1) BC. Hierin is bepaald dat '[…] the rejection of an executory contract or unexpired lease of the debtor constitutes a breach of such contract or lease […] *immediately before the date of the filing of the petition*'. De mogelijkheid tot verificatie van de vordering van de wederpartij tot schadevergoeding is nader uitgewerkt in § 502(g) BC: '[a] claim arising from the rejection, under section 365 of this title […], of an executory contract or unexpired lease of the debtor […] shall be *determined*, and shall be *allowed* under subsection (a), (b) or (c) of this section or disallowed under subsection (d) or (e) of this section, *the same as if such claim had arisen before*

643 Vgl. de MvT bij art. 37 (oud) Fw, Van der Feltz I, p. 409: 'Zeer zeker zal hij zijnerzijds niet behoeven te praesteren, zoolang de curator zich niet bereid verklaart de verplichtingen des gefailleerden ten volle te vervullen, zal men nimmer kunnen beweren dat hij verplicht zou zijn zijne verbintenis na te komen om dan voor de contra-praestatie des gefailleerden eene *concurrente* vordering tegen den boedel te verkrijgen […].' Ook hier wordt het woordje 'concurrent' naar mijn mening gebezigd om een schuld aan te duiden die alleen via de verificatievergadering kan worden verhaald.
644 Zie Meijers 1919, p. 381-382; Van Nispen tot Sevenaer 1928, p. 529-533.
645 Anders: Verschoof 1992, p. 60.
646 Vgl. Verstijlen 2006a, p. 120, noot 84. Anders: Verschoof 1992, p. 60.
647 Uit Parl. Gesch. Boek 3, p. 877, kan worden opgemaakt dat de regeling van art. 3:287 BW juist met het oog op het faillissement van de verzekerde is geïntroduceerd.

the date of the filing of the petition'. De precieze reikwijdte van de hier bedoelde bepalingen was aan de orde in de zaak *In re Enron Corp.*[648]

Wat was het geval? Tussen Enron en TMLP bestond een *power supply agreement* op basis waarvan Enron gehouden was aan TMLP elektriciteit te leveren, die deze op haar beurt weer doorleverde aan haar afnemers. Nadat Enron bescherming had gekregen onder *Chapter 11*, zette zij de overeenkomst met TMLP tijdelijk voort, zónder dat zij formeel tot *assumption* (*i.e.* gestanddoening) overging. Toen de contractprijs na circa een jaar daalde tot onder de marktprijs, ging Enron alsnog op de voet van § 365(a) BC over tot *rejection* van het contract. TMLP zag zich daardoor genoodzaakt de elektriciteit elders tegen een hogere prijs af te nemen en wenste haar daaruit voortvloeiende schadevergoedingsvordering ter verificatie in te dienen. De *Bankruptcy Court* stak daar echter een stokje voor. Zij verwees daarbij naar *In re American HomePatient, Inc.*, waarin door het *Sixth Circuit Court of Appeals* uit het gebruik van het woord 'determined' in § 502(g) BC was afgeleid dat de omvang van de vordering van de wederpartij tot schadevergoeding op de *petition date* (*i.e.* de datum waarop bescherming onder *Chapter 11* is verleend) dient te worden gefixeerd.[649] Op de *petition date* was de marktprijs nog in overeenstemming met de contractprijs, zodat de vordering van TMLP om die reden niet voor verificatie in aanmerking kwam. De *Bankruptcy Court* voegde daar nog aan toe:

> 'Moreover, determining the amount of damages as of the petition date is consistent with the historical fiction that a debtor's affairs are to be wound up as if settled on the date of the petition with all of the debtor's assets ratably distributed on that date. […] Further, determining the damage claim as of the petition date is perceived as providing both the fairest treatment to similarly situated creditors and the most administratively efficient method to calculate the various claims […].'[650]

De *Bankruptcy Court* legt dus zeer sterk de nadruk op de fixatie van het (actief en) passief op de *petition date* en de gelijke behandeling van schuldeisers. Contracten lopen na de *petition date* weliswaar door, maar dit kan op zichzelf géén verandering teweegbrengen in de positie die de wederpartij ten opzichte van de overige schuldeisers in de procedure inneemt.[651] Wijzigingen in die positie zijn slechts mogelijk indien de *debtor in possession* of de *trustee* op de voet van § 365 (a) BC overgaat tot *assumption.*

Een vergelijkbare situatie zal zich in Nederland niet snel voordoen. Wanneer de curator na datum faillissement op overeenkomstige wijze uitvoering blijft geven aan een overeenkomst, moet naar mijn mening worden aangenomen dat hij haar gestand doet.[652] Maar wat nu indien géén uitvoering wordt gegeven aan een

---

648 Zie *In re Enron Corp.*, 330 B.R. 387 (Bankr. S.D.N.Y. 2005).
649 Zie *In re American HomePatient, Inc.*, 414 F.3d 614, 618 (6th Cir.2005). Vgl. *Giant Eagle, Inc. v. Phar-Mor, Inc.*, 528 F.3d 455, 456 (6th Cir.2008).
650 *In re Enron Corp.*, 330 B.R. 387 (Bankr. S.D.N.Y. 2005).
651 Erg consequent wordt dit overigens niet doorgevoerd. Waar het bijvoorbeeld gaat om de mogelijkheid tot de uitoefening van contractuele gebruiksrechten na faillissement, wordt in de Verenigde Staten juist weer zeer sterk de nadruk gelegd op de continuïteit van het contract. Zie nader § 5.2.3.
652 Zie § 4.6.4.

overeenkomst, maar die overeenkomst evenmin wordt beëindigd, bijvoorbeeld doordat beide partijen blijven stilzitten of de wederpartij na de mededeling van de curator dat hij de overeenkomst niet zal nakomen, níet tot afwikkeling overgaat, maar de overeenkomst voorlopig in stand laat? Is er aanleiding om bij de bepaling van de omvang van de door de wederpartij in te dienen vordering tot schadevergoeding of – indien het contract in een later stadium alsnog wordt ontbonden – die tot ongedaanmaking of waardevergoeding, de faillissementsdatum tot uitgangspunt te nemen? Het antwoord op deze vraag kan in het bijzonder van belang zijn in situaties waarin de door één van de partijen op zich genomen prestaties aan prijsfluctuaties onderhevig zijn. Men denke bijvoorbeeld aan de levering van olie, graan of aandelen.[653]

De hiervoor geschetste procedure in de *Chapter 11* van Enron doet enigszins denken aan het probleem dat aan de orde was in het arrest Dreyfus/Keulen q.q. uit 1977.[654] Wat was het geval? Op het moment dat aan SOS surseance van betaling werd verleend, had Dreyfus een schadevergoedingsvordering op haar ten belope van ruim $ 72.000. Op enig moment werd de surseance omgezet in een faillissement, waarna tussen Dreyfus en de curator discussie ontstond omtrent de vraag tegen welke datum de vordering moest worden gewaardeerd in Nederlands geld. De Hoge Raad oordeelde dat ook bij de waardering op de voet van art. 133 Fw de faillissementsdatum steeds bepalend is, ongeacht of aan het faillissement een surseance vooraf is gegaan. Dit impliceerde dat bij de omrekening van de vordering van Dreyfus de wisselkoers zoals die gold op datum faillissement moest worden gehanteerd.

Dient hieruit nu te worden afgeleid dat ook voor de waardering van de in art. 37a Fw genoemde vorderingen de faillissementsdatum steeds bepalend is? Ik meen van niet. Een essentieel verschil tussen de schadevergoedingsvordering die aan de orde was in het arrest Dreyfus/Keulen q.q. en de vorderingen vermeld in art. 37a Fw, is dat de eerstgenoemde vordering reeds vóór datum (surseance en) faillissement was ontstaan, terwijl de vorderingen ex art. 37a Fw alle eerst ná die datum ontstaan. Waar de waardering van de eerstbedoelde vordering op de faillissementsdatum niet meer is dan een uitvloeisel van de hoofdregel dat de posities van de schuldeisers op die datum worden gefixeerd, vormt de regeling van art. 37a Fw juist een uitzondering hierop. Het ligt dan niet voor de hand om aan te nemen dat bij de waardering van de in art. 37a Fw genoemde vorderingen wél weer de faillissementsdatum tot uitgangspunt moet worden genomen. Het heeft ook iets kunstmatigs om een vordering te waarderen tegen een tijdstip waarop zij nog niet bestond.[655] Zonder een uitdrukkelijke wettelijke bepaling, zoals het Amerikaanse § 502(g) BC, lijkt mij dat in ieder geval niet aan de orde.

Bij de waardering van de in art. 37a Fw genoemde vorderingen spelen de omstandigheden op de faillissementsdatum dus géén rol. Zij worden gewaardeerd

---

653 Valt het contract in een voorkomend geval binnen de reikwijdte van art. 38 Fw, dan wordt het door de faillietverklaring van rechtswege *ontbonden* en speelt de in deze paragraaf aan de orde gestelde problematiek niet. De reikwijdte van art. 38 Fw is evenwel bijzonder onduidelijk. Zie daarover o.a. Verstijlen 2006a, p. 123-124; Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2497-2499, beiden met verwijzingen.

654 Zie HR 4 februari 1977, *NJ* 1978, 66.

655 Vgl. Faber 2005, p. 497.

naar het moment waarop zij *ontstaan*. Voor een vordering tot *aanvullende* schadevergoeding is dit het moment waarop aan alle vereisten van art. 6:74 BW is voldaan, voor een vordering tot *vervangende* schadevergoeding het moment dat de omzetting is voltooid.[656] Een vordering tot ongedaanmaking c.q. tot waardevergoeding na ontbinding ontstaat op het moment dat de ontbindingsverklaring in de zin van art. 6:267 BW de curator heeft bereikt. Heeft de wederpartij recht op een andere prestatie dan de betaling van een geldsom, dan vindt waardering van haar ongedaanmakings- c.q. waardevergoedingsvordering plaats op de voet van art. 133 Fw.

4.7.4.3 De vordering tot nakoming

In art. 37a Fw wordt de vordering tot *nakoming* niet genoemd. Enigszins controversieel is de vraag in hoeverre de wederpartij het recht toekomt een vordering tot nakoming van een overeenkomst die over en weer nog niet geheel is nagekomen en die dus valt binnen de reikwijdte van art. 37 Fw, ter verificatie in te dienen.

Van Andel meent dat de mogelijkheid van verificatie van een nakomingsvordering een logische consequentie is van het systeem van de artikelen 37 en 37a Fw en vermoedt dat dit door de wetgever ook zo is bedoeld. Het zou naar zijn oordeel merkwaardig zijn indien een vordering tot nakoming níet voor verificatie in aanmerking zou komen, maar de vordering strekkende tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten in die nakoming wél.[657] Volgens Van Hees wijst zowel de parlementaire geschiedenis bij art. 37 Fw, als de regeling van art. 37a Fw er juist op dat verificatie van de nakomingsvordering níet is toegelaten.[658]

Naar mijn mening heeft de vraag of verificatie van een vordering tot nakoming mogelijk is, niets met art. 37a Fw van doen. De regeling van art. 37a Fw is ingevoerd om te voorkomen dat de daarin genoemde vorderingen als gevolg van wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek niet langer ter verificatie konden worden ingediend.[659] Zij is níet bedoeld om de verificatie te faciliteren van vorderingen die ook onder het oude recht niet ter verificatie konden worden ingediend, noch om de wederpartij destijds bestaande verificatiemogelijkheden te ontnemen. Onder het recht van vóór 1992 konden op grond van art. 26 Fw alleen vorderingen die op datum faillissement reeds bestonden ter verificatie worden aangemeld.[660] Er is geen enkele aanwijzing dat niet tevens een vordering tot nakoming van een over en weer nog niet geheel nagekomen overeenkomst kon worden geverifieerd. Integendeel; uit de parlementaire geschiedenis bij art. 38a Fw volgt uitdrukkelijk dat verificatie van een vordering tot nakoming onder het recht van vóór 1 januari 1992 mogelijk werd geacht.[661]

Onder het huidige recht geldt dus niets anders. Een op datum faillissement *bestaande* nakomingsvordering kan op de voet van art. 26 Fw worden

---

656 Zie art. 6:87 BW.
657 Zie Van Andel 2003, p. 40, noot 22.
658 Zie J.J. van Hees, noot onder Rb. Alkmaar 4 april 2002, *JOR* 2002, 108. Vgl. Van Hees 2012, p. 9. Instemmend: Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2485.
659 Zie de MvT bij art. 37a Fw, Kortmann & Faber 1995, p. 99-100. Zie voorts § 4.7.4.2.1.
660 Zie nader § 2.3.3.2.
661 Zie Kortmann & Faber 2007, p. 102. Zie voorts § 4.4.5.3 en § 4.7.1.4.

geverifieerd,[662] terwijl met een ná die datum ontstane vordering tot nakoming níet in de verificatievergadering kan worden opgekomen.[663] Uiteraard geldt dat ook verificatie van een vordering tot nakoming slechts mogelijk is binnen de grenzen van art. 108 e.v. Fw. Dit impliceert dat het gedeelte van de vordering tot nakoming waarvan het moment van opeisbaarheid ná datum faillissement ligt en dat louter als gevolg van de werking van art. 6:40 sub a BW opeisbaar wordt, slechts kan worden geverifieerd voor zover art. 131 Fw verificatie toestaat. Wordt de vordering opeisbaar op basis van een contractuele bepaling, dan is art. 131 Fw níet toepasselijk.[664]

Een andere vraag is of het *wenselijk* is dat de wederpartij bij een wederzijds nog niet geheel uitgevoerde overeenkomst steeds de mogelijkheid heeft het contract in stand te laten en een vordering tot nakoming in het faillissement in te dienen. Ter illustratie wijs ik op het geval van het Heerenveense reuzenrad.

Mondial/Boddaert q.q.[665]
Vallentgoed had bij Mondial een reuzenrad gekocht. De koopsom bedroeg DM 4.250.000, te betalen in drie termijnen. Niet geheel duidelijk is op welk moment het reuzenrad diende te worden geleverd, maar het is aannemelijk dat dit in ieder geval ná betaling van de eerste termijn diende plaats te vinden. Toen betaling van de eerste termijn van ongeveer DM 1.700.000 uitbleef, is Vallentgoed daartoe op vordering van Mondial veroordeeld. Ruim een jaar later werd aan Vallentgoed voorlopig surseance van betaling verleend. Op dat moment was het reuzenrad nog altijd niet geleverd. Na datum surseance gaf de bewindvoerder te kennen de overeenkomst met Mondial niet te zullen uitvoeren. Nadat de surseance was omgezet in een faillissement heeft Mondial haar vordering ter zake van de eerste termijn ter verificatie aangemeld.[666] De curator betwistte de vordering. In de daarop volgende renvooiprocedure oordeelde de rechtbank onder meer als volgt:

> 'Ook uit artikel 37 van de Faillissementswet kan niet worden afgeleid dat het recht van Mondial om nakoming van de overeenkomst te vorderen teloor is gegaan met voormelde mededeling van de curator. […] Naar het oordeel van de rechtbank is Mondial, ook na het vonnis, vrij een keuze te maken in de haar ter zake van deze niet-nakoming rechtens toekomende bevoegdheden. Op zichzelf beschouwd kan de faillietverklaring van Vallentgoed c.s. daaraan niet afdoen. Weliswaar kunnen zich feiten of omstandigheden voordoen die maken dat Mondial naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet de nakoming van de overeenkomst kan blijven vorderen, maar zodanige feiten of omstandigheden zijn de rechtbank niet gebleken. Voorts kan een vordering tot nakoming afstuiten op de grond dat nakoming niet meer mogelijk is. Ook op dit punt zijn de

662 Zie ook de MvT bij het huidige art. 37 Fw, Kortmann & Faber 1995, p. 97, waar uitdrukkelijk van de verificatie van een bestaande vordering tot nakoming wordt gerept.
663 Zie ook Faber 2005, p. 528; Verstijlen 2006a, p. 100 en 109, noot 54; Van Zanten 2007, p. 41, noot 12. Vgl. Verschoof 1992, p. 59. Zowel Faber als Verschoof stelt evenwel ten onrechte dat indien de wederpartij haar vordering tot nakoming indient nadat zij eerst tevergeefs de weg van art. 37 Fw heeft bewandeld, het recht van de curator om nakoming te vorderen 'herleeft'; zie daarover § 4.7.1.4. Vgl. voorts Hof Arnhem 20 februari 2007, *JOR* 2007, 129. Anders: Van Galen 1996, p. 395; Boekraad 1997, p. 66. Zie nader § 2.3.3.2.
664 Zie Van der Feltz II, p. 130.
665 Zie Rb. Alkmaar 4 april 2002, *JOR* 2002, 108, m.nt. J.J. van Hees; Hof Amsterdam 15 januari 2004, *JOR* 2004, 89, m.nt. J.J. van Hees.
666 Onduidelijk is waarom zij niet tevens haar vordering ter zake van de overige termijnen heeft ingediend.

> rechtbank echter geen feiten of omstandigheden gebleken waaruit zulks valt af te leiden. Een en ander leidt de rechtbank tot het oordeel dat Mondial erkenning van haar vordering op V.O.F. Vallentgoed en bijschrijving van deze vordering op de lijst van voorlopig erkende schuldeisers kan vorderen.'[667]

De rechtbank staat verificatie van de vordering tot nakoming dus toe. De consequentie hiervan is dat dit de wederpartij onder omstandigheden in staat stelt van twee walletjes te eten.[668] Zou Mondial zijn overgegaan tot ontbinding van de overeenkomst en vervolgens het reuzenrad aan een derde hebben verkocht, dan had zij slechts het verschil tussen de ontvangen koopprijs en de met Vallentgoed overeengekomen prijs als schadevergoeding in het faillissement kunnen indienen. Door het contract in stand te laten, kon Mondial enerzijds met haar hogere vordering tot nakoming in de verificatievergadering opkomen, terwijl zij anderzijds nog steeds het reuzenrad aan een derde kon verkopen, nu zij ervan uit kon gaan dat niet langer aan Vallentgoed behoefde te worden geleverd. Verstijlen wijst erop dat in een geval waarin het gaat om een unieke zaak als een reuzenrad, voor de wederpartij natuurlijk nog altijd wel het – veelal louter theoretische – risico bestaat dat zij op een later moment, dat wil zeggen na afloop van het faillissement, alsnog moet leveren.[669] Gaat het om soortzaken, dan doet dit probleem zich niet voor, omdat de wederpartij dan zo nodig gelijksoortige zaken kan leveren.[670]

Het hof dat in appel over de zaak van het Heerenveense reuzenrad had te oordelen, wilde kennelijk de hiervoor geschetste consequenties van de toelating van een vordering tot nakoming niet aanvaarden. Hij vernietigde het vonnis van de rechtbank en overwoog:

> 'Weliswaar heeft de rechtbank met juistheid geoordeeld dat het faillissement op zichzelf geen invloed uitoefent op bestaande wederkerige overeenkomsten, maar dat neemt niet weg dat een bewindvoerder dan wel curator in een geval als het onderhavige zo'n overeenkomst *eenzijdig kan ontbinden*, voordat de wederpartij een schriftelijke termijn heeft gesteld als bedoeld in art. 236 lid 1, respectievelijk 37 lid 1 Fw. […] In een geval als het onderhavige betekent dit dat voor een actie tot nakoming van de zijde van de wederpartij geen ruimte meer bestaat – en derhalve ook niet voor verificatie van een p.m. post voor na het faillissement verschenen koopsomtermijnen, renten en kosten […]. Mondial komt echter wel een vordering tot schadevergoeding terzake toe. De vordering uit hoofde van deze schadevergoeding leent zich voor verificatie.'[671]

Hoewel er goede gronden zijn om in een geval als het onderhavige de mogelijkheid te openen dat de overeenkomst door de curator wordt ontbonden,[672] meen ik

---

667 Zie Rb. Alkmaar 4 april 2002, *JOR* 2002, 108, m.nt. J.J. van Hees, r.o. 6 en 7.
668 Aldus Verstijlen 2006a, p. 109.
669 Het gaat dan om situaties waarin de schuldenaar een natuurlijk persoon is of hij zijn schuldeisers een akkoord heeft aangeboden dat door de rechtbank is gehomologeerd, nu alleen in die gevallen de schuldenaar ná faillissement nog een reëel bestaan leidt. Tijdens het faillissement behoeft de wederpartij niet bevreesd te zijn dat zij alsnog moet leveren, omdat de curator heeft verklaard de overeenkomst niet gestand te doen en daarmee ingevolge art. 37 lid 1 Fw het recht heeft verspeeld die levering af te dwingen.
670 Zie Verstijlen 2006a, p. 110.
671 Zie Hof Amsterdam 15 januari 2004, *JOR* 2004, 89, m.nt. J.J. van Hees.
672 Zie in dit verband nader § 5.6.

dat met het arrest van het hof niet kan worden ingestemd. Waar de wetgever er zo uitdrukkelijk voor heeft gekozen de afwikkeling van overeenkomsten in faillissement te laten beheersen door het gemene recht, bestaat géén ruimte om de curator het recht toe te kennen eenzijdig tot ontbinding over te gaan, zónder dat aan de gemeenrechtelijke vereisten voor ontbinding is voldaan.[673]

Betekent dit nu dat de gezamenlijke schuldeisers zich in een geval als het onderhavige de benadeling die gepaard gaat met de instandhouding van de overeenkomst maar moeten laten welgevallen? Mijns inziens behoeft dat niet *per se* de conclusie te zijn. Verdedigbaar lijkt mij dat de wederpartij die nalaat te ontbinden om met een hogere vordering tot nakoming (of vervangende schadevergoeding) in de verificatievergadering mee te kunnen lopen, in strijd komt met de door haar jegens de overige schuldeisers in acht te nemen redelijkheid en billijkheid.[674] De consequentie zou dan zijn dat de vordering van de wederpartij slechts kan worden geverifieerd voor ten hoogste het bedrag van de schadevergoeding waarop zij aanspraak zou hebben gehad indien zij de overeenkomst, voor zover niet reeds uitgevoerd, wegens een tekortkoming zou hebben ontbonden.[675] Heeft de wederpartij reeds ten dele gepresteerd, dan dient haar daarmee corresponderende vordering uiteraard wél integraal te worden toegelaten.

Het voorontwerp Insolventiewet

Het voorontwerp Insolventiewet bevat in art. 3.4.1 lid 4 een regeling die geheel overeenstemt met de hiervoor op de tussen de schuldeisers in acht te nemen redelijkheid en billijkheid gegronde regel. Aldus wordt volgens de Toelichting langs andere weg (zonder ontbinding) hetzelfde resultaat bereikt als met de beslissing van het Hof Amsterdam in de zaak van het Heerenveense reuzenrad.[676]

4.7.4.4 Nakoming door de wederpartij

Een ander heet hangijzer is de vraag naar de status van de vorderingen van de wederpartij die een lopende (duur)overeenkomst ná datum faillissement nakomt c.q. blijft nakomen, zonder dat de curator zich tot gestanddoening bereid heeft verklaard. Indien de curator in een later stadium alsnog tot gestanddoening overgaat, is het antwoord naar mijn mening eenvoudig. *Alle* op dat moment bestaande vorderingen promoveren in dat geval tot boedelvordering, dus ook de vorderingen die ná datum faillissement zijn ontstaan. Maar hoe zit het ingeval de curator níet bereid is de overeenkomst na te komen? Van Galen en Boekraad hebben zich op het standpunt gesteld dat wanneer de wederpartij de overeenkomst

673 In deze zin ook: J.J. van Hees, noot onder Hof Amsterdam 15 januari 2004, *JOR* 2004, 89; Verstijlen 2006a, p. 113.

674 Zie § 2.4.

675 Vgl. Verstijlen 2006a, p. 113, die aanneemt dat 'de wederpartij die nalaat te ontbinden om zijn positie tegenover de (overige) schuldeisers te verstevigen, in strijd komt met het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers'. Vgl. de noten van J.J. van Hees bij het vonnis van de rechtbank en het arrest van het hof inzake het Heerenveense reuzenrad, waarin hij stelt dat aan het wettelijk systeem van verificatie van schuldvorderingen zélf voldoende argumenten zijn te ontlenen om in een voorkomend geval verificatie van slechts de geleden schade toe te staan. In dezelfde zin: Van Hees & Slaski 2008, p. 285.

676 Zie Kortmann & Faber 2007, p. 236.

blijft nakomen zonder dat de curator zich tot gestanddoening bereid heeft verklaard, zij haar daartegenover staande vorderingen ter verificatie zou moeten kunnen indienen.[677] Van Hees acht dat slechts verdedigbaar voor zover de boedel is gebaat.[678]

Naar mijn mening kunnen vorderingen van de wederpartij die betrekking hebben op prestaties die zij ná datum faillissement zonder instemming van de curator heeft verricht, níet ter verificatie worden ingediend, ook niet voor zover de boedel als gevolg van die prestaties is gebaat. Daarbij is irrelevant of de vordering van de wederpartij is ontstaan nadat de curator heeft aangegeven de overeenkomst niet te zullen uitvoeren of in een stadium waarin de curator zich nog niet over gestanddoening heeft uitgesproken. De andersluidende opvattingen van Van Galen, Boekraad en Van Hees zijn naar mijn oordeel in strijd met het systeem de Faillissementwet en het daaraan ten grondslag liggende fixatiebeginsel.[679] Hetzelfde lot treft de vordering van de wederpartij die op een later moment alsnog tot ontbinding overgaat, althans voor zover zij betrekking heeft op ongedaanmaking van ná faillissement verrichte prestaties. Hoewel de tekst van art. 37a Fw aanknopingspunten lijkt te bieden voor een andersluidend standpunt, komt ook deze vordering mijns inziens níet voor verificatie in aanmerking.[680]

Boedelschuld

Betekent het voorgaande nu dat de hier aan de orde zijnde vorderingen nimmer in faillissement kunnen worden verhaald? Het antwoord op deze vraag is in de eerste plaats afhankelijk van de wijze waarop art. 24 Fw dient te worden geïnterpreteerd. In art. 24 Fw is bepaald dat voor verbintenissen van de schuldenaar die na de faillietverklaring ontstaan, de boedel alleen aansprakelijk is voor zover deze ten gevolge daarvan is gebaat.[681] Zou de regel van art. 24 Fw van toepassing zijn op vorderingen die de wederpartij ná datum faillissement verkrijgt uit hoofde van een vóór die datum gesloten overeenkomst, dan zou zij dus steeds ten belope van het bedrag waarvoor de boedel is gebaat, een *boedelvordering* krijgen, ongeacht of de curator zich tot gestanddoening bereid heeft verklaard.

Door zowel Van Galen als Boekraad is – met een beroep op de wetshistorie – het standpunt ingenomen dat art. 24 Fw alleen betrekking heeft op vorderingen die voortvloeien uit een rechtsverhouding die eerst ná de faillietverklaring is ontstaan.[682] Zie ik het goed, dan doen beide schrijvers dit ter onderbouwing van hun stelling dat vorderingen die de wederpartij op basis van een duurovereenkomst ná datum faillissement verkrijgt zonder dat de curator zich bereid heeft verklaard de overeenkomst gestand te doen, verifieerbaar (zouden moeten) zijn. Hiervoor kwam echter al aan de orde dat deze vorderingen niet kunnen worden geverifieerd. Zou de door Van Galen en Boekraad voorgestane uitleg van art. 24

677 Zie Van Galen 1996, p. 395 en Boekraad 1997, p. 64-66.
678 Zie Van Hees 1997, p. 166.
679 Zie uitvoerig § 2.3.3.2. Zie ook Verstijlen 2006a, p. 108; Van Zanten 2007, p. 50.
680 Zie nader § 4.7.4.2.2, kanttekening (i). In dezelfde zin: Faber 2005, p. 529-530; Verstijlen 2006a, p. 108-109. Zie ook Van Zanten 2007, p. 50.
681 Zie over de regeling van art. 24 Fw nader § 2.3.3.1.
682 Zie Van Galen 1996, p. 394-395; Boekraad 1997, p. 50-52.

Fw niettemin worden gevolgd, dan staat de wederpartij in een voorkomend geval geheel met lege handen, ook indien de boedel als gevolg van de na faillissement geleverde prestaties is *gebaat.* Of zij díe consequentie willen aanvaarden, waag ik te betwijfelen.

Wat hiervan zij, ik meen dat er geen grond bestaat om vorderingen die ontstaan uit ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhoudingen van het toepassingsgebied van art. 24 Fw uit te sluiten.[683] Illustratief is dat indien een schuldeiser ná datum faillissement een daarvóór ontstane verbintenis nakomt door voldoening aan de gefailleerde, hij op grond van art. 52 lid 3 Fw steeds tegenover de boedel van zijn verplichtingen is bevrijd, voor zover hetgeen door hem werd voldaan *ten bate van de boedel* is gekomen. Blijkens de memorie van toelichting lagen aan de invoering van art. 52 lid 3 Fw dezelfde redenen ten grondslag als aan de invoering van art. 24 Fw.[684] Dit impliceert dat de wederpartij voor vorderingen die zij ná datum faillissement verkrijgt op grond van een vóór die datum gesloten overeenkomst zonder dat de curator zich tot gestanddoening bereid heeft verklaard, tóch een boedelvordering krijgt voor zover de boedel is *gebaat.* Deze boedelvordering kan tevens binnen de grenzen van art. 6:127 e.v. BW met een schuld aan de gefailleerde worden verrekend.[685]

Verrekening

Kwalificeren de vorderingen van de wederpartij níet als boedelvordering, dan hoeft dat nog niet te betekenen dat zij met lege handen staat. Het feit dat een vordering niet ter verificatie kan worden ingediend en (dus) ook geen boedelvordering is, betekent niet zonder meer dat zij niet met een schuld aan de gefailleerde kan worden *verrekend.* Men neme het geval dat de wederpartij gehouden is tot het periodiek plaatsen van advertenties en tevens een schuld aan de gefailleerde heeft uit hoofde van geldlening. Kan de wederpartij nu de advertenties ook na de faillissementsdatum blijven plaatsen en haar recht op de tegenprestatie met haar schuld uit hoofde van de geldlening compenseren? Of verrekening mogelijk is, dient primair te worden getoetst aan art. 53 lid 1 Fw, op grond waarvan mede voor verrekening in aanmerking komen vorderingen die weliswaar ná de faillietverklaring ontstaan, maar rechtstreeks voortvloeien uit een daarvóór ontstane rechtsverhouding.[686] Aan dit criterium lijkt zonder meer te zijn voldaan, hetgeen impliceert dat de wederpartij zou kunnen blijven nakomen, om zo haar aan de curator te betalen schuld uit de boeken te krijgen.

Deze uitkomst bevredigt niet en zij staat mijns inziens ook op gespannen voet met het systeem van de Faillissementswet en het daarin neergelegde keuzerecht van de curator. Dit keuzerecht komt op losse schroeven te staan indien de wederpartij verhaal zou kunnen nemen op (haar schuld aan) de boedel, voor prestaties die zij zonder bereidverklaring van de curator heeft verricht en waarbij de boedel niet is gebaat. Dit geldt te meer indien de curator uitdrukkelijk kenbaar

683 In dezelfde zin: De Liagre Böhl 1991, p. 66; Faber 2005, p. 530. Anders: Van Hees 1997, p. 166.
684 Zie Van der Feltz I, p. 459-460.
685 Zie Faber 2005, p. 530.
686 Zie Faber 2005, p. 538.

heeft gemaakt de overeenkomst níet gestand te doen, al dan niet na daartoe op de voet van art. 37 Fw te zijn aangespoord. Mogelijk kan een redelijke uitleg van art. 53 Fw in een voorkomend geval uitkomst bieden, zoals dat ook in het arrest Tiethoff q.q./NMB het geval was.[687] Een beroep op de regeling van art. 54 lid 2 Fw biedt de curator mijns inziens géén soelaas. Anders dan in de lagere rechtspraak wel wordt aangenomen,[688] meen ik dat art. 54 Fw louter betrekking heeft op de situatie dat een *bestaande* vordering of schuld wordt overgenomen van een *derde.* Weliswaar wordt in dit kader door de Hoge Raad aan het begrip 'overnemen' een ruime betekenis toegekend,[689] maar voor situaties waarin de te verrekenen vordering of schuld rechtstreeks in de rechtsverhouding tussen de insolvente schuldenaar en diens wederpartij ontstaat, is art. 54 Fw mijns inziens níet geschreven.[690] Dergelijke situaties behoren tot het exclusieve domein van de faillissementspauliana.

Verhaal krachtens pand- of hypotheekrecht
Indien de wederpartij beschikt over een pand- of hypotheekrecht dat is gevestigd tot zekerheid van vorderingen die zij uit hoofde van een op datum faillissement wederzijds nog niet geheel uitgevoerde overeenkomst zal verkrijgen, dan lijkt zij op het eerste gezicht over een ijzersterke positie te beschikken. Zij kan in dat geval de overeenkomst harerzijds nakomen en haar vorderingen ter zake van de door de gefailleerde verschuldigde tegenprestatie op de voet van art. 483e Rv op het onderpand verhalen.[691] Zou echter moeten worden aangenomen dat een redelijke uitleg van art. 53 Fw in een voorkomend geval aan verrekening van de hier bedoelde aanspraken in de weg staat, dan lijkt mede in het licht van het arrest NCM/Knottenbelt q.q. goed verdedigbaar dat zij evenmin ten laste van een door de schuldenaar gestelde zekerheid kunnen worden gebracht.[692]

4.8 Persoonlijke verbintenissen

4.8.1 Art. 37 lid 3 Fw

Art. 37 lid 3 Fw bepaalt dat de regeling van lid 1 en 2 niet van toepassing is op contracten 'waarbij de gefailleerde slechts verbintenissen op zich heeft genomen tot door hem persoonlijk te verrichten handelingen'. Een vergelijkbare regeling

687 Zie HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 661, m.nt. PvS, waarover nader § 5.2.1.
688 Zie Hof Den Haag 30 juni 1998, *JOR* 1998, 155; Rb. Den Haag 9 november 2005, *JOR* 2005, 310; Rb. Leeuwarden 16 mei 2007, *LJN*: BA7936; Rb. Arnhem 3 oktober 2007, *JOR* 2008, 135; Hof Arnhem 1 november 2011, *LJN*: BU3293; Hof Arnhem 20 maart 2012, *LJN*: BW0215. Zie ook Faber 2005, p. 427-437.
689 Zie HR 27 november 1970, *NJ* 1971, 127; HR 8 juli 1987, *NJ* 1988, 104 (*Loeffen q.q./Mees & Hope I*).
690 Vgl. Rb. Dordrecht 5 augustus 2010, *JOR* 2011, 94.
691 Zie art. 57 lid 4 Fw. Zie ook Van Hees 1997, p. 166-167.
692 Zie HR 4 november 1994, *NJ* 1995, 627, m.nt. PvS. Vgl. Kortmann & Faber 2001, p. 144-145.

bevatte art. 37 lid 2 (oud) Fw.[693] Volgens de memorie van toelichting bij art. 37 lid 2 (oud) Fw spreekt het artikel voor zichzelf:

> 'Waar de praestatie, waartoe de gefailleerde verplicht is, uitsluitend door hem persoonlijk kan worden verricht, kan de curator geen beslissing nemen over de al of niet nakoming, die geheel van den wil des gefailleerden zal afhangen. Bij dergelijke overeenkomsten moet de medecontractant den loop der dingen afwachten.'[694]

Uit het gebruik van het woordje 'slechts' in art. 37 lid 3 Fw lijkt te volgen dat de regels van art. 37 lid 1 en 2 Fw alleen buiten werking zijn gesteld ten aanzien van overeenkomsten waaruit voor de gefailleerde *louter* persoonlijke verbintenissen voortvloeien. Uit de Notulen der Commissie tot Herziening van het Wetboek van Koophandel kan worden afgeleid dat dit door de ontwerpers ook uitdrukkelijk zo is bedoeld:

> 'Achter gefailleerde wordt het woord uitsluitend toegevoegd, om alle overeenkomsten, die een gemengd karakter dragen, d.w.z. waarbij de verbintenis van den gefailleerde slechts gedeeltelijk door dezen alleen persoonlijk kan worden gekweten onder art. 34 [art. 37 lid 1 (oud) Fw] te doen vallen.'[695]

Dit impliceert dat steeds indien sprake is van een overeenkomst die aan de zijde van de schuldenaar zowel persoonlijke als niet-persoonlijke verplichtingen in het leven roept, art. 37 lid 3 Fw níet van toepassing is en de curator dus via de weg van art. 37 lid 1 Fw om gestanddoening kan worden verzocht. Doet de curator een dergelijke overeenkomst gestand, dan loopt hij het risico dat de schuldenaar de op hem rustende persoonlijke verbintenissen niet zal nakomen, als gevolg waarvan de *boedel* met de verplichting tot vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade wordt opgezadeld. Besluit de curator het contract om die reden níet gestand te doen, dan kan hij niet langer op nakoming aanspraak maken, zelfs niet indien de schuldenaar alsnog zijn persoonlijke verplichtingen zou nakomen.[696]

Men kan hier bedenkingen bij hebben. Indien een contract waaruit persoonlijke verbintenissen voortvloeien, wordt nagekomen, kan dit zowel in het belang van de boedel zijn, als in het belang van de schuldenaar. De boedel kan zijn gebaat omdat de tegenprestatie in beginsel op de voet van art. 20 Fw in de boedel vloeit en daarnaast wordt vermeden dat de wederpartij met een schadevergoedingsvordering in het faillissement opkomt.[697] De schuldenaar kan bij nakoming van de overeenkomst zijn gebaat, omdat zijn vermogenspositie erdoor verbetert en de rechter-commissaris bovendien kan bepalen dat (een deel van) de tegenprestatie

693 Art. 37 lid 2 (oud) Fw luidde als volgt: 'Deze bepalingen zijn niet toepasselijk op overeenkomsten, waarbij de verbintenis van den gefailleerde eene uitsluitend door dezen persoonlijk te verrichten handeling inhoudt.' Blijkens de MvT bij het huidige art. 37 lid 3 Fw, Kortmann & Faber 1995, p. 98, is geen inhoudelijke wijziging ten opzichte van deze bepaling beoogd.

694 Van der Feltz I, p. 410.

695 Zie de Notulen der Commissie tot Herziening van het Wetboek van Koophandel VI, p. 64. Deze notulen bevinden zich in de Juridische Bibliotheek van de Universiteit Utrecht (Molengraaff-kast).

696 Zie echter § 4.7.1.3.

697 Zie § 4.8.2.2.

buiten de boedel blijft.[698] De toegevoegde waarde van art. 37 lid 3 Fw lijkt mij te zijn dat de uitvoering van het contract in voorkomende gevallen niet wordt bedreigd doordat de curator een termijn wordt gesteld en hij noodgedwongen gestanddoening zou moeten weigeren, als gevolg waarvan zowel de boedel als de schuldenaar door de werking van art. 37 lid 1 Fw niet langer op nakoming aanspraak zou kunnen maken. In dit licht zou mijns inziens beter zijn te bepalen dat de regeling van art. 37 lid 3 Fw steeds geldt indien de overeenkomst persoonlijke verbintenissen in het leven roept, dus ook indien daaruit tevens verbintenissen voortvloeien die géén persoonlijk karakter dragen.

Verschillende categorieën persoonlijke verbintenissen

De eerste categorie verbintenissen die vallen onder het toepassingsgebied van art. 37 lid 3 Fw zijn de verbintenissen tot *persoonlijke dienstverlening*.[699] Een klassiek voorbeeld is een verbintenis die verplicht tot het schilderen van een portret. Gaat de portretschilder failliet, dan kan de wederpartij de curator niet op de voet van art. 37 Fw om gestanddoening vragen.[700] De curator kan een dergelijk contract ook niet uit eigen beweging gestand doen, althans de wederpartij niet dwingen de overeenkomst na te komen, bijvoorbeeld in het geval hij een derde bereid heeft gevonden de door de failliet verschuldigde prestatie te verrichten. Op grond van art. 6:30 lid 1 BW geldt dat een verbintenis niet door een ander dan de schuldenaar kan worden nagekomen indien de inhoud of strekking van de verbintenis zich daartegen verzet. Dient de prestatie door de schuldenaar persoonlijk te worden verricht, dan is dat het geval.[701]

In art. 1419 (oud) BW – de voorloper van het huidige art. 6:30 lid 1 BW – was bepaald dat '[e]ene verbindtenis om iets te doen door eenen derde niet gekweten [kan] worden in weerwil van den schuldeischer, indien deze belang heeft dat de daad door den schuldenaar zelven verrigt worde'. Blijkens de Toelichting biedt de gewijzigde redactie ruimte om niet alleen met het belang van de *schuldeiser*, maar ook met dat van de *schuldenaar* rekening te houden. Ook die laatste kan er belang bij hebben de prestatie zelf te verrichten, bijvoorbeeld met het oog op zijn reputatie, om publiciteitsredenen of om in oefening te blijven.[702] In de context van een faillissement impliceert dit mijns inziens dat ook indien de schuldeiser van een persoonlijke verbintenis bereid is genoegen te nemen met nakoming door een derde, de schuldenaar dit kan verhinderen, mits hij zich bereid toont de verschuldigde prestatie zélf te verrichten. Voor de curator behoeft dat niet bezwaarlijk te zijn, omdat de wederpartij ook dan krijgt waarop zij aanspraak heeft en dus niet met een schadevergoedingsvordering in het faillissement opkomt, terwijl de tegenprestatie op de voet van art. 20 Fw in de boedel vloeit, althans voor zover de rechter-commissaris niet anders bepaalt.[703]

---

698 Zie art. 21 onder 2º Fw.
699 Zie hierover Haas 2009, p. 69-91; Haas 2010, p. 162-170.
700 Andere voorbeelden van verbintenissen tot persoonlijke dienstverlening zijn verbintenissen aangegaan door een advocaat, een architect, een schrijver of een musicus.
701 Zie omtrent de vraag wanneer van een persoonlijke verbintenis sprake is: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 203.
702 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 158.
703 Zie art. 21 onder 2º Fw.

In art. 1419 (oud) BW werd slechts gerept van verbintenissen om iets te *doen.* Het in meer algemene bewoordingen gestelde art. 6:30 lid 1 BW brengt tot uitdrukking dat ook andere verbintenissen een persoonlijk karakter kunnen hebben. Zo geldt ten aanzien van alle verbintenissen tot een *niet-doen* dat zij naar hun aard alleen door de schuldenaar zelf kunnen worden verricht.[704] Dit betekent evenwel niet dat wederkerige overeenkomsten waaruit voor de schuldenaar slechts een dergelijke verplichting voortvloeit steeds onder het regime van art. 37 lid 3 Fw vallen. Met de intrede van het faillissement is niet langer de schuldenaar, maar diens curator bevoegd het tot het faillissement behorende vermogen te beheren en daarover te beschikken.[705] Ten aanzien van verbintenissen die de schuldenaar op enigerlei wijze – langs obligatoire weg – in zijn beheers- en beschikkingsbevoegdheid met betrekking tot dat vermogen beperken, geldt dan ook dat nakoming níet van de gefailleerde, maar van diens *curator* afhankelijk is. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een verbod tot vervreemding zonder toestemming.[706] Voor wederkerige overeenkomsten waarin louter een dergelijke verbintenis van de schuldenaar besloten ligt, gelden art. 37 lid 1 en lid 2 Fw onverkort.

Slechts voor enkele verbintenissen tot een *niet-doen* geldt dat nakoming uitsluitend van de wil van de *gefailleerde* afhangt. Gedacht kan worden aan een concurrentiebeding dat drukt op een failliete ex-werknemer of aan een contractuele verplichting van de schuldenaar zich niet negatief over de desbetreffende schuldeiser uit te laten c.q. geen onware mededelingen over hem te doen. Is sprake van een overeenkomst waaruit voor de gefailleerde slechts een dergelijke verbintenis voortvloeit, dan is art. 37 lid 3 Fw daarop van toepassing.[707]

Een laatste categorie overeenkomsten die naar mijn mening onder het toepassingsgebied van art. 37 lid 3 Fw zijn begrepen, betreft contracten die betrekking hebben op goederen die op grond van art. 21 Fw buiten het faillissement blijven. Ook hier is de nakoming geheel van de wil van de gefailleerde afhankelijk. Veel voorbeelden laten zich niet denken. Gedacht kan worden aan een koopovereenkomst met betrekking tot de in art. 447 onder 1º t/m 3º en art. 448 Rv bedoelde goederen.[708] Het voornaamste contract uit deze categorie lijkt mij echter een door de schuldenaar als 'maker' verleende auteursrechtlicentie te zijn.[709] De positie van de houder van een dergelijke licentie is evenwel een stuk rooskleuriger dan die van de wederpartij bij één van de andere hiervoor bedoelde contracten. Zolang hij zijn verplichtingen blijft nakomen, heeft de schuldenaar noch diens

704 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 158-159; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 203.
705 Zie de artikelen 23 en 68 Fw.
706 Zie ook § 5.4.
707 De bewoordingen van art. 37 lid 3 Fw dienen mijns inziens dus niet al te letterlijk te worden genomen. Niet alleen overeenkomsten waarbij de gefailleerde slechts verbintenissen op zich heeft genomen tot door hem persoonlijk *te verrichten* handelingen, maar ook contracten waarbij de schuldenaar louter verbintenissen op zich heeft genomen tot door hem persoonlijk *na te laten* handelingen vallen onder het toepassingsbereik van art. 37 lid 3 Fw. Dit strookt met de aan het begin van deze paragraaf geciteerde passage uit de MvT bij art. 37 lid 2 (oud) Fw, waarin wordt gerept van een persoonlijk door de gefailleerde te verrichten 'praestatie'.
708 Zie art. 21 onder 1º Fw.
709 Zie art. 21 onder 1º Fw jo art. 2 lid 3 Aw.

curator de mogelijkheid hem zijn uit de licentie voortvloeiende gebruiks- c.q. exploitatiebevoegdheden te ontnemen.[710]

In de Verenigde Staten zijn overeenkomsten die door de schuldenaar persoonlijk dienen te worden nagekomen níet van rechtswege buiten het bereik van het keuzerecht van de *trustee* gebracht. Wél bevat de wet een uitzondering op de regel dat clausules die de overeenkomst bij faillissement *ipso facto* doen eindigen niet zijn toegestaan,[711] voor het geval dat 'applicable law excuses a party, other than the debtor, to such contract or lease from accepting performance to the trustee or to an assignee of such contract or lease […]'.[712] In de rechtspraak wordt aangenomen dat de wederpartij zich alleen dan op deze bepaling kan beroepen, ingeval zij aantoont dat geen onberispelijke nakoming kan worden verkregen indien de verschuldigde prestatie door een ander dan de schuldenaar wordt verricht.[713]

Dat het ook anders kan, blijkt indien men het Belgische recht in ogenschouw neemt. Naar Belgisch faillissementsrecht geldt dat aan overeenkomsten met een zogeheten *intuitu personae*-karakter – dat wil zeggen overeenkomsten die omwille van de persoonlijke hoedanigheid of de kwaliteiten van de beoogde contractpartij worden aangegaan – met het uitspreken van het faillissement van rechtswege een einde komt.[714] Tot deze groep behoren niet alleen het contract met de portretschilder of de architect, maar ook tal van andere contracten, zoals maatschaps-, lastgevings-, krediet-, franchise- en concessieovereenkomsten.[715] Het is aan de feitenrechter om in voorkomende gevallen te bepalen of de overeenkomst een *intuitu personae*-karakter draagt. Voor de curator die de activiteiten op de voet van art. 47 Faill.W. wil continueren, is het feit dat de hier bedoelde contracten steeds van rechtswege eindigen problematisch. Weliswaar is mogelijk dat het persoonlijke karakter wordt 'weggecontracteerd',[716] maar of van die mogelijkheid veelvuldig gebruik wordt gemaakt, valt te betwijfelen. Overeenkomsten bevatten veelal juist een clausule die het contract bij faillissement van één van de partijen *ipso fact*o doet eindigen.[717] Art. 35 § 1 lid 1 van de Wet Continuïteit Ondernemingen doet de hier bedoelde *ipso facto*-bedingen in de ban. Aangenomen wordt dat deze bepaling er eveneens aan in de

710 Vgl. Neppelenbroek 2011, p. 158-159.
711 Zie § 365(e)(1) BC, waarover § 7.2.
712 Zie § 365(e)(2)(A)(i) BC.
713 Zie *Summit Investment and Development Corp. v. Leroux*, 69 F.3d 608 (1st Cir.1995). Vgl. art. 6:30 lid 1 BW.
714 Het eindigen van een overeenkomst met een *intuitu personae*-karakter leidt op zichzelf niet tot schadeplichtigheid; zie Kh. Brussel 7 februari 1995, *T.B.H* 1996, 451. Aan reeds bestaande aanspraken uit hoofde van wanprestatie wordt evenwel geen afbreuk gedaan; zij kunnen ter verificatie worden ingediend. Zie Leunen 1998, p. 500.
715 Zie Dirix 2003, p. 202, noot 7; De Wilde 2005, p. 171, met verwijzingen; Dekkers-Verbeke 2007, nr. 27. Zie voor meer voorbeelden: Leunen 1998, p. 500-502. Dat de overeenkomst van lastgeving bij faillissement van één der partijen eindigt, is ook uitdrukkelijk vastgelegd in art. 2003 B.W. Ook naar Nederlands recht komt met de intrede van het faillissement een einde aan een overeenkomst van lastgeving (art. 7:422 lid 1 BW) en van maatschap (art. 7A:1683 onder 4º BW).
716 Zie de Wilde 2005, p. 170, met verwijzingen.
717 Een dergelijke clausule wordt ook naar Belgisch faillissementsrecht in beginsel geoorloofd geacht; zie § 7.2.

weg staat dat overeenkomsten met een *inuitu personae*-karakter met de intrede van de procedure eindigen.[718]

De Belgische regeling van het faillissement is dus primair gericht op het *eindigen* van overeenkomsten op basis waarvan de schuldenaar gehouden is de daaruit voortvloeiende verplichtingen persoonlijk na te komen, waarbij bovendien in de rechtspraak aan een betrekkelijk grote groep contracten een *intuitu personae*-karakter wordt toegekend. Mijns inziens verdient de Nederlandse aanpak, waarbij de hier bedoelde overeenkomsten juist geheel ongemoeid worden gelaten, de voorkeur. Uitgangspunt is de continuïteit van het contract. Afwijkingen daarvan dienen noodzakelijk te zijn om de met het faillissement nagestreefde doelstellingen te realiseren. Die noodzaak is hier afwezig. De boedel kan juist bij instandhouding van door de schuldenaar persoonlijk na te komen overeenkomsten zijn gebaat. De wederpartij behoeft in dat geval immers niet met een (schadevergoedings)vordering in het passief te worden toegelaten, terwijl de door haar verschuldigde tegenprestatie in beginsel op de voet van art. 20 Fw in de boedel vloeit. Ingrijpen in het contract lijkt mij hier dan ook ongewenst.

Het voorontwerp Insolventiewet
De regeling van art. 37 lid 3 Fw wordt in het voorontwerp Insolventiewet ongewijzigd gehandhaafd.[719]

4.8.2 De positie van de wederpartij nader beschouwd

4.8.2.1 Kan de wederpartij nakoming afdwingen?

Van meer belang dan de vraag naar de toepasselijkheid van art. 37 lid 3 Fw is mijns inziens de vraag wat in het algemeen de positie is van een schuldeiser van een verbintenis waarvan de nakoming ook tijdens faillissement geheel van de wil van de gefailleerde afhangt. Die positie is niet glashelder.

Zo bestaat in de literatuur verschil van inzicht omtrent de vraag of de schuldeiser van een dergelijke verbintenis bevoegd is tijdens het faillissement een rechtsvordering tot nakoming jegens de schuldenaar in te stellen en of hij in het bevestigende geval een eventueel veroordelend vonnis door middel van (indirecte) executiemaatregelen kracht kan bijzetten. Van Nievelt heeft zich op het standpunt gesteld dat de wederpartij in zijn algemeenheid geen middelen heeft de failliet in een dergelijk geval tot nakoming te dwingen, daarbij kennelijk steunend op de in § 4.8.1 geciteerde opmerking in de parlementaire geschiedenis bij art. 37 lid 2 (oud) Fw dat 'de medecontractant den loop der dingen [moet] afwachten'.[720] Volgens Van Opstall is de verkrijging van een veroordeling tot nakoming wél mogelijk, omdat de vordering niet valt onder de artikelen 25 en 26 Fw. Aan een veroordelend vonnis kan zijns inziens echter géén dwangsom worden

718 Zie Zenner 2009, p. 101; Dirix & Jansen 2010, p. 185.
719 Zie art. 3.4.1 lid 5 voorontwerp Insolventiewet.
720 Zie Van Nievelt 1907, p. 82. Vgl. Molengraaff 1898, p. 176; Molengraaff-Star Busmann 1951, p. 213-214.

gekoppeld noch kan dit bij lijfsdwang ten uitvoer worden gelegd, omdat dit strijdig zou zijn met art. 33a (oud) Fw respectievelijk art. 33 lid 1 Fw.[721]

De hier bedoelde rechtsvraag kwam aan de orde in de zaak Hutter/De Groof.[722] Hutter had een deel van de tot zijn eenmanszaak behorende activa – waaronder het klantenbestand – overgedragen aan De Groof en daarbij de verplichting op zich genomen zich gedurende een periode van vijf jaar te onthouden van het benaderen van en handelen met de desbetreffende klanten. Enige tijd daarna is hij in staat van faillissement verklaard. Hutter ging – in strijd met het concurrentiebeding – door met het handelen met de 'overgedragen' klanten, waarna De Groof in kort geding jegens Hutter nakoming vorderde, te handhaven bij lijfsdwang. De President wees de vorderingen toe. In appel kwam Hutter niet op tegen de veroordeling tot nakoming, maar louter tegen het feit dat het vonnis uitvoerbaar bij lijfsdwang was verklaard. Volgens Hutter was dit strijdig met art. 33 lid 1 Fw, welke bepaling zijns inziens tevens betrekking heeft op door de gefailleerde *persoonlijk* te verrichten prestaties. Het hof volgde hem daarin niet. Naar zijn oordeel ziet art. 33 lid 1 Fw op het toepassen van lijfsdwang in het geval dat de op de schuldenaar rustende verplichting bestaat in het doen van een betaling ten laste van het tot het faillissement behorende vermogen, welk vermogen niet door de verplichting waarop het bevel van de President was gegrond, werd geraakt.

Het arrest van het hof bleef in cassatie overeind. Onder verwijzing naar de artikelen 20 en 23 Fw overwoog de Hoge Raad dat de werking van het faillissement beperkt is tot de vereffening van het tot het faillissement behorende vermogen ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Hij vervolgt dan:

> 'Het in art. 33 lid 1 omtrent lijfsdwang bepaalde moet in overeenstemming met die beperkte werking van het faillissement worden uitgelegd. Het vindt zijn verklaring in de omstandigheid dat de schuldenaar de ten laste van zijn in het faillissement vallend vermogen komende verplichtingen niet meer kan voldoen, zodat dwang tegen zijn persoon in zoverre geen zin heeft. […] De wetsgeschiedenis bevat geen aanknopingspunt voor de veronderstelling dat de wetgever de uitsluiting van lijfsdwang in algemene bewoordingen heeft geformuleerd om aldus ook ten aanzien van verplichtingen die de boedel niet raken, tenuitvoerlegging bij lijfsdwang onmogelijk te maken.'[723]

In de visie van de Hoge Raad is het dus niet alleen mogelijk om gedurende het faillissement in rechte nakoming te vorderen van een op de gefailleerde rustend concurrentiebeding, maar ook om een eventuele veroordeling in een voorkomend geval door middel van lijfsdwang kracht bij te zetten. In dit licht is aannemelijk

721 Zie Van Opstall 1966, p. 420.

722 Zie HR 13 oktober 1989, *NJ* 1989, 897. In dit verband wordt ook wel gewezen op Rb. Utrecht 18 januari 1940, *NJ* 1941, 563, waarin de rechtbank de gefailleerde veroordeelde zich te onthouden van inbreuk op een recht van octrooi en daarbij overwoog dat '[…] de curator niet den gefailleerde kan vertegenwoordigen t.a.v. verbintenissen om niet te doen, waarvan nakoming uitsluitend van den wil van den gefailleerde afhangt'. Het is echter de vraag wat de waarde is van deze overweging voor de in deze paragraaf aan de orde gestelde rechtsvraag, nu de verplichting zich te onthouden van inbreuk op een octrooirecht in de regel niet tot een *verbintenis* kan worden herleid.

723 Zie r.o. 3.2.

dat ook de oplegging van een dwangsom mogelijk is,[724] zij het dat eventueel te verbeuren dwangsommen vanzelfsprekend niet op de boedel kunnen worden verhaald. Verhaal op het op de voet van art. 21 Fw buiten het faillissement gebleven vermogen lijkt mij in theorie wel mogelijk, maar in de praktijk behoeft daarvan – mede vanwege het bepaalde in art. 475d Rv – weinig tot niets te worden verwacht.[725]

De visie van Hoge Raad is naar mijn mening de juiste.[726] Een veroordeling van de schuldenaar tot nakoming van een op hem rustende verbintenis tot een niet-doen waarvan de nakoming uitsluitend van zijn wil afhankelijk is, gaat geheel langs de boedel heen.[727] Daar komt bij dat de positie van de schuldenaar hierdoor niet onaanvaardbaar in het gedrang komt, juist omdat hij de nakoming geheel in eigen hand heeft en daarvoor bovendien niet zijn buiten het faillissement vallende vermogen behoeft aan te spreken. Dit laatste is anders indien sprake is van een overeenkomst die juist betrekking heeft op goederen die op grond van art. 21 Fw buiten het faillissement zijn gebleven. Niettemin meen ik dat ook ten aanzien van dergelijke overeenkomsten onvoldoende grond bestaat de wederpartij de mogelijkheid om nakoming af te dwingen, te onthouden. In het in de vorige paragraaf gegeven voorbeeld van de door de 'maker' verleende auteursrechtlicentie zal de wederpartij daarbij overigens in de regel geen belang hebben, aangezien zij in beginsel nakoming verkrijgt zonder dat daar enige handeling van de schuldenaar aan te pas komt.[728]

Hoe zit het met verbintenissen tot *persoonlijke dienstverlening*, zoals het schilderen van een portret, het schrijven van een boek of het ontwerpen van een tuin? Mijns inziens staat het faillissementsrecht hier evenmin aan een veroordeling van de gefailleerde tot nakoming in de weg, althans voor zover hij voor het verrichten van de verschuldigde prestatie niet dient te beschikken over zaken die tot de boedel behoren.[729] Veelal zal de schuldenaar zich echter met een

724 Dit lijkt op het eerste gezicht op gespannen voet te staan met art. 611e lid 1 Rv, op grond waarvan vóór faillissement opgelegde dwangsommen gedurende het faillissement niet kunnen worden verbeurd. De ratio van die bepaling is (mede) dat het onredelijk zou zijn indien de dwangsom zou worden verbeurd gedurende de tijd dat de schuldenaar op grond van wettelijke voorschriften niet mag nakomen; zie *Kamerstukken II*, 1975/76, 13 788, nr. 4, p. 20. Die situatie doet zich in de hier bedoelde gevallen echter niet voor, omdat de schuldenaar de op hem persoonlijk rustende verplichtingen nu juist wél mag en ook *moet* nakomen. Vgl. Franken 1999, p. 104 en p. 111-112, die bepleit dat de regel van art. 611e lid 1 Rv dient te worden aangepast in die zin dat vóór datum faillissement opgelegde dwangsommen ná die datum wél verbeurd worden in situaties waarin nakoming van de hoofdveroordeling langs de boedel heen gaat.

725 Vgl. de MvT bij art. 20 Fw, Van der Feltz I, p. 340, waaruit kan worden afgeleid dat verhaal ten laste van het buiten het faillissement vallende vermogen in ieder geval is toegestaan voor verbintenissen die voortvloeien uit overeenkomsten die de schuldenaar ná datum faillissement is *aangegaan.* Zo ook: Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2261. Anders: Kortmann & Faber 1996a, p. 133, die verdedigen dat de in art. 21 (en 22) Fw genoemde goederen gedurende het faillissement geheel niet voor verhaal door schuldeisers beschikbaar zijn.

726 Vgl. Polak 1963, p. 6, die stelt dat overeenkomsten waarbij de gefailleerde zich heeft verbonden om niet te doen en waarvan nakoming uitsluitend van zijn wil afhangt, van het faillissement geen enkel gevolg ondervinden.

727 Bovendien zijn de gezamenlijke schuldeisers in de regel bij nakoming door de schuldenaar gebaat, aangezien – zoals in § 4.8.2.2 aan de orde komt – de wederpartij in geval van niet-nakoming bevoegd is haar daaruit voortvloeiende aanspraken ter verificatie in te dienen.

728 Niettemin laten zich wel omstandigheden denken waaronder de licentiehouder een beroep op de rechter zal willen doen. Is bijvoorbeeld sprake van een *exclusieve* licentie, dan kan de wederpartij er belang bij hebben de naleving van die exclusiviteitsafspraak in rechte af te dwingen.

729 In de regel zullen de hier bedoelde zaken op grond van art. 21 onder 1º Fw jo art. 447 en 448 Rv buiten de boedel blijven.

beroep op de *aard* van de verplichting tegen een vordering tot nakoming kunnen verweren.[730] Mocht de rechter bij uitzondering wel bereid zijn een veroordeling tot nakoming uit te spreken, dan zal de aard van de verplichting er in ieder geval aan in de weg staan dat die veroordeling met de oplegging van een dwangsom of lijfsdwang kracht wordt bijgezet, hetgeen het vonnis tot een tandeloze tijger maakt.[731] Denkbaar is ook dat de schuldeiser in geval van niet-nakoming probeert een vordering tot schadevergoeding op het ex art. 21 Fw buiten het faillissement vallende vermogen te verhalen, maar in de regel zal dit eveneens een doodlopend pad zijn. De enige weg die de wederpartij dan nog resteert, is het indienen van haar aanspraken ter verificatie. De vraag in hoeverre dit een begaanbare weg is, komt aan de orde in de volgende paragraaf.

4.8.2.2 Verificatieperikelen

Een andere kwestie waarover onduidelijkheid bestaat, is de vraag of de schuldeiser van een persoonlijke verbintenis gerechtigd is haar aan die verbintenis te ontlenen aanspraken ter verificatie in te dienen. Van Opstall meent dat contractuele verplichtingen tot een *niet-doen* waarvan de nakoming tijdens faillissement uitsluitend van de wil van de gefailleerde afhangt, níet voor hun op de voet van art. 133 Fw geschatte waarde kunnen worden geverifieerd. Die constatering heeft hem er zelfs toe gebracht de hier bedoelde verplichtingen – ondanks het feit dat zij uit een overeenkomst voortvloeien – niet als een *verbintenis* aan te merken, maar als een *andere rechtsplicht*, waarvan de schending geen wanprestatie, maar een onrechtmatige daad oplevert.[732] Dit laatste is door Schoordijk krachtig – en mijns inziens terecht – bestreden. In verificatie van de hier bedoelde aanspraken ziet hij echter evenmin heil:

> 'Veel zou gewonnen zijn, als wij gehoudenheden zouden erkennen die wél en die géén verbintenis in de zin van de Faillissementswet opleveren. Zou het niet kunnen zijn, dat wij er beter aan zouden doen een verplichting tot een niet-doen niet als verbintenis in de zin van de Faillissementewet aan te merken, evenmin als een hoogst persoonlijke verplichting tot een doen (de verplichting van een neurochirurg om te opereren), een verbintenis waarvan ik mij ook afvraag, of zij in een faillissement wel op waarde geschat moet worden, nu zij zo hoogst persoonlijk is, dat schatten op drijfzand berust.'[733]

Wat maakt de hier bedoelde verplichtingen tot een niet-doen nu zo bijzonder dat zij volgens de hiervoor genoemde auteurs niet in faillissement kunnen worden geverifieerd?

---

730 Zie art. 3:296 lid 1 BW. Zie voorts Parl. Gesch. Boek 3, p. 896.

731 Vgl. art. 7:659 lid 2 BW, waarin uitdrukkelijk is bepaald dat een rechtsvordering van de werkgever tot nakoming van de arbeidsverplichting onder de bepaling van een dwangsom of van gijzeling niet is toegelaten. Zie echter ook Haas 2010, p. 166-169, die verdedigt dat een veroordeling tot nakoming ook bij verbintenissen tot persoonlijke dienstverlening steeds mogelijk zou moeten zijn en dat naarmate de prestatie waartoe de schuldenaar zich heeft verbonden een minder groot beslag legt op zijn persoonlijke vrijheid, er meer ruimte zou moeten bestaan om aan een veroordelend vonnis een dwangsom te koppelen.

732 Zie Van Opstall 1973, p. 467-468.

733 Zie Schoordijk 1979, p. 11.

Schoordijk geeft het voorbeeld van de kappersbediende die zich jegens zijn werkgever heeft verbonden om niet bij een bepaalde concurrent in dienst te treden. Op enig moment wordt het faillissement van de kappersbediende op verzoek van zijn werkgever uitgesproken, die hem vanwege een greep uit de kassa op staande voet heeft ontslagen. Kan de werkgever zijn vordering uit hoofde van het concurrentiebeding ter verificatie indienen? In de woorden van Schoordijk:

> 'Hier is sprake van een verbintenis tot een persoonlijk niet-doen. De waarde hiervan ware te stellen op de schade die geleden wordt in geval van een wel-doen. Het te verifiëren vorderingsrecht zou dus een vorderingsrecht vormen onder de voorwaarde van een *persoonlijk doen.* Mijns inziens verzet de Faillissementswet en met name artikel 24 zich tegen verificatie.'[734]

Ook Van Opstall wijst bij wijze van voorbeeld op een concurrentiebeding. Naar zijn mening is verificatie van de vordering tot nakoming van dit beding niet mogelijk, omdat zij niet primair op voldoening *uit de boedel* is gericht.[735]

De door Schoordijk gegeven onderbouwing vind ik niet overtuigend. Dat de waarde van een vordering tot een *niet-doen* in de regel wellicht zal kunnen worden gesteld op de schade die wordt geleden in geval van een *doen*,[736] wil nog niet zeggen dat die vordering zélf er één onder de *voorwaarde* van een *doen* is. In het gegeven voorbeeld heeft de werkgever mijns inziens een *onvoorwaardelijke* aanspraak op zijn ex-werknemer, inhoudende dat die laatste zich gedurende de overeengekomen periode van de desbetreffende gedraging onthoudt.

De argumentatie van Van Opstall vind ik wél overtuigend. Verificatie van een op datum faillissement reeds bestaande aanspraak is slechts mogelijk binnen de grenzen van art. 26 Fw, welke bepaling betrekking heeft op '[r]echtsvorderingen die voldoening ener verbintenis uit den boedel ten doel hebben'. De vordering van de wederpartij uit hoofde van het concurrentiebeding voldoet niet aan die kwalificatie. Voor voldoening van haar verbintenis is zij ook tijdens faillissement op de schuldenaar aangewezen, jegens wie het instellen van een rechtsvordering tot nakoming mogelijk blijft.[737] Zolang de verbintenis op nakoming is gericht en de schuldenaar geen aanleiding geeft te veronderstellen dat in die nakoming zal worden tekortgeschoten, is mijns inziens bovendien de vraag of het redelijk is de werkgever desondanks de bevoegdheid toe te kennen zijn vordering voor haar op de voet van art. 133 Fw geschatte waarde te doen verifiëren. Ter illustratie herneem ik het door Schoordijk gegeven voorbeeld van de kappersbediende.

Stel dat het concurrentiebeding een totale looptijd heeft van twee jaar waarvan op datum faillissement inmiddels één jaar is verstreken en dat de indiensttreding van de kapper bij de concurrent om de hoek voor zijn voormalige werkgever op

734 Zie Schoordijk 1979, p. 9-10.
735 Zie Van Opstall 1966, p. 420.
736 Ook hierover kan men van mening verschillen. Moet de waarde van een concurrentiebeding bijvoorbeeld niet veeleer worden gesteld op het bedrag dat de werkgever de werknemer bereid was aan extra salaris te betalen als hij voor het concurrentiebeding zou tekenen of wellicht het bedrag dat de werknemer bereid was om in mindering te doen strekken op zijn ontslagvergoeding indien het beding zou komen te vervallen?
737 Zie § 4.8.2.1.

jaarbasis een winstdaling van 30 % tot gevolg zou hebben. Bij een jaaromzet van € 250.000 zou dit betekenen dat de vordering van de ex-werkgever uit hoofde van het concurrentiebeding een waarde vertegenwoordigt van € 75.000. Is het nu redelijk dat met die vordering in het faillissement wordt opgekomen, terwijl bij de schuldenaar geen enkele intentie bestaat het beding met voeten te treden en dit ook onwaarschijnlijk is, bijvoorbeeld omdat hij inmiddels een andere professie heeft gekozen of is verhuisd naar een ander deel van het land? Ik meen van niet. Indien verificatie in de gegeven omstandigheden zou worden toegelaten, zou dit betekenen dat de vermogenspositie van de schuldenaar als gevolg van diens faillissement aanzienlijk zou kunnen verslechteren. Mijns inziens bestaat hiervoor geen rechtvaardiging. Hetzelfde geldt voor de hiermee gepaard gaande aantasting van de positie van de gezamenlijke schuldeisers.

Ik concludeer dat de schuldeiser van een verbintenis tot een niet-doen waarvan de nakoming geheel van de wil van de gefailleerde afhankelijk is, níet de mogelijkheid heeft zijn vordering te kapitaliseren en te verifiëren en de schuldenaar daarmee te dwingen de verschuldigde prestatie (gedeeltelijk) af te kopen. In zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad inzake Hutter/De Groof, waarin eveneens een op de gefailleerde drukkend concurrentiebeding aan de orde was, zat ook A-G Ten Kate op dit spoor:

> 'Niet alle verplichtingen, die op de persoon van de failliet rusten […] laten zich in geldvorderingen op de boedel omzetten. De verplichting in de onderhavige zaak is een voorbeeld daarvan.'[738]

Een belangrijke consequentie hiervan is dat een dergelijke verplichting evenmin wordt gesaneerd bij de homologatie van een akkoord of bij de verlening van een 'schone lei'.[739]

Hoe zit het met de verbintenissen tot *persoonlijke dienstverlening*? Schoordijk heeft zich blijkens het aan het begin van deze paragraaf weergegeven citaat afgevraagd of de schuldeiser van een dergelijke verbintenis niet tevens buiten de verificatievergadering zou moeten worden gehouden, omdat het schatten van de waarde van een dergelijke prestatie op drijfzand zou berusten.[740] Ook Van Opstall heeft zich op het standpunt gesteld dat de verificatie van een verbintenis tot persoonlijke dienstverlening niet mogelijk zou moeten zijn, nu zij – evenals de hiervoor behandelde verbintenissen tot een niet-doen – niet primair op voldoening *uit de boedel* zijn gericht.[741] Van dit standpunt is hij echter later teruggekomen, na te zijn gestuit op een passage in de parlementaire geschiedenis bij de Faillissementswet die luidt:

738 A-G Ten Kate, conclusie voor HR 13 oktober 1989, *NJ* 1989, 897 (*Hutter/De Groof*), onder 27.
739 In dezelfde zin voor het Belgische recht: Dirix 2003, p. 211; Dirix 2010a, p. 171.
740 Zie Schoordijk 1979, p. 11.
741 Zie Van Opstall 1966, p. 420.

> 'Alle vorderingen tot vervulling van verbintenissen worden door het faillissement omgezet in geldvorderingen (vandaar art. 133), maar behooren daarom ook te huis op de verificatievergadering.'[742]

Hieruit volgde volgens Van Opstall dat het feit dat de curator ingevolge art. 37 lid 2 (oud) Fw niet om gestanddoening kon worden verzocht, níet belette dat de schuldeiser zijn vordering voor haar op basis van art. 133 Fw geschatte waarde ter verificatie zou indienen.[743]

Naar ik meen, is Van Opstall ten onrechte van zijn standpunt teruggekomen. Verificatie van de hier bedoelde vorderingen is mijns inziens níet mogelijk, niet omdat de waarde wellicht niet altijd gemakkelijk te bepalen zal zijn, maar omdat zij niet op voldoening uit de boedel zijn gericht en daarmee niet is voldaan aan de in art. 26 Fw aan verificatie gestelde vereisten. In zoverre is de geciteerde passage uit de wetsgeschiedenis te ruim geformuleerd. De wederpartij kan de schuldenaar buiten de boedel om tot nakoming aanspreken. Weliswaar zal een rechtsvordering tot nakoming veelal met een beroep op de *aard* van de verplichting kunnen worden afgeweerd,[744] maar dat is buiten faillissement niet anders. Ook een partij die met de schuldenaar heeft gecontracteerd met betrekking tot vermogensbestanddelen die op de voet van art. 21 Fw buiten het faillissement zijn gebleven, heeft naar mijn mening om dezelfde reden níet de mogelijkheid zijn primaire aanspraken ter verificatie in te dienen.

Wat nu indien de schuldenaar tijdens het faillissement in de nakoming van de verbintenis tekortschiet of diens schuldeiser goede grond geeft te vrezen dat hij in de nakoming tekort zal schieten? Schoordijk lijkt te menen dat verificatie van een vordering tot schadevergoeding in een dergelijk geval niet mogelijk is, omdat art. 24 Fw eraan in de weg zou staan dat na datum faillissement door toedoen van de schuldenaar verifieerbare vorderingen ontstaan.[745] De heersende opvatting is evenwel dat verificatie wél dient te worden toegelaten.[746] Ik sluit mij daarbij aan. Het gaat hier om een schuldeiser van een op datum faillissement bestaande verbintenis. Niet redelijk is dat hij in het geheel niet in het faillissement zou meedelen indien die verbintenis niet wordt nagekomen. Voldoening van de vordering van de wederpartij is hier ook niet langer uitsluitend van de wil van de gefailleerde afhankelijk, nu het gaat om een vordering tot schadevergoeding in geld. Bovendien staat de tekst van art. 37a Fw heel in het algemeen toe dat vorderingen die strekken tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten in de nakoming van een vóór de faillietverklaring verkregen vordering ter verificatie worden ingediend.

---

742 Zie Van der Feltz I, p. 389.
743 Zie Van Opstall 1973, p. 453. Voor zijn opvatting met betrekking tot persoonlijke verplichtingen tot een *niet-doen* waarvan de nakoming geheel van de wil van de gefailleerde afhangt, had deze 'vondst' kennelijk in zijn optiek geen consequenties.
744 Zie art. 3:296 lid 1 BW.
745 Zie Schoordijk 1979, p. 9-10.
746 Zie Molengraafff-Star Busmann 1951, p. 214; Völlmar 1961, p. 697; Van Opstall 1966, p. 420; Polak 1972, p. 131; Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2493.

4.9 Faillissement beide contractpartijen

In de voorafgaande paragrafen is steeds uitgegaan van de situatie dat één van de partijen bij een contract failleert. Het is echter niet ondenkbaar – zeker in tijden van economische neergang – dat beide contractpartijen in staat van faillissement komen te verkeren. De vraag rijst hoe de regeling van art. 37 Fw in een dergelijke situatie functioneert.[747] Drie scenario's laten zich denken.

Het *eerste* betreft de situatie dat beide curatoren het contract wensen na te komen. In de regel zullen zij dan wel in overleg treden over de voorwaarden waaronder de verdere uitvoering van de overeenkomst zal plaatsvinden. Is dat niet het geval en gaat curator A over tot het stellen van een termijn aan curator B, dan kan curator B zich tot gestanddoening bereid verklaren onder de voorwaarde dat curator A datzelfde doet. Op grond van art. 37 lid 2 Fw dient dan over en weer zekerheid te worden gesteld. Uiteraard is ook mogelijk dat slechts één van de curatoren zekerheid stelt, omdat alleen de toestand van 'zijn' boedel aanleiding geeft tot zorg, of dat beide curatoren zekerheidstelling achterwege laten.

Het *tweede* scenario betreft de situatie dat de curatoren een tegengestelde wijze van afwikkeling voorstaan. Stel dat curator A bereid is de overeenkomst na te komen en curator B niet. Hier botst het in art. 37 Fw tot uitdrukking komende recht van curator A om te kiezen voor gestanddoening met dat van curator B om gestanddoening te weigeren. Welk recht gaat nu voor? Het antwoord ligt voor de hand: dat van curator B. Waar de regel van art. 26 Fw verhindert dat partij A de nakoming van zijn contractuele aanspraken in het faillissement van partij B afdwingt, geldt hetzelfde voor de curator van partij A. Bij het geldend maken van de tot de boedel behorende aanspraken is de curator aan dezelfde beperkingen gebonden als waaraan de schuldenaar vóór faillissement gebonden was. Vanuit het perspectief van B geldt dat het niet zou moeten uitmaken of curator B nu partij A of haar curator tegenover zich vindt.[748] Een curator kan dus geen nakoming afdwingen indien de curator van de wederpartij gestanddoening weigert. Het contract zal in dat geval niet worden uitgevoerd.

In het *derde* scenario zijn beide curatoren níet bereid de overeenkomst na te komen. Ook hier zal veelal overleg plaatsvinden omtrent de afwikkeling van de over en weer bestaande contractuele aanspraken, hetgeen er dan in de regel toe zal leiden dat curator A per saldo een vordering ter verificatie indient bij curator B of vice versa.

In § 4.6.3 en § 4.7.2 kwam aan de orde dat een curator niet gehouden is af te wachten of hem een termijn in de zin van art. 37 Fw wordt gesteld, maar dat hij ook uit eigen beweging kan verklaren al dan niet tot gestanddoening bereid te zijn, aan welke verklaring dan dezelfde rechtsgevolgen verbonden zijn als wanneer zij binnen het kader van art. 37 Fw zou zijn afgegeven. Verklaart hij zich in een voorkomend geval tot gestanddoening bereid, dan promoveren de aanspraken van

747 Zie voor een voorbeeld van een situatie waarin de curator van de ene contractpartij de curator van de andere met een beroep op art. 37 Fw verzocht zich omtrent gestanddoening uit te laten: Pres. Rb. Rotterdam 29 januari 1998, *KG* 1998, 94.

748 In dezelfde zin voor het Duitse recht: Marotzke 2001, p. 457.

de wederpartij dus tot boedelschuld, terwijl bovendien voor nakoming zekerheid dient te worden gesteld. Dat is in de regel niet bezwaarlijk omdat ook de wederpartij dan gehouden is de overeenkomst uit te voeren. Is de wederpartij echter failliet, dan is de curator van die wederpartij níet tot nakoming verplicht zolang hij zich niet zelf tot gestanddoening bereid heeft verklaard. Betekent dit nu dat in een situatie waarin beide partijen failliet zijn, een curator zich maar beter niet op eigen initiatief tot gestanddoening bereid kan verklaren? Ik meen van niet. Indien curator A zich tot curator B wendt met de mededeling dat hij het contract zal nakomen en curator B vervolgens weigert zich zijnerzijds tot gestanddoening bereid te verklaren, verliest curator B het recht om nakoming van de overeenkomst te vorderen. Bovendien ligt in de verklaring van curator A dat hij bereid is de overeenkomst na te komen naar mijn mening besloten dat die bereidheid alleen bestaat als ook curator B nakomt.

Interessant is tot slot de situatie dat partij B failleert *nadat* de curator van partij A het tussen hen gesloten contract gestand heeft gedaan. Curator B heeft dan de mogelijkheid de vorderingen van partij B bij wege van boedelschuld in het faillissement van partij A te verhalen. Omgekeerd is dat echter niet het geval. Zolang curator B zich niet tot gestanddoening bereid heeft verklaard, zal curator A zich wel kunnen beroepen op een opschortingsrecht. Is echter op de voet van art. 37 lid 2 Fw zekerheid gesteld, dan kan curator B zich in geval van niet-nakoming op de gestelde zekerheid verhalen. Een beroep op een opschortingsrecht helpt daar niet tegen. Curator A doet er daarom verstandig aan zo spoedig mogelijk nadat hij is geconfronteerd met het faillissement van partij B, haar curator op de voet van art. 37 Fw een termijn te stellen. Verklaart curator B zich niet bereid de overeenkomst uit te voeren, dan verliest hij op grond van art. 37 lid 1 Fw de mogelijkheid om nakoming van de uit het contract voortvloeiende *boedel*vorderingen van partij B af te dwingen. Ook verhaal op de door curator A gestelde zekerheid is in dat geval naar mijn mening niet langer toegelaten, omdat curator B anders toch – in weerwil van art. 37 lid 1 Fw – nakoming zou weten te bewerkstelligen.[749]

749 Zie ook § 4.7.1.2.3.

5 Het recht van de curator op wanprestatie

5.1 Inleiding

Art. 37 Fw gaat uit van het systeem dat het aan de curator is om te kiezen of een op datum faillissement nog lopende overeenkomst wordt uitgevoerd, waartegenover de wederpartij de bevoegdheid toekomt hem te dwingen die keuze binnen redelijke termijn te maken. Indien de curator nakoming in het belang van de boedel acht, doet hij de overeenkomst gestand en gaat hij bewust de daaruit voortvloeiende boedelschulden aan. Is nakoming voor de boedel per saldo nadelig, dan blijft de curator stilzitten of verklaart hij – al dan niet op verzoek van de wederpartij – dat hij de overeenkomst níet gestand doet. Op grond van art. 26 Fw heeft de wederpartij in dat geval niet de mogelijkheid alsnog in rechte nakoming af te dwingen, maar dient zij zich te bepalen tot aanmelding van haar vorderingen ter verificatie, al dan niet op de voet van art. 37a Fw. Uit dit laatste aspect van het keuzerecht van de curator – dus het recht om te kiezen voor *niet-nakoming* met als gevolg dat de wederpartij voor voldoening van haar vorderingen op de verificatievergadering is aangewezen – is door Verstijlen afgeleid dat de curator als het ware een *recht op wanprestatie* heeft.[1] Met de toekenning van dit recht aan de curator is beoogd te waarborgen dat door de boedel alleen wordt gepresteerd indien dat in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers. Het door de wetgever gecreëerde systeem blijkt op dit punt echter niet waterdicht.

Uit de memorie van toelichting bij art. 37 (oud) Fw valt niet op te maken dat aan iets anders is gedacht dan aan de situatie dat de schuldenaar contractueel gehouden is tot het verrichten van een *positieve* prestatie, zoals de levering van goederen of de betaling van een geldsom.[2] Indien de curator een dergelijke overeenkomst niet wenst na te komen, rest de wederpartij inderdaad niets anders dan haar vorderingen in het faillissement in te dienen. Het komt echter geregeld voor dat het contract de schuldenaar (ook) tot een *negatieve* prestatie verplicht, zoals het dulden van het gebruik van een tot de boedel behorende zaak of het zich onthouden van concurrerende activiteiten. Bij dergelijke overeenkomsten is een stilzitten van de curator níet voldoende om (algehele) niet-nakoming van de zijde van de boedel te bewerkstelligen. De wederpartij verkrijgt die nakoming als het ware vanzelf en dus zonder dat de curator in de gelegenheid is geweest van zijn

1 Zie Verstijlen 2006a, p. 114.
2 Zie Van der Feltz I, p. 409. Vgl. de MvT bij het huidige art. 37 Fw, Kortmann & Faber 1995, p. 94-98.

keuzerecht gebruik te maken.[3] Ook de regeling van art. 26 Fw is niet op deze situatie toegesneden. Niet alleen uit de tekst van art. 26 Fw, maar ook uit de wetsgeschiedenis kan worden afgeleid dat is bedoeld een regeling te geven voor de situatie dat een partij gedurende het faillissement een procedure aanhangig wenst te maken die betrekking heeft op een verbintenisrechtelijke aanspraak.[4] Uit niets blijkt dat rekening is gehouden met de situatie dat de wederpartij nakoming verkrijgt zonder dat het instellen van een *rechtsvordering* daarvoor noodzakelijk is.[5]

Indien de curator een overeenkomst die de schuldenaar tot een negatieve prestatie verplicht niet wil nakomen, kan hij dus geen passieve houding aannemen maar zal hij *actief* de nakoming door de boedel moeten frustreren. Het is de vraag of hij daartoe gerechtigd is én wat daarvan in een voorkomend geval de consequenties zijn. Komt de curator ondanks het stilzwijgen van art. 26 en 37 Fw ook ten aanzien van de hier bedoelde overeenkomsten – en daarmee over de gehele linie – een *recht op wanprestatie* toe?

In dit verband kan tussen twee categorieën overeenkomsten worden onderscheiden. De *eerste* categorie betreft overeenkomsten waarbij de curator het feitelijk niet in zijn macht heeft om te wanpresteren. In de regel gaat het dan om contracten op grond waarvan aan de wederpartij obligatoire gebruiks- c.q. genotsrechten ten aanzien van tot de boedel behorende goederen zijn verschaft en waarbij de op de schuldenaar rustende hoofdverplichting een verplichting tot een *dulden* behelst. Ook kan worden gedacht aan overeenkomsten waarbij goederen van de schuldenaar in het belang van een derde in bewaring zijn gegeven (*escrow*). Zou de curator de verdere uitvoering van deze overeenkomsten willen verhinderen, dan zou dat neerkomen op het vorderen van staking van het gebruik door de wederpartij respectievelijk afgifte van het desbetreffende goed. Het is de vraag wat de rechtsgrond voor een dergelijke actie zou kunnen zijn indien de overeenkomst hierin niet voorziet.[6]

De *tweede* categorie heeft betrekking op overeenkomsten waaruit voor de schuldenaar een verplichting tot een *niet-doen* voortvloeit, zoals een geheimhoudingsverplichting. Bij de hier bedoelde overeenkomsten is niet zozeer de vraag of de curator de nakoming feitelijk kán frustreren, maar veeleer wat daarvan de consequenties zijn. Roept de curator met de schending van de verplichting een boedelschuld in het leven of dient de wederpartij haar aanspraken ter verificatie in te dienen, zoals het geval is indien de curator tekortschiet in de nakoming van een verbintenis die de schuldenaar tot een positieve prestatie verplicht? Ten aanzien van verplichtingen uit de *eerste* categorie speelt deze laatste vraag evenzeer.

In dit hoofdstuk staan de hiervoor opgeworpen vragen centraal. In § 5.2 behandel ik de overeenkomsten uit de eerste categorie, waarna ik in § 5.3 de twee

3 Dat art. 37 Fw geheel is toegesneden op de situatie dat de schuldenaar gehouden is een *positieve* prestatie te verrichten, blijkt eveneens uit de regeling van de verplichte zekerheidstelling (art. 37 lid 2 Fw); zie § 4.6.2.4.4.

4 Zie onder het kopje 'Processen gedurende faillissement' de algemene MvT bij de artikelen 25-30 Fw en het Verslag van de Tweede Kamer met Regeeringsantwoord, Van der Feltz I, p. 365-370, alsmede de MvT bij art. 26 Fw, Van der Feltz I, p. 377, in het bijzonder de verwijzing naar de artikelen 159 en 196 Fw.

5 Vgl. de noot van P. van Schilfgaarde onder HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155 (*Nebula*).

6 Bij bewaarnemingsconstructies waarbij het belang van een derde betrokken is, zal art. 7:605 lid 1 BW – op grond waarvan de bewaargever onverwijlde teruggave kan vorderen – in de regel zijn 'weggecontracteerd'.

voor de praktijk meest belangwekkende verschijningsvormen hiervan nader onder de loep neem: de huurovereenkomst (§ 5.3.1) en de licentieovereenkomst (§ 5.3.2). De verplichtingen tot een niet-doen stel ik aan de orde in § 5.4. In § 5.5 houd ik de kwalitatieve verplichting tegen het licht, die zowel verplichtingen tot een dulden als tot een niet-doen tot onderwerp kan hebben. Ik sluit het hoofdstuk in § 5.6 af met een bespreking van de vraag of het wenselijk is een verder gaande regeling in het leven te roepen, op grond waarvan overeenkomsten door dan wel op instigatie van de schuldenaar of de curator kunnen worden *beëindigd.*

5.2 Overeenkomsten waarbij de curator het feitelijk niet in zijn macht heeft om te wanpresteren

5.2.1 Nederlands recht

In de wat oudere literatuur is vrijwel steeds, zij het soms met enige aarzeling, het standpunt ingenomen dat de curator contractuele gebruiksrechten dient te respecteren. Zo schrijft Van Opstall in zijn opstel in het WPNR naar aanleiding van de door Maeijer en Smalbraak voor de Broederschap der Candidaat-Notarissen in 1966 uitgebrachte preadviezen:

> 'Opgemerkt worde hier, dat als een huurder de gehuurde zaak reeds had ontvangen vóór de faillietverklaring van de verhuurder, men deze huurder wel niet tot teruggave van die zaak zal kunnen nopen voordat de tijd waarover hij haar ingevolge de huurovereenkomst mocht gebruiken, verstreken is, waarbij men dan soms ook nog aan de huurbescherming ingevolge de Huurwet moet denken. Ook de bruiklener die de zaak van de uitlener voor de uitspraak van het faillissement van laatstgenoemde ontving, zal wel niet tot teruggave daarvan kunnen worden genoodzaakt voor het tijdstip dat daartoe ingevolge de bruikleenovereenkomst is aangewezen, tenzij de eigendom van de zaak inmiddels van de uitlener op een ander mocht overgaan.'[7]

In zijn handboek uit 1972 stelt Polak dat 'overeenkomsten tussen de gefailleerde eigenaar van een goed en derden, aangegaan vóór de dag van de faillietverklaring, hem wellicht [beperken] in de uitoefening van zijn eigendomsrecht […].'[8] Stellig (er) is Hoyng in zijn bijdrage aan de bundel *Recht vooruit*, uitgebracht in 1988 ter gelegenheid van 150 jaar BW, waarin hij onder meer de vraag bespreekt of de

---

7 Van Opstall 1966, p. 446, voetnoot 89. Hiermee lijkt overigens niet te sporen dat hij in datzelfde opstel op p. 432 de curator het recht toebedeelt om de gerechtigde tot een kettingbeding niet slechts waar het de (positieve) doorgeefverplichting betreft, maar tevens voor wat betreft de (negatieve) hoofdverplichting vanwege het obligatoire karakter van een dergelijke verplichting, naar de verificatievergadering te verwijzen.

8 Zie Polak 1972, p. 330. Hiermee is mijns inziens in strijd dat op p. 132-133 wordt gesteld dat een contractueel recht van een opdrachtgever om bij faillissement van de aannemer het werk voor diens rekening te (doen) voltooien en daarbij gebruik te maken van aan de aannemer toebehorende hulpmiddelen, niet behoeft te worden gehonoreerd wegens strijd met 'het wezen van het faillissement'.

curator van een octrooihouder die een licentie heeft verstrekt aan een derde, de mogelijkheid heeft de nakoming van de overeenkomst te staken:

> 'De meest voor de hand liggende wijze waarop dat zou moeten geschieden is het inroepen van het octrooi tegen de licentiehouder voor de rechter. Het antwoord lijkt niet aan twijfel onderhevig. De vordering van de curator zal worden afgewezen. De licentiehouder beroept zich immers op zijn licentie die hem op grond van de licentie-overeenkomst toekomt. De licentie-overeenkomst heeft geen enkele verandering ondergaan door het faillissement en de curator kan de licentienemer in rechte dan ook niet dwingen genoegen te nemen met schadevergoeding.'[9]

De Liagre Böhl constateert in 1991 dat de Faillissementswet zwijgt over de positie van de gefailleerde als huurverkoper, verhuurder of verpachter. Hij wijst op de regel 'koop breekt geen huur' en stelt dat het niet zo kan zijn 'dat een beslag kan bewerkstelligen wat vervreemding niet kan, te weten beëindiging van het genotsrecht.'[10] Maar ook ten aanzien van een overeenkomst van bruikleen – waarvoor geen *droit de suite* geldt[11] – is De Liagre Böhl geneigd de vraag of de curator zélf afgifte kan vorderen van de in bruikleen gegeven zaken, ontkennend te beantwoorden:

> 'De bruiklener heeft de zaak niet zonder recht of titel onder zich en er is geen uitdrukkelijke bepaling in de Faillissementswet, die de curator op dit punt meer rechten geeft dan een gewone beslaglegger. Ook deze kan niet meer dan met negatie van het bruikleenrecht de zaak executeren.'[12]

Enig tegengeluid was er ook te horen. Zo schreef Quaedvlieg in 1995 dat hij niet kon instemmen met de hiervoor weergegeven visie van Hoyng dat de curator een vordering tot een dulden of niet-doen moet eerbiedigen. Indien de curator niet wil nakomen, dan dient de wederpartij naar zijn mening haar vorderingen ter verificatie in te dienen.[13] In zijn noot onder het arrest van het Hof Amsterdam in de zaak Nebula uit 2005 stelde Van Andel echter onomwonden dat voor overeenkomsten waaruit aanspraken voortvloeien die reeds gerealiseerd kunnen worden door het enkele dulden van de curator:

> 'het uitgangspunt van de wet dat het faillissement als zodanig geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten, nog daadwerkelijk materiële betekenis [heeft]'.[14]

Waar dus lange tijd de heersende opvatting in de literatuur is geweest dat de curator door de schuldenaar verleende gebruiksrechten niet kon aantasten, is enigszins verbazingwekkend dat tegelijkertijd vrij algemeen werd aangenomen

---

9 Hoyng 1988, p. 84. In dezelfde zin: Bodifee 1997, p. 176, onder verwijzing naar het hierna nog te bespreken HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 661, m.nt. PvS (*Tiethoff q.q./NMB*). Vgl. Domingus 2002, p. 301.
10 De Liagre Böhl 1991, p. 76-77.
11 Zie HR 10 juni 1938, *NJ* 1939, 1.
12 De Liagre Böhl 1991, p. 78.
13 Zie Quaedvlieg 1995, p. 233, noot 35.
14 W.J.M. van Andel, noot onder Hof Amsterdam 17 maart 2005, *JOR* 2005, 161.

dat obligatoire bewaarnemingsconstructies met daarin de bepaling dat de bewaarnemer de desbetreffende zaak bij faillissement van partij A zou afgeven aan partij B, níet volstonden om boedelbestanddelen buiten bereik van de curator te houden. Om deze reden werd bijvoorbeeld voor de figuur van de *source code escrow* in de praktijk in de regel toevlucht gezocht tot constructies van goederenrechtelijke aard.[15] In zijn bijdrage aan de Brunnerbundel stelt Snijders dat dergelijke constructies sinds de introductie van het huidige art. 37 Fw niet langer noodzakelijk zijn, omdat de overeenkomst bij het uitblijven van een tijdige bereidverklaring – anders dan onder het recht van vóór 1 januari 1992 – in stand blijft.[16] Een enkeling achtte een verbintenisrechtelijke variant reeds onder vigeur van art. 37 (oud) Fw 'faillissementsproof'.[17]

In de rechtspraak is de vraag in hoeverre de curator gehouden is op de gefailleerde rustende verplichtingen tot een dulden te blijven nakomen, tot een aantal jaren geleden slechts een enkele keer, al dan niet zijdelings, aan de orde geweest.[18] De meeste bekendheid verwierf de zaak Tiethoff q.q./NMB uit 1989.[19] Aan de orde was de vraag of de NMB – die een bedrijfsruimte huurde van het failliete Residentieslachthuis – gerechtigd was de aan de boedel verschuldigde huurpenningen te verrekenen met een vordering uit hoofde van kredietverlening. Hoewel strikt genomen aan de voorwaarden voor een beroep op art. 53 Fw leek te zijn voldaan, oordeelde de Hoge Raad dat hierop een uitzondering diende te worden aanvaard, die met name gold

> 'wanneer de curator, zoals bij de onderhavige huurovereenkomst, *ondanks het faillissement gehouden is die prestatie te blijven verrichten* en de wederpartij compensatie verlangt met een vordering die met deze overeenkomst geen verband houdt.'

Uit de door mij cursief gemaakte overweging zou kunnen worden afgeleid dat de Hoge Raad zich aansloot bij de in die tijd heersende opvatting dat de curator gebruiksrechten ten aanzien van tot de boedel behorende goederen dient te respecteren. Die conclusie mag echter niet zonder meer uit het arrest worden getrokken. Naar ik begrijp, is de vraag of de curator gehouden was aan de huurder het huurgenot te blijven verschaffen, in geen enkele instantie aan de orde gesteld.[20] Bovendien lijkt voor het aanvaarden van een uitzondering op art. 53 Fw voldoende

---

15 Zie Snijders 1994, p. 358, met verdere verwijzingen. Zie over de figuur van de *source code escrow* nader § 5.3.2.3.1.

16 Zie Snijders 1994, p. 358-359. In dezelfde zin: Struycken 2007, p. 699-700. Deze opvatting lijkt uit te gaan van de – onjuiste – premisse dat er voor de wederpartij een verplichting bestaat de weg van art. 37 Fw te bewandelen. Zie Verstijlen 2006a, p. 115; Van Zanten 2007, p. 48.

17 Zie Thole 1991, p. 209-213.

18 Zie in het bijzonder HR 26 april 2002, *NJ* 2005, 180, m.nt. SCJJK (*Deutsche Hypothekenbank c.s./De Liagre Böhl q.q.*), in welke zaak het hof oordeelde dat de curator een vóór datum faillissement door de schuldenaar aan de banken toegekende bevoegdheid tot sloop van een aantal tot de boedel behorende panden, tegen zich moest laten gelden. De Hoge Raad liet het punt in het midden. In HR 12 mei 1989, *NJ* 1989, 613 (*Reco/Staat*) – waarin de vraag of de curator gehouden was het gebruiksrecht van een derde te respecteren als zodanig niet aan de orde kwam – overwoog het hof dat het in het geding zijnde gebruiksrecht 'een zuiver obligatoir karakter heeft en dus nooit kan worden ingeroepen om het belangrijke beginsel van de paritas creditorum […] te doorbreken'. Volgens de Hoge Raad had het hof daarmee geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

19 Zie HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 661, m.nt. PvS.

20 Zie de conclusie van A-G Huydecoper vóór HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. PvS (*Nebula*), onder 23.

dat een overeenkomst *feitelijk* ten laste van de boedel wordt voortgezet, terwijl de wederpartij haar daaruit voortvloeiende schuld wil compenseren met een ongerelateerde tegenvordering.[21] Ook om die reden was een principiële beslissing omtrent de hiervoor bedoelde vraag dus niet noodzakelijk. Zou moeten worden aangenomen dat de Hoge Raad wel degelijk heeft willen oordelen dat de curator gehouden was de huurovereenkomst te blijven nakomen, dan geldt dat niet valt uit te sluiten dat de bijzondere positie van de huurder – mede tot uitdrukking gebracht in de regel 'koop breekt geen huur' – in de overwegingen van de Hoge Raad een doorslaggevende rol heeft gespeeld.[22]

Een ware kentering in het denken omtrent de hier aan de orde zijnde problematiek kwam met het preadvies van Verstijlen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht in 2006 en het korte tijd daarna door de Hoge Raad gewezen Nebula-arrest.[23] Verstijlen heeft zich in zijn preadvies op het standpunt gesteld dat 'het enkele beroep op een contractueel (gebruiks)recht c.q. de regel dat het faillissement wederkerige overeenkomsten niet raakt, onvoldoende [is] om te rechtvaardigen dat de wederpartij buiten de curator om voldoening van zijn obligatoire aanspraak ten laste van de boedel kan bewerkstelligen'.[24] Hij verdedigt als hoofdregel:

> 'dat de wederpartij geen beroep toekomt op de overeenkomst voorzover dit beroep ertoe strekt zijn obligatoire vordering (tot gebruik) ten laste van de boedel te incasseren. Anders gezegd, de curator heeft ook hier een *recht op wanprestatie* en kan dat recht als het ware effectueren, opdat de uit de overeenkomst voortspruitende vorderingen via de verificatievergadering worden voldaan. De curator moet het goed ten aanzien waarvan de wederpartij obligatoire rechten kan doen gelden op kunnen eisen (of die overeenkomst anderszins kunnen negeren); die wederpartij moet zich bepalen tot het indienen van een vordering ter verificatie.'[25]

Nebula

Nog datzelfde jaar was het de beurt aan de Hoge Raad. In de zaak die leidde tot het inmiddels befaamde Nebula-arrest was het volgende geval aan de orde. Walton was economisch eigenaar van een pand, waarvan de juridische eigendom berustte bij Nebula.[26] Kort nadat Nebula was gefailleerd, ging Walton over tot verhuur van een gedeelte van het pand aan Mulders c.s., waartoe zij bevoegd was op grond van de overeenkomst van economische eigendomsoverdracht. Toen de curator ontdekte dat de eigendom van het pand in de boedel viel, verzocht hij Mulders c.s. om de huurpenningen – met terugwerkende kracht – op de faillissementsrekening te betalen. Mulders c.s. weigerden dat, waarna de curator in rechte ontruiming

21 Zie Faber 2005, p. 549-550.
22 Vgl. de conclusie van A-G Mok voor het arrest, in het bijzonder onder 4.3.2.
23 Zie respectievelijk Verstijlen 2006a, p. 113-122 en HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. PvS.
24 Zie Verstijlen 2006a, p. 117.
25 Verstijlen 2006a, p. 117.
26 Een bijzonderheid was dat Nebula een overeenkomst van economische eigendomsoverdracht was aangegaan met Donkelaar Supermarkt, die op haar beurt – met instemming van Nebula – eenzelfde overeenkomst was aangegaan met Walton en Donkelaar Supermarkt op het moment dat Nebula failliet ging inmiddels op de voet van art. 2:19 BW was ontbonden. In de procedure werd er door partijen evenwel vanuit gegaan dat Walton het recht had zich in relatie tot Nebula als economisch eigenaar te gedragen, dat wil zeggen los van hun geschil omtrent de vraag in hoeverre het faillissement van Nebula aan dit recht afbreuk deed. Zie Hof Amsterdam 17 maart 2005, *JOR* 2005, 161, m.nt. W.J.M. van Andel, r.o. 4.3.2.

vorderde. Het hof wees deze vordering af. De overeenkomst van economische eigendomsoverdracht werd door het faillissement van Nebula niet geraakt, zodat Walton nog altijd op basis daarvan een huurrecht aan Mulders c.s. kon verschaffen, aldus het hof.[27]

In cassatie werd de curator alsnog in gelijk gesteld. Na voorop te hebben gesteld dat het faillissement niet van invloed is op contracten waarbij de gefailleerde partij is, overwoog de Hoge Raad als volgt:

> 'Het feit dat het (voort)bestaan van een wederkerige overeenkomst niet wordt beïnvloed door het faillissement van een van de contractanten, betekent echter niet dat de schuldeiser van een duurovereenkomst wiens wederpartij failliet wordt verklaard, de rechten uit die overeenkomst kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement ware. Een andere opvatting zou immers ertoe leiden dat het aan de Faillissementswet mede ten grondslag liggende, onder meer in de artikelen 26 en 108 e.v. F. tot uiting komende, beginsel van gelijkheid van schuldeisers op onaanvaardbare wijze zou worden doorbroken. Dit geldt ook voor gevallen waarin de gefailleerde krachtens de tussen partijen gesloten overeenkomst niet is gehouden een bepaalde prestatie te verrichten, maar het gebruik van een aan hem in eigendom toebehorende zaak te dulden. Indien de wederpartij van de gefailleerde van de curator zou kunnen verlangen dat deze het voortgezet gebruik van de desbetreffende zaak duldt, zou deze wederpartij immers in feite bevoegd zijn het faillissement in zoverre te negeren. Voor dat laatste is echter slechts plaats in uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk geregelde, gevallen. Bovendien zou door aanvaarding van een zodanige regel een goed beheer ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de tot de boedel behorende zaken ten aanzien waarvan langlopende overeenkomsten bestaan, in ernstige mate worden bemoeilijkt (vgl. HR 22 december 1989, nr. 13721, NJ 1990, 661).'[28]

De Hoge Raad oordeelde vervolgens dat Walton als gevolg van het faillissement van Nebula niet langer haar gebruiksrecht met betrekking tot het pand kon tegenwerpen aan de curator van Nebula en dat – in het verlengde daarvan – Walton ook niet meer aan Mulders c.s. een aan de curator tegen te werpen huurrecht kon verschaffen.

Het oordeel van de Hoge Raad is in lijn met hetgeen Verstijlen in zijn preadvies heeft betoogd. De overeenkomst zelf wordt door het faillissement niet aangetast, maar de curator behoeft de daaruit voortvloeiende gebruiksrechten niet te respecteren en kan de wederpartij voor de voldoening van haar contractuele aanspraken doorsturen naar de verificatievergadering, zo moet althans uit de verwijzing naar de artikelen 26 en 108 e.v. Fw worden afgeleid. De curator heeft dus ook ten aanzien van op de schuldenaar rustende verplichtingen tot een dulden een *recht op wanprestatie*.[29] Dit is naar mijn mening terecht. Weliswaar kan de bevoegdheid van de curator om *actief* de nakoming van de verplichting tot een dulden te verhinderen niet rechtstreeks tot enige wetsbepaling worden herleid, zij

---

27 Zie Hof Amsterdam 17 maart 2005, *JOR* 2005, 161, m.nt. W.J.M. van Andel, r.o. 4.3.3.

28 Zie HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. PvS.

29 Het feit dat de curator in een voorkomend geval *recht* op wanprestatie heeft, maakt mijns inziens dat de partij die na uitoefening van dit recht door de curator het gebruik van het desbetreffende goed verkrijgt, niet onrechtmatig handelt wegens het profiteren van andermans wanprestatie. Vgl. voor het Belgische recht Jansen & Storme 2010, p. 1482.

volgt wel uit het systeem van de Faillissementswet en het daarin neergelegde keuzerecht van de curator.

Uit de hiervoor geciteerde overwegingen blijkt dat de Hoge Raad zijn beslissing stoelt op de gelijkheid van schuldeisers en een goed boedelbeheer. Met name het eerste aspect is van belang.[30] Indien de curator gehouden zou zijn het gebruik door de wederpartij te dulden, zou zij haar vordering tot gebruik integraal voldaan krijgen, terwijl de overige schuldeisers met slechts een obligatoire aanspraak zich met hooguit een percentage tevreden dienen te stellen. Een dergelijke inbreuk op de gelijkheid van schuldeisers kan niet worden gerechtvaardigd door het enkele feit dat geen verbintenis tot een geven of een doen, maar een verbintenis tot een dulden aan de orde is. Er is geen grond om in faillissement onderscheid te maken tussen verbintenissen die een *positieve* en verbintenissen die een *negatieve* prestatie tot inhoud hebben. Uitgangspunt is dat *alle* verbintenisrechtelijke aanspraken via het proces van verificatie en uitdeling dienen te worden gerealiseerd.

In mijn bespreking van het Nebula-arrest heb ik erop gewezen dat niet alleen de gelijkheid van schuldeisers, maar ook het fixatiebeginsel in het geding was.[31] Tot de boedel behorende activa die niet zijn bezwaard met een goederenrechtelijk gebruiks- of verhaalsrecht, dienen gelijkelijk voor verhaal door de schuldeisers beschikbaar te zijn. Het fixatiebeginsel verzet zich ertegen dat obligatoire rechten worden uitgeoefend ten aanzien van boedelbestanddelen indien daardoor het verhaal van de gezamenlijke schuldeisers wordt geschaad.[32] Dát is naar mijn mening de essentie van het Nebula-arrest. Enerzijds betekent dit dat indien het verhaal van de gezamenlijke schuldeisers níet in het geding is, omdat aan de boedel een marktconforme tegenprestatie wordt voldaan of de desbetreffende activa alleen voor de wederpartij van waarde zijn,[33] niets eraan in de weg staat dat haar obligatoire aanspraken integraal worden gehonoreerd. Anderzijds impliceert dit dat de curator tevens bevoegd is tot de boedel behorende goederen op te eisen indien door de wederpartij géén prestatie ten laste van de boedel wordt genoten. Men denke aan een overeenkomst van bruikleen,[34] waarbij het uitgangspunt van de wet is dat de bruiklener het genot reeds van aanvang af heeft en alleen op hem een verbintenis komt te rusten, namelijk tot teruggave van het goed.[35] De gelijkheid van schuldeisers is in een dergelijk geval niet in het geding.

Vanuit wetssystematisch oogpunt is het een kleine stap van de overeenkomst van *bruikleen* naar de overeenkomst van *verbruikleen*, waarvan de geldleningsovereenkomst met afstand de meest voorkomende verschijningsvorm is.[36] Biedt het Nebula-arrest de curator van de leninggever nu ook het recht om de uitgeleende som vóór de overeengekomen datum terug te vorderen? Een bevestigende

30 Zie over het laatste aspect Van Zanten 2007, p. 46.
31 Zie Van Zanten 2007, p. 47.
32 Zie § 2.3.2. Anders: P. van Schilfgaarde, noot onder HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, onder 6, die stelt dat de gedachte achter de stelling dat de curator het voortgezette gebruik door de wederpartij bij een duurovereenkomst zou moeten dulden, goed spoort met het fixatiebeginsel.
33 Zie voor een voorbeeld van dit laatste: Pres. Rb. Den Haag 3 juli 2001, *JOR* 2001, 194.
34 Zie art. 7A:1777 BW.
35 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 82; Asser-Van Schaick 5-IV 2004, nrs. 68 en 88 e.v. Ook Van Galen 2007, p. 294, lijkt ervan uit te gaan dat de regel uit Nebula in geval van bruikleen opgaat.
36 Zie art. 7A:1793 BW. Vgl. Asser-Van Schaick 5-IV 2004, nr. 4.

beantwoording zou welhaast een aardverschuiving teweegbrengen, nu dit zou impliceren dat de curator een door de schuldenaar verstrekte geldlening vervroegd *opeisbaar* zou kunnen maken. Die vlieger gaat dan ook niet op. Bij de overeenkomst van verbruikleen is geen sprake van een schending van het fixatiebeginsel, nu de in verbruikleen gegeven goederen niet tot de boedel behoren. Is sprake van een geldleningsovereenkomst, dan is de leningnemer slechts verplicht om aan het einde van de looptijd *een gelijke som* geld terug te geven. Die einddatum kan door de curator vanzelfsprekend niet naar voren worden gehaald. Overigens is ook de gelijkheid van schuldeisers hier niet in het geding. De geldnemer is immers geen schuldeiser, maar een *schuldenaar*, jegens wie de curator niet meer rechten kan uitoefenen dan de gefailleerde zelf kon.[37]

Ook Van Schilfgaarde heeft er in zijn noot onder het Nebula-arrest op gewezen dat sprake was van een schending van het fixatiebeginsel. Hij heeft daarbij echter niet het oog op de voortgezette rechtsuitoefening door de economisch eigenaar,[38] maar op het feit dat het huurcontract ná datum faillissement was aangegaan. Het fixatiebeginsel stond er volgens Van Schilfgaarde aan in de weg dat de curator 'de daaruit resulterende verzwaring van zijn verplichtingen' moest accepteren. Ik vraag mij af waaruit die verzwaring in de gegeven omstandigheden dan bestond. Het huurcontract had géén negatieve invloed op de waarde bij verkoop, aangezien bij huur die is aangegaan door een 'econoom' de regel 'koop breekt geen huur' niet geldt.[39] Zou de overeenkomst met de economisch eigenaar voorafgaand aan een eventuele overdracht zijn beëindigd, dan zou ook het huurcontract teniet zijn gegaan, tenzij zou worden aangenomen dat de in art. 7:269 BW vervatte onderhuurdersbescherming ook toekomt aan een partij die huurt van een economisch eigenaar. Maar het hele circus lijkt nu juist te zijn begonnen omdat de curator géén mogelijkheid tot beëindiging had en Walton hem aan het contract hield. Hoe dat ook zij, dit aspect van de casus heeft naar mijn mening in de overwegingen van de Hoge Raad geen (doorslaggevende) rol gespeeld.[40]

Het Nebula-arrest is in de literatuur overwegend met instemming onthaald.[41] Bezwaren tegen het aannemen van een bevoegdheid van de curator om door de schuldenaar verleende gebruiksrechten te doorkruisen zijn vooral te horen in het buitenland. Zo heeft de Belgische hoogleraar Dirix gewezen op een in zijn ogen niet te rechtvaardigen verschil met de situatie dat sprake is van een individueel beslag, een argument dat vóór het wijzen van het Nebula-arrest ook in Nederland wel werd gehoord.[42] Dit argument komt erop neer dat het – in de woorden van Dirix – 'ongewenst [zou zijn] dat voor het beslechten van conflicten tussen het verhaalsrecht van de schuldeisers en de rechten van derden, het faillissementsrecht

37 Vgl. Verstijlen 2008d, p. 26.
38 Die naar zijn oordeel juist géén schending van het fixatiebeginsel opleverde; zie zijn noot onder HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, onder 6.
39 Zie HR 5 maart 2004, *NJ* 2004, 316, m.nt. PAS (*Vagobel/Geldnet*).
40 In deze zin ook: S.C.J.J. Kortmann & S.E. Bartels, noot onder HR 3 november 2006, *JOR* 2007, 76, onder 5.
41 Zie o.a. S.C.J.J. Kortmann & S.E. Bartels, noot onder HR 3 november 2006, *JOR* 2007, 76; R.D. Vriesendorp, *AA* 2007/3, p. 238; Boekraad 2007, p. 46-53; Van Zanten 2007, p. 45-46. Kritisch is P. van Schilfgaarde, noot onder HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, die meer lijkt te voelen voor de gedachte dat de curator het voortgezette gebruik door de wederpartij moet dulden.
42 Zie Schoordijk 1991, p. 443, onder 2; De Liagre Böhl 1991, p. 76-77.

en het beslagrecht uit de pas zouden lopen'. Hiernaast stelt Dirix dat de 'onteigening' van de gebruiksgerechtigde op gespannen voet staat met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Ook de positie van derden, zoals de pandhouder en de cessionaris van de vordering tot betaling van de gebruiksvergoeding, kan volgens Dirix in het geding zijn.[43]

Naar Nederlands recht zijn deze bezwaren niet steekhoudend. Ten eerste geldt dat tussen een faillissement en een individueel beslag in dit opzicht tal van verschillen bestaan. Een voor de hand liggend voorbeeld is dat een levering bij voorbaat niet door een individueel beslag maar wél door een faillissementsbeslag wordt doorbroken, een verschil dat volgens de wetgever wordt gerechtvaardigd doordat het belang van een individuele beslaglegger nu eenmaal minder zwaar weegt dan dat van de gezamenlijke schuldeisers in faillissement.[44] Het feit dat een levering of verpanding bij voorbaat door het faillissement wordt doorkruist, maakt ook dat met de uitoefening van de bevoegdheid om door de schuldenaar verschafte gebruiksrechten te frustreren géén inbreuk wordt gemaakt op de positie van de cessionaris of de pandhouder van vorderingen.[45] Tot slot meen ik dat geen sprake is van strijd met artikel 1 van het Eerste Protocol. De artikelen 26 en 37 Fw bieden een voldoende wettelijke basis om de aantasting van het recht van de wederpartij te rechtvaardigen.[46]

Het debat in de Nederlandse literatuur heeft zich met name toegespitst op de vraag naar de reikwijdte van de in het Nebula-arrest vervatte regel. De Hoge Raad spreekt heel in het algemeen over 'de schuldeiser uit een duurovereenkomst', welke bewoordingen, tezamen met de verwijzing naar de gelijkheid van schuldeisers, een ruim toepassingsgebied suggereren.[47] Alleen in 'uitzonderlijke, in de wet uitdrukkelijk geregelde, gevallen' is een uitzondering mogelijk. Mij is slechts één wettelijke bepaling bekend waarin aan een partij bij een duurovereenkomst – min of meer – uitdrukkelijk het recht wordt toebedeeld het faillissement van haar wederpartij te negeren. Voor het geval dat sprake is van een overeenkomst van huurkoop met betrekking tot een onroerende zaak die is ingeschreven in de openbare registers bepaalt art. 5 lid 3 van de Tijdelijke Wet Huurkoop Onroerende Zaken dat het faillissement van de huurverkoper niet werkt ten nadele van de huurkoper (met uitzondering van de regeling van de faillissementspauliana).[48] Met Verstijlen acht ik echter aannemelijk dat ook minder uitdrukkelijk geregelde gevallen voor een uitzondering in aanmerking komen, zolang daarvoor binnen het

43 Zie Dirix 2010a, p. 158-159. Zie tevens Van Lembergen 2005, p. 41-48.

44 Zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1249. Zie voor meer relevante verschillen Verstijlen 1998a, p. 24.

45 Zie HR 30 januari 1987, *NJ* 1987, 530, m.nt. G (*WUH/Emmerig q.q.*); HR 10 januari 1992, *NJ* 1992, 744, m.nt. HJS (*Ontvanger/NMB*).

46 In HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 95, m.nt. SCJJK onder *NJ* 2005/96 (*Lunderstädt/De Kok c.s.*), r.o. 3.3.4 en HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96, m.nt. SCJJK (*Sobi/Hurks II*), r.o. 5.1.3, was de Hoge Raad op dit punt overigens nogal streng – en mijns inziens te streng – in de leer.

47 Ook het feit dat de Hoge Raad in het eerder in deze paragraaf weergegeven citaat tot tweemaal toe rept van het gebruik van een 'zaak' levert mijns inziens geen beperking op. Er is geen reden waarom ten aanzien van andere goederen dan zaken iets anders zou gelden. In dezelfde zin: Boekraad 2007, p. 49. Anders: Van Engelen 2009, p. 301.

48 Vgl. art. 7:3 lid 3 sub g BW, waarin is bepaald dat het faillissement van de verkoper van een registergoed niet kan worden ingeroepen tegen de koper die de koop op de voet van lid 1 van datzelfde artikel heeft ingeschreven. Het betreft hier echter geen *duurovereenkomst.*

systeem van de wet maar voldoende rechtvaardiging bestaat.[49] In § 5.3 en § 5.5 laat ik een aantal potentiële uitzonderingsgevallen de revue passeren.

Retentierecht

Verstijlen heeft erop gewezen dat een partij die wordt geconfronteerd met een vordering van de curator tot afgifte, daartoe in de regel niet behoeft over te gaan maar zich kan beroepen op een retentierecht.[50] Ook A-G Huydecoper zat in zijn conclusie voor Nebula op dit spoor.[51] Aan de voorwaarden voor een beroep op een retentierecht lijkt in een voorkomend geval inderdaad te zijn voldaan. Een retentierecht kan ook bestaan indien er geen verbintenis maar een andersoortige verplichting tot afgifte bestaat,[52] welke verplichting in een dergelijk geval voldoende samenhang vertoont met de vordering van de wederpartij tot gebruik of tot schadevergoeding om een beroep op een retentierecht te rechtvaardigen.[53]

Toch zou ik een beroep op een retentierecht hier niet zonder slag of stoot willen aanvaarden. De uitoefening van een retentierecht voor een vordering die betrekking heeft op prestaties die ná datum faillissement dienen te worden verricht, staat mijns inziens op gespannen voet met het systeem van de Faillissementswet en het daarin neergelegde keuzerecht van de curator.[54] Ook rijst de vraag of het in volle omvang honoreren van het retentierecht van de wederpartij niet regelrecht in strijd is met het Nebula-arrest. De essentie van dit arrest is immers dat een obligatoir gebruiksrecht in faillissement niet kan worden uitgeoefend indien het verhaal van de gezamenlijke schuldeisers daardoor wordt geschaad. Zou de wederpartij haar gebruiksrecht via de achterdeur van het retentierecht alsnog ten detrimente van de gezamenlijke schuldeisers kunnen verzilveren, dan zou de reikwijdte van het Nebula-arrest daarmee in ieder geval in belangrijke mate worden ingeperkt.[55] Mij komt dit onwenselijk voor.[56]

Nebula in de lagere rechtspraak

In de lagere rechtspraak heeft de regel uit het Nebula-arrest inmiddels nadrukkelijk ingang gevonden.[57] Zo wees de Voorzieningenrechter Rechtbank Groningen een

---

49 Zie Verstijlen 2007, p. 829. Vgl. Slaski 2009, p. 126.

50 Zie Verstijlen 2006a, p. 120. Zie ook Van Galen 2007, p. 293-294. Aarzelend: W.J.M. van Andel, noot onder Vzr. Rb. Dordrecht 14 juni 2007, *JOR* 2008, 133, onder 4.

51 Zie A-G Huydecoper, conclusie voor HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. PvS, onder 26-28.

52 Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 881 en HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 397, m.nt. PvS (*Hendriks/Slot q.q.*).

53 Zie art. 6:52 jo 6:57 BW.

54 Vgl. Verstijlen 2006a, p. 120-121, die zich om deze reden afvraagt of de retentor niet is overbedeeld.

55 In de zaak die leidde tot Rb. Rotterdam 17 november 2010, *LJN*: BO5199, deed zich eenzelfde casus voor als in de zaak Nebula, maar werd de vordering van de curator tot afgifte van de onroerende zaak door zowel de economisch eigenaar als diens huurder afgeweerd met een beroep op een retentierecht. Aan een oordeel omtrent de vraag hoe de uitoefening van het retentierecht zich verhield tot het keuzerecht van de curator en de regel uit het Nebula-arrest kwam de rechtbank evenwel niet toe, aangezien kennelijk tussen partijen *in confesso* was dat de uitoefening van een retentierecht in de gegeven omstandigheden op zichzelf mogelijk moest zijn.

56 Vgl. Huydecoper 2008b, p. 658-659, die de inroeping van een 'retentierecht' door een licentiehouder ten opzichte van de curator ongeoorloofd acht, niet alleen omdat in dat geval de rechtstreekse fysieke betrekking die retentierecht op tastbare zaken rechtvaardigt, ontbreekt, maar ook omdat met de opschorting van de verplichting om toepassing van het gelicentieerde te staken 'toch, in weerwil van art. 26 Fw, het aan de licentie ontleende recht anders dan via verificatie tegen de boedel geldend zou worden gemaakt.' Vgl. voor het Belgische recht: Jansen en Storme 2010, p. 1482.

57 Zie voor een praktisch gelijkluidende casus aan die in de zaak Nebula: Rb. Rotterdam 17 november 2010, *LJN*: BO5199, waarover voetnoot 55 hiervoor.

door de curator jegens de voormalige echtgenote van de gefailleerde ingestelde vordering tot ontruiming toe, omdat het echtscheidingsconvenant waaraan zij haar gebruiksrechten ontleende naar zijn oordeel – terecht lijkt mij – niet aan de curator kon worden tegengeworpen.[58]

In een zaak die diende voor de kantonrechter te Haarlem werd het verweer van de curator dat hij bevoegd was een door de schuldenaar aangegane overeenkomst van onderhuur in het belang van de gezamenlijke schuldeisers 'op te zeggen, althans niet gestand te doen' gehonoreerd. De kantonrechter oordeelde dat van de curator niet kon worden verlangd dat hij het voortgezette gebruik van de onderverhuurde zaak zou dulden en dat de onderhuurder – indien hij recht zou hebben op schadevergoeding – aangewezen was op aanmelding van zijn vordering ter verificatie.[59] Deze uitkomst is naar mijn mening op zichzelf juist.[60] Wel is van belang zich te realiseren dat de curator in een voorkomend geval géén bevoegdheid tot *opzegging* toekomt. De overeenkomst zelf blijft intact; de curator heeft (slechts) *recht op wanprestatie*, met als gevolg dat de wederpartij voor de voldoening van haar contractuele aanspraken op de verificatievergadering is aangewezen.

In een zaak die ten grondslag lag aan een vonnis van de Voorzieningenrechter Rechtbank Dordrecht ten slotte, was – evenals in het Nebula-arrest – sprake van een onroerende zaak waarvan de economische eigendom door de schuldenaar vóór diens faillissement was 'overgedragen' aan een derde. Bij wege van *obiter dictum* overwoog de voorzieningenrechter dat aannemelijk was dat partijen hadden beoogd een gebruiksrecht met een *eeuwigdurend karakter* in het leven te roepen. Dit karakter rechtvaardigde volgens de voorzieningenrechter 'naar zijn aard doorbreking van de gelijkheid van schuldeisers in faillissement' en het gebruiksrecht was 'in zoverre gelijk te stellen met een in de wet uitdrukkelijk geregelde uitzondering op deze gelijkheid van schuldeisers'.[61] Mij lijkt dit niet juist. Het gebruiksrecht waarop de wederpartij zich beriep, was zuiver verbintenisrechtelijk van aard. Een dergelijk recht kan in faillissement – behoudens gestanddoening van het onderliggende contract – slechts via het proces van verificatie en uitdeling geldend worden gemaakt. Voor een uitzondering was in dit geval naar mijn mening geen plaats.[62]

Het voorontwerp Insolventiewet

De Commissie insolventierecht heeft ervoor gekozen de regel uit het Nebula-arrest niet te 'codificeren'; het voorontwerp Insolventiewet bevat geen bepaling

58 Zie Vzr. Rb. Groningen 9 februari 2007, *LJN*: AZ9787.

59 Zie Rb. Haarlem, sector Kanton, 9 april 2009, *LJN*: BC9832.

60 Niet juist is naar mijn mening Vzr. Rb. Dordrecht 14 juni 2007, *JOR* 2008, 133, waarin eveneens sprake was van de onderverhuur van kantoorruimte en waarin de voorzieningenrechter – onder verwijzing naar art. 7:230a BW – oordeelde dat geen sprake was van een situatie zoals beoordeeld in het Nebula-arrest. Zie over deze uitspraak § 5.3.1.2.4.

61 Zie Vzr. Rb. Dordrecht 21 december 2006, *JOR* 2007, 75, m.nt. S.C.J.J. Kortmann & S.E. Bartels onder HR 3 november 2006, *JOR* 2007, 76 (*Nebula*).

62 De regel uit het Nebula-arrest kwam voorts nog aan de orde in Vzr. Rb. Amsterdam 16 augustus 2007, *JOR* 2007, 258, m.nt. W.J.M. van Andel, en Rb. Amsterdam 11 juni 2008, *JOR* 2008, 286. De eerste uitspraak wordt aangestipt in § 5.3.2.2, voetnoot 177, op de laatste kom ik terug in § 5.4.

die de bewindvoerder de bevoegdheid geeft afgifte te vorderen van tot de boedel behorende goederen. Wél zijn voor een aantal bijzondere gevallen regels geformuleerd, juist om aan de mogelijke consequenties van het Nebula-arrest te ontsnappen. Zo bieden bijvoorbeeld de artikelen 3.4.6 lid 4 en 5.1.1 lid 2 sub g de huurder onder omstandigheden de mogelijkheid zijn huurrecht in faillissement te handhaven.[63] Deze bepalingen komen aan de orde in § 5.3.1.2.6.

5.2.2 Belgisch recht

Faillissement

Evenals in Nederland was in België lange tijd de heersende opvatting dat de curator door de schuldenaar verschafte gebruiksrechten met betrekking tot goederen die tot de boedel behoren, diende te respecteren. Gezaghebbend is de bijdrage van Dirix uit 2003, getiteld 'Faillissement en lopende overeenkomsten', waarin hij de hier bedoelde opvatting verdedigt vanuit de gedachte dat het keuzerecht van de curator ertoe strekt het passief van de boedel niet te laten toenemen.[64] In 2008 schreven Sagaert en Jansen naar aanleiding van de verschijning van het voorontwerp Insolventiewet nog – onder verwijzing naar de genoemde bijdrage van Dirix – dat '[i]n het Belgische recht de idee centraal [staat] dat de curator niet gedwongen kan worden tot actieve prestatie, maar in beginsel met toepassing van artikel 46 Faillissementswet geen afbreuk mag doen aan de verbintenissen van de gefailleerde die bestaan in een dulden'.[65]

In een lezenswaardige noot onder een arrest van het hof van beroep te Gent uit 2009 is Jansen echter – ditmaal tezamen met Storme – uitdrukkelijk een andere koers gaan varen.[66] Kennelijk geïnspireerd door en onder verwijzing naar het Nebula-arrest verdedigen Jansen en Storme dat de curator een op de gelijkheid van schuldeisers gegronde bevoegdheid heeft 'elk persoonlijk recht van de schuldeisers [te] schenden […], die zich dan tevreden moeten stellen met een vordering in de boedel'(*i.e.* een verifieerbare vordering).[67] Dit betekent volgens hen onder meer dat de curator van de bruikleengever afgifte van de in bruikleen gegeven zaak kan vorderen en dat hetzelfde geldt voor de curator van de verhuurder, ook indien de huurovereenkomst *droit de suite* heeft en de huurder zijn recht in geval van een eventuele latere overdracht van het gehuurde dus aan de verkrijger kan tegenwerpen. Heeft de schuldenaar goederen onder eigendomsvoorbehoud geleverd waarvan de koopprijs nog niet integraal is voldaan, dan kan de curator er naar het oordeel van Jansen en Storme voor kiezen de overeenkomst niet verder uit te voeren door de nog altijd aan de schuldenaar in eigendom toebehorende goederen terug te nemen.[68] De overeenkomst blijft evenwel in stand, zodat de koper volgens hen de mogelijkheid behoudt om

63 Andere voorbeelden zijn de artikelen 5.1.1 lid 2 sub h en i.
64 Zie Dirix 2003, in het bijzonder p. 209-211, met verwijzing naar diverse 'oudere' bronnen.
65 Zie Sagaert & Jansen 2008, p. 323.
66 Zie Jansen & Storme 2010, p. 1479-1483. Zie over het desbetreffende arrest van het Gentse hof van beroep nader § 5.4.
67 Zie Jansen & Storme 2010, p. 1483.
68 Anders voor het Nederlandse recht: Verstijlen 2007, p. 828-829.

door voldoening van het restant van de koopprijs de eigendom van de goederen aan zich te doen overgaan.[69] Of de opvatting van Jansen en Storme in België voet aan de grond krijgt, zal de tijd moeten uitwijzen. Rechtspraak over de vraag of de curator gerechtigd is actief de nakoming van een verplichting tot een dulden te frustreren, ontbreekt vooralsnog.

Ook vanuit andere hoek wordt de eens zo onaantastbaar geachte positie van de partij die van de schuldenaar vóór datum faillissement een contractueel gebruiksrecht heeft verkregen, bedreigd. In een tweetal inmiddels befaamde arresten heeft het Hof van Cassatie aangenomen dat de algemene regeling van art. 46 Faill.W. de curator onder bijzondere omstandigheden de bevoegdheid biedt de wederpartij haar gebruiksrecht te ontnemen door de overeenkomst waaraan dit recht is ontleend, te *beëindigen.* Aan het eerste arrest – dat is gewezen op 24 juni 2004 – lag een nogal wonderlijke casus ten grondslag.[70]

Brouwerij Alken-Maes was huurder van een onroerende zaak, die zij op haar beurt had onderverhuurd aan Boopen. Hierna werd Boopen zelf eigenaar van de onroerende zaak. Nadat Boopen in staat van faillissement was verklaard, werd de curator dus geconfronteerd met twee huurovereenkomsten: een onderhuurovereenkomst waarbij de gefailleerde optrad als *huurder* en een hoofdhuurovereenkomst met de gefailleerde als *verhuurder.* De curator wenste beide overeenkomsten niet na te komen. De overeenkomst van onderhuur leverde in dat kader geen problemen op. Met gebruikmaking van zijn in art. 46 Faill.W. neergelegde *optierecht* maakte de curator kenbaar het contract niet verder te zullen uitvoeren, waarna de vordering van Alken-Maes tot schadevergoeding wegens de niet-uitvoering als faillissementsvordering werd genoteerd. Met de hoofdhuurovereenkomst ging het echter minder voorspoedig. Alken-Maes weigerde zich bij het eindigen van de huur neer te leggen, hetgeen heeft geresulteerd in een tweetal procedures, waaronder de onderhavige.[71] Het Hof van Cassatie overwoog:

> 'Dat het niet aan de curator staat een einde te maken aan een tegenwerpelijke overeenkomst door de gefailleerde gesloten wanneer de voortzetting van de overeenkomst de normale vereffening van de boedel niet belet; dat de curator wel een einde kan maken aan een overeenkomst die de gefailleerde bindt, indien de beëindiging van de overeenkomst noodzakelijk is voor het beheer van de boedel als een goede huisvader, onverminderd de rechten die dan voortvloeien voor de wederpartij van de gefailleerde wegens de niet-uitvoering van de overeenkomst.'

Het Hof van Cassatie formuleert dus als hoofdregel dat de curator géén einde kan maken aan een *tegenwerpelijke* overeenkomst – *i.e.* een overeenkomst die in geval van een overdracht van het contractueel belaste goed in stand blijft, zoals huur- en pachtovereenkomsten die voldoen aan het bepaalde in art. 1743 B.W.[72] –, tenzij dit voor een goed beheer van de boedel noodzakelijk is. Wanneer een dergelijke

69 Zie Jansen & Storme 2010, p. 1481, nr. 8 en 9.
70 Zie Cass. 24 juni 2004, *R.W.* 2005-06, 2.
71 Zie tevens Arbitragehof 10 december 2003, *R.W.* 2005-06, p. 52-53, waarover Brijs 2005, p. 54.
72 Art. 1743 B.W. luidt: 'Indien de verhuurder het verhuurde goed verkoopt, kan de pachter of de huurder, die een authentieke huur of een huur met vaste dagtekening heeft, niet uit het gehuurde gezet worden door de koper, tenzij de verhuurder zich dit recht bij het huurcontract heeft voorbehouden.'

uitzonderingssituatie zich voordoet, kan uit het arrest niet worden afgeleid. In zijn arrest van 10 april 2008 heeft het Hof van Cassatie in dit kader een tipje van de sluier opgelicht.

Aan de orde was de vraag of de curator die wilde overgaan tot de openbare verkoop van een aantal aan de gefailleerde in eigendom toebehorende landbouwgronden, gerechtigd was om met het oog daarop de pachtovereenkomst waarmee deze gronden waren belast, te beëindigen. Het hof van beroep te Brussel beantwoordde deze vraag bevestigend:

> 'Het lijdt nochtans geen twijfel dat de omstandigheid dat landbouwpercelen onderwerp zijn van een pachtovereenkomst een substantiële negatieve weerslag heeft op de prijs die er voor wordt geboden. Zodoende kan de curator met reden betogen dat het belang van de boedel, en dus het beheer ervan als een goede huisvader, naar recht verantwoordt dat de pachtovereenkomsten niet verder worden uitgevoerd.'[73]

Deze interpretatie van de in het arrest van 2004 geformuleerde regel vond géén genade bij het Hof van Cassatie. Het Hof casseerde en nam de gelegenheid te baat de regel te verduidelijken:

> 'Wanneer zulks noodzakelijk is voor het beheer van de boedel, dit is wanneer de voortzetting van de overeenkomst gesloten door de failliet de vereffening van de boedel belet of de vereffening ervan abnormaal bezwaart, kan de curator krachtens artikel 46 van de Faillissementswet een einde maken aan een door de failliet gesloten lopende overeenkomst, zelfs wanneer door die overeenkomst rechten worden verleend die aan de boedel tegenwerpelijk zijn. Het loutere feit dat de goederen hierdoor een mindere verkoopwaarde hebben, verhindert op zich beschouwd niet de normale afwikkeling van het faillissement. Het staat aan de curator te bewijzen dat de beëindiging noodzakelijk is voor het beheer van de boedel.'[74]

De curator heeft in België dus de bevoegdheid contractuele gebruiksrechten aan te tasten door de overeenkomst te *beëindigen*, indien hij kan aantonen dat dit noodzakelijk is voor het beheer van de boedel, hetgeen het geval is indien het in stand blijven van het contract de vereffening *belet* of *abnormaal bezwaart.* Volgens Dirix – die als een van de raadsheren het arrest mede wees – zou aan de voorwaarden voor beëindiging kunnen zijn voldaan indien de contractueel belaste goederen onverkoopbaar blijken te zijn, de door de wederpartij te betalen huurprijs beduidend lager ligt dan de marktprijs of het in stand blijven van de overeenkomst de boedel met financiële verplichtingen opzadelt, bijvoorbeeld omdat de curator herstelwerkzaamheden moet verrichten.[75] In lijn hiermee oordeelde de rechtbank van koophandel te Antwerpen dat de curatoren van

---

73 Hof Brussel 11 mei 2005, *NjW* 2006, 801.
74 Cass. 10 april 2008, *NjW* 2008, 494.
75 Zie Dirix 2010a, p. 162. Niet duidelijk is of Dirix met dit laatste voorbeeld bedoelt te zeggen dat het voortbestaan van het huurcontract in beginsel – dus behoudens bijzondere beëindigingsmogelijkheid – meebrengt dat de curator *ten opzichte van de huurder* verplicht is de noodzakelijke herstelwerkzaamheden te verrichten of dat hij op zichzelf niet gehouden is dergelijke *positieve* verbintenissen na te komen, maar dat een goed boedelbeheer hem in een voorkomend geval tot reparatie van het gehuurde noodzaakt.

vakantiedomein Parc de Chôdes het huurcontract rechtsgeldig op de voet van art. 46 Faill.W. hadden beëindigd, omdat als gevolg van een beroep van de huurder op compensatie geen huurpenningen in de boedel vloeiden en het gehuurde daardoor bovendien onverkoopbaar was.[76]

Een nog onbeantwoorde vraag is die naar de status van de vordering tot schadevergoeding die de wederpartij bij het eindigen van de overeenkomst krijgt. Dirix gaat ervan uit dat sprake is van een *boedelschuld*, nu het gaat om schulden die de curator met het oog op het beheer van de boedel aangaat.[77] Indien de schadevergoedingsvordering van de wederpartij inderdaad als boedelschuld dient te worden gekwalificeerd, rijst de vraag of het zinvol is de overeenkomst te beëindigen in een geval waarin het voortbestaan ervan de vereffening *abnormaal bezwaart.* Is bijvoorbeeld sprake van een huurovereenkomst en ligt de huurprijs ver onder de marktprijs, zoals in één van de door Dirix gegeven voorbeelden, dan zal een beëindiging de curator weliswaar in de gelegenheid stellen de betreffende zaak alsnog tegen de marktprijs te verhuren, maar de daarmee te realiseren meeropbrengst zal in de regel overeenkomen met de – als boedelschuld te betalen – schadevergoedingsvordering van de wederpartij.

In beide arresten was sprake van een *tegenwerpelijke* overeenkomst, dat wil zeggen een overeenkomst waaraan *droit de suite* is verbonden. Uit de hiervoor weergegeven passage uit het arrest van 2008 blijkt evenwel – en mijns inziens ligt dat ook voor de hand – dat de hierin vervatte regel in gelijke mate opgaat voor overeenkomsten die níet tegenwerpelijk zijn, zoals een huur- of pachtovereenkomst die niet voldoet aan de in art. 1743 B.W. gestelde vereisten of een overeenkomst van bruikleen.[78] Indien de door Dirix gegeven voorbeelden van situaties waarin de door het Hof van Cassatie gecreëerde beëindigingsbevoegdheid een rol zou kunnen spelen nogmaals in ogenschouw worden genomen, valt op dat het enerzijds gaat om situaties waarin van die bevoegdheid gebruik wordt gemaakt met het oog op een overdracht van het contractueel belaste goed en anderzijds om gevallen waarin zij wordt benut omdat het contract nadeel oplevert in de periode dat het goed zich nog in de boedel bevindt en waarin voor de Nederlandse curator gerede aanleiding zou kunnen bestaan zijn *recht op wanprestatie* uit te oefenen.[79] Zou de op het Nebula-arrest geïnspireerde opvatting van Jansen en Storme in België worden aanvaard, dan lijkt het aan de curator toegekende bijzondere beëindigingsrecht dus nog slechts van toegevoegde waarde te zijn in de situatie dat de curator het goed met het oog op een *overdracht* van het contract wil bevrijden en dus alleen ten aanzien van overeenkomsten waaraan de verkrijger anders van rechtswege gebonden zou zijn.

De besproken cassatiearresten hebben in de Belgische literatuur tot de nodige controverse aanleiding gegeven. Daarnaast hebben zij diverse Kamerleden aangezet

76 Zie Kh. Antwerpen 29 maart 2010, AR/09/6178.
77 Zie Dirix 2010a, p. 163. Vgl. Brijs 2005, p. 59; De Wilde 2005, p. 216. Anders: Meulder 2008, p. 868.
78 Zie art. 1875 B.W.
79 In de situatie dat de instandhouding van het contract nadeel oplevert zolang het goed zich nog in de boedel bevindt, zal het niet zelden tevens moeilijkheden opleveren bij verkoop, althans indien het een contract betreft dat in geval van verkoop van rechtswege overgaat op de verkrijger. De hiervoor genoemde procedure in de deconfiture van vakantiedomein Parc de Chôdes vormt daarvan een voorbeeld.

tot het indienen van initiatiefwetsvoorstellen, die alle een terugkeer beogen naar de traditionele interpretatie van art. 46 Faill.W.[80] Tot verdere wetgevingsactiviteit heeft dit alles evenwel vooralsnog niet geleid.

Gerechtelijke reorganisatie
Ook onder de regeling van de op 1 april 2009 in werking getreden Wet Continuïteit Ondernemingen is de positie van de contractueel gebruiksgerechtigde uitdrukkelijk op de tocht komen te staan. Ingevolge art. 35 § 2 lid 1 WCO kan de schuldenaar

> 'ook bij ontstentenis van [een] contractuele bepaling in deze zin, beslissen een lopende overeenkomst niet langer uit te voeren voor de duur van de opschorting […], op voorwaarde dat die niet-uitvoering noodzakelijk is om een reorganisatieplan te kunnen voorstellen aan de schuldeisers of om de overdracht onder gerechtelijk gezag mogelijk te maken'.

Voor de schade die de wederpartij lijdt indien de schuldenaar ervoor kiest de overeenkomst niet uit te voeren, kan zij op de voet van art. 35 § 2 lid 2 WCO in de procedure opkomen.

Goed beschouwd beschikt de schuldenaar onder de Wet Continuïteit Ondernemingen over een *recht op wanprestatie.* Volgens Dirix en Jansen kan hij op grond van art. 35 § 2 WCO bijvoorbeeld aan derden verleende huur- of licentierechten aantasten, in welk geval de regeling in dit opzicht verder strekt dan die van art. 46 Faill.W., althans conform de heersende interpretatie van die bepaling. De regeling van art. 35 § 2 lid 1 WCO biedt de schuldenaar níet de mogelijkheid de desbetreffende goederen met het oog op een verkoop van de hier bedoelde rechten te 'zuiveren' (door het contract te beëindigen).[81] In zoverre heeft zij een beperkter toepassingsgebied dan art. 46 Faill.W.[82]

5.2.3 Amerikaans recht

Ook in de Verenigde Staten is de hier aan de orde zijnde problematiek voorwerp van debat. In diverse rechterlijke uitspraken is geoordeeld dat het recht van de *trustee* op *rejection* meebrengt dat de *debtor* in zijn algemeenheid wordt ontdaan van *alle* uit het contract voortvloeiende verplichtingen.[83] In die opvatting is de *trustee* gerechtigd de wederpartij te dwingen het gebruik van het tot de boedel behorende goed te staken. De alom heersende opvatting in de literatuur is daarentegen dat de uitoefening van de bevoegdheid tot *rejection* niet meer behelst

80 Zie Zenner 2009, p. 105, met verwijzingen.
81 Zie Dirix & Jansen 2010, p. 190-191.
82 Zie ook het Amendement van de Regering, *Parl. St.* Kamer, Doc. 52 0160/002, p. 62: 'Het stelsel omschreven in artikel 35 verschilt duidelijk van dat in artikel 46 van de faillissementswet, in het bijzonder in de ruime interpretatie die eraan is gegeven in de rechtspraak van het Hof van Cassatie (Cass. 10 april 2008, TBH 2008, 454).'
83 Zie bijv. *Burger King Corp. v. Rovine Corp.*, 6 B.R. 661 (Bankr. W.D. Tenn. 1980); *Lubrizol Enterprises, Inc. v. Richmond Metal Finishers, Inc.*, 756 F.2d 1043 (4th Cir.1985). De *US Supreme Court* heeft zich omtrent de onderhavige problematiek nog niet uitdrukkelijk uitgelaten.

dan 'a choice not to assume the contract'. Bij een dergelijke zienswijze komen de *trustee* geen bijzondere bevoegdheden toe.[84]

Dit laatste is ten aanzien van een aantal bijzondere overeenkomsten uitdrukkelijk in de wet vastgelegd. Zo is de wederpartij bij een met de schuldenaar als verhuurder gesloten huurovereenkomst met betrekking tot onroerend goed (*real property*) op grond van § 365(h) BC bevoegd om in geval van *rejection* te kiezen tussen enerzijds het indienen van een vordering tot schadevergoeding en anderzijds het handhaven van haar gebruiksrechten onder de overeenkomst, waaronder (onder meer) begrepen de bevoegdheid tot onderhuur.[85] Indien de wederpartij kiest voor het laatste, is zij gehouden de overeengekomen huurprijs te blijven betalen. De schade die zij mogelijk lijdt doordat de overeenkomst van de zijde van de verhuurder niet in haar totaliteit wordt nagekomen, mag zij echter met de te betalen huurpenningen verrekenen.[86] § 365(n) BC bevat een min of meer vergelijkbare regeling voor het geval dat sprake is van een licentieovereenkomst met betrekking tot bepaalde IE-rechten,[87] zij het dat de mogelijkheid tot verrekening van een schadevergoedingsvordering met de te betalen royalty's daarin juist uitdrukkelijk is uitgesloten.[88]

Doordat de wetgever slechts een regeling heeft gegeven voor een aantal specifieke situaties in plaats van een meer algemene regel te formuleren, blijft onduidelijk hoe om te gaan met gevallen die niet uitdrukkelijk in de wet zijn geregeld, zoals de huur van roerende zaken (*personal property*) en licenties met betrekking tot niet door § 365(n) BC bestreken rechten van intellectuele eigendom.[89]

5.2.4 Enige rechtsvergelijkende opmerkingen

Uit de voorafgaande paragrafen blijkt dat de vraag hoe in het insolventierecht dient te worden omgegaan met door de schuldenaar vóór de ingang van de procedure verleende contractuele gebruiksrechten ook in andere landen actueel is en dat de koers die in de desbetreffende landen is gekozen, niet steeds overeenstemt met de richting waarin het Nederlandse recht met het Nebula-arrest is ingeslagen.

De uit het Nebula-arrest voortvloeiende opvatting van de Hoge Raad stemt overeen met die welke overwegend in de Amerikaanse rechtspraak wordt gehuldigd. Waar ook in de Nederlandse literatuur sinds het Nebula-arrest vrijwel unaniem het standpunt wordt ingenomen dat schuldeisers met een contractueel gebruiksrecht (of een ander recht op een dulden) tevens aan het keuzerecht van de curator onderworpen behoren te zijn, wordt in de Amerikaanse literatuur echter juist overwegend het standpunt verdedigd dat géén grond bestaat om de *trustee* in

84 Zie o.a. Jackson 1986, p. 109-113; Andrew 1988, p. 901-931; Baird 2006, p. 130-140; Tabb & Brubaker 2006, p. 381 en p. 390.
85 Zie achtereenvolgens § 365(h)(1)(A)(i) en § 365(h)(1)(A)(ii) BC.
86 Zie § 365(h)(1)(B) BC.
87 Zie § 101(35A) BC.
88 Zie § 365(n)(2)(C)(i) BC. De regeling van § 365(n) komt nader aan de orde in § 5.3.2.4.
89 Zie Baird 2006, p. 133-134 en p. 139.

dit kader additionele bevoegdheden toe te kennen. Hoe is dit verschil te verklaren? In het Nederlandse insolventierecht speelt de gelijkheid van schuldeisers een dominante en in zekere zin normatieve rol, waarbij inbreuken op de positie van individuele betrokkenen met een beroep op die gelijkheid plegen te worden gelegitimeerd. Het Nebula-arrest is daarvan een uitgesproken voorbeeld, maar er zijn er meer.[90] In de rechtswetenschappelijke literatuur in de Verenigde Staten spelen rechtseconomische inzichten – veel meer dan in Nederland – een belangrijke rol.[91] Een uitvloeisel hiervan is dat in de Amerikaanse literatuur veelal de idee centraal staat dat in faillissement de rechten van alle betrokkenen op een zo efficiënt mogelijke wijze geldend behoren te worden gemaakt, zónder dat aan die rechten afbreuk wordt gedaan. Men spreekt wel van 'the limited normative role of bankruptcy policy'.[92] Aan een weigering van de *trustee* om de overeenkomst na te komen, dienen in die visie geen andere consequenties verbonden te zijn dan aan eenzelfde weigering door de schuldenaar buiten het kader van een insolventieprocedure.[93] De Amerikaanse wetgever vaart in dit verband een nogal zigzaggende koers, waarbij in het ene geval fors wordt ingegrepen in de rechten van de contractuele wederpartij met het oog op het belang van de boedel en het slagen van een reorganisatie,[94] terwijl die wederpartij in het andere juist in vergaande mate wordt beschermd. De bescherming van de huurder en van de licentiehouder vormen van dit laatste fraaie voorbeelden. Of in die gevallen ook naar Nederlands recht een uitzondering op de regel uit het Nebula-arrest dient te worden aanvaard, komt aan de orde in § 5.3.

De in ieder geval tot voor kort in België heersende opvatting zoals verwoord door Dirix in 2003 stemt overeen met die in de Amerikaanse literatuur. Dit behoeft niet te verbazen indien men zich realiseert dat zij tot begin 2006 ook in Nederland werd aangehangen en Dirix in dit opzicht bovendien in belangrijke mate door Amerikaanse auteurs lijkt te zijn geïnspireerd.[95] Hiernaast is van belang dat de opvatting van Dirix is gegrond op de gedachte dat het keuzerecht van de curator er louter toe strekt het passief te beperken, hetgeen niet strookt met de in Nederland geldende opvattingen.[96] Het Belgische recht is op dit punt bovendien volop in ontwikkeling, in welke ontwikkeling ook het Nebula-arrest een rol lijkt te spelen.

De door het Belgische Hof van Cassatie aangenomen bevoegdheid van de curator om in bijzondere gevallen door de schuldenaar gesloten overeenkomsten in het belang van de boedel te beëindigen, bijvoorbeeld met het oog op de

90 Zie bijvoorbeeld HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 640, m.nt. CJHB (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*); HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 661, m.nt. PvS (*Tiethoff q.q./NMB*).

91 Invloedrijke auteurs die het insolventierecht benaderen vanuit een rechtseconomische invalshoek zijn T.H. Jackson en D.G. Baird; zie bijvoorbeeld Jackson 1986; Baird 2006. Zie ook Verstijlen & Hoekstra 2009, met verwijzingen.

92 Zie Jackson 1986, p. 117.

93 Zie Jackson 1986, p. 109-110.

94 Voorbeelden zijn de doorkruising van *ipso facto*-clausules en de aan de *trustee* toegekende bevoegdheid om door de schuldenaar gesloten overeenkomsten over te dragen aan een derde, ook indien die overdracht op grond van het contract of het daarop toepasselijke recht niet is toegestaan. Zie respectievelijk § 365(e)(1) BC (waarover § 7.2) en § 365(f) BC (waarover § 7.6.3).

95 Zie Dirix 2003, p. 205-207.

96 Zie in het bijzonder § 4.5.1.

verkoop van de daarmee belaste zaak, gaat zelfs verder dan het in Nederland aanvaarde recht van de curator op wanprestatie, waarbij aangetekend zij dat in dit opzicht ook in Nederland enige beweging valt waar te nemen. In zijn conclusie voor het arrest Bloch/Kura Hulanda schrijft A-G Huydecoper – die met zijn conclusie voor Nebula mede aan de basis stond van de in Nederland ingezette koerswijziging – dat indien de regel uit het Nebula-arrest zou worden doorgetrokken naar de huurovereenkomst, in een voorkomend geval ook aan de regel 'koop breekt geen huur' effect zou moeten worden onthouden.[97] Of het inderdaad zo ver komt, zal de rechtsontwikkeling moeten uitwijzen.

5.3 Twee bijzondere gebruiksovereenkomsten

5.3.1 De huurovereenkomst

5.3.1.1 Inleiding

De meest belangwekkende duurovereenkomst op grond waarvan obligatoire gebruiksrechten worden verschaft, is de huurovereenkomst. Komt de *verhuurder* in staat van faillissement te verkeren, dan kan de vraag rijzen of diens curator gerechtigd is te wanpresteren onder de huurovereenkomst door afgifte van de verhuurde zaak te vorderen en de huurder naar de verificatievergadering te verwijzen.[98] Kan een particuliere huurder door de curator van de woningbouwvereniging uit zijn huis worden gezet? Kan de huurder van een fabriekspand dat geheel op de door hem gedreven onderneming is afgestemd, door de curator van de verhuurder worden gesommeerd te vertrekken? Het mag duidelijk zijn dat het antwoord op de hier gestelde vragen ook vanuit maatschappelijk oogpunt van groot belang is.

Alvorens deze en aanverwante vragen te bespreken, is het nuttig onder ogen te zien onder welke omstandigheden de curator nu belang zou kunnen hebben bij een *recht op wanprestatie* ten aanzien van door de schuldenaar als *verhuurder* aangegane huurovereenkomsten. In zijn algemeenheid biedt dit recht de curator de mogelijkheid het met het huurcontract belaste boedelbestanddeel tijdelijk – zolang geen overdracht is gerealiseerd en het faillissement voortduurt – anders in te zetten of onder gewijzigde condities te exploiteren. Dit kan in het bijzonder interessant zijn indien de boedel tegenover de verschaffing van het gebruiksgenot geen reële tegenprestatie ontvangt. Men denke in dit kader bijvoorbeeld aan het geval dat de huurder heeft bedongen gedurende een zekere periode geen huur verschuldigd te zijn,[99] de overeengekomen huurprijs (substantieel) lager is dan de marktprijs, de huur voor (zeer) lange tijd is vooruitbetaald,[100] of de huurder

97 Zie de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 26 oktober 2007, *NJ* 2008, 282, m.nt. PAS, onder 29.
98 De bijzondere regeling van art. 39 Fw ziet alleen op het geval dat de *huurder* is gefailleerd.
99 Zie voor een voorbeeld Rb. Maastricht, sector Kanton, 23 juli 2009, *JOR* 2010, 77.
100 Dit komt geregeld voor bij in de vorm van langlopende huur gegoten *timesharing*-constructies; zie Van Velten 2009, p. 442. Vgl. Hof NA 27 september 2002, *NJ* 2004, 92; HR 26 oktober 2007, *NJ* 2008, 282, m.nt. PAS (*Bloch/Kura Hulanda*).

bevoegd is de huurpenningen met een vordering op de gefailleerde te verrekenen.[101] De uitoefening van een *recht op wanprestatie* dient dan steeds een einde te maken aan de situatie dat één schuldeiser zijn vordering (tot gebruik) integraal voldaan krijgt, terwijl de gezamenlijke schuldeisers daardoor in hun verhaal worden geschaad.

Over de positie van de huurder in het faillissement van de verhuurder bestaat nog geen richtinggevende jurisprudentie. In Tiethoff q.q./NMB[102] overwoog de Hoge Raad weliswaar dat de curator van de verhuurder gehouden was de huurovereenkomst te blijven nakomen, maar zoals aan de orde kwam in § 5.2.1 is onzeker welke waarde aan die overweging moet worden toegekend. Ook in het Nebula-arrest[103] kwam de Hoge Raad aan een expliciet oordeel omtrent de positie van de huurder in het faillissement van de verhuurder niet toe. Het recht van de huurder was slechts afgeleid van dat van de economisch eigenaar en aangezien laatstgenoemde diens recht niet aan de curator kon tegenwerpen, gold reeds om die reden hetzelfde voor de huurder. Het enige aanknopingspunt dat het arrest biedt, is dat een uitzondering op de regel dat de curator niet gehouden is obligatoire gebruiksrechten te respecteren mogelijk is indien de wet daartoe noopt. Nu de wet geen bepaling bevat waarin aan de huurder uitdrukkelijk het recht wordt toegekend zijn positie in het faillissement van de verhuurder te handhaven, dient te worden bezien of niettemin uit het wettelijk systeem voortvloeit dat een uitzondering gerechtvaardigd is.

5.3.1.2 Analyse

5.3.1.2.1 Algemeen

Huurders genieten binnen ons rechtssysteem een bijzondere status. In diverse wettelijke bepalingen vindt de huurder bescherming tegen zowel de verhuurder als diens schuldeisers. Bij huur van woonruimte en zogeheten middenstandsbedrijfsruimte is die bescherming in belangrijke mate vormgegeven door de bevoegdheden van de verhuurder tot beëindiging in te perken,[104] bij de huur van bedrijfsruimte in de zin van art. 7:230a BW is zij gegoten in de vorm van ontruimingsbescherming.[105] Hiernaast geldt op grond van art. 7:226 lid 1 BW voor vrijwel alle typen huurcontracten de aloude regel 'koop breekt geen

101 Zie voor een geval waarin verrekening door de huurder ná faillissement van de verhuurder geoorloofd was, omdat sprake was van connexiteit tussen de vordering van de huurder en de door hem te betalingen huurpenningen: Rb. Maastricht, sector kanton 23 juli 2009, *JOR* 2010, 77. Tegen een tweetal *andere* wijzen waarop de door de huurder verschuldigde tegenprestatie buiten de boedel kan worden gehouden – verpanding of cessie bij voorbaat van de huurpenningen en verrekening van de te betalen huurprijs met een *ongerelateerde* tegenvordering – is door de Hoge Raad inmiddels een dam opgeworpen. Zie achtereenvolgens HR 30 januari 1987, *NJ* 1987, 530, m.nt. G (*WUH/Emmerig q.q.*) en HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 661, m.nt. PvS (*Tiethoff q.q./NMB*).

102 Zie HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 661, m.nt. PvS.

103 Zie HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. PvS.

104 Zie voor woonruimte de artikelen 7:271-277 BW en voor middenstandsbedrijfsruimte de artikelen 7:291-296 BW.

105 Hiernaast geldt voor alle genoemde huurovereenkomsten dat een ontbinding wegens wanprestatie op grond van art. 7:231 BW alleen door de rechter kan geschieden. Zie over de reikwijdte van deze bepaling Van Zanten & Verstijlen 2011, p. 89-90.

huur'.[106] Deze regel is ingevolge art. 7:226 lid 2 BW in beginsel ook van toepassing indien sprake is van een executoriale verkoop door een *schuldeiser* van de verhuurder en aangenomen moet worden dat hetzelfde geldt indien de curator ten behoeve van de *gezamenlijke schuldeisers* tot verkoop overgaat.[107] Nu de Faillissementswet niet voorziet in een nadere regeling voor het geval dat de *verhuurder* in staat van faillissement geraakt, moet ervan worden uitgegaan dat ook de overige regels van huur- en ontruimingsbescherming in dat geval onverkort van toepassing zijn.[108]

De vraag is nu of een recht van de curator van de verhuurder om te wanpresteren onder de huurovereenkomst zich zou verdragen met de hiervoor aangestipte regels, die er alle in meer of mindere mate op zijn gericht om te waarborgen dat een eenmaal verkregen huurrecht kan worden gehandhaafd. In situaties waarin de regel 'koop breekt geen huur' van toepassing is, zullen ook de regels die de huurder bescherming beogen te bieden tegen beëindiging of ontruiming steeds van toepassing zijn. Omgekeerd is dat echter níet het geval.[109] Om deze reden worden de bescherming van de huurder tegen beëindiging of ontruiming en de bescherming die besloten ligt in de regel 'koop breekt geen huur' hierna separaat geanalyseerd.

De bescherming van de huurder tegen *beëindiging* door de verhuurder legt in dit verband naar mijn mening betrekkelijk weinig gewicht in de schaal.[110] Ook andere duurovereenkomsten kunnen door de curator vaak niet worden beëindigd. Zo geldt als regel dat een overeenkomst die is aangegaan voor bepaalde tijd – behoudens andersluidende contractuele of wettelijke regeling – níet kan worden opgezegd, terwijl ook overeenkomsten voor onbepaalde tijd in beginsel niet vatbaar zijn voor opzegging indien de mogelijkheid daartoe door de partijen is uitgesloten.[111] Dat de curator in een dergelijk geval zijn *recht op wanprestatie* kan uitoefenen, staat evenwel buiten kijf; dat recht lijkt de Hoge Raad nu juist primair voor die gevallen in het leven te hebben geroepen.[112] Indien de curator wél de bevoegdheid toekomt het contract te beëindigen, heeft hij aan de mogelijkheid om te wanpresteren ook beduidend minder behoefte. Waar de bescherming van de huurder tegen beëindiging van de huur onvoldoende grond oplevert om de curator

106 Deze bepaling geldt níet indien de (onder)huur niet door de eigenaar is aangegaan, maar bijvoorbeeld door een *economisch* eigenaar of een huurder; zie HR 5 maart 2004, *NJ* 2004, 316, m.nt. PAS (*Vagobel/Geldnet*).

107 In deze zin o.a. Van Hees 1997, p. 175; Smelt 2006, p. 116; Verstijlen 2006a, p. 119; Slaski 2009, p. 122; Wessels Insolventierecht VII 2010, par. 7061. Zie ook de Toelichting bij het voorontwerp Insolventiewet, Kortmann & Faber 2007, p. 247. Vgl. HR 21 januari 2000, *NJ* 2000, 237 (*Stet/Braaksma*); HR 26 oktober 2007, *NJ* 2008, 282 (*Bloch/Kura Hulanda*), in het bijzonder de noot van P.A. Stein, onder 3. De toepasselijkheid van de regel 'koop breekt geen huur' in faillissement kan ook worden afgeleid uit de regeling van art. 35a Fw, op grond waarvan een tijdig kwalitatief gemaakte verplichting in de zin van art. 6:252 BW bij overdracht door de curator in stand blijft. Huur is – zo kan men zeggen – per definitie 'tijdig' kwalitatief.

108 Hetzelfde lijkt overigens in zekere mate te gelden voor het geval dat de *huurder* failleert; zie HR 22 juli 1991, *NJ* 1991, 748 (*ADB/Planex*). Zie ook Van Emden 2010, p. 98-100. Vgl. ten aanzien van pacht: Pres. Rb. Leeuwarden 19 augustus 1992, *KG* 1992, 366.

109 Zie nader § 5.3.1.2.4.

110 Anders: Slaski 2009, p. 123, die meent dat de limitatieve beëindigingsgronden van art. 7:274 BW niet door de curator met een beroep op het Nebula-arrest kunnen worden omzeild.

111 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 408.

112 De Hoge Raad rechtvaardigt zijn beslissing immers mede door te overwegen dat een goed beheer van tot de boedel behorende zaken ten aanzien waarvan *langlopende* overeenkomsten bestaan, anders in gevaar zou komen; zie r.o. 3.5, geciteerd in § 5.2.1.

een *recht op wanprestatie* te onthouden, geldt dit *a fortiori* voor de ná het eindigen van de huur door art. 7:230a BW geboden ontruimingsbescherming.[113]

Blijft over de regel 'koop breekt geen huur'. Door sommige schrijvers is verdedigd dat de huurder die zijn rechten bij overdracht aan de verkrijger kan tegenwerpen, in het faillissement van de verhuurder als *separatist* dient te worden beschouwd. Zo schrijft Van Galen dat het hier weliswaar gaat om twee te onderscheiden kenmerken van goederenrechtelijke rechten, maar dat zij 'zo onverbrekelijk verbonden [zijn], dat waar een persoonlijk schuldeiser over het eerste kan beschikken hem ook het tweede dient toe te komen'.[114] Ik meen dat in deze opvatting onvoldoende recht wordt gedaan aan de door de wetgever gekozen hybride benadering van het huurrecht. Die benadering suggereert veeleer dat het goederenrechtelijke aspect daarvan – het *droit de suite* – niet door het faillissement wordt geraakt, maar dat zolang geen sprake is van een overdracht, de huurder aan het contract louter obligatoire aanspraken ontleent, waaraan in faillissement nu eenmaal – behoudens gestanddoening door de curator – slechts tegemoet wordt gekomen voor zover dat strookt met de aanspraken van alle schuldeisers.[115] Een naar mijn mening ongewenste consequentie van een op het goederenrecht gestoelde opvatting is bovendien dat de curator dan niet alleen gehouden zou zijn het gebruik door de wederpartij te dulden, maar dat hij zou zijn gebonden aan al die bedingen die op grond van art. 7:226 lid 3 BW bij overdracht overgaan op de verkrijger.[116] Een voordeel van de bejegening van de huurder als separatist zou kunnen zijn dat daarmee buiten twijfel staat dat hij zijn recht op huurgenot ook in geval van een boedelfaillissement aan de curator kan tegenwerpen.[117]

Ik voel meer voor een benadering die uitgaat van de ratio van de in art. 7:226 BW neergelegde regels. Zowel uit art. 7:226 BW als uit de parlementaire geschiedenis bij die bepaling kan worden afgeleid dat door de wetgever is beoogd een regeling te geven op grond waarvan de huurder vóór het einde van de looptijd niet op andere wijze dan door ontbinding of opzegging van diens huurrecht kan worden beroofd en dit dus in beginsel in ieder verkoop- of executiescenario kan worden gehandhaafd.[118] Aan de mogelijkheid dat een curator het recht van de huurder in het kader van een algehele executie van het vermogen van de verhuurder tijdelijk zou kunnen doorkruisen, lijkt eenvoudigweg niet te zijn gedacht. In gevallen waarin de regels van art. 7:226 BW *dwingendrechtelijk* zijn

113 Vgl. Verstijlen 2007, p. 829, noot 28. Anders: Vzr. Rb. Dordrecht 14 juni 2007, *JOR* 2008, 133, m.nt. W.J.M. van Andel, die art. 7:230a BW als een uitdrukkelijk geregelde uitzondering op het Nebula-arrest lijkt te beschouwen. Ik kom op deze uitspraak terug in § 5.3.1.2.4.

114 Zie Van Galen 2007, p. 293. In vergelijkbare zin: Schoordijk 1992, p. 1204; Borst 2009, p. 189-191; Loesberg 2012, p. 116-117. Ook Van Hees 1997, p. 175 en Verstijlen 2006a, p. 118-119 stellen dat uit de toepasselijkheid van de regel 'koop breekt geen huur' volgt dat de curator gehouden is het gebruiksrecht van de huurder te respecteren, echter zonder die gehoudenheid (uitdrukkelijk) in een goederenrechtelijke context te plaatsen.

115 Vgl. A-G Huydecoper, conclusie voor HR 26 oktober 2007, *NJ* 2008, 282, m.nt. PAS (*Bloch/Kura Hulanda*), nr. 28. Vgl. tevens Parl. Gesch. Huurrecht, p. 376.

116 In deze zin uitdrukkelijk: Borst 2009, p. 190. Ik neem hiermee afstand van mijn eerder geuite bedenkingen bij de regeling van het voorontwerp Insolventiewet op dit punt; zie Van Zanten 2008a, p. 67 en p. 71.

117 Zie Van Zanten 2008a, p. 67.

118 Zie Parl. Gesch. Huurrecht, p. 375-376. Een uitzondering geldt in geval van een executoriale verkoop door een *anterieure* hypotheekhouder die zich ten opzichte van de huurder kan beroepen op een huurbeding in de zin van art. 3:264 BW en ook – binnen de grenzen van art. 505 lid 2 Rv – bij executie door een *anterieure* beslaglegger.

voorgeschreven,[119] zou ik dan op grond van de ratio van die bepaling willen aannemen dat de huurder het gebruik van het gehuurde níet door de curator kan worden ontzegd.

De toepasselijkheid van art. 7:226 BW impliceert dat indien de curator de huurder diens huurrechten zou ontnemen, dit in theorie slechts van tijdelijke aard is, namelijk totdat een overdracht van het huurobject is gerealiseerd. In de tussentijd komt het huurrecht dan in een soort sluimertoestand te verkeren.[120] In de praktijk zal de opvordering door de curator echter in de regel tot gevolg hebben dat de huurder noodgedwongen vervangende maatregelen treft en bij een toekomstige overdracht niet langer diens aanspraken jegens de verkrijger zal doen gelden.[121] De door de wetgever in de regel 'koop breekt geen huur' neergelegde bescherming wordt daarmee *de facto* ondergraven.[122] In gevallen waarin die regel dwingendrechtelijk is voorgeschreven, is dat naar mijn mening onaanvaardbaar. Ook om die reden dient de curator in dergelijke gevallen géén *recht op wanprestatie* toe te komen.

Pacht

Art. 7:361 BW bevat voor de overeenkomst van pacht[123] een regeling die inhoudelijk geheel overeenstemt met de regeling van art. 7:226 lid 1 t/m 3 BW. Op grond van art. 7:399 BW is art. 7:361 BW van dwingend recht, in die zin dat daarvan niet ten nadele van de pachter kan worden afgeweken.[124] Hieruit volgt mijns inziens dat de curator van de verpachter géén *recht op wanprestatie* toekomt.[125]

5.3.1.2.2 Woon- en bedrijfsruimte

Op grond van art. 7:226 lid 4 BW kan niet van de daaraan voorafgaande regels van art. 7:226 BW worden afgeweken indien sprake is van de huur van een gebouwde onroerende zaak of een gedeelte daarvan, van een woonwagen in de zin van art. 7:235 BW of van een standplaats in de zin van art. 7:236 BW. Dit betreft in beginsel alle huur die betrekking heeft op woon- en bedrijfsruimte. Geraakt de verhuurder van woon- of bedrijfsruimte in staat van faillissement, dan kan de

119 Zie art. 7:226 lid 4 BW.

120 Zie de noot van P. van Schilfgaarde onder HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155 (*Nebula*). Vgl. de noot van W.J. M. van Andel onder Rb. Amsterdam 16 augustus 2007, *JOR* 2007, 258.

121 De huurder zal de overeenkomst dan wel moeten *beëindigen*, omdat hij anders door de verkrijger tot nakoming zal kunnen worden aangesproken. Een huurder die de huur voor langere tijd vooruit heeft betaald of juist heeft bedongen dat hij enige tijd geen huur behoeft te betalen, zal zijn aanspraken echter mogelijk *coûte que coûte* aan de latere verkrijger willen tegenwerpen.

122 Vgl. de Toelichting bij art. 3.4.6 lid 4 van het voorontwerp Insolventiewet, Kortmann & Faber 2007, p. 248; Slaski 2009, p. 122.

123 Ingevolge art. 7:311 BW is pacht de overeenkomst waarbij de ene partij, de verpachter, zich verbindt aan de andere partij, de pachter, een onroerende zaak of een gedeelte daarvan in gebruik te verstrekken ter uitoefening van de landbouw en de pachter zich verbindt tot een tegenprestatie.

124 Vgl. art. 7:226 lid 4 BW.

125 Vgl. ten aanzien van het oude pachtrecht Polak 1964, p. 2.

huurder mijns inziens níet door de curator van diens huurrecht worden beroofd,[126] op de gronden vermeld in § 5.3.1.2.1. Het belang van de gezamenlijke schuldeisers moet hier wijken voor het belang van de huurder bij continuïteit van de huurrelatie.[127] Teneinde die continuïteit te waarborgen is naar mijn mening niet nodig dat *alle* verbintenissen door de boedel worden nagekomen. In de regel is afdoende dat tijdelijk louter het 'kale' huurgenot wordt verschaft (anders gezegd: dat door de curator geen ontruiming kan worden verkregen). Onderhouds- en herstelwerkzaamheden behoeven mijns inziens niet te worden verricht; in zoverre prevaleert het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Niet ondenkbaar is dat een goed boedelbeheer de curator onder omstandigheden tot de uitvoering van een noodreparatie noopt, maar dat staat los van zijn verplichtingen onder de huurovereenkomst.[128]

Ook naar Amerikaans recht geldt dat de huurder van onroerend goed (*real property*) de bevoegdheid heeft zijn gebruiksrechten ondanks een *rejection* door de *trustee* te handhaven en is de *trustee* in dat geval tot niet meer gehouden dan het dulden van het voortgezette gebruik door de huurder.[129] Lijdt de huurder evenwel schade doordat de *trustee* de overige op de verhuurder rustende verplichtingen niet nakomt, dan mag die schade met de verschuldigde huurpenningen worden verrekend.[130] Hoe zit naar Nederlands recht? Principiële bezwaren tegen de hier bedoelde verrekening die verband houden met het aan de curator toekomende *recht op wanprestatie* zie ik niet. Mijns inziens zal per geval moeten worden beoordeeld of verrekening in overeenstemming is met de daarvoor geldende regels, in het bijzonder art. 53 Fw. Een belangrijke verplichting die van rechtswege op de verhuurder rust, is de uit art. 7:206 lid 1 BW voortvloeiende gehoudenheid tot het verhelpen van gebreken. Mag de huurder zelf eventuele gebreken laten herstellen indien de curator daartoe niet bereid is, om vervolgens de daarmee gepaard gaande kosten op de voet van art. 7:206 lid 3

126 Zie ook Verstijlen 2006a, p. 118-119; Boekraad 2007, p. 50; Slaski 2009, p. 122-123; Loesberg 2012, p. 116. In deze zin kennelijk ook Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2511a, die evenwel het Nebula-arrest niet in zijn beschouwingen betrekt. Anders: Wibier 2008, p. 448.

127 Bij woonruimte is het overigens ook nog maar de vraag of het realistisch is te veronderstellen dat de curator er in een voorkomend geval in zou slagen het betreffende object in de periode tot aan een eventuele overdracht tijdelijk aan een derde te verhuren. Als hij al een huurder zou vinden, zou hij bovendien rekening hebben te houden met het feit dat ook voor de nieuwe huur in beginsel de dwingendrechtelijke beschermingsregimes gelden (zie echter art. 7:232 lid 2 BW). Zou de curator daardoor niet de mogelijkheid hebben de huur te beëindigen, dan zou dat betekenen dat ook de nieuwe huurder diens huurrecht aan de verkrijger zou kunnen tegenwerpen, met alle potentiële complicaties van dien. Bij middenstandsbedrijfsruimte spelen deze problemen minder, onder meer vanwege de door art. 7:301 lid 1 BW geboden mogelijkheid om een huurcontract voor een periode van maximaal twee jaar te sluiten waarop de wettelijke regelingen inzake beëindiging niet van toepassing zijn. Bij huur van bedrijfsruimte in de zin van art. 7:230a BW bestaan helemaal geen wettelijke beëindigingsbeperkingen, maar daar zou de curator in een voorkomend geval weer tegen de in die bepaling neergelegde ontruimingsbescherming kunnen aanlopen.

128 Loesberg 2012, p. 117, stelt dat het feit dat de curator bij de huur van woon- of bedrijfsruimte gehouden is de huurder in het gebruik van het gehuurde te laten, maakt dat de huurder in een voorkomend geval géén beroep op art. 37 Fw toekomt, omdat voor hem geen onzekerheid zou bestaan. Mijns inziens is dit niet juist. Die onzekerheid zou er alleen dan niet zijn indien de curator gehouden zou zijn *alle* voor de schuldenaar uit de huurovereenkomst voortvloeiende verplichtingen na te komen, waaronder de verplichting eventuele gebreken te herstellen. Dat is echter – ook naar de mening van Loesberg (p. 114) – niet het geval, zodat onzekerheid blijft bestaan over de vraag of de curator bereid is ook de resterende verplichtingen na te komen. Ter beëindiging van die onzekerheid kan art. 37 Fw door de huurder worden ingezet.

129 Zie § 365(h)(1)(A)(ii) BC.

130 Zie § 365(h)(1)(B) BC.

BW in mindering te brengen op de huurprijs? Ik meen van wel.[131] De uit art. 7:206 BW voortvloeiende vordering op de verhuurder ontstaat in een voorkomend geval weliswaar ná datum faillissement, maar vloeit mijns inziens voldoende rechtstreeks voort uit de vóór die datum aangegane huurovereenkomst om een beroep op verrekening ex art. 53 lid 1 Fw te rechtvaardigen.[132] Via deze 'sluiproute' worden de hier bedoelde kosten dan uiteindelijk toch ten laste van de boedel gebracht. Het spreekt voor zich dat een beroep op verrekening alleen effect sorteert indien daadwerkelijk huurpenningen verschuldigd zijn.

Indien sprake is van de huur van *woonruimte* is mijns inziens vanuit maatschappelijk oogpunt eigenlijk min of meer vanzelfsprekend dat de curator niet gerechtigd behoort te zijn de huurder het gebruik van het gehuurde te ontzeggen, althans daarvoor een substantieel hogere vergoeding te verlangen. Zou dat anders zijn, dan zouden de eerste levensbehoeften van de particuliere huurder ernstig in het gedrang kunnen komen.[133] Met Verstijlen kan ik mij echter voorstellen dat bij *bedrijfsmatige* huur een nadere regeling wordt getroffen waarbij meer recht wordt gedaan aan het belang van de gezamenlijke schuldeisers, doordat aan de huurder het recht wordt toegekend diens huurrecht ook ten opzichte van de curator te handhaven, maar onder de voorwaarde dat aan de boedel een marktconforme huur wordt betaald.[134]

Een dergelijke regeling bevat het recentelijk in Duitsland voorgestelde § 108a InsO voor licentiecontracten. Zij komt er in de kern op neer dat de licentiehouder zijn recht gedurende het faillissement van de licentiegever kan handhaven, waartegenover de *Insolvenzverwalter* aanspraak heeft op bijstelling van de gebruiksvergoeding indien deze kennelijk afwijkt van de marktprijs. De licentiehouder heeft in dat geval het recht de overeenkomst kostenloos te beëindigen.[135] Ik sluit overigens niet uit dat een bijstelling van de huurprijs ook zonder een zodanige regeling veelal de uitkomst zal zijn indien de curator wél de bevoegdheid zou toekomen de positie van de huurder te doorkruisen. Die laatste zal dan in

131 Vgl. Borst 2009, p. 190. Anders: Loesberg 2012, p. 113-114, die meent dat verrekening van de uit art. 7:206 BW voortvloeiende vordering op de verhuurder met de aan de curator verschuldigde huurpenningen in een voorkomend geval zal stranden op het bepaalde in art. 6:127 lid 3 BW en daarbij verwijst naar HR 9 oktober 2009, *NJ* 2009, 596, m.nt. PvS (*Bovast/Rosenberg Polak q.q.*). Loesberg miskent hier naar mijn mening dat art. 53 Fw nu juist in afwijking van art. 6:127 lid 3 BW mogelijk maakt dat vorderingen en schulden worden verrekend die zich in van elkaar gescheiden vermogens bevinden. De verwijzing naar het arrest Bovast/Rosenberg Polak q.q. maakt de analyse niet anders, omdat daarin de verrekening van een *boedelschuld* aan de orde was. De Hoge Raad oordeelde terecht dat dáárvoor moet worden teruggevallen op de regels van art. 6:127 e.v. BW, waarbij overigens eveneens geen probleem met art. 6:127 lid 3 BW zou ontstaan, omdat vordering en schuld dan níet in van elkaar gescheiden vermogens vallen. Zie ook Faber 2005, p. 466-467.

132 In dezelfde zin: Rb. Maastricht, sector Kanton, 23 juli 2009, *JOR* 2010, 77. Bovendien is van belang dat vordering en schuld hier uit *dezelfde* rechtsverhouding voortvloeien, zodat ook de *connexiteit* met de vordering tot betaling van de huurpenningen aan de vordering ex art. 7:206 BW een verrekenbare status verschaft. Zie nader Faber 2005, p. 540.

133 In een geval waarin de eerste levensbehoeften van de *schuldenaar* en zijn gezin in het gedrang dreigden te raken, achtte de Hoge Raad de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daaraan ondergeschikt; zie HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 640, m.nt. CJHB (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*), waarover § 7.3.2.

134 Zie Verstijlen 2006a, p. 119.

135 Zie uitvoeriger over deze regeling § 5.3.2.4. Huurovereenkomsten met betrekking tot onroerend goed zijn op grond van § 108 InsO eveneens aan het in § 103 InsO neergelegde *Wahlrecht* van de *Insolvenzverwalter* onttrokken, maar die bepaling voorziet niet in de mogelijkheid tot bijstelling van de huurprijs.

de regel toch eieren voor zijn geld kiezen en met de curator tot overeenstemming komen over de voorwaarden waaronder de huur wordt gecontinueerd.[136]

5.3.1.2.3 Roerende zaken, ongebouwd onroerend goed en vermogensrechten

In gevallen waarin de regel 'koop breekt geen huur' níet dwingendrechtelijk geldt, namelijk bij de huur van roerende zaken, ongebouwd onroerend goed en vermogensrechten, zijn de belangen van de huurder minder beschermenswaardig en bestaat mijns inziens onvoldoende grond de curator een *recht op wanprestatie* te onthouden.[137] Het belang van de gezamenlijke schuldeisers dient hier te prevaleren. Verhuurde gereedschappen of machines kunnen naar mijn mening dus in beginsel door de curator worden teruggehaald en een verhuurd parkeer- of opslagterrein kan tijdelijk aan een derde worden verhuurd. Is bijvoorbeeld sprake van een als huur te kwalificeren licentieovereenkomst, dan is de curator gerechtigd de wederpartij haar hieraan te ontlenen gebruiks- c.q. exploitatiebevoegdheden te ontzeggen.[138] Naar mag worden verwacht, zal het echter ook hier in veel gevallen zover niet komen, maar zullen de curator en de huurder – na onderhandeling – tijdelijk onder gewijzigde condities met elkaar verder gaan.

5.3.1.2.4 Enige bijzondere gevallen

Uit het voorgaande volgt dat ook bij huurovereenkomsten waarvoor géén *droit de suite* geldt, de curator de bevoegdheid heeft de huurder het gebruik van het gehuurde te ontzeggen. Men denke bijvoorbeeld aan overeenkomsten waarbij art. 7:226 BW contractueel is uitgesloten,[139] aan onderhuur[140] of aan huur die – zoals in het Nebula-arrest – door een economisch eigenaar is aangegaan.[141] Ook kan worden gedacht aan de situatie dat weliswaar sprake is van een door de eigenaar aangegaan (hoofd)huurcontract met betrekking tot woon- of bedrijfsruimte, maar de curator bij verkoop niettemin níet aan de regel 'koop breekt geen huur' is gebonden. Dit doet zich voor indien op het gehuurde een beslag rustte dat 'ouder' was dan de huur en als gevolg van de werking van art. 33 lid 2 Fw is 'opgelost' in het algemene faillissementsbeslag. Op grond van art. 505 lid 2 Rv kan de latere verhuring niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen – bij huur van woonruimte binnen de in dat artikel aangegeven strikte grenzen – en ten

136 Dat de huurder van *bedrijfsruimte* ook in de visie van de wetgever minder beschermenswaardig is dan de huurder van *woonruimte*, blijkt niet alleen uit het feit dat bij huur van bedrijfsruimte minder strikte respectievelijk geen beëindigingsbeperkingen gelden (zie respectievelijk de artikelen 7:296 en 7:230a BW), maar ook uit art. 505 lid 2 Rv. Op grond van deze bepaling wordt de huurder van bedrijfsruimte niet, maar die van woonruimte in beginsel wél tegen executie door een 'oudere' beslaglegger beschermd.

137 Anders: Verstijlen 2006a, p. 119, die de hier verdedigde opvatting weliswaar wenselijk acht, maar meent dat naar geldend recht moet worden aangenomen dat steeds indien op de huurovereenkomst de regel 'koop breekt geen huur' van toepassing is, de curator hieraan gebonden is, ongeacht of de regel dwingendrechtelijk is voorgeschreven. Tevens anders: Boekraad 2007, p. 50. Men bedenke zich dat een recht op wanprestatie ten aanzien van de hier bedoelde overeenkomsten niet steeds nodig zal zijn om de huurder diens positie te ontnemen, nu dergelijke overeenkomsten niet zelden gewoon kunnen worden *beëindigd* door opzegging op de voet van art. 7:228 BW.

138 In dezelfde zin ten aanzien van 'huursoftware': Neppelenbroek 2011, p. 160.

139 In de praktijk lijkt contractuele afwijking van art. 7:226 BW overigens (vrijwel) nooit voor te komen.

140 Zie Rb. Haarlem, sector Kanton, 9 april 2009, *LJN*: BC9832, waarover § 5.2.1.

141 Zie HR 5 maart 2004, *NJ* 2004, 316, m.nt. PAS (*Vagobel/Geldnet*). In dezelfde zin: Borst 2009, p. 191.

opzichte van de curator die bij verkoop de rechten van de beslaglegger op de voet van art. 57 lid 3 Fw uitoefent ten behoeve van de boedel, geldt dan hetzelfde.[142] In al deze situaties zijn in relatie tot de huurder de overige regels van (onder)huur- en ontruimingsbescherming onverkort van toepassing, maar heeft de curator desondanks *recht op wanprestatie*, omdat de in art. 7:226 BW besloten liggende bescherming ontbreekt.[143]

De vraag naar de toepasselijkheid van het Nebula-arrest in één van de hiervoor bedoelde situaties kwam aan de orde in de zaak Gilhuis q.q./Knape.[144] In het berechte geval had Alberg Geveltechniek bedrijfsruimte in de zin van art. 7:230a BW onderverhuurd aan Knape. Nadat de curator van Alberg Geveltechniek de hoofdhuur op de voet van art. 39 Fw had opgezegd, wilde hij eveneens van de onderhuur af en hij beriep zich daarbij onder meer op het Nebula-arrest. De voorzieningenrechter oordeelde dat van een situatie zoals beoordeeld in dat arrest géén sprake was, omdat art. 7:230a BW in zijn optiek moest worden beschouwd als een uitdrukkelijke wettelijke regeling die meebracht dat de curator het gebruik door Knape moest dulden. Naar ik meen, is dit dus onjuist. Nu de regel 'koop breekt geen huur' in de verhouding van de curator tot Knape geen rol speelde, had de curator conform de hoofdregel *recht op wanprestatie.*[145] Dit impliceert dat de curator *ontruiming* had behoren te verkrijgen en zonder dat Knape de in art. 7:230a BW vervatte ontruimingsbescherming aan hem kon tegenwerpen, nu die bescherming eerst na het *eindigen* van de huur wordt verleend.

Een twijfelgeval is de situatie dat sprake is van huur van woon- of bedrijfsruimte, op de verhuurde zaak een anterieur hypotheekrecht rust en de hypotheekhouder zich kan beroepen op een huurbeding. De hypotheekhouder heeft dan ingevolge art. 3:264 BW de mogelijkheid de betreffende zaak vrij van huur te verkopen, althans indien hem dat meer oplevert dan verkoop in verhuurde staat.[146] Dient de curator hier nu een *recht op wanprestatie* toe te komen omdat het belang van de huurder bij continuïteit van de huurrelatie geen rol speelt? Ik meen van niet. Bedacht moet worden dat de huur in een voorkomend geval wél standhoudt indien de zaak niet door de hypotheekhouder, maar door de curator wordt verkocht. Die situatie zal zich in de gegeven omstandigheden wellicht niet snel voordoen, maar uitgesloten is het niet. Men denke hier bijvoorbeeld aan het geval dat de hypotheekhouder niet tijdig tot executie overgaat nadat hem een termijn in de zin van art. 58 Fw is gesteld. Naar mijn mening geldt dat steeds indien de curator bij verkoop van woon- of bedrijfsruimte aan de regel 'koop

142 Vgl. HR 22 april 2005, *NJ* 2006, 56, m.nt. SCJJK (*Reuser q.q./Postbank*). Dit lijdt mogelijk uitzondering indien de verwachte opbrengst in verhuurde staat hoger is dan de vordering van de (voormalig) beslaglegger beloopt.

143 Anders ten aanzien van de huur van woonruimte: Slaski 2009, p. 123.

144 Zie Vzr. Rb. Dordrecht 14 juni 2007, *JOR* 2008, 133, m.nt. W.J.M. van Andel.

145 Zie voor een andere onregelmatigheid in het vonnis de noot van W.J.M. van Andel.

146 Brengt de zaak juist meer op in verhuurde staat – zoals bij commercieel vastgoed veelal het geval is – of in ieder geval voldoende om de vordering van de hypotheekhouder integraal te voldoen, dan is een beroep op het huurbeding in de regel ongeoorloofd. Met betrekking tot woonruimte is dit uitdrukkelijk vastgelegd in art. 3:264 lid 6 BW, maar voor bedrijfsruimte geldt mijns inziens in beginsel niets anders.

breekt geen huur' gebonden is, hem níet de bevoegdheid toekomt de huurder diens gebruiksrecht te ontzeggen, ongeacht de mogelijkheden van de hypotheekhouder om een verkoop vrij van huur te realiseren.

5.3.1.2.5 Retentierecht

In gevallen waarin de curator van de verhuurder *recht op wanprestatie* toekomt, rijst de vraag of de huurder zijn positie ten opzichte van de curator met een beroep op een *retentierecht* kan verbeteren of zelfs veiligstellen. In § 5.2.1 heb ik reeds in zijn algemeenheid mijn bedenkingen geuit tegen de toepassing van het retentierecht om aan de consequenties van het Nebula-arrest te ontsnappen. Zou een beroep op een retentierecht echter desondanks worden gehonoreerd, dan lijkt de huurder inderdaad weinig van het Nebula-arrest te vrezen te hebben, omdat hij dan het gebruik van het gehuurde kan continueren.[147]

In zijn bespreking van het Nebula-arrest stelt Van Galen dat indien hieruit zou volgen dat de huurder door de curator van zijn huurrecht kan worden beroofd en de huurder zich om die reden zou beroepen op een retentierecht, de curator het goed op grond van art. 60 lid 2 Fw kan opeisen en de huurder zijn voorrang op de opbrengst kan doen gelden, althans voor zover de redelijkheid en billijkheid zich niet tegen opeising door de curator zouden verzetten.[148] Ook Van Andel heeft in dit verband op de regeling van art. 60 lid 2 Fw gewezen.[149] Dat de curator een retentierecht op de voet van art. 60 lid 2 Fw kan doorbreken, lijkt mij op zichzelf voor weinig twijfel vatbaar. In het kader van de onderhavige problematiek speelt die bepaling naar mijn mening echter geen rol van betekenis. Art. 60 lid 2 Fw kan alleen worden toegepast als inleiding op de *verkoop* van het goed ten aanzien waarvan een retentierecht wordt uitgeoefend.[150] De regels uit het Nebula-arrest hebben daarentegen juist betrekking op de periode voorafgaand aan een eventuele verkoop. Het recht van de curator om de wederpartij haar gebruiksrecht te ontzeggen, dient slechts om het desbetreffende goed tijdelijk – in de regel totdat een overdracht is gerealiseerd – winstgevend(er) te exploiteren. Bij gelegenheid van een latere verkoop gelden de normale regels, dat wil zeggen dat de overeenkomst alleen dan aan de verkrijger kan worden tegengeworpen indien de wet daarin – zoals bij huur – voorziet.

De curator die de huurder met een beroep op het Nebula-arrest om afgifte verzoekt, in reactie daarop een retentierecht krijgt tegengeworpen en dat recht vervolgens op de voet van art. 60 lid 2 Fw doorbreekt, bevindt zich dus in exact dezelfde positie als vóórdat hij deze weg insloeg, met dien verstande dat hij zal moeten overgaan tot verkoop. Is op de huurovereenkomst de regel 'koop breekt geen huur' van toepassing, dan gelden de daaruit voortvloeiende beperkingen bij gelegenheid van die verkoop onverkort. Voor de huurder bestaat in dat geval

147 Vgl. Aarts 1990, p. 251-251, die schrijft dat de retentor bevoegd moet worden geacht de teruggehouden zaak te *gebruiken*, indien en voor zover de zaak daardoor niet wordt beschadigd of in waarde vermindert.
148 Zie Van Galen 2007, p. 293-294.
149 Zie W.J.M. van Andel, noot onder Vzr. Rb. Dordrecht 14 juni 2007, *JOR* 2008, 133.
150 Hiernaast kan de curator op grond van art. 60 lid 2 Fw de teruggehouden zaak terug in de boedel brengen door de vordering van de retentor te voldoen.

bovendien veelal geen aanleiding zich op de opbrengst te verhalen, nu hij zijn huurrecht ook jegens de verkrijger kan handhaven. Uit dit laatste volgt dat art. 60 lid 2 Fw in ieder geval niet is toegesneden op de situatie dat een retentierecht feitelijk wordt ingeroepen om een door de schuldenaar verschaft huurrecht te continueren. Datzelfde geldt voor de regeling van art. 60 lid 3 Fw.[151] In het arrest Middendorf/Kouwenberg q.q. vormde het feit dat een situatie aan de orde was waarop de regeling van art. 60 Fw niet was toegesneden voor de Hoge Raad aanleiding om een schuldeiser die naar de letter van de wet kon bogen op een retentierecht, een beroep op dit recht in faillissement te onthouden.[152]

De inroeping door de curator van zijn *recht op wanprestatie* kan overigens wel *indirect* van invloed zijn op zijn mogelijkheden tot verkoop. Niet uitgesloten is dat de huurder die wordt geconfronteerd met een vordering van de curator tot afgifte, in reactie daarop het huurcontract ontbindt en schadevergoeding vordert. In dat geval is de huurovereenkomst geëindigd en kan de curator het object vanzelfsprekend vrij van huur overdragen. Beroept de voormalige huurder zich op een retentierecht, dan kan dat door de curator op de voet van art. 60 lid 2 Fw worden doorbroken. Na een omslag van de algemene faillissementskosten wordt hij dan bij voorrang uit de opbrengst betaald.

5.3.1.2.6 Het voorontwerp Insolventiewet

In het voorontwerp Insolventiewet is – in afwijking van het huidige recht – een bijzondere regeling getroffen voor de situatie dat de *verhuurder* insolvent raakt. Art. 3.4.6 lid 3 bepaalt dat in het kader van een overdracht van het gehuurde door de bewindvoerder de regel 'koop breekt geen huur' alleen geldt indien zij op grond van art. 7:226 lid 4 BW dwingendrechtelijk is voorgeschreven. Doet de bewindvoerder een dergelijke overeenkomst níet gestand, dan is hij op grond van art. 3.4.6 lid 4 niettemin gehouden de huurder tegen een redelijke vergoeding in het genot van het gehuurde te laten.[153] Die gehoudenheid constitueert blijkens art. 5.1.1 lid 2 sub g een boedelschuld. Tot nakoming van andere verplichtingen uit de huurovereenkomst dan het dulden van het gebruik van het gehuurde is de bewindvoerder in beginsel niet verplicht. Daartegenover bestaat dan voor de huurder de mogelijkheid de rechter-commissaris te verzoeken de huurprijs naar beneden bij te stellen.

De huidige regeling van het retentierecht in faillissement is nagenoeg ongewijzigd overgenomen in art. 3.6.13, zij het dat de bescherming van de retentor

151 Art. 60 lid 3 Fw biedt de retentor de mogelijkheid de curator een redelijke termijn stellen om over te gaan tot toepassing van art. 60 lid 2 Fw. Maakt de curator niet binnen de gestelde termijn van zijn bevoegdheden op grond van die bepaling gebruik, dan verkrijgt de retentor het recht van parate executie. Zou de retentor-huurder op deze grond tot executoriale verkoop overgaan, dan houdt de huur stand, althans indien daarop de regel 'koop breekt geen huur' van toepassing is. De huurder die zijn huurrecht wenst te handhaven zal zich ook in dat geval niet op de opbrengst willen verhalen, omdat hij dan bij de nieuwe eigenaar geen huurgenot meer kan claimen. Het niet verhalen op de opbrengst maakt dan waarschijnlijk weer dat de uitoefening van het recht van parate executie in de gegeven omstandigheden ongeoorloofd was.

152 Zie HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 640, m.nt. WMK (*Middendorf/Kouwenberg q.q.*), waarover nader § 7.3.3.

153 Uit de Toelichting kan worden opgemaakt dat deze bepaling is voorgesteld om zeker te stellen dat het Nebula-arrest de in art. 7:226 lid 4 BW besloten liggende bescherming niet doorkruist; zie Kortmann & Faber 2007, p. 248.

zelfs nog wat is opgeschroefd door hem in geval van opeising door de bewindvoerder een wettelijk pand- of hypotheekrecht op de teruggehouden zaak toe te kennen. Over de mogelijkheid om een retentierecht in te roepen om althans feitelijk het gebruik van een aan de schuldenaar toebehorende zaak te continueren, laat de regeling noch de toelichting daarbij iets los.[154]

Hoe hierover te oordelen? Uit het voorafgaande moge blijken dat de in het voorontwerp Insolventiewet neergelegde bescherming van de huurder in situaties waarin de regel 'koop breekt geen huur' dwingendrechtelijk is voorgeschreven, naar mijn mening terecht is. Het belang van de huurder bij continuïteit van de huurrelatie weegt in een dergelijke situatie zwaarder dan het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Om die continuïteit te waarborgen is dan afdoende dat door de bewindvoerder louter het 'kale' huurgenot wordt verschaft. De mogelijkheid om via de rechter-commissaris huurverlaging af te dwingen biedt een snelle en goedkope rechtsgang die daarmee te verkiezen is boven die van art. 7:207 lid 1 BW, zo die bepaling al steeds van toepassing zou zijn.[155]

Ruimte voor verbetering is er ook. Zo zou de bewindvoerder bij bedrijfsmatige huur de mogelijkheid moeten krijgen om via de rechter-commissaris te bewerkstelligen dat aan de boedel een marktconforme tegenprestatie wordt voldaan. Hiernaast dient uitdrukkelijk te worden bepaald dat de in art. 3.4.6 lid 4 neergelegde verplichting van de bewindvoerder om het gebruik door de huurder te dulden, ook in geval van een negatieve boedel dient te worden nagekomen. Door de vormgeving als boedelschuld zonder voorrang zou de bewindvoerder zich op het standpunt kunnen stellen dat hij die verplichting níet (integraal) behoeft na te komen indien ook de andere concurrente boedelschuldeisers niet volledig kunnen worden betaald.[156] Mijns inziens bestaat echter geen goede reden de huurder wél te laten ontsnappen aan de *concursus* van faillissementsschuldeisers, maar niet aan die van boedelschuldeisers. In beide situaties dient het belang van de huurder bij continuïteit te prevaleren.[157]

Hiernaast zou duidelijkheid moeten worden gecreëerd omtrent de reikwijdte van het retentierecht, waarbij het mijn grote voorkeur zou hebben dat die reikwijdte uitdrukkelijk wordt ingeperkt tot vorderingen die betrekking hebben op prestaties die vóór de insolventverklaring hadden moeten worden verricht.

---

154 Zie de Toelichting, Kortmann & Faber 2007, p. 270.

155 Art. 7:207 lid 1 BW biedt de huurder de mogelijkheid om in geval van een vermindering van het huurgenot ten gevolge van een gebrek, in rechte een daaraan evenredige vermindering van de huurprijs te vorderen.

156 Zie HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196, m.nt. WMK (*ProCall*), waarover Verstijlen 2008b, in het bijzonder p. 562-566.

157 Zie Van Zanten 2008a, p. 67; Verstijlen & Smelt 2008, p. 91-92; Verstijlen 2008b, p. 574. Uit de slotbrief van de voorzitter van de Commissie insolventierecht d.d. 23 juli 2009 (n.g.), p. 12, blijkt dat ook de commissie van oordeel is dat overwogen moet worden de aanspraken van de huurder ook in het kader van de afwikkeling van een negatieve boedel een hoge rang te geven.

5.3.2 De licentieovereenkomst

5.3.2.1 Inleiding

Een overeenkomst die qua importantie weinig onderdoet voor de in § 5.3.1 hiervoor besproken overeenkomsten, is de licentieovereenkomst of kortweg: 'licentie'.[158] De licentie laat zich in zijn algemeenheid typeren als het contract waarbij de houder van een recht van intellectuele eigendom aan een derde toestemming geeft om – veelal tegen betaling van een vergoeding – bepaalde aan het IE-recht verbonden bevoegdheden uit te oefenen.[159] Het kan daarbij gaan om de toekenning van een eenmalig of tijdelijk gebruiksrecht met betrekking tot een object waarin het IE-recht is belichaamd, maar bijvoorbeeld ook om de verlening van de bevoegdheid het IE-recht zélf gedurende een langere periode – al dan niet met uitsluiting van anderen, waaronder de licentiegever – te exploiteren.

Enigszins controversieel is de vraag of licenties, althans bepaalde licenties, als beperkte rechten dienen te worden gekwalificeerd. In het bevestigende geval heeft de licentienemer een ijzersterke positie ingeval de licentiegever failleert. Zijn gebruiks- c.q. exploitatierecht is dan goederenrechtelijk van aard, wat impliceert dat het aan de curator kan worden tegengeworpen en dus ondanks het faillissement kan worden uitgeoefend. De heersende opvatting is evenwel dat licenties níet als beperkte rechten door het leven gaan en in mijn optiek is die opvatting juist.[160] De vraag die dan opkomt, is of de curator het recht van de licentiehouder kan frustreren opdat het desbetreffende IE-recht *tijdelijk* winstgevend(er) kan worden geëxploiteerd, dat wil zeggen zolang dit recht zich in de boedel bevindt.[161] Hierbij kan worden gedacht aan het geval dat een *exclusieve* licentie is verleend en de door de licentiehouder verschuldigde royalty's niet-marktconform zijn, zij in één keer bij wijze van *lump sum* zijn voldaan of de omvang ervan afhankelijk is gesteld van de op basis van de licentie te behalen winst en de licentienemer niet in staat blijkt die winst te genereren.

Men zij erop bedacht dat niet alle aan de schuldenaar toebehorende IE-rechten in de boedel vallen. Auteursrechten die niet vatbaar zijn voor beslag, blijven op grond van art. 21 onder 1º Fw eveneens buiten het algemene faillissementsbeslag.

---

158 Het is wellicht zuiverder om alleen de uit de licentieovereenkomst voortvloeiende bevoegdheid om bepaalde aan het IE-recht verbonden bevoegdheden uit te oefenen en de daarmee corresponderende verplichting van de licentiegever die uitoefening te dulden als 'licentie' aan te duiden, dit ter onderscheiding van het (licentie) contract waaruit die verplichting ontstaat; zie bijvoorbeeld Bodifee 1997, p. 170-171. In overeenstemming met het (juridisch) spraakgebruik wordt het begrip 'licentie' door mij echter tevens gebruikt ter aanduiding van de licentieovereenkomst als geheel.

159 Zie voor een opsomming van de belangrijkste IE-rechten: Huydecoper 2008b, p. 653-654.

160 Zie o.a. Quaedvlieg 1995, p. 227; Bodifee 1997, p. 170-171; Huydecoper 2002, p. 287; Jager & Weening 2007, p. 52-56; Huydecoper 2008b, p. 656, noot 18. Zie ook Hof Arnhem 24 februari 2009, *LJN*: BH7545. Vgl. Folmer e.a. 2008, p. 168-171; Neppelenbroek 2011, p. 152. Anders: Wentink 1995, p. 22-24; Van Engelen 2009, p. 303-304.

161 Indien de licentie in een voorkomend geval zou bepalen dat het de licentiegever niet is toegestaan het desbetreffende IE-recht over te dragen aan een derde, al dan niet vanwege de daaraan mogelijk verbonden consequentie dat de licentiehouder zijn recht verliest, dan biedt het Nebula-arrest de curator van de licentiegever de mogelijkheid het IE-recht in strijd met die contractuele bepaling over te dragen, zónder dat de daaruit voortvloeiende schadevergoedingsaanspraken van de licentiehouder de status van boedelschuld krijgen. Zie nader § 5.4.

Dit geldt ingevolge art. 2 lid 3 Aw voor het auteursrecht dat nog berust bij de 'maker' en het auteursrecht op niet openbaar gemaakte werken dat toekomt aan de erfgenaam of legataris van de maker. De ratio van deze bepaling is dat de auteur niet moet kunnen worden gedwongen tot openbaarmaking van zijn werk door de gedwongen verkoop van zijn auteursrecht.[162] Art. 2 lid 3 Aw heeft een grote reikwijdte, onder meer doordat in de artikelen 7 en 8 Aw ook werkgevers en rechtspersonen als maker worden aangemerkt.[163] Dit leidt tot de merkwaardige en mijns inziens weinig aansprekende consequentie dat het auteursrecht dat voldoet aan de criteria van art. 2 lid 3 Aw in geval van het faillissement van een rechtspersoon buiten de afwikkeling blijft.[164]

Hoe dat ook zij, indien een auteursrecht op de voet van art. 21 onder 1º Fw jo art. 2 lid 3 Aw buiten het faillissementsvermogen blijft, gaan ook de op basis daarvan verstrekte licenties langs de boedel heen,[165] met dien verstande dat eventueel verschuldigde royalty's in beginsel in de boedel vallen.[166] Van een recht op wanprestatie van de curator is dan evenmin sprake. Auteursrechten die níet onder het bereik van art. 2 lid 3 Aw vallen, behoren uiteraard wél tot de boedel, althans voor zover het de daaruit voortvloeiende *exploitatierechten* betreft.[167] De zogenaamde *persoonlijkheidsrechten* zijn niet vatbaar voor verhaal en om die reden níet onder het faillissementsbeslag begrepen.[168]

5.3.2.2 Analyse

Hoewel met het sluiten van een licentieovereenkomst een obligatoire rechtsverhouding in het leven wordt geroepen, kan niet worden ontkend dat licenties soms goederenrechtelijke trekken vertonen. Zo is in verschillende IE-wetten de mogelijkheid geopend de licentie in een daartoe aangewezen register te doen inschrijven, waarmee kan worden bewerkstelligd dat de licentie werking heeft jegens derden.[169] In sommige gevallen is bovendien reeds sprake van derdenwerking indien nog géén inschrijving heeft plaatsgevonden. Zo bepaalt art. 23 GMeV dat licenties ook vóór inschrijving kunnen worden tegengeworpen aan

162 Zie de MvT bij art. 2 lid 3 Aw, *Kamerstukken II*, 1911/12, 227, nr. 3, p. 7. Zie ook: Spoor e.a. 2005, p. 365; Neppelenbroek 2011, p. 157.

163 In de literatuur wordt de regel van art. 2 lid 3 Aw vrij algemeen als te verstrekkend beschouwd. Zo wordt door diverse auteurs bepleit om de 'fictieve' makers van de artikelen 7 en 8 Aw van het toepassingsgebied van art. 2 lid 3 Aw uit te sluiten. In deze zin bijvoorbeeld Maeijer 1990, p. 354-355; De Liagre Böhl 1991, p. 56. Vgl. Kortmann 2011, p. 161-162. Ook wordt wel met een beroep op de ratio van art. 2 lid 3 Aw verdedigd dat het auteursrecht alleen niet vatbaar voor beslag zou moeten zijn zolang de maker nog niet tot *openbaarmaking* is overgegaan. In deze zin: Van Nispen 2002, p. 272. Zie ook de Toelichting bij art. 3.1.1 van het voorontwerp Insolventiewet, Kortmann & Faber 2007, p. 217-218, waaruit kan worden opgemaakt dat de Commissie insolventierecht deze opvatting eveneens voor wenselijk houdt. Binnen de kaders van de huidige wet lijkt voor beide varianten evenwel geen ruimte te bestaan. Vgl. Neppelenbroek 2011, p. 158.

164 Neppelenbroek 2011, p. 159, wijst erop dat in dit geval een vicieuze cirkel ontstaat, doordat de ontbonden rechtspersoon nu er nog vermogen aanwezig is op de voet van art. 2:23 BW zal moeten worden vereffend, waarbij voor de vereffenaar op grond van art. 2:23a lid 4 BW de verplichting zal ontstaan om het faillissement aan te vragen, waarbinnen dan wederom geen mogelijkheid bestaat het auteursrecht af te wikkelen etc.

165 Vgl. Neppelenbroek 2011, p. 159.

166 Zie echter art. 21 onder 2º Fw.

167 Zie de artikelen 12-14 Aw.

168 Zie art. 25 Aw.

169 Zie in dit verband art. 56 lid 2 ROW, art. 2.33 BVIE, art. 3.27 BVIE, art. 23 GMeV, art. 33 lid 2 GMoV, art. 14 lid 3 Halfgeleiderwet en art. 63 lid 3 ZPW.

derden die rechten op het merk verworven hebben na de totstandkoming van de licentie, indien zij op de datum waarop zij die rechten verwierven van het bestaan van de licentie op de hoogte waren. Uit de schaarse jurisprudentie op dit terrein kan worden afgeleid dat kennis van een niet ingeschreven licentie op een Benelux-merk of octrooi met gelding in Nederland (en in het verlengde daarvan ook op andere IE-rechten) mogelijk eveneens een zekere mate van derdenwerking tot gevolg kan hebben.[170]

Door een aantal schrijvers is verdedigd dat de curator als *derde* in de hier bedoelde zin dient te worden aangemerkt en om die reden sprake is van een wettelijk geregelde uitzondering op het Nebula-arrest.[171] Mijns inziens is dit onjuist.[172] De curator kan ten opzichte van de licentiehouder niet als derde worden beschouwd,[173] maar oefent in een voorkomend geval juist – op grond van een eigen bevoegdheid – een vermogensrecht van de *gefailleerde* uit ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Dat de curator niet als derde heeft te gelden, betekent evenwel niet zonder meer dat hij door de schuldenaar verstrekte licenties níet behoeft te respecteren. Uit het feit dat aan bepaalde licenties werking jegens derden is toegekend, kan worden afgeleid dat de wetgever de houder van een dergelijke licentie in zekere mate heeft willen beschermen. Onderzocht dient te worden of een zo vergaande bescherming is beoogd dat ook de curator van de licentiegever niet bevoegd moet worden geacht de licentiehouder zijn uit de licentie voortvloeiende gebruiks- c.q. exploitatiebevoegdheden te ontnemen.

Van Elst heeft het standpunt ingenomen dat voor de positie van de curator van belang is welke gevolgen de inschrijving van een licentie heeft. Brengt inschrijving met zich dat de licentie ook tegen een latere *verkrijger* van het betreffende IE-recht kan worden ingeroepen, dan zal het Nebula-arrest voor wat betreft die licentieovereenkomst volgens Van Elst geen gevolgen hebben.[174] De curator is dan naar zijn oordeel kennelijk gehouden de licentie te respecteren. Ik denk daar anders over. Dat een ingeschreven licentie na overdracht van het daarmee belaste IE-recht in beginsel ook aan de verkrijger kan worden tegengeworpen, betekent niet zonder meer dat hetzelfde geldt ingeval de curator die overdracht tot stand brengt, nu een (min of meer) uitdrukkelijk regeling zoals bij huur (art. 7:226 lid 2 BW) en de kwalitatieve verplichting (art. 35a Fw) in alle IE-wetten ontbreekt.[175] Belangrijker is evenwel dat het enkele feit dat een licentie bij overdracht door de curator in stand blijft, onvoldoende grond oplevert om de aanspraken van de

170 Zie Folmer e.a. 2008, p. 176 en de daar vermelde verwijzingen. Ten aanzien van het auteursrecht – waarvoor geen register en daarmee geen inschrijvingsmogelijkheid bestaat – oordeelde Hof Arnhem 24 februari 2009, *LJN*: BH7545, dat bij een overdracht onder bijzondere titel contractuele verplichtingen uit een licentieovereenkomst níet mee overgaan. HR 28 november 1941, *NJ* 1942, 205 (*Fire over England II*) laat het punt uitdrukkelijk in het midden. Vgl. HR 21 maart 2003, *LJN*: AF0194 (*Intramed/Micromais c.s.*).

171 Zie Jager & Weening 2008, p. 63; Van Engelen 2009, p. 303.

172 Zo ook: Slaski 2009, p. 125-126; Schainck 2009, p. 297.

173 Vgl. o.a. HR 30 maart 1906, *W.* 8356 (*Van Heijst q.q./Capelle en Hanlo*); HR 14 november 1913, *NJ* 1913, p. 1265 (*Telders q.q./Didier en Bakker*). Vgl. de MvT bij art. 123 Fw, Van der Feltz II, p. 103-104. Vgl. Wessels Insolventierecht V 2011, par. 5232.

174 Zie Van Elst 2008, p. 132.

175 Vgl. de aarzelende beschouwingen van Domingus 2002, p. 299; D.M. Wille & H.W. Roerdink, Praktijkboek Insolventierecht 6, p. 68; Huydecoper 2008a, p. 276.

licentiehouder in de periode voorafgaand aan een eventuele overdracht buiten de rangregeling om te voldoen.[176]

Ik neem als voorbeeld de octrooilicentie, aangezien de Rijksoctrooiwet de licentiehouder de meest vergaande bescherming tegen inbreuken op zijn recht lijkt te bieden.[177] Het fundament van die bescherming is gelegen in art. 56 lid 2 ROW, waarin is bepaald dat licenties ten opzichte van derden geldig zijn nadat de titel in het octrooiregister is ingeschreven. Vrij algemeen wordt aangenomen dat deze regel meebrengt dat een ingeschreven licentie na overdracht van het octrooi aan de verkrijger kan worden tegengeworpen; de octrooilicentie heeft dan dus *droit de suite.*[178] Zowel uit de parlementaire geschiedenis als uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat mogelijk hetzelfde geldt indien de licentie níet in het octrooiregister is ingeschreven, maar de verkrijger wél van het bestaan ervan op de hoogte was.[179] Hiernaast biedt art. 70 lid 6 ROW de licentiehouder de bevoegdheid zelfstandig op te treden tegen inbreuken op het octrooi, indien hij die bevoegdheid bij de octrooihouder heeft bedongen. De artikelen 75 lid 8 en 78 lid 4 ROW bepalen ten slotte dat een partij die een beter recht blijkt te hebben dan de octrooihouder, na vernietiging dan wel opeising van het octrooi onder omstandigheden gehouden is de rechten van licentiehouders te respecteren. In hoeverre ook deze regels gelding hebben indien de licentie niet op de voet van art. 56 lid 2 ROW in het octrooiregister is ingeschreven, is bepaald onzeker.[180]

Mijns inziens vloeit uit géén van de hiervoor genoemde bepalingen noch uit het samenstel van deze bepalingen dwingend voort dat de curator van de licentiegever verplicht is de uit een ingeschreven octrooilicentie voortvloeiende gebruiks- c.q. exploitatierechten te respecteren. In het bijzonder acht ik hierbij van belang dat inschrijving van de licentie in het octrooiregister slechts optioneel is en de daarmee te realiseren derdenwerking dus niet dwingendrechtelijk is opgelegd, zoals bijvoorbeeld bij huur van woon- en bedrijfsruimte en bij pacht wél het geval is.[181] In de periode voorafgaand aan een eventuele overdracht is de licentiehouder naar mijn mening een schuldeiser als ieder ander, aan wiens aanspraken slechts tegemoet behoort te worden gekomen voor zover dat strookt met de aanspraken van de overige schuldeisers. De curator heeft hier dus *recht op wanprestatie.* Naar mag worden verwacht, zal de uitkomst in de regel evenwel niet zijn dat de licentiehouder zijn uit de licentie voortvloeiende rechten tijdelijk niet kan uitoefenen, maar dat tussen de partijen wordt overeengekomen dat zolang geen overdracht van het octrooirecht is gerealiseerd, door de licentiehouder aan de boedel een marktconforme tegenprestatie wordt betaald.

Het voorgaande geldt *mutatis mutandis* voor licenties met betrekking tot de andere rechten van intellectuele eigendom, aangezien de bescherming van de licentiehouder daar steeds op een vergelijkbaar of lager niveau ligt of zelfs

176 Vermoedelijk anders: Van Galen 2007, p. 293.
177 Zie Folmer e.a. 2008, p. 171, noot 27, met verwijzing.
178 Zie o.a. Van Nieuwenhoven Helbach-Huydecoper & Van Nispen 2002, p. 313.
179 Zie Folmer e.a. 2008, p. 176, met verwijzingen.
180 Zie Van Nieuwenhoven Helbach-Huydecoper & Van Nispen 2002, p. 313, met verwijzingen.
181 Zie respectievelijk art. 7:226 lid 4 jo lid 2 BW en art. 7:361 jo 7:399 BW.

(vrijwel) geheel afwezig is, zoals het geval lijkt te zijn bij een auteursrechtlicentie[182] of een 'handelsnaamlicentie'.[183]

Licenties als huur of kwalitatieve verplichting

In de literatuur bestaat discussie omtrent de vraag of licenties onder omstandigheden als huur van een vermogensrecht als bedoeld in art. 7:201 lid 2 BW kunnen worden beschouwd.[184] Ook wordt door een enkeling gesuggereerd, althans niet uitgesloten geacht, dat bepaalde IE-rechten als registergoed in de zin van art. 3:10 BW door het leven gaan,[185] hetgeen de mogelijkheid zou openen onder een dergelijk IE-recht verleende en ingeschreven licenties als kwalitatieve verplichting in de zin van art. 6:252 BW te bestempelen.[186] Een voordeel van de kwalificatie als huur respectievelijk als kwalitatieve verplichting zou in een voorkomend geval kunnen zijn dat de licentie bij overdracht van het IE-recht door de curator standhoudt.[187] Voor de hier aan de orde zijnde problematiek is dit evenwel irrelevant. Zowel bij huur van vermogensrechten als bij de kwalitatieve verplichting geldt dat zolang het contractueel belaste goed zich nog in de boedel bevindt, de curator níet gehouden is de overeenkomst na te komen.[188]

Retentierecht

In § 5.2.1 kwam aan de orde dat enigszins onzeker is of de partij die een gebruiksrecht met betrekking tot een tot de boedel behorende zaak heeft, aan de consequenties van het Nebula-arrest kan ontsnappen door zich te beroepen op een retentierecht.[189] Bij licenties bestaat die onzekerheid niet, nu zij niet op een *zaak* rusten en de regeling van art. 3:290 e.v. BW alleen op die situatie betrekking heeft.[190]

182 Vgl. Rb. Amsterdam 16 augustus 2007, *JOR* 2007, 258, m.nt. W.J.M. van Andel, waarin de curator van de auteursrechthebbende vorderde dat een licentiehouder de door die licentie toegestane exploitatie zou staken. Tot een inhoudelijk oordeel kwam het op dit punt evenwel niet, omdat de licentiehouder toezegde de exploitatie voor de duur van het faillissement te zullen staken. Zie over de auteursrechtlicentie met betrekking tot *software* nader § 5.3.2.3.1.

183 Ook R.D. Vriesendorp, noot onder Nebula in *AA* 2007/3, p. 239-240, Huydecoper 2008a, p. 276, Huydecoper 2008b, p. 657-658, Schainck 2009, p. 297 en Slaski 2009, p. 126, hebben zich op het standpunt gesteld dat licenties onder de reikwijdte van het Nebula-arrest zijn begrepen. In deze zin vermoedelijk ook Kortmann 2011, p. 162. Zie ook specifiek ten aanzien van de auteursrechtlicentie: Neppelenbroek 2011, p. 160. Anders: Jager & Weening 2008, die verdedigbaar achten dat *ingeschreven* licenties niet door de regel uit het Nebula-arrest worden getroffen. Tevens anders: Van Engelen 2009, p. 303, die meent dat de Nebula-leer in beginsel níet van toepassing is op licenties, ongeacht of zij al dan niet zijn ingeschreven.

184 Zie o.a. Quaedvlieg 1995, p. 229-230 en p. 234; Folmer e.a. 2008, p. 172-173, met verwijzingen; Schainck 2009, p. 298; Neppelenbroek 2011, p. 153. Vgl. Drion 2009, p. 2805.

185 Zie Van Engelen 2008, p. 152.

186 Vgl. Jager & Weening 2008, p. 55-56; Schainck 2009, p. 297-298.

187 Zie art. 7:226 BW respectievelijk art. 35a Fw.

188 Zie respectievelijk § 5.3.1.2.3 en § 5.5.

189 Zie ook § 5.3.1.2.5.

190 Vgl. Huydecoper 2008b, p. 658-659.

5.3.2.3 Enige bijzondere licenties nader beschouwd

5.3.2.3.1 Softwarelicenties

Bijzondere aandacht is op zijn plaats voor de softwarelicentie. Software kan auteursrechtelijk beschermd zijn op de voet van art. 10 lid 1 onder 12º Aw. In § 5.3.2.1 kwam reeds aan de orde dat het auteursrecht dat nog toebehoort aan de oorspronkelijke maker, in geval van faillissement op grond van art. 21 onder 1º Fw jo art. 2 lid 3 Aw niet in de boedel valt en dat op basis van dit auteursrecht verstrekte licenties om die reden eveneens langs de boedel heen gaan. Is in een voorkomend geval sprake van een softwarelicentie, dan heeft de curator dus geen middelen (en ook geen reden) om de licentiehouder diens gebruiksrecht te ontzeggen. Hetzelfde geldt voor de schuldenaar, zolang althans de licentiehouder de op hem rustende verplichtingen – zo die er nog zijn – nakomt.[191]

Kan de curator het gebruiksrecht van de softwarelicentiehouder wél doorkruisen indien het auteursrecht wél tot de boedel behoort? Op dit punt lopen de meningen in de literatuur uiteen. Dit meningsverschil is terug te voeren op een verschil in interpretatie van art. 45j Aw. In art. 45j Aw is bepaald dat een verveelvoudiging die is vervaardigd door de rechtmatige verkrijger van software en die noodzakelijk is voor het daarmee beoogde gebruik, níet als een inbreuk op het auteursrecht wordt beschouwd. Deze bepaling vormt een logisch complement op het daaraan voorafgaande art. 45i Aw, waarin bepaalde voor het gebruik van software noodzakelijke handelingen, zoals het laden en uitvoeren van het programma, onder het verveelvoudigingsrecht van de auteursrechthebbende zijn gebracht. Zonder de regeling van art. 45j Aw zou de rechtmatige verkrijger van software deze dus niet kunnen gebruiken zonder inbreuk te maken op het auteursrecht.

Boekraad en Van Engelen menen dat de curator de rechtmatige verkrijger het door art. 45j Aw gegarandeerde gebruik niet kan ontnemen, omdat art. 45j Aw een beperking van het auteursrecht zou behelzen, zodat de verkrijger voor de daarin genoemde gebruikshandelingen geen licentie nodig zou hebben.[192] Voor deze opvatting zijn zowel in de wetsgeschiedenis als in de (lagere) rechtspraak aanknopingspunten te vinden.[193] Neppelenbroek is niettemin een andere mening toegedaan. Zijns inziens ontleent de rechtmatige verkrijger van software zijn gebruiksbevoegdheid in beginsel steeds aan een – expliciet dan wel impliciet verleende – (obligatoire) licentie,[194] waarbij art. 45j Aw niet meer dan de ondergrens van de aan de licentiehouder toe te kennen bevoegdheden aangeeft.[195] Het gaat volgens Neppelenbroek dus om een door art. 45j Aw ingekleurd

191 Zie in dit kader ook § 4.8.1.
192 Zie respectievelijk Boekraad 2007, p. 51-52; Van Engelen 2009, p. 307.
193 In de MvT bij art. 45j Aw, *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 531, nr. 3, p. 12, wordt gerept van een 'uitzondering op het uitsluitend recht'. In Hof Amsterdam 5 juli 2007, *IEPT* 20070705 werd aangenomen dat de softwarelicentiehouder zijn gebruiksrecht na *overdracht* van het auteursrecht op grond van art. 45j Aw jegens de verkrijger kon handhaven. Vgl. Rb. Den Haag 23 april 2003, *BIE* 2004, 6.
194 Vgl. Drion 2009, p. 2805.
195 Zie Neppelenbroek 2011, p. 154.

verbintenisrechtelijk gebruiksrecht, dat niet aan de curator kan worden tegengeworpen.[196]

Ik acht de visie van Neppelenbroek overtuigend en juist. Ook naar mijn mening dient de rechtmatige verkrijger van software steeds als licentiehouder te worden aangemerkt, ongeacht of partijen hieraan uitdrukkelijk een licentieovereenkomst ten grondslag hebben gelegd. Het feit dat de wetgever de verlening van die licentie voor zover het de in art. 45j Aw genoemde handelingen betreft verplicht heeft gesteld – in de memorie van toelichting wordt gerept van een 'wettelijke licentie'[197] – doet geen afbreuk aan het verbintenisrechtelijke karakter ervan. Met art. 45j Aw wordt beoogd te bewerkstelligen dat de rechtmatige verkrijger van software deze kan gebruiken zonder inbreuk te maken op het auteursrecht. Zij strekt er níet toe te waarborgen dat dit gebruik ook in faillissement – in strijd met het fixatiebeginsel en de tussen de schuldeisers geldende rangorde – kan worden gecontinueerd. Er bestaat mijns inziens ook geen enkele rechtvaardiging om de softwarelicentiehouder wél in zekere mate te beschermen tegen een faillissement van de licentiegever en bijvoorbeeld de houder van een octrooilicentie – die buiten faillissement een veel verder gaande wettelijke bescherming tegen aantastingen van zijn recht geniet – in het geheel níet.[198]

Ik meen dus dat ook de softwarelicentiehouder zijn uit de licentie voortvloeiende rechten niet aan de curator van de licentiegever kan tegenwerpen, ongeacht of het een gebruiksrecht betreft dat hem door de wetgever in art. 45j Aw wordt toegekend.[199] Dit heeft overigens niet steeds praktische betekenis. Indien het gaat om massaal verkochte standaardsoftware zal de curator vanzelfsprekend niet van zijn *recht op wanprestatie* gebruik (kunnen) maken.[200]

Source code escrow

Aan het slot van deze paragraaf vraag ik nog aandacht voor de in de praktijk geregeld toegepaste figuur van de *source code escrow.* In de kern betreft dit een driepartijenovereenkomst tussen een softwareleverancier, een licentienemer en een derde (bijvoorbeeld een notaris), op grond waarvan een informatiedrager met daarop de broncode (*source code*) wordt ondergebracht bij die derde. Deze broncode heeft de licentienemer voor het dagelijkse gebruik niet nodig, maar wel om het programma te onderhouden en verder te ontwikkelen. Overeengekomen wordt dan dat de licentiehouder onder bepaalde omstandigheden recht heeft op afgifte van de in *escrow* gehouden informatiedrager, bijvoorbeeld indien de softwareleverancier wanprestatie pleegt of in staat van faillissement geraakt.

In 1994 is door Snijders betoogd dat ook indien de informatiedrager met de broncode in de boedel valt een obligatoire bewaarnemingsovereenkomst in dit

196 Zie Neppelenbroek 2011, p. 160-161.
197 Zie *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 531, nr. 3, p. 13. Zie ook Rb. Dordrecht 11 augustus 2010, *LJN*: BN3863, r.o. 4.11, waar wordt gesteld dat art. 45j Aw de rechtmatige verkrijger 'dwingendrechtelijke minimum gebruiksrechten' biedt.
198 Zie § 5.3.2.2.
199 Aarzelend: Jager & Weening 2008, p. 64; Kortmann 2011, p. 163.
200 Vgl. Neppelenbroek 2011, p. 161, noot 68.

kader zou volstaan, omdat dit contract ook de curator zou binden.[201] Mijns inziens gaat dit in het post-Nebula tijdperk in ieder geval niet langer op. Obligatoire rechten kunnen niet worden uitgeoefend ten aanzien van boedelbestanddelen indien daardoor het verhaal van de gezamenlijke schuldeisers wordt geschaad.[202] Goederenrechtelijke constructies zijn noodzakelijk om de informatiedrager met de broncode buiten het bereik van de curator te houden, waarbij kan worden gedacht aan een overdracht onder de opschortende voorwaarde dat de leverancier niet meer aan zijn ontwikkelings- en onderhoudsverplichtingen kan voldoen.[203]

Is de licentienemer dan gered? Neppelenbroek wijst er terecht op dat dit alleen het geval is in de situatie dat het auteursrecht níet tot de boedel behoort. Is dat wél het geval, dan krijgt de licentiehouder weliswaar de informatiedrager met de broncode op een deugdelijke goederenrechtelijke grondslag in handen, maar dat helpt hem niet verder, omdat de curator steeds bevoegd blijft hem het gebruik van de software te ontzeggen. Dat de licentienemer beschikt over de mogelijkheid de software te onderhouden en verder te ontwikkelen is in een dergelijk geval betrekkelijk betekenisloos.[204]

De met de figuur van de *source code escrow* nagestreefde doelstellingen lijken alleen te kunnen worden verwezenlijkt door de licentienemer een goederenrechtelijke aanspraak ten aanzien van het auteursrecht zélf toe te kennen, zoals een recht van vruchtgebruik, of door het auteursrecht geheel uit het vermogen van de softwareleverancier te halen en dit bijvoorbeeld onder te brengen in een speciaal daartoe opgerichte stichting. Die stichting verstrekt dan licenties aan zowel de leverancier als de gebruikers, zodat de leverancier de software kan blijven doorontwikkelen en die laatsten hun gebruik kunnen continueren, ook indien de leverancier in staat van faillissement zou geraken.[205]

5.3.2.3.2 Knowhowlicenties

Een buitenbeentje onder de licenties, althans vanuit vermogensrechtelijk perspectief, is de zogeheten knowhowlicentie. Met de term 'knowhow' wordt gedoeld op geheime informatie die zich leent voor praktische toepassing en die niet valt onder het bereik van een (ander) erkend IE-recht, zoals bijvoorbeeld een recht van octrooi. Informatie – en dus ook knowhow – is geen 'goed' in de zin van art. 3:1 BW. Informatie is 'vrij' en mag in beginsel door eenieder die erover beschikt, worden toegepast.[206] Anders dan de rechthebbende tot bijvoorbeeld een octrooi- of auteursrecht beschikt de 'bezitter' van knowhow niet over een *absoluut recht* waarop hij zich kan beroepen jegens derden die de betreffende informatie zonder zijn toestemming gebruiken. De reden waarom die informatie niet door derden

201 Zie Snijders 1994, p. 358-359. In deze zin ook: Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2487. Vgl. voor het Belgische recht: Dirix 2010a, p. 152-153.
202 Zie Van Zanten 2007, p. 48. Vgl. Boekraad 2007, p. 52-53. Zie voorts § 5.2.1.
203 Zie het voorbeeld bij Neppelenbroek 2011, p. 153.
204 Zie Neppelenbroek 2011, p. 161-162; Kortmann 2011, p. 164.
205 Zie voor een nadere uitwerking: Kortmann 2011, p. 168-170.
206 Zie Huydecoper 2008c, p. 158.

kan worden toegepast, is in een voorkomend geval van louter feitelijke aard: zij is hun niet bekend. Dit maakt de knowhowlicentie tot een wezenlijk andere rechtsfiguur dan de licentie onder de meeste andere IE-rechten. Knowhowlicenties voorzien in een feitelijke kennisoverdracht, met daaraan in de regel gekoppeld de verplichting tot staking van het gebruik indien de licentie eindigt en – uiteraard – tot verdere geheimhouding.[207]

Heeft de afwijkende vermogensrechtelijke status van knowhow consequenties voor de wijze waarop knowhowlicenties in faillissement dienen te worden bejegend? Naar de mening van Huydecoper is dat het geval. Hoewel de regels uit het Nebula-arrest in zijn visie tevens voor licenties opgaan, moet de curator van de knowhowlicentiegever volgens Huydecoper níet in staat worden geacht de licentienemer zijn gebruiksrecht te ontnemen, zolang althans die laatste zijn verplichtingen onder de licentie blijft nakomen.[208] In dit kader acht hij doorslaggevend dat bij de knowhowlicentie de goederenrechtelijke basis, zoals die bij licenties onder de overige rechten van intellectuele eigendom bestaat, ontbreekt. Hierdoor valt geen recht aan te wijzen waarop de curator zich kan beroepen om de licentienemer het verdere gebruik van de knowhow te beletten, aldus nog steeds Huydecoper.[209] Goed beschouwd geeft Huydecoper hiermee te kennen wat in zijn optiek de essentie is van het Nebula-arrest: de curator moet tot de boedel behorende goederenrechtelijke rechten kunnen uitoefenen zonder daarbij te worden gehinderd door op die rechten 'drukkende' obligatoire aanspraken van een derde, welke aanspraken via het proces van verificatie en uitdeling behoren te worden afgewikkeld.[210] In deze visie staat niets eraan in de weg dat obligatoire rechten tijdens faillissement buiten de verificatievergadering om worden geïncasseerd zolang de boedel daar géén goederenrechtelijk recht tegenover kan stellen. In een in alle opzichten obligatoire context zoals bij de knowhowlicentie het geval is (veel andere voorbeelden laten zich mijns inziens niet denken), heeft de licentienemer dan weinig van het Nebula-arrest te vrezen.

Mij lijkt dit geen uitgemaakte zaak. In het Nebula-arrest oordeelde de Hoge Raad heel in het algemeen dat een partij bij een duurovereenkomst zijn rechten uit die overeenkomst tijdens faillissement niet mag blijven uitoefenen, omdat anders de gelijkheid van schuldeisers op onaanvaardbare wijze wordt doorbroken. Tegen die achtergrond valt niet direct in te zien waarom voor de licentienemer onder een knowhowlicentie iets anders zou gelden. In § 5.2.1 heb ik verdedigd dat de regel uit het Nebula-arrest in de eerste plaats dient te worden gezien als een uitwerking van het fixatiebeginsel, dat zich ertegen verzet dat obligatoire aanspraken buiten

207 Zie Huydecoper 2008b, p. 659-660.

208 De toevoeging dat de curator alleen niet de mogelijkheid heeft om te wanpresteren onder de knowhowlicentie indien de licentiehouder zelf aan diens verplichtingen blijft voldoen, is belangrijk. Zij onderstreept dat het in de visie van Huydecoper níet gaat om een *feitelijke* onmogelijkheid die verband houdt met het bijzondere karakter van de knowhowlicentie (indien de licentiehouder niet aan zijn verplichtingen voldoet, kan de curator hem immers wél het overeengekomen gebruik ontzeggen), maar om een daarmee verband houdende *juridische* onmogelijkheid, die is gegrond op wat in de ogen van Huydecoper kennelijk de essentie van het Nebula-arrest is.

209 Zie Huydecoper 2008b, p. 660. Ook zijn conclusie voor HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. PvS (*Nebula*), onder 20, ging al in deze richting. Kennelijk instemmend: Schainck 2009, p. 298.

210 Zie ook Huydecoper 2008b, p. 657, noot 21.

de verificatievergadering om worden geïncasseerd indien het verhaal van de gezamenlijke schuldeisers daardoor wordt aangetast. Dit laatste kan ook in geval van een knowhowlicentie aan de orde zijn. Knowhow is dan wellicht niet als 'goed' en vermoedelijk ook niet (steeds) als vermogensrecht in de zin van art. 3:6 BW te bestempelen, zij heeft wel degelijk waarde en pleegt in de regel als vallend onder het faillissementsvermogen door de curator te gelde te worden gemaakt.[211] Indien de licentienemer na datum faillissement gebruik blijft maken van tot de boedel behorende knowhow, kan dat dus ten koste gaan van het verhaal van de schuldeisers. Om die reden acht ik verdedigbaar dat de curator met het Nebula-arrest in de hand ook de houder van een knowhowlicentie kan dwingen het overeengekomen gebruik voor de duur van het faillissement te staken.

In praktische zin lijkt dit overigens van betrekkelijk weinig gewicht. Ook indien de knowhowlicentienemer níet door het faillissement van de licentiegever zou worden geraakt, geldt dat de curator – uitzonderingen daargelaten – ook zelf over de desbetreffende knowhow zal kunnen beschikken en die door 'verkoop', licentieverlening of anderszins lonend kan maken. De reeds verstrekte licentie zou in dat geval slechts verhinderen dat de curator de knowhow gedurende het faillissement *op exclusieve basis* licentieert.

5.3.2.3.3 Dwanglicenties

Licenties worden in de regel op vrijwillige basis verleend. In de Rijksoctrooiwet 1995 is echter voor een aantal bijzondere situaties de mogelijkheid geopend dat een octrooihouder door de overheid of een rechter wordt gedwongen een licentie te verstrekken. Ook is denkbaar dat de houder van een recht van intellectuele eigendom een machtspositie bezit, daarvan misbruik maakt en als sanctie in het kader van het mededingingsrecht wordt gedwongen een licentie te verstrekken.[212] In al deze gevallen spreekt men van een *dwanglicentie.* Door Van Elst is verdedigd dat dwanglicenties aan de curator (en diens rechtsverkrijgers) moeten kunnen worden tegengeworpen. De aard van de dwanglicentie staat naar zijn oordeel aan toepassing van de regels uit het Nebula-arrest in de weg.[213]

In ben dat slechts ten dele met hem eens. Met betrekking tot een aantal dwanglicenties, namelijk die in het algemeen belang (art. 57 lid 1 ROW), die in het belang van de verdediging van het Koninkrijk (art. 59 ROW) en de dwanglicentie uit het Euratom-verdrag (art. 60 ROW) lijkt mij inderdaad evident dat de daarmee gediende belangen steeds zwaarder wegen dan dat van de gezamenlijke schuldeisers van de IE-rechthebbende in kwestie. Naar ik begrijp, worden de hier bedoelde bepalingen in de praktijk echter (vrijwel) nooit toegepast.[214] Wél wordt kennelijk gebruikgemaakt, zij het niet bijzonder frequent, van de andere in de wet geregelde dwanglicenties. Het gaat dan om de dwanglicentie als sanctie op het niet-toepassen van de uitvinding door de octrooihouder (art. 57 lid 2 ROW)

---

211 Zie Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2014.
212 Vgl. de artikelen 31 en 40 van het Trips-Verdrag. Zie voorts Van Nieuwenhoven Helbach-Huydecoper & Van Nispen 2002, p. 314 en p. 420-421.
213 Zie Van Elst 2008, p. 131-132.
214 Zie Van Nieuwenhoven Helbach-Huydecoper & Van Nispen 2002, p. 314 en p. 318.

en – met name – om de dwanglicentie voor toepassing van een zogenaamd 'afhankelijk' octrooi van een ander (art. 57 lid 4 t/m 6 ROW). Ten aanzien van deze licenties zie ik géén goede reden om de licentiehouder in faillissement een sterkere positie toe te kennen dan willekeurig welke andere schuldeiser met een obligatoire aanspraak. Hetzelfde geldt voor de dwanglicentie die is verstrekt bij wege van mededingingsrechtelijke sanctie. De curator heeft dus ook ten aanzien van deze licenties in beginsel een *recht op wanprestatie.*

5.3.2.4 Toekomstperspectief

In de voorafgaande paragrafen kwam aan de orde dat door middel van licenties verschafte gebruiks- c.q. exploitatierechten als regel – enige bijzondere dwanglicenties daargelaten – niet door de curator van de licentiegever behoeven te worden gerespecteerd. Het is dan ook niet verwonderlijk dat in de praktijk sinds enkele jaren wordt gekeken naar c.q. geëxperimenteerd met alternatieve constructies om de positie van de licentiehouder in een faillissement van de licentiegever te verstevigen.

In dit kader wordt bijvoorbeeld de mogelijkheid om een recht van vruchtgebruik op een IE-recht te vestigen onderzocht, een mogelijkheid waarvan in ieder geval tot een aantal jaren geleden zelden gebruik werd gemaakt.[215] Een andere optie is de vestiging van een pandrecht dat strekt tot zekerheid van de betaling van de vordering tot schadevergoeding die de licentiehouder in geval van wanprestatie door de schuldenaar verkrijgt. Een dergelijk pandrecht biedt de licentiehouder weliswaar strikt genomen niet de bevoegdheid zijn aan de licentie te ontlenen rechten in faillissement te handhaven, maar in de praktijk zou het daar wel op uit kunnen draaien, doordat het belang van de curator bij het plegen van wanprestatie door de werking van het pandrecht wordt gemarginaliseerd.[216] Weer een andere optie is een overdracht van het desbetreffende IE-recht onder een opschortende voorwaarde,[217] of een onvoorwaardelijke overdracht aan een stichting die het IE-recht gaat beheren.[218] Specifiek voor auteursrechtelijke licenties wordt in de literatuur nog een gedeeltelijke overdracht van het auteursrecht gesuggereerd.[219] Tot slot kan worden gedacht aan allerlei contractuele constructies die het voor de curator aantrekkelijk moeten maken om géén wanprestatie te plegen, zoals toenemende royaltyverplichtingen of een bonus aan het einde van de looptijd van het contract. Het behoeft mijns inziens geen toelichting dat het hier veelal slechts noodgrepen betreft, waarvan de juridische houdbaarheid niet steeds zeker is en die in de praktijk ook op commerciële gronden lang niet altijd haalbaar zullen zijn.

---

215 Vgl. Huydecoper 2008b, p. 661, noot 25. Voor een verkenning van de potentiële juridische haken en ogen die kleven aan de 'vruchtgebruikconstructie': Van Engelen 2009, p. 304-306; Neppelenbroek 2011, p. 164; Kortmann 2011, p. 164-166.

216 Vgl. Van Engelen 2009, p. 306; Kortmann 2011, p. 168.

217 Zie over de (on)mogelijkheden van een voorwaardelijke overdracht in de context van een faillissement § 8.5.3.3.

218 Zie daarover Kortmann 2011, p. 168-170.

219 Zie Neppelenbroek 2011, p. 163-164.

In het handelsverkeer wordt op grote schaal gebruikgemaakt van licenties. In dat licht is het naar mijn mening van belang dat de wetgever op korte termijn duidelijkheid creëert omtrent de positie van de licentienemer in het faillissement van de licentiegever. Daarbij dient in het oog te worden gehouden dat voor ondernemingen vaak van levensbelang is dat verkregen licenties kunnen worden behouden. Niet zelden zal een onderneming voor haar bedrijfsvoering in belangrijke mate of zelfs geheel van één bepaalde licentie afhankelijk zijn. Om die reden dient mijns inziens te worden gezocht naar een regeling waarbij behoud van de licentie centraal staat en tegelijkertijd zo veel mogelijk recht wordt gedaan aan het belang van de gezamenlijke schuldeisers van de licentiegever.

Het voorontwerp Insolventiewet biedt een dergelijke regeling niet, hetgeen impliceert dat licenties ook onder de regeling van het Voorontwerp níet 'insolventieproof' zouden zijn.[220]

Amerikaans recht

Een stuk rooskleuriger is de positie van de licentiehouder in de Verenigde Staten. Nadat het *Fourth Circuit Court of Appeals* in de zaak *Lubrizol Enterprises, Inc. v. Richmond Metal Finishers, Inc.* had geoordeeld dat de *rejection* van de licentieovereenkomst door de *debtor in possession* tot gevolg had dat de licentiehouder niet langer gerechtigd was van de betreffende technologie gebruik te maken,[221] besloot de wetgever tot de invoering van § 365(n) BC, op grond waarvan de licentiehouder in belangrijke mate wordt beschermd in het geval dat de licentiegever failleert. In de kern komt de regeling van § 365(n) BC op het volgende neer.

Tot het moment waarop de *trustee* een beslissing heeft genomen omtrent gestanddoening, is hij op grond van § 365(n)(4) BC verplicht het licentiecontract verder uit te voeren, althans indien de licentiehouder daarom schriftelijk verzoekt. Gaat de *trustee* over tot *rejection*, dan heeft de licentiehouder in beginsel twee opties: hij kan het contract als geëindigd beschouwen en zijn aanspraken ter verificatie indienen (§ 365(n)(1)(A) BC) óf ervoor kiezen zijn rechten onder de licentie te handhaven (§ 365(n)(1)(B) BC). In het laatste geval is de *trustee* niet alleen gehouden de voortgezette rechtsuitoefening door de licentiehouder te dulden, maar is hij ook gebonden aan een eventueel in de licentie neergelegde exclusiviteitsclausule. Andere contractuele verplichtingen van de schuldenaar behoeven níet te worden nageleefd. Lijdt de licentiehouder als gevolg daarvan schade, dan is hij níet gerechtigd die schade met zijn verplichting tot betaling van royalty's te compenseren.[222] Dit verrekeningsverbod treft ook eventuele andere vorderingen van de licentiehouder op de licentiegever. Zij kunnen slechts op de voet van § 365(g) BC ter verificatie worden ingediend.

---

220 Zie ook de Toelichting, Kortmann & Faber 2007, p. 234.

221 Zie *Lubrizol Enterprises, Inc. v. Richmond Metal Finishers, Inc.,* 756 F.2d 1043 (4th Cir.1985).

222 De regeling van § 365(n) BC wijkt daarmee af van die van § 365(h) BC, waarin aan de huurder van onroerend goed (*real property*) de bevoegdheid is toegekend zijn gebruiksrechten ondanks *rejection* door de *trustee* te handhaven. Lijdt de huurder schade als gevolg van de *rejection*, dan laat § 365(h)(1)(B) BC hem de bevoegdheid zijn vordering terzake met de verschuldigde huurpenningen te verrekenen. Een deugdelijke rechtvaardiging voor dit verschil in bejegening tussen de licentienemer en de huurder ontbreekt.

De regeling van § 365(n) BC heeft niet betrekking op *alle* rechten van intellectuele eigendom, maar slechts op IE-rechten die zijn vermeld in § 101 (35A) BC, waaronder *inventions* en *work of authorship.* Hierdoor is onduidelijk hoe dient te worden omgegaan met niet door § 365(n) BC bestreken licenties, zoals die met betrekking tot *trademarks* en *franchise agreements.* In *In re Matusalem* uit 1993 oordeelde de *Bankruptcy Court* – onder verwijzing naar § 365(n) BC – dat de wederpartij haar rechten onder de *franchise agreement* ondanks de *rejection* kon blijven uitoefenen.[223] Meer recent is echter in verschillende uitspraken geoordeeld dat de *rejection* van een contract dat niet valt onder § 365(n) BC tot gevolg heeft dat de rechten van de licentiehouder níet langer behoeven te worden gerespecteerd.[224]

Invoering van een met het Amerikaanse § 365(n) BC vergelijkbare regeling verdient naar mijn mening geen aanbeveling, omdat daarin de balans tussen het belang van de licentienemer bij nakoming van het contract en het verhaalsbelang van de schuldeisers in mijn ogen te zeer in het voordeel van de licentiehouder is doorgeslagen. De licentiehouder die ervoor kiest zijn rechten ondanks *rejection* door de *trustee* te handhaven, dient weliswaar de verschuldigde tegenprestatie zonder compensatie aan de boedel te voldoen, maar die verplichting verhindert niet dat een niet-marktconforme vergoeding of zelfs helemaal geen vergoeding wordt betaald.[225] Ook ongewenst is dat de regeling van § 365(n) BC slechts bepaalde IE-rechten bestrijkt en daarmee onzekerheid creëert met betrekking tot IE-licenties die niet onder het toepassingsgebied van die bepaling vallen.

Ontwikkelingen in Duitsland

Recente ontwikkelingen in het Duitse recht kunnen in dit verband tevens tot inspiratie dienen. De positie van de licentienemer in het faillissement van de licentiegever is in Duitsland min of meer gelijk aan die in Nederland.[226] Volgens de heersende opvattingen vallen licenties onder het in §103 InsO neergelegde *Wahlrecht* van de *Insolvenzverwalter*, hetgeen betekent dat indien de *Insolvenzverwalter* ervoor kiest het licentiecontract niet na te komen, de wederpartij in de regel niets anders resteert dan de indiening van een vordering tot schadevergoeding.[227] In 2007 zag een wetsvoorstel het licht dat onder meer tot doel heeft de positie van de licentienemer in het faillissement van de licentiegever te versterken.[228] De toelichting vermeldt dat de huidige regeling het risico in zich bergt dat als gevolg van het faillissement van een licentiegever ook andere ondernemingen in hun voortbestaan worden bedreigd. Tevens wordt gewezen op de hoge kosten

223 Zie *In re Matusalem* 158 B.R. 514 (Bankr. S.D. Fla 1993).
224 Zie *In re Exide Technologies*, 340 B.R. 222 (Bankr. D. Del. 2006) en de daar vermelde verwijzingen.
225 De licentiehouder is op grond van § 365(n)(2)(B) BC tot niet meer gehouden dan de betaling van 'all royalty payments due under such contract'.
226 Neppelenbroek 2011, p. 155 en p. 162, wijst erop dat *auteursrechtlicenties* in Duitsland ook de vorm van een zakelijk recht (*Nutzungsrecht*) kunnen aannemen of zelfs in de regel aannemen, in welk geval de licentiehouder van een faillissement weinig te duchten heeft.
227 Hiermee is sprake van een koerswijziging ten opzichte van het tot 1999 geldende recht. Op grond van een analogische toepassing van het voor huur- en pachtovereenkomsten geldende § 21 Abs. 1 KO werd algemeen aangenomen dat licentieovereenkomsten *konkursfest* waren.
228 Zie *Entwurf eines Gesetzes zur Entschuldung mittelloser Personen, zur Stärkung der Gläubigerrechte sowie zur Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizenzen,* Bundestag Drucksache 16/7416.

die in de regel gepaard gaan met de ontwikkeling van bepaalde licentieproducten, zoals bijvoorbeeld geneesmiddelen. Met de invoering van een nieuw §108a InsO wordt beoogd het ondernemings- en onderzoeksklimaat in Duitsland aantrekkelijker te maken en daarnaast de belangen van de licentienemer enerzijds en die van de schuldenaar en diens schuldeisers anderzijds met elkaar in evenwicht te brengen.[229]

In het voorgestelde §108a InsO is bepaald dat '[e]in vom Schuldner als Lizenzgeber abgeschlossener Lizenzvertrag über ein Recht am geistigen Eigentum mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort[besteht]'. Daarmee worden licenties onttrokken aan het *Wahlrecht* van de *Insolvenzverwalter*, althans voor zover het de daaruit voortvloeiende hoofdverplichting de rechtsuitoefening door de licentienemer te dulden betreft. Andere contractuele verplichtingen (*vertragliche Nebenpflichten*) behoeft de *Insolvenzverwalter* alleen na te komen 'als deren Erfüllung zwingend geboten ist, um dem Lizenznehmer eine Nutzung des geschützten Rechts zu ermöglichen'. Is sprake van 'ein auffälliges Missverhältnis' tussen de overeengekomen gebruiksvergoeding en deze onder normale marktcondities, dan is de *Insolvenzverwalter* tot aanpassing daarvan gerechtigd. De licentiehouder heeft in dat geval de bevoegdheid de overeenkomst kosteloos te beëindigen.

Het wetgevingstraject ligt al enige tijd stil. Dat neemt echter niet weg dat de regeling van §108a InsO een goed vertrekpunt vormt voor toekomstige Nederlandse regelgeving op dit terrein, waarbij wij kunnen leren van de inmiddels in Duitsland geleverde kritiek. Zo is opgemerkt dat een nadere regeling dient te worden getroffen voor de situatie dat sprake is van een ketting van licenties, waarbij de insolvente licentiegever tegelijkertijd licentienemer is. Daarnaast is gewezen op de rechtsonzekerheid die kan ontstaan doordat niet steeds duidelijk zal zijn of sprake is van een kennelijk afwijkende vergoeding en of bepaalde verplichtingen als hoofd- of nevenverplichting hebben te gelden.[230] In dit kader lijkt mij dat in ieder geval in de regeling zou moeten worden neergelegd of een exclusiviteitsclausule dient te worden gerespecteerd.[231] Ook is naar mijn mening van belang dat duidelijkheid wordt gecreëerd omtrent de vraag welke licenties in geval van een overdracht van het IE-recht door de curator standhouden. Voor licenties waaraan in dat geval géén *droit de suite* is gekoppeld, lijkt de regeling van minder belang.

5.4 Overeenkomsten die de schuldenaar verplichten tot een niet-doen

In deze paragraaf besteed ik aandacht aan contracten waaruit voor de schuldenaar (mede) de verplichting voortvloeit bepaalde daarin omschreven handelingen na te laten. In het bijzonder komt de vraag aan de orde wat de consequenties zijn indien een verplichting tot een niet-doen niet wordt nagekomen. In dit kader is het nuttig

229 Zie Bundestag Drucksache 16/7416, p. 24.
230 Zie de *Stellungnahme des Bundesrates*, Bundestag Drucksache 16/7416, p. 52-54.
231 Vgl. het Amerikaanse § 365(n)(1)(B) BC.

tussen twee categorieën verplichtingen te onderscheiden: (i) verplichtingen tot een niet-doen waarvan de naleving ook tijdens faillissement geheel of mede van de wil van de *gefailleerde* afhankelijk is en (ii) verplichtingen waarbij het uitsluitend aan de *curator* is of zij worden nageleefd.

Bij verplichtingen uit de *eerste* categorie kan worden gedacht aan een concurrentiebeding dat rust op een failliete werknemer, een geheimhoudingsverplichting of een verplichting om geen procedure jegens de wederpartij te entameren. Bij verplichtingen uit de *tweede* categorie gaat het steeds om (obligatoire) verplichtingen die op enigerlei wijze raken aan de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar, zoals een verbod tot vervreemding onder een bepaalde prijs of zonder voorafgaande toestemming, of een concurrentiebeding dat drukt op de door de failliete vennootschap gedreven onderneming. Een verplichting uit deze categorie die met enige regelmaat in door Amerikaans of Engels recht beheerste financieringsovereenkomsten pleegt te worden gehanteerd, is de verplichting zich jegens één van de medecontractanten te onthouden van het doen van een faillissementsaanvraag (*non-petition clause*).

In § 4.8.2.2 is verdedigd dat indien de *gefailleerde* handelt in strijd met een verplichting tot een niet-doen, de wederpartij in staat moet worden geacht haar aan die tekortkoming te ontlenen aanspraken ter verificatie in te dienen. In deze paragraaf komt aan de orde wat geldt indien de *curator* een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis tot een niet-doen veroorzaakt. Zijn de aanspraken van de wederpartij in dat geval eveneens (slechts) verifieerbaar of roept de curator met de schending van de hier bedoelde verplichtingen boedelschulden in het leven? Deze vraag kwam aan de orde in een procedure in het faillissement van Jomed.

United Stenting/Schimmelpennick q.q.[232]
Wat was het geval? United Stenting had aan Jomed een octrooi verkocht en geleverd. Daarbij was een zogeheten *Patent Assignment Agreement* opgemaakt, op basis waarvan United Stenting voor een eventuele doorverkoop van het octrooi toestemming diende te verlenen. Jomed ging failliet, waarna de curator het octrooi verkocht zónder dat toestemming van United Stenting was verkregen. United Stenting claimde als gevolg daarvan schade te hebben geleden en wenste die schade bij wege van boedelschuld te verhalen. Na te hebben vastgesteld dat de *Patent Assignment Agreement* een wederkerige overeenkomst als bedoeld in art. 37 Fw betrof, overwoog de Rechtbank Amsterdam als volgt:

> 'Het feit dat het (voort)bestaan van een wederkerige overeenkomst niet wordt beïnvloed door het faillissement van een van de contractanten, betekent echter niet dat de schuldeiser van een duurovereenkomst wiens wederpartij failliet wordt verklaard, de rechten uit die overeenkomst kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement was. Een andere opvatting zou immers ertoe leiden dat het aan de Faillissementswet mede ten grondslag liggende, onder meer in de artikelen 26 en 108 e.v. F. tot uiting komende, beginsel van gelijkheid van schuldeisers op

232 Zie Rb. Amsterdam 11 juni 2008, *JOR* 2008, 286.

> onaanvaardbare wijze zou worden doorbroken (vgl HR 3 november 2006, NJ 2007, 155). […] Bovendien zou ook een goed beheer ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de tot de boedel behorende zaken ten aanzien waarvan langlopende overeenkomsten bestaan, in ernstige mate worden bemoeilijkt indien het niet nakomen door een curator van alle contractuele verplichtingen in door de failliet gesloten overeenkomsten leidt tot een boedelvordering […].'

De rechtbank concludeerde vervolgens dat het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers en het karakter van het toestemmingsvereiste maakten dat United Stenting haar rechten uit de *Patent Assignment Agreement*, waaronder het toestemmingsvereiste, niet had kunnen blijven uitoefenen alsof Jomed niet failliet was. Ook het beroep van United Stenting op het in de jurisprudentie van de Hoge Raad ontwikkelde 'toedoencriterium' wees de rechtbank van de hand. Een en ander bracht haar tot de slotsom dat voor zover United Stenting al schade zou hebben geleden als gevolg van het feit dat haar niet om toestemming voor de verkoop van het octrooi was verzocht, dit haar in ieder geval géén boedelvordering opleverde.

De rechtbank trekt de regel uit het Nebula-arrest dus door naar verplichtingen tot een niet-doen en naar mijn mening terecht. De door de Hoge Raad in het Nebula-arrest gebruikte – en door de rechtbank overgenomen – bewoordingen en in het bijzonder de verwijzing naar de *gelijkheid van schuldeisers* dwingen tot de constatering dat ook verplichtingen tot een niet-doen onder de reikwijdte van het arrest zijn begrepen.[233] Mijns inziens bestaat er ook geen goede reden verbintenissen tot een *niet-doen* anders te behandelen dan verbintenissen tot een *dulden.* Ook ten aanzien van verbintenissen tot een niet-doen geldt dat zij niet door de curator behoeven te worden nagekomen indien en voor zover daardoor het verhaal van de gezamenlijke schuldeisers wordt geschaad en dat de wederpartij haar uit die niet-nakoming voortvloeiende aanspraken slechts door indiening ter verificatie geldend kan maken.[234]

Het is interessant even stil te staan bij het beroep van United Stenting op het 'toedoencriterium', op grond waarvan 'een verplichting die is ontstaan als gevolg van een door de curator ten behoeve van de boedel verrichte rechtshandeling' als *boedelschuld* wordt aangemerkt.[235] De Rechtbank Amsterdam grondde haar oordeel dat de schending van de verbintenis om het octrooi niet door te verkopen zonder voorafgaande toestemming géén boedelschuld deed ontstaan, op het feit dat geen sprake was van een verplichting die ontstond als gevolg van een door de curator ten behoeve van de boedel verrichte *rechtshandeling*,[236] zoals in de 'toedoen-jurisprudentie' tot op heden steeds het geval was. Het feit dat geen sprake was van een rechtshandeling is mijns inziens evenwel niet fundamenteel. Door het verrichten van een *feitelijke handeling* kan de curator eveneens

---

233 Zie ook Boekraad 2007, p. 49-50; Van Zanten 2007, p. 48. Vgl. de Toelichting bij het voorontwerp Insolventiewet, Kortmann & Faber 2007, p. 234.

234 In vergelijkbare zin reeds vóór Nebula: Verstijlen 2006a, p. 121-122. Vgl. Polak 1972, p. 330. Zie ook Rb. Amsterdam 2 april 2008, *LJN*: BE9581, waarin werd geoordeeld dat de curator 'niet gebonden is aan bepalingen in de statuten van een failliete vennootschap die de vervreemding van activa van de vennootschap beperken, en ook niet aan overeenkomsten die de failliete vennootschap in dat opzicht heeft gesloten.'

235 Zie laatstelijk HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 617, m.nt. PvS (*Van Galen q.q./Circle Vastgoed*), r.o. 4.3.

236 Zie Rb. Amsterdam 11 juni 2008, *JOR* 2008, 286, r.o. 4.15.

boedelschulden in het leven roepen en overigens ook indien géén handelen maar een *nalaten* aan de orde is.[237]

De reden waarom in de gegeven omstandigheden géén boedelschuld ontstond, is naar mijn mening dat de curator wanpresteerde onder een door de schuldenaar vóór datum faillissement aangegane overeenkomst, die niet door de curator gestand was gedaan. Waar vorderingen die voortvloeien uit de schending van een vóór de faillietverklaring door de schuldenaar op zich genomen verbintenis tot een geven of een doen – door het verrichten van de bewuste handeling na te laten – slechts op de voet van art. 37a Fw kunnen worden geverifieerd, dient hetzelfde te gelden voor vorderingen die ontstaan uit de schending van een verbintenis tot een dulden (Nebula) of een niet-doen, ongeacht of daaraan een rechtshandeling of een feitelijke handeling ten grondslag ligt. Steeds indien van de zijde van de boedel tekort wordt geschoten in de nakoming van door de schuldenaar vóór faillissement op zich genomen verbintenissen ten aanzien waarvan de curator zich niet tot nakoming bereid heeft verklaard, dient dit te resulteren in verifieerbare vorderingen, voor zover zij althans voldoen aan het bepaalde in art. 37a Fw. Een contractuele aansporingsboete die verbeurd raakt als gevolg van het niet nakomen van een verbintenis als hiervoor bedoeld, valt níet onder het toepassingsgebied van art. 37a Fw en constitueert dan ook een niet-verifieerbare schuld.[238]

Naar mijn mening zou overigens *iedere* vordering die als gevolg van een handelen of een nalaten van de curator ontstaat uit hoofde van een door de schuldenaar vóór de intrede van het faillissement gesloten overeenkomst die níet door de curator gestand is gedaan, hooguit een *verifieerbare* schuld behoren op te leveren, dus bijvoorbeeld ook een vordering die ontstaat vanwege de *opzegging* van een overeenkomst door de curator.[239] Dat de Hoge Raad in het beruchte arrest Van Galen q.q./Circle Vastgoed de ontruimingsverplichting die ontstond als gevolg van de opzegging van de huurovereenkomst door de curator (evenals de vordering tot schadevergoeding wegens een tekortkoming in de nakoming van die verplichting) als boedelschuld aanmerkte, is mijns inziens dan ook onjuist.[240]

Indien de curator een verbintenis tot een niet-doen niet nakomt, resteert de wederpartij die niet kan bogen op enigerlei vorm van zekerheid dus niets anders dan het indienen van haar contractuele aanspraken ter verificatie.[241] Zolang de

237 Vgl. Rijckenberg 2009, p. 149.

238 Zie ook Rb. Amsterdam 2 april 2008, *LJN*: BE9581, waarin terecht werd geoordeeld dat de contractuele boete die verbeurd raakte doordat de curator in strijd met een door de schuldenaar vóór datum faillissement aangegane overeenkomst activa verkocht zonder voorafgaande toestemming, géén *boedelschuld* constitueerde. De vraag of zij wél een *verifieerbare* vordering opleverde, kwam in de procedure niet aan de orde. Mijns inziens is dit alleen het geval indien en voor zover de boetevordering een schadevergoedingskarakter heeft en daarmee voldoet aan de criteria van art. 37a Fw; zie nader § 8.4.

239 In dezelfde zin: Verstijlen & Smelt 2008, p. 96-97.

240 Zie over de frictie tussen het Nebula-arrest en het arrest Van Galen q.q./Circle Vastgoed ook Van Zanten 2007, p. 47-48.

241 Indien de curator met de niet-nakoming van een verbintenis tot een niet-doen tegelijkertijd een *onrechtmatige daad* pleegt, roept hij daarmee uiteraard wél een boedelschuld in het leven; vgl. Verstijlen 2006a, p. 122. Zo is bijvoorbeeld denkbaar dat de schending van een concurrentiebeding tevens een ongeoorloofde mededinging oplevert; vgl. Parl Gesch. Boek 6, p. 732. Dat staat evenwel los van het contract. Voor analoge toepassing van het leerstuk van misbruik van wanprestatie, zoals door R.D. Vriesendorp, noot onder Nebula, *AA* 2007, p. 239, is bepleit, is naar mijn mening geen plaats. In dezelfde zin: Slaski 2009, p. 129.

verbintenis echter nog níet is geschonden én geen aanleiding bestaat om te veronderstellen dat in de nakoming zal worden tekortgeschoten, is de wederpartij naar mijn mening níet gerechtigd haar vordering ter zake van de primair verschuldigde prestatie te verifiëren. Het zou in mijn ogen ten opzichte van de schuldenaar noch jegens diens gezamenlijke schuldeisers redelijk zijn dat het faillissement de schuldeiser van een verbintenis tot een niet-doen de mogelijkheid zou bieden zijn vordering te kapitaliseren en zo de schuldenaar te dwingen de verschuldigde prestatie (gedeeltelijk) af te kopen, zonder dat op enig moment sprake is geweest van een tekortkoming en die ook niet is te verwachten.[242] Een schuldeiser die zijn vordering niet kan omzetten in een vordering tot schadevergoeding, behoort evenmin de bevoegdheid toe te komen die vordering voor haar op de voet van art. 133 Fw geschatte waarde te doen verifiëren.[243] Indien aan de verplichting een overeenkomst ten grondslag ligt die onder de reikwijdte van art. 37 Fw is begrepen, kan de wederpartij de curator wél de daarin voorziene termijn stellen. Verklaart de curator zich niet tijdig tot nakoming bereid, dan treden in de regel de gevolgen van niet-nakoming in.[244] De wederpartij kan haar vordering dan omzetten in een vordering tot vervangende schadevergoeding of de overeenkomst ontbinden en haar daaruit voortvloeiende aanspraken ter verificatie indienen. Doet de curator de overeenkomst gestand, dan krijgen de aanspraken van de wederpartij de status van *boedelschuld* en is verificatie niet langer aan de orde.

Voor het Belgische recht is door Dirix verdedigd dat de curator zich niets gelegen hoeft te laten liggen aan overeenkomsten die langs obligatoire weg de beschikkingsbevoegdheid van de eigenaar beogen te beperken, zoals een vervreemdingsverbod of een recht van voorkeur.[245] Dit is in lijn met een arrest van het Gentse hof van beroep uit 2009, waarin werd geoordeeld dat de curator bij de verkoop van tot de boedel behorende stukken grond niet gebonden was aan een beding dat die verkoop van de toestemming van de stad Antwerpen als voormalig eigenaar afhankelijk maakte.[246] Iets anders geldt volgens Dirix echter voor geheimhoudings- en concurrentiebedingen. Een insolventieprocedure kan naar zijn mening nooit de strekking hebben dat de curator zich hieraan niet behoeft te storen, waarbij hij er onder meer op wijst dat door nakoming de boedel niet wordt geschaad en ook een 'verschoonbaarverklaring' van de debiteur er niet toe kan leiden dat hij van deze verplichtingen wordt bevrijd.[247]

Dit laatste lijkt mij ook naar Nederlands recht juist. Geheimhoudingsverplichtingen en concurrentiebedingen worden niet gesaneerd door de verlening van een 'schone lei' en ook niet bij de totstandkoming van een akkoord.[248] Hetzelfde geldt voor alle andere verbintenissen tot een niet-doen, omdat zij niet voor hun op

242 Zie ook § 4.8.2.2.
243 Anders: Van Opstall 1966, p. 431-432.
244 Zie art. 6:80 BW, waarover § 3.3.5.2.2.
245 Zie Dirix 2010a, p. 149-150.
246 Zie Hof Gent 16 april 2009, *R.W.* 2009-10, p. 1474-1479. Op onduidelijke gronden oordeelde het hof echter tegelijkertijd dat het door de voormalig eigenaar gemaakte beding dat de prijs bij doorverkoop niet hoger mocht zijn dan de aan haar betaalde koopprijs, wél aan de curator kon worden tegengeworpen. Zie de kritiek op het arrest van Jansen & Storme 2010, p. 1482-1483. Vgl. Dirix 2010a, p. 150.
247 Zie Dirix 2003, p. 211; Dirix 2010a, p. 171. Zie ook Zenner & Peeters 2004, p. 501.
248 Zie § 4.8.2.2.

de voet van art. 133 Fw geschatte waarde kunnen worden geverifieerd. Worden zij echter geschonden of bestaat daartoe gegronde vrees en gaat de schuldeiser van de verbintenis om die reden over tot het vorderen van schadevergoeding, dan wordt díe vordering uiteraard wél door de werking van een 'schone lei' of een akkoord getroffen. De stelling van Dirix dat de boedel door de nakoming van een geheimhoudings- of concurrentiebeding niet zou worden geschaad, is naar mijn mening in zijn algemeenheid níet juist. Zij miskent dat dergelijke verplichtingen de curator in zijn beheer kunnen beperken, bijvoorbeeld indien hij de door de gefailleerde gedreven onderneming voortzet.[249]

Het voorontwerp Insolventiewet
In de Toelichting bij het voorontwerp Insolventiewet wordt – onder verwijzing naar het Nebula-arrest – opgemerkt dat de bewindvoerder niet gehouden is verbintenissen van de schuldenaar tot een niet-doen na te komen, zoals bijvoorbeeld verbintenissen uit hoofde van een concurrentiebeding of een geheimhoudingsbeding.[250]

5.5 De kwalitatieve verplichting

In de voorafgaande paragrafen kwam aan de orde dat het recht van de curator op wanprestatie zich in beginsel tot *alle* verbintenissen uitstrekt, ongeacht of daaruit voor de schuldenaar positieve of negatieve verplichtingen voortvloeien. Enerzijds betekent dit dat de curator ook het recht heeft verplichtingen tot een dulden of een niet-doen te schenden en anderzijds dat een dergelijke schending tot gevolg heeft dat de wederpartij haar contractuele aanspraken in beginsel slechts via de verificatievergadering geldend kan maken. Uitzonderingen op deze regel zijn mogelijk, maar alleen indien dat uit de wet c.q. uit het systeem van de wet volgt. In deze paragraaf komt de vraag aan de orde of de regeling van de kwalitatieve verplichting in art. 6:252 BW – die zowel een dulden als een niet-doen tot inhoud kan hebben – tot het maken van een uitzondering noopt.

Art. 6:252 lid 1 BW creëert de mogelijkheid om bij overeenkomst te bedingen dat verplichtingen tot een dulden of een niet-doen met betrekking tot een registergoed zullen overgaan op rechtsopvolgers onder bijzondere titel en dat mede gebonden zullen zijn partijen die van de rechthebbende een recht tot gebruik verkrijgen, zoals huurders, pachters, erfpachters of vruchtgebruikers. Hiertoe is op grond van lid 2 vereist dat de overeenkomst in een notariële akte wordt neergelegd, gevolgd door inschrijving in de openbare registers. Het beding heeft ingevolge lid 3 onder meer géén werking jegens anterieure beslagleggers.[251] Is een tegenprestatie overeengekomen, dan gaat bij overgang van de verplichting

249 In dezelfde zin: Verstijlen 2006a, p. 121.
250 Zie Kortmann & Faber 2007, p. 234.
251 Zie art. 6:252 lid 3 sub b BW. Hetzelfde geldt voor partijen die vóór de inschrijving onder bijzondere titel een recht op het goed of tot gebruik van het goed hebben verkregen (lid 3 sub a) en voor partijen die hun recht hebben verkregen van iemand die op grond van lid 3 sub a of b niet aan de verplichting gebonden was (lid 3 sub c).

ook het recht op de tegenprestatie mee over (lid 4). Een uitzondering geldt voor verplichtingen die een beperking van de bevoegdheid tot vervreemding of bezwaring behelzen: zij kunnen op grond van lid 5 níet kwalitatief worden gemaakt.[252]

In art. 35a Fw is bepaald dat indien een beding in de zin van art. 6:252 BW op datum faillissement nog niet in de openbare registers is ingeschreven, de curator het registergoed ten aanzien waarvan het is gemaakt, vrij van het beding overeenkomstig art. 101 of 176 Fw kan verkopen. A contrario volgt hieruit dat het beding bij verkoop door de curator wél standhoudt indien op datum faillissement reeds aan alle formaliteiten is voldaan. In zoverre is de curator dan aan de kwalitatieve verplichting gebonden. Art. 35a Fw zegt niets over de situatie dat de curator de zaak níet verkoopt, maar aan een derde in gebruik geeft. Naar ik aanneem, is hier sprake van een omissie en heeft de wetgever niet beoogd deze situatie van het toepassingsgebied van art. 35a Fw uit te sluiten. Is op de voet van art. 6:252 lid 1 BW bedongen dat (ook) partijen die een recht van gebruik verkrijgen aan de verplichting gebonden zullen zijn, dan geldt dit naar mijn mening ook indien zij dat recht van de curator krijgen, althans indien de verplichting vóór faillissement in de openbare registers was ingeschreven.[253]

Over de vraag of de curator aan de verplichting is gebonden in de periode vanaf datum faillissement tot aan het moment van verkoop laat de regeling van art. 35a Fw eveneens niets los. De memorie van toelichting bij art. 35a Fw stelt dat het artikel er 'in overeenstemming met de memorie van antwoord op [art. 6:252 BW]' vanuit gaat dat een beding als daar bedoeld 'in geval van faillissement van de schuldenaar in beginsel ook aan de curator kan worden tegengeworpen'.[254] In de memorie van antwoord op art. 6:252 BW wordt vermeld dat voor de hand ligt 'dat ook de faillissementscurator aan bedingen die vóór het faillissement zijn ingeschreven, is gebonden'.[255] In de literatuur is op basis van deze passages wel geconcludeerd dat de curator in de visie van de wetgever in zijn algemeenheid gehouden zou zijn een tijdig ingeschreven kwalitatieve verplichting na te leven, dus ook in de periode dat het daarmee belaste registergoed zich nog in de boedel bevindt.[256] Bij nadere bestudering van de parlementaire geschiedenis blijkt die conclusie echter moeilijk houdbaar.

In de eerste plaats betrof de geciteerde passage uit de memorie van antwoord een reactie op het Voorlopig verslag van de vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer, waarin de Commissie onder meer had gesteld dat er naar haar oordeel geen reden was om de *schuldenaar* gedurende het faillissement niet aan de verplichting gebonden te achten zolang het registergoed zich nog in de boedel bevond, maar dat de verplichting bij *verkoop* door de curator diende te

252 Vgl. art. 3:83 BW.
253 In het vervolg van deze paragraaf ga ik er omwille van de eenvoud vanuit dat de kwalitatieve verplichting louter betrekking heeft op de verkoop en overdracht van het daarmee belaste registergoed. Voor de situatie dat is bedongen dat (ook) partijen die een gebruiksrecht krijgen aan de verplichting gebonden zijn, geldt het door mij gestelde evenwel *mutatis mutandis*.
254 Zie Kortmann & Faber 1995, p. 87.
255 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 946.
256 In deze zin: Slaski 2009, p. 123-124. Vgl. Van Galen 2007, p. 293.

vervallen.[257] Over een mogelijke gebondenheid van de *curator* gedurende de periode voorafgaand aan een eventuele verkoop werd in het verslag met geen woord gerept. Het ligt dan ook in de rede aan te nemen dat het antwoord dat de curator wél gebonden zou moeten zijn, alleen op de situatie bij *verkoop* betrekking heeft.

In de tweede plaats is van belang dat de reactie in de memorie van antwoord is gegeven in het kader van een bespreking van het derde lid van het voorgestelde art. 6.5.3.4, welke bepaling overeenkomt met het huidige art. 6:252 lid 3 BW. Na te hebben vastgesteld dat de kwalitatieve verplichting bij executie door een beslaglegger alleen standhoudt indien het beslag ná inschrijving van de verplichting is gelegd, vervolgt de memorie van antwoord dat dan voor de hand ligt dat ook de faillissementscurator aan vóór het faillissement ingeschreven bedingen gebonden is en dat ter gelegenheid van de Invoeringswet nader zou moeten worden bezien welke bepalingen in de Faillissementswet in dit verband nodig zouden zijn.[258] Dit heeft uiteindelijk geleid tot de invoering van art. 35a Fw. Goed beschouwd vormt de regeling van art. 35a Fw dus niet meer dan een logisch complement op art. 6:252 lid 3 BW.[259] Met de eventuele gebondenheid van de curator in de periode voorafgaand aan een executieverkoop heeft dit alles echter niets van doen.

De parlementaire geschiedenis biedt dus géén aanknopingspunten voor het oordeel dat de curator gehouden zou zijn een kwalitatieve verplichting na te leven zolang het registergoed waarop de verplichting rust zich nog in de boedel bevindt.[260] Ook uit de wettelijke regeling van de kwalitatieve verplichting vloeit een dergelijke gehoudenheid mijns inziens niet voort. Het enkele feit dat aan de verplichting een *droit de suite* is verbonden dat ook geldt indien de overdracht door de curator tot stand wordt gebracht, rechtvaardigt nog geen 'separatistenpositie' in faillissement.[261] Bedacht moet worden dat de zakelijke werking hier slechts contractueel is bepaald en niet – zoals bijvoorbeeld bij de huur van woon- en bedrijfsruimte[262] – dwingendrechtelijk is voorgeschreven. Het belang van de gerechtigde tot een kwalitatieve verplichting bij continuïteit weegt in zijn algemeenheid niet op tegen het belang van de gezamenlijke schuldeisers, evenmin als dat bij huur met betrekking tot roerende zaken, ongebouwd onroerend goed en vermogensrechten het geval is.[263] In de periode vóór overdracht is de gerechtigde tot de verplichting niet meer dan een concurrent schuldeiser die in faillissement als zodanig dient te worden behandeld. Conform de hoofdregel heeft

257 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 940.
258 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 946.
259 In dezelfde zin: Beversluis 2009, p. 218. Dat de wetgever met de regeling van art. 35a Fw heeft beoogd aan te sluiten bij art. 6:252 lid 3 BW kan mijns inziens ook worden afgeleid uit het feit dat art. 35a Fw slechts rept van *verkoop* door de curator op de voet van art. 101 of 176 Fw. In geval van beslag is *verkoop* immers de enige handeling waartegen de gerechtigde tot een kwalitatieve verplichting dient te worden beschermd. In faillissement dient zij echter – zoals hiervoor al aan de orde kwam – ook te worden beschermd tegen de *ingebruikgeving* van het goed door de curator.
260 De parlementaire geschiedenis biedt veeleer aanknopingspunten voor het tegendeel. Zie bijvoorbeeld het Voorlopig verslag van de vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer, Parl. Gesch. Boek 6, p. 939.
261 Anders: Van Galen 2007, p. 293.
262 Zie art. 7:226 lid 4 BW. Hetzelfde geldt op grond van art. 7:361 jo 7:399 BW bij pacht.
263 Zie § 5.3.1.2.3.

de curator dus het recht om de nakoming van een kwalitatieve verplichting te frustreren.[264]

In haar dissertatie is door Van Oostrom-Streep een genuanceerde benadering verdedigd. Ook zij stelt als regel voorop dat de curator niet gehouden is de verplichting na te komen zolang het betreffende registergoed zich in de boedel bevindt, maar meent dat een uitzondering dient te worden aanvaard voor situaties waarin de schending van de verplichting deze reeds vóór het moment van overdracht feitelijk illusoir zou maken. Zij geeft daarbij als voorbeeld de overtreding van een sloopverbod. In een dergelijk geval is de curator volgens Van Oostrom-Streep op grond van de ratio van art. 35a Fw tóch tot nakoming gehouden.[265]

Voor het door Van Oostrom-Streep gemaakte onderscheid bestaat naar mijn mening geen grond. Art. 35a Fw bepaalt slechts dat een tijdig ingeschreven kwalitatieve verplichting bij overdracht door de curator niet vervalt, zoals dat ook bij overdracht door een posterieure beslaglegger het geval is.[266] Zij legt op de curator níet de plicht ervoor zorg te dragen dat de verplichting na overgang nog reële betekenis heeft. De partij die een sloopverbod bedingt, loopt ook buiten faillissement steeds het risico dat dit verbod – door de schuldenaar – wordt overtreden, als gevolg waarvan de bedongen rechtsovergang betekenisloos wordt.[267] Dat is nu eenmaal inherent aan deze categorie verplichtingen. Naar mijn mening is de curator steeds wanneer het belang van de gezamenlijke schuldeisers dat vergt, gerechtigd een kwalitatieve verplichting te schenden, ongeacht of de verplichting daardoor permanent wordt gefrustreerd. Iets anders is dat indien de curator de verplichting schendt met als enige doel om de in art. 35a Fw besloten liggende waarborg te frustreren, hij mogelijk onrechtmatig handelt en een boedelschuld in het leven roept, maar dat doet aan het feit dat hij in beginsel *recht op wanprestatie* heeft niets af.

Het voorontwerp Insolventiewet

Tot slot nog enige aandacht voor het voorontwerp Insolventiewet. In art. 3.6.17 – het equivalent van het huidige art. 35a Fw – is bepaald dat

> '[i]ndien een beding als bedoeld in artikel 252 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot een goed van de schuldenaar op het tijdstip van de insolventverklaring nog niet in de openbare registers was ingeschreven, inschrijving niet meer geldig [kan] geschieden'.

Hoewel de formulering volgens de Toelichting slechts is aangepast om duidelijk te maken dat geen derdenwerking meer kan worden bewerkstelligd maar de verplichting van de schuldenaar ten opzichte van zijn wederpartij blijft bestaan,[268]

---

264 Zie ook Van Zanten 2007, p. 48-49; Wibier 2008; p. 447-448; Beversluis 2009, p. 217-218. Vgl. Smelt 2006, p. 116; Vonck 2010, p. 52. Anders: Wessels Insolventierecht VII 2010, par. 7061; Van Galen 2007, p. 293; Slaski 2009, p. 124.
265 Zie Van Oostrom-Streep 2006, p. 164-165.
266 Zie art. 6:252 lid 3 sub b BW.
267 Vgl. Beversluis 2009, p. 218.
268 Zie Kortmann & Faber, p. 271.

heeft de gewijzigde redactie mijns inziens als bijkomend voordeel dat niet langer onduidelijkheid kan bestaan over het toepassingsgebied van de bepaling, doordat de beperking tot *verkoop*situaties is komen te vervallen. Het artikel sluit in dit opzicht volledig aan bij art. 6:252 BW.

In afwijking van de hiervoor door mij voor het huidige recht verdedigde regels worden in art. 5.1.1 lid 2 sub h vorderingen uit hoofde van een tijdig ingeschreven kwalitatieve verplichting in de zin van art. 6:252 BW als *boedelschuld* aangemerkt. In de Toelichting wordt dit als volgt gemotiveerd:

> 'Uit de wettelijke regeling [van art. 6:252 BW] vloeit voort dat deze verplichtingen na overdracht of ingebruikgeving van het registergoed waarop zij betrekking hebben, mede voor de verkrijger of gebruiksgerechtigde zullen gelden. Deze gebondenheid geldt ook als de bewindvoerder het registergoed overdraagt of in gebruik geeft. Gelet hierop ligt het in de rede dat ook de bewindvoerder zelf aan de kwalitatieve verbintenis gebonden dient te zijn. Hij zal zich derhalve moeten onthouden van handelingen waardoor de positie van de schuldeiser van de kwalitatieve verbintenis voorafgaand aan vervreemding of ingebruikgeving zou worden uitgehold.'[269]

De laatste zin van deze passage zou de gedachte kunnen doen postvatten dat commissie een genuanceerde benadering à la Van Oostrom-Streep voorstaat. De tekst van art. 5.1.1 lid 2 sub h in samenhang met de rest van passage laat naar mijn mening echter geen andere conclusie toe dan dat de bewindvoerder steeds gebonden is, ook indien de schending van de betreffende verplichting mogelijk is zonder dat de positie van de schuldeiser voorafgaand aan een mogelijke vervreemding of ingebruikgeving wordt uitgehold. Mijns inziens bestaat voor die gebondenheid onvoldoende rechtvaardiging.

Hier komt bij dat het in volle omvang honoreren van het recht van de crediteur uit een kwalitatieve verplichting niet goed te rijmen valt met de wijze waarop onder de regeling van het voorontwerp Insolventiewet wordt omgesprongen met de huurder van roerende zaken en ongebouwd onroerend goed. Waar deze huurder zich in tijden van solventie op een *droit de suite* kan beroepen, wordt hem dat tijdens insolventie juist ontnomen.[270] In het verlengde daarvan is de bewindvoerder dan ook niet gehouden het gebruik van het gehuurde te dulden. Voor dit verschil in bejegening zie ik evenmin rechtvaardiging.[271]

Tot slot wijs ik er nog op dat de gehoudenheid van de curator op grond van art. 5.1.1 lid 2 sub h niet meer dan een *concurrente* boedelschuld oplevert, hetgeen vragen oproept omtrent de positie van de desbetreffende crediteur indien de boedel niet voldoende middelen bevat om alle boedelschulden te betalen.[272] Ook

---

269 Zie Kortmann & Faber 2007, p. 313.

270 Zie art. 3.4.6 lid 3, waarover § 5.3.1.2.6 hiervoor.

271 Zij leidt bovendien tot de nogal wonderlijke consequentie dat de huurder van ongebouwd onroerend goed – die op grond van art. 7:226 BW dus van rechtswege een *droit de suite* heeft – er verstandig aan lijkt te doen om aan de hoofdverplichting van de verhuurder het gebruik te dulden 'nogmaals' zakelijke werking te verlenen door deze neer te leggen in een kwalitatieve verplichting. Daarmee kan dan worden bereikt dat de huur alsnog 'insolventieproof' wordt. Het feit dat huurovereenkomsten op grond van art. 3:17 lid 2 BW op zichzelf niet vatbaar zijn voor inschrijving in de openbare registers staat hieraan mijns inziens niet in de weg. Zie ook Van Zanten 2008a, p. 70.

272 Zie Van Zanten 2008a, p. 70; Verstijlen 2008b, p. 574.

door de Commissie insolventierecht is dit gesignaleerd. In de slotbrief van de voorzitter van de commissie wordt aan de (toenmalige) minister in overweging gegeven aan deze aanspraken ook in het kader van de afwikkeling van een negatieve boedel een hoge voorrang toe te kennen.[273]

5.6 Naar een bijzonder insolventierechtelijk beëindigingsrecht?

Ingeval de curator ervoor kiest van zijn *recht op wanprestatie* gebruik te maken, heeft dat als zodanig niet het einde van de overeenkomst tot gevolg. De overeenkomst met de schuldenaar blijft doorlopen, totdat zij door de wederpartij – door ontbinding of op andere grondslag – wordt beëindigd. Voor de wederpartij zal hiertoe echter veelal geen aanleiding bestaan. Ook zonder dat het contract eindigt, kan zij voor de schade die zij door de wanprestatie lijdt op de voet van art. 37a Fw in het faillissement opkomen, terwijl zij er in de regel evenmin belang bij heeft zich van haar eigen verplichtingen te bevrijden. Met het eindigen van het faillissement houdt de schuldenaar-rechtspersoon doorgaans op te bestaan, als gevolg waarvan de overeenkomsten waarbij hij partij is hun betekenis verliezen.

Soms kan het voortbestaan van het contract de wederpartij bovendien voordeel brengen, bijvoorbeeld omdat dit haar de mogelijkheid biedt met een vordering tot nakoming in de verificatievergadering mee te lopen die hoger is dan de vordering die haar zou resteren na ontbinding,[274] of de marktprijs van de door één van de partijen te verrichten prestaties zich in haar voordeel ontwikkelt.[275] Ook is denkbaar dat de wederpartij er belang bij heeft haar eigen contractuele verplichtingen na te komen, omdat zij ter zake van de tegenprestatie verhaal heeft op een door de schuldenaar gestelde zekerheid[276] of op een derde. In al die gevallen waarin nakoming haar vermogenspositie (vrijwel) niet aantast, lijkt er voor de wederpartij sowieso weinig reden te bestaan de overeenkomst te beëindigen, ook niet indien zij de tegenprestatie in het geheel niet binnen faillissement kan verhalen. Leidt de schuldenaar na afloop van het faillissement nog een reëel bestaan, dan kan hij alsnog tot nakoming worden aangesproken, zowel voor tijdens het faillissement verrichte prestaties, als voor de periode daarna. Men denke in dit verband bijvoorbeeld aan servicecontracten op basis waarvan de wederpartij op afroep beschikbaar is, aan telefonie- en internetcontracten en aan het geval dat aan de schuldenaar een niet-exclusieve licentie is verstrekt.[277]

De hier geschetste potentiële consequenties van het voortbestaan van een contract dat de curator niet wil nakomen, zijn mijns inziens weinig aansprekend. Zo spreekt niet aan dat de wederpartij een overeenkomst in de lucht houdt waarvan de curator heeft aangegeven daarbij geen belang te hebben, louter om haar positie in faillissement – ten detrimente van de gezamenlijke schuldeisers – te

273 Zie de Slotbrief van de voorzitter van de Commissie insolventierecht d.d. 23 juli 2009, p. 12, te raadplegen via www.rijksoverheid.nl.
274 Zie hierover § 4.7.4.3.
275 Zie hierover § 4.7.4.2.4.
276 Zie hierover § 4.7.4.4.
277 Zie ook Van Hees & Slaski 2008, p. 290.

verstevigen. Ook kan men zich afvragen of het rechtvaardig is de schuldenaar na het eindigen van het faillissement te confronteren met verplichtingen die zijn ontstaan in een periode waarin hij daaraan als gevolg van het faillissement niet kon voldoen en hij vaak ook niet kon profiteren van de daarmee corresponderende prestaties.[278] Doordat de hier bedoelde schulden ná de intrede van het faillissement ontstaan, kunnen zij bovendien niet onder de werking van een akkoord worden gebracht. Evenmin worden zij gesaneerd bij de verlening van een 'schone lei'.[279] De schuldenaar die zojuist van diens (overige) schulden is bevrijd, wordt dan dus wederom opgezadeld met schulden die hij niet (direct) kan voldoen. Tot slot kan ook het feit dat vóór de ingang van de procedure gesloten overeenkomsten de schuldenaar ook na afloop ervan binden problematisch zijn indien de insolventie juist (mede) was veroorzaakt doordat de schuldenaar op voor hem te bezwarende condities met de betreffende partijen had gecontracteerd.

Dit alles roept de vraag op of niet binnen het insolventierecht de mogelijkheid zou moeten worden gecreëerd om door de schuldenaar gesloten contracten in voorkomende gevallen te beëindigen.[280]

De Commissie-Mijnssen

Deze vraag is reeds in 1989 door de Commissie-Mijnssen onder ogen gezien.[281] Zij was van oordeel dat aan de schuldenaar en de bewindvoerder in surseance het recht zou moeten worden toegekend om een vóór de ingang van de procedure gesloten overeenkomst eenzijdig te beëindigen. Voorts gaf de commissie in overweging eenzelfde bevoegdheid aan de curator in faillissement toe te kennen. Voor als gevolg van de voortijdige beëindiging te lijden schade diende de wederpartij naar het oordeel van de commissie in de procedure te kunnen opkomen alsof de vordering tot schadevergoeding met de ingang van de procedure reeds bestond. De commissie gaf hierbij te kennen zich te realiseren dat de omvang van de schade in geval van een beëindiging van het contract op zichzelf niet zo veel behoefde te verschillen van de vordering die de wederpartij toekwam indien van de zijde van de boedel werd besloten de overeenkomst niet verder uit te voeren. Zij achtte echter niettemin gewenst dat de schuldenaar en de bewindvoerder de mogelijkheid zouden krijgen om 'in het belang van de boedel' overeenkomsten te beëindigen, niet alleen

> 'omdat daarmee […] duidelijkheid wordt geschapen, maar ook omdat daarmee kan worden tegengegaan dat van de schuldenaar en de bewindvoerder reële nakoming zou kunnen worden verlangd, althans om te bereiken dat, voor zover die bevoegdheid nakoming te vragen onder het moratorium zou zijn opgeschort, door de overeenkomst te ontbinden een eventuele vordering tot schadevergoeding niet onnodig hoog oploopt.'[282]

278 Ook indien de wederpartij de mogelijkheid had een derde aan te spreken, zal de schuldenaar in de regel (indirect) met de hier bedoelde schulden worden geconfronteerd, doordat de derde jegens hem een regresrecht heeft.

279 Zie art. 358 lid 1 jo art. 299 lid 1 Fw.

280 Zie voor een bevestigende beantwoording: Verstijlen 2006a, p. 113 en p. 118; Van Hees en Slaski 2008, p. 291-292. Vgl. P. van Schilfgaarde, noot onder HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155 (*Nebula*), onder 7.

281 Zie het rapport van de Commissie-Mijnssen, p. 162-164.

282 Zie het rapport van de Commissie-Mijnssen, p. 164.

De Commissie-Mijnssen zag dus met name iets in een bijzonder beëindigingsrecht vanwege de potentiële consequenties van het voortbestaan van de overeenkomst *binnen* de procedure. Wat zij precies op het oog had met 'het tegengaan dat van de schuldenaar en de bewindvoerder reële nakoming zou kunnen worden verlangd' wordt in het rapport verder niet toegelicht. Mogelijk wordt hier gedoeld op situaties waarin de wederpartij nakoming verkrijgt buiten de curator om, situaties die thans worden bestreken door de regel uit het Nebula-arrest.[283] Hoe dat ook zij, de voorstellen van de Commissie-Mijnssen die betrekking hadden op de surseance van betaling – en dus ook het voorstel om een bijzonder beëindigingsrecht in het leven te roepen – hebben het uiteindelijk niet tot een wetsvoorstel gebracht.[284]

België; de Wet Continuïteit Ondernemingen

In het kader van de totstandkoming van de Belgische Wet Continuïteit Ondernemingen heeft de vraag of de schuldenaar met het oog op het welslagen van de reorganisatie een bijzonder beëindigingsrecht moest worden toegekend tot een uitgebreide gedachtewisseling aanleiding gegeven.[285] Door de commissie die belast was met het opstellen van een voorontwerp werd – ondanks de nodige bedenkingen zijdens de Raad van State – een beëindigingsrecht *sui generis* opgenomen, hetgeen als volgt werd toegelicht:

> 'Om de reorganisatie te doen slagen, kan het noodzakelijk zijn dat de schuldenaar niet wordt gedwongen, alle overeenkomsten voort te zetten: die verplichting zou de kansen op herstel tenietdoen. De schuldenaar zal natuurlijk onvermijdelijk een schuld hebben ten aanzien van zijn contractant wegens het gevolg van het niet-uitvoeren van het contract, maar dat is beter dan dat hij ertoe wordt gedwongen, een overeenkomst te moeten uitvoeren die de onderneming in moeilijkheden brengt. Deze bepaling is een bepaling die specifiek is voor de gerechtelijke reorganisatie en zij moet in die context worden begrepen. Het is ook zo dat dit recht alleen moet worden verleend in de mate dat de beslissing om te beëindigen onontbeerlijk is voor het overleven van de onderneming of een activiteit. Er kan geen sprake zijn van het beëindigen van contracten in deze context, gewoon om de rentabiliteit van de onderneming te verhogen: dat zou misbruik zijn.'[286]

De door de commissie voorgestelde bepaling heeft de eindstreep niet ongeschonden gehaald. De regeling, althans een afgezwakte variant daarvan, is neergelegd in art. 35 § 2 lid 1 WCO, op grond waarvan de schuldenaar

> 'ook bij ontstentenis van [een] contractuele bepaling in deze zin, [kan] beslissen een lopende overeenkomst *niet langer uit te voeren* voor de duur van de opschorting […], op voorwaarde dat die *niet-uitvoering* noodzakelijk is om een reorganisatieplan te kunnen voorstellen aan de schuldeisers of om de overdracht onder gerechtelijk gezag mogelijk te maken'.

283 Zie HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. PvS, waarover § 5.2.1.
284 Zie over de voorstellen van de Commissie-Mijnssen ook § 7.4.1 en § 7.7.
285 Zie Zenner 2009, p. 104.
286 Zie Zenner 2009, p. 106.

Indien de schuldenaar een beroep doet op deze bepaling, kan de wederpartij voor de schade die zij daardoor lijdt op de voet van art. 35 § 2 lid 2 WCO in de procedure opkomen.

Dirix en Jansen stellen dat de ratio van deze bepaling is dat de debiteur zich dient te kunnen *ontdoen* van onrendabele of verlieslatende overeenkomsten, waarbij in hun optiek als criterium kan worden gehanteerd of de overeenkomst in kwestie onder marktconforme condities is gesloten.[287] Uit de door mij cursief gemaakte bewoordingen van art. 35 § 2 lid 1 WCO lijkt evenwel te volgen dat de schuldenaar – die onder de WCO steeds als *debtor in possession* aan het roer staat – uiteindelijk toch géén *beëindigingsrecht* tot zijn beschikking heeft gekregen, maar een *recht op wanprestatie* voor de duur van de periode van opschorting.[288] Door sommige schrijvers wordt er om deze reden op gewezen dat het praktische toepassingsgebied van de bepaling wel erg gering is.[289] Hurner en Ouchinsky reppen zelfs van 'une coquille vide'.[290] Anderen wijzen er daarentegen op dat een beslissing tot niet-uitvoering op de voet van art. 35 § 2 lid 1 WCO in de regel *de facto* het einde van de overeenkomst zal inluiden,[291] in die zin dat de wanprestatie vaststaat en de wederpartij zo nodig de ontbinding van de overeenkomst in rechte kan laten vaststellen.[292]

Bijzonder veel inspiratie voor de vormgeving van een insolventierechtelijk beëindigingsrecht biedt dit alles niet. Op zichzelf lijkt mij juist dat de uitoefening door de curator van zijn *recht op wanprestatie* in veel gevallen *de facto* het einde van de overeenkomst zal betekenen, omdat de wederpartij haar ontbindt of op andere grondslag beëindigt, of de contractuele relatie eenvoudigweg als geëindigd beschouwt en overgaat tot de orde van de dag. Maar in sommige gevallen zal dit niet zo zijn en levert het voorbestaan van de overeenkomst problemen op, zoals aan de orde kwam aan het begin van deze paragraaf.

Opvallend is dat de Commissie-Mijnssen bij haar voorstel tot de invoering van een bijzondere beëindigingsbevoegdheid met name de belangen van de *schuldeisers* (de boedel) voor ogen had, terwijl onder de Belgische regeling veeleer de overlevingskansen van de *schuldenaar* centraal lijken te staan. Mijns inziens zijn er goede argumenten voor de introductie van een insolventierechtelijk beëindigingsrecht dat ter bescherming van zowel het belang van de gezamenlijke schuldeisers, als de belangen van de schuldenaar kan worden ingezet. In de eerste plaats dienen de *schuldeisers* te worden beschermd tegen tactisch gebruik van de overeenkomst door de wederpartij teneinde haar positie in de *concursus* te

287 Zie Dirix & Jansen 2010, p. 190. Bij gelegenheid van de totstandkoming van de Wet op het gerechtelijk akkoord van 1997 – de voorganger van de WCO – werd een amendement waarin werd voorgesteld om de mogelijkheid te openen om bepaalde voor de schuldenaar ronduit nadelige overeenkomsten buiten werking te stellen nog verworpen, omdat dit op een onaanvaardbare wijze zou raken aan de wilsautonomie van de partijen; zie Leunen 1998, p. 486, met verwijzing.

288 Zie Dirix 2010a, p. 157-158; Dirix & Jansen 2010, p. 191; Verougstraete 2010, p. 159-160.

289 Zie bijvoorbeeld Brijs 2009, p. 698, die zich echter tegelijkertijd afvraagt of de wetgever niet bedoeld heeft een beëindigingsrecht in het leven te roepen, in welk geval men aanvaardt dat de bewoordingen 'voor de duur van de opschorting' in art. 35 § 2 lid 1 WCO geen betekenis hebben.

290 Zie Hürner en Ouchinsky 2009, p. 247.

291 Zie Verougstraete 2010, p. 160.

292 Zie Dirix 2010a, p.157.

verbeteren, waarvan aan het begin van deze paragraaf een aantal voorbeelden is gegeven. In de tweede plaats dient de *schuldenaar* te worden beschermd tegen het ontstaan van schulden die niet worden gesaneerd in een akkoord of bij de verlening van een 'schone lei'. Hiernaast moet worden vermeden dat hij na afloop van de procedure zou kunnen worden genoodzaakt tot het nakomen van overeenkomsten die voor hem zodanig bezwaarlijk zijn dat zij hem opnieuw naar de rand van de afgrond zullen brengen of die betrekking hebben op prestaties waaraan hij in verband met de reorganisatie van zijn onderneming geen behoefte meer heeft of die hij om die reden juist zelf niet meer in staat is te verrichten.

Hoe dient dit recht dan vorm te krijgen? Met Van Hees en Slaski meen ik dat in de rede ligt de curator de bevoegdheid toe te kennen door de schuldenaar aangegane overeenkomsten te ontbinden, steeds indien hij van oordeel is dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers of dat van de schuldenaar daarmee is gediend.[293] In verband met de ingrijpende aard van een dergelijke bevoegdheid zou ik denken dat de curator voor de uitoefening ervan steeds toestemming van de rechter-commissaris behoeft, waarbij de schuldenaar en de wederpartij dan in de gelegenheid dienen te worden gesteld hun eventuele bezwaren naar voren te brengen. In beginsel lijken mij de belangen van de wederpartij evenwel afdoende beschermd door de mogelijkheid om voor de door haar te lijden schade in het faillissement op te komen.[294]

In de Verenigde Staten lijkt een zekere tendens te bestaan om insolventieprocedures uit te lokken teneinde op eenvoudige wijze van langlopende contracten af te komen, hetgeen Westbrook ertoe heeft gebracht te verzuchten:

> 'If people continue to view bankruptcy as a device for painless avoiding commercial contracts, then it will be transformed from a hospital for treating troubled companies into a morgue for commercial expectations.'[295]

Halen wij diezelfde problemen in huis indien een insolventierechtelijk beëindigingsrecht zou worden geïntroduceerd? Ik geloof dat het zo'n vaart niet zal lopen. De bedoelde problematiek lijkt zich in de Verenigde Staten hoofdzakelijk voor te doen in procedures onder *Chapter 11*, waarin de benoeming van een *trustee* een uitzondering is en de schuldenaar in de regel als *debtor in possession* aan het roer blijft staan.[296] Die situatie kan zich in Nederland niet voordoen. De betrokkenheid van een onafhankelijke bewindvoerder of curator en het toezicht van de rechter-commissaris bieden in dit kader mijns inziens voldoende waarborgen om misbruik tegen te gaan.

---

293 Zie Van Hees & Slaski 2008, p. 291-292, die hun opmerkingen maakten naar aanleiding van de verschijning van het voorontwerp Insolventiewet en om die reden repten van de toekenning van een ontbindingsrecht aan de *bewindvoerder.*

294 Zie ook Van Hees & Slaski 2008, p. 292.

295 Zie Westbrook 1989, p. 229.

296 Zie § 1104 en 1107 BC.

Het voorontwerp Insolventiewet

Het voorontwerp Insolventiewet bevat een tweetal regelingen die op de onderhavige problematiek betrekking hebben. Het geval dat het contract door de wederpartij in stand wordt gelaten om met een hogere vordering tot nakoming in de verificatievergadering mee te lopen, wordt bestreken door art. 3.4.1 lid 4. Hierin is bepaald dat een door de wederpartij ingediende vordering tot nakoming slechts kan worden geverifieerd voor het bedrag van de schadevergoeding waarop zij aanspraak zou hebben gehad indien zij de overeenkomst, voor zover niet reeds uitgevoerd, op grond van een tekortkoming van de schuldenaar zou hebben ontbonden.[297] Hiernaast opent art. 3.4.8 lid 1 de mogelijkheid dat de *rechter-commissaris* op verzoek van de *schuldenaar* de gevolgen van een wederkerige overeenkomst wijzigt of deze geheel of gedeeltelijk ontbindt

> 'voor zover dit noodzakelijk is om de schuldenaar in staat te stellen zijn onderneming na afloop van de insolventie voort te zetten en de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding niet mag verwachten'.

Wordt een overeenkomst op deze grond gewijzigd of ontbonden, dan heeft dat relatieve werking in die zin dat de gevolgen daarvan niet door de bewindvoerder of de schuldeisers aan de wederpartij kunnen worden tegengeworpen.[298] Die wederpartij kan op grond van art. 3.4.8 lid 3 voor haar contractuele aanspraken in de insolventie opkomen alsof géén wijziging of ontbinding heeft plaatsgevonden. De voorgestelde bepaling wordt door de commissie als volgt toegelicht:

> 'Als de insolventie van de schuldenaar is veroorzaakt doordat hij op voor hem te bezwarende condities met afnemers of leveranciers had gecontracteerd ('wurgcontracten'), kan ongewijzigde voortzetting daarvan in de weg staan aan een succesvolle reorganisatie. De regeling van art. 6:258 BW ('imprevision') zal veelal geen toepassing kunnen vinden, omdat de financiële problemen van de schuldenaar geen onvoorziene omstandigheden zullen opleveren, dan wel voor rekening van de schuldenaar behoren te komen (art. 6:258 lid 2 BW). […] Zou de Insolventiewet niet voorzien in een middel voor de schuldenaar om tot aanpassing of beëindiging van deze contracten te komen, dan zou dat afdoen aan het reorganiserend vermogen van de wet.'[299]

De reden waarom de bewindvoerder bij de toepassing van deze bepaling geen rol speelt, is volgens de Toelichting dat de daarmee te treffen voorziening betrekking heeft op de periode ná de procedure en de bewindvoerder daarvoor geen verantwoordelijkheid draagt.[300]

Hoe hierover te oordelen? Met het voorgestelde art. 3.4.1 lid 4 lijkt de door mij noodzakelijk geachte bescherming van de *gezamenlijke schuldeisers* tegen de nadelen die gepaard kunnen gaan met het voortbestaan van overeenkomsten die de bewindvoerder niet gestand doet, slechts ten dele te worden geboden. Situaties

297 Zie over deze bepaling ook § 4.7.4.3.
298 Zie de Toelichting, Kortmann & Faber 2007, p. 251.
299 Zie Kortmann & Faber 2007, p. 250.
300 Zie de Toelichting, Kortmann & Faber 2007, p. 250.

waarin de wederpartij het contract in stand laat om te profiteren van het feit dat de marktprijs zich in haar voordeel ontwikkelt, worden bijvoorbeeld niet door de regeling bestreken. Ook de met art. 3.4.8 beoogde bescherming van de *schuldenaar* gaat mijns inziens niet ver genoeg. Zo lijkt de regeling geen oplossing te bieden voor het probleem dat tijdens de procedure schulden ontstaan die niet onder de werking van een akkoord kunnen worden gebracht, in ieder geval niet voor zover het gaat om schulden die vóór de verzochte wijziging of ontbinding zijn ontstaan.[301] Hiernaast is het toepassingsgebied van art. 3.4.8 mijns inziens ten onrechte beperkt tot schuldenaren die een onderneming drijven. Ook andere schuldenaren dienen te worden beschermd. Zo zal de insolventie van een natuurlijk persoon die geen onderneming drijft niet zelden (mede) zijn veroorzaakt doordat hij op voor hem te bezwarende condities heeft gecontracteerd, nog daargelaten of een 'schone lei' kan worden verleend indien contractuele schulden die tijdens de loop van de procedure zijn ontstaan, (noodgedwongen) onbetaald zijn gebleven.

De door de Commissie insolventierecht aangevoerde reden waarom het initiatief tot de toepassing van art. 3.4.8 niet in handen van de bewindvoerder is gelegd, vind ik niet bijzonder overtuigend. In een procedure die mede op behoud van ondernemingsactiviteit is gericht,[302] lijkt mij alleszins aanvaardbaar dat de bewindvoerder zich tevens om de overlevingskansen van de schuldenaar na afloop van de procedure bekommert.

301 Zie hierover ook Van Hees & Slaski 2008, p. 288-289.
302 Zie art. 1.1.2.

6 Andere dan obligatoire overeenkomsten

6.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk kwam aan de orde dat de curator recht heeft op wanprestatie, dat wil zeggen het recht om door de schuldenaar aangegane verbintenissen niet na te komen, met als gevolg dat de wederpartij op de verificatievergadering is aangewezen. In de praktijk doet zich echter geregeld de situatie voor dat de schuldenaar partij is bij overeenkomsten of gebonden is aan bedingen waaruit géén verbintenissen voortvloeien, maar die op andere wijze zijn rechtspositie ten opzichte van de desbetreffende wederpartij bepalen. De vraag die dan rijst, is in hoeverre ook de curator hieraan gebonden is.

Als uitgangspunt geldt ook hier dat het faillissement de overeenkomst niet raakt.[1] In het Nebula-arrest overwoog de Hoge Raad dat dit uitgangspunt níet impliceert dat de wederpartij bij een met de gefailleerde gesloten (duur)overeenkomst haar daaruit voortvloeiende rechten geldend kan maken alsof er geen faillissement ware, omdat het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers anders op onaanvaardbare wijze zou worden doorbroken. De wederpartij bij een niet-obligatoire overeenkomst is evenwel géén *schuldeiser*, zodat ook een doorkruising van de gelijkheid van schuldeisers c.q. van de tussen hen geldende rangorde niet aan de orde is.[2]

Dit betekent echter niet dat de curator zonder meer gebonden is aan alle niet-obligatoire overeenkomsten waarbij de schuldenaar partij is. Ook andere in de Faillissementswet neergelegde regels of daaraan ten grondslag liggende beginselen kunnen meebrengen dat de curator zich aan de werking van een overeenkomst kan onttrekken. In de volgende paragrafen laat ik de belangrijkste niet-obligatoire overeenkomsten de revue passeren. Aan de orde komen diverse contracten van procesrechtelijke aard (§ 6.2), de goederenrechtelijke overeenkomst (§ 6.3), schuld- en contractsoverneming (§ 6.4) en de overeenkomst van afstand van een vorderingsrecht (§ 6.5). De mogelijkheden die de regeling van faillissementspauliana de curator biedt om de hier bedoelde contracten in een voorkomend geval aan te tasten, blijven buiten beschouwing.

---

1 Zie § 3.2.
2 Vgl. Verstijlen 2008c, p. 136. Anders ten aanzien van contractsoverneming: Haak 2009, p. 563.

6.2 Procesrechtelijke overeenkomsten

6.2.1 Forumkeuzebedingen en bedingen die voorzien in een alternatieve wijze van geschilbeslechting

In het handelsverkeer wordt in toenemende mate gebruikgemaakt van contractuele clausules die voorschrijven op welke wijze eventueel in de toekomst tussen partijen te rijzen geschillen dienen te worden beslecht. Zij variëren van de keuze voor een bepaald gerechtelijk forum, tot de onderwerping van geschillen aan arbitrage of bindend advies. Ook niet ongebruikelijk zijn clausules die voorschrijven dat alvorens een geschil aan de rechter wordt voorgelegd, eerst mediation dient te worden beproefd.[3] Doet de curator een overeenkomst waarin een dergelijk beding besloten ligt gestand, dan is hij vanzelfsprekend tevens aan het desbetreffende beding gebonden. Wat echter indien de schuldenaar al geheel heeft gepresteerd, maar de wederpartij nalaat de tegenprestatie te verrichten? Dient de curator dan zijn vorderingen in te stellen voor het contractueel aangewezen forum c.q. eerst een mediationtraject te doorlopen? Ook indien de curator verklaart dat hij de overeenkomst níet gestand doet, kunnen zich situaties voordoen waarin over de daaruit voortvloeiende aanspraken dient te worden geprocedeerd en waarbij dan de vraag opkomt of de gemaakte keuze voor een bepaalde wijze van geschilbeslechting bepalend is.[4] In dit kader is in de regel irrelevant of de wederpartij in reactie op de verklaring van de curator tot ontbinding van het contract is overgegaan, nu de hier aan de orde zijnde bedingen doorgaans mede bij het eindigen van de contractuele relatie beogen te werken. Of dit inderdaad het geval is, is een kwestie van uitleg.[5]

Voor het geval dat de curator een ter verificatie ingediende vordering waarover nog geen procedure aanhangig is, betwist en partijen ter verificatievergadering niet tot een vergelijk komen, bepaalt art. 122 lid 1 Fw dat de rechter-commissaris hen dient te verwijzen naar een door hem te bepalen terechtzitting van de rechtbank. Blijkens de parlementaire geschiedenis schept deze bepaling zowel de absolute als de relatieve competentie van de rechtbank die het faillissement heeft uitgesproken.[6] In de wat oudere literatuur en rechtspraak werd vrij algemeen

3 Een beding waarbij bindend advies is overeengekomen kwalificeert op grond van art. 7:900 lid 1 BW als vaststellingsbeding, waarop de bepalingen van titel 7.15 BW van toepassing zijn. Op een arbitrageclausule is titel 7.15 níet van toepassing; zie art. 7:900 lid 4 BW. Datzelfde geldt voor een mediationclausule, omdat een dergelijke clausule geen vaststellingsovereenkomst behelst; zie Asser-Van Schaick 5-IV 2004, nr. 259.

4 Denkbaar is ook dat geen sprake is van een in het contract opgenomen clausule, maar partijen naar aanleiding van een gerezen geschil vóór faillissement separaat een afwijkend forum of een alternatieve wijze van geschilbeslechting zijn overeengekomen. In dat geval geldt het hierna gestelde *mutatis mutandis*.

5 Zie in dit verband met betrekking tot arbitrage art. 1053 Rv en met betrekking tot een forumkeuze art. 8 lid 6 Rv. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 702; Bakels 2011, p. 56-57. Vgl. Hof Amsterdam 5 augustus 2010, *LJN*: BN3401, waarin het hof de binding van een Franse partij aan een forumkeuzebeding dat was opgenomen in een inmiddels geëindigde overeenkomst afleidde uit de inhoud van die overeenkomst.

6 Zie de MvT bij de artikelen 2 en 3-5 van de Invoeringswet, Van der Feltz I, p. 505 en 517, en het Verslag van de Tweede Kamer met Regeeringsantwoord bij art. 122 Fw, Van der Feltz II, p. 101. Onder het oude Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering was bovendien met het aannemen van de relatieve competentie tevens de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter gegeven; zie de conclusie van A-G Strikwerda voor HR 16 april 1999, *NJ* 2001, 1, m.nt. PV (*Brown q.q./Ultrafin*), onder 12. Naar huidig recht wordt de rechtsmacht van de Nederlandse rechter in 'faillissementsprocedures' in beginsel bepaald door art. 6 sub h Rv.

aangenomen dat afspraken waarbij een andere gerechtelijke instantie was aangewezen of arbitrage of bindend advies was voorgeschreven, door het voorschrift van art. 122 Fw opzij werden gezet.[7] Met het arrest van de Hoge Raad inzake Brown q.q./Ultrafin uit 1999 is die opvatting op losse schroeven komen te staan.[8]

Forumkeuzebedingen

Wat was het geval? In deze Arubaanse zaak had de curator van Eagle Beach Hotel de door Ultrafin en Sace ter verificatie ingediende vorderingen betwist, waarna de vraag opkwam of de contractueel gemaakte forumkeuze voor een Zwitserse rechter diende te worden gerespecteerd. De Hoge Raad overwoog:

> 'Bij beantwoording van deze vraag moet in de eerste plaats in aanmerking worden genomen, dat art. 117 Fv (overeenkomend met art. 122 van de Nederlandse Faillissementswet) geen algemene exclusieve bevoegdheid schept tot de beoordeling van geschillen met betrekking tot ter verificatie aangemelde vorderingen […]. Voorts moet in aanmerking worden genomen dat de curator in beginsel gebonden is aan de overeenkomsten die de failliet vóór het faillissement heeft gesloten.'

De Hoge Raad oordeelde vervolgens dat het belang van de internationale rechtspraktijk bij de naleving van een gemaakte forumkeuze diende te prevaleren boven het belang van de – mede met art. 122 Fw nagestreefde – doelmatige afwikkeling van geschillen omtrent bestaan en omvang van vorderingen op de gefailleerde en de eventueel daaraan verbonden preferentie. De internationale rechtspraktijk verlangt – zo blijkt uit het Piscator-arrest, waarnaar de Hoge Raad verwijst – dat op voorhand vaststaat welk forum mogelijke geschillen tussen partijen zal berechten en heeft daarnaast behoefte aan de vrijheid de berechting van geschillen op te dragen aan een rechterlijk forum dat enkel daarom wordt gekozen omdat het door partijen als neutraal of bijzonder deskundig wordt beschouwd.[9]

Hoewel de Hoge Raad dus nadrukkelijk het belang van de internationale rechtspraktijk in stelling brengt, geldt mijns inziens in een zuiver nationale context niets anders. Ook dan is de curator aan een forumkeuzebeding gebonden, niet alleen omdat de door de Hoge Raad gebezigde argumenten voor de nationale rechtspraktijk evenzeer opgaan, maar ook omdat niet erg voor de hand ligt om aan art. 122 Fw een verschillende betekenis toe te kennen al naar gelang een nationale of een internationale casus aan de orde is.[10] Die binding geldt dan uiteraard tevens

---

7 Zie o.a. Molengraaff-Star Busmann 1951, p. 388, Polak 1972, p. 282 en Polak 1986, p. 223, alle met verwijzingen naar rechtspraak. Zie ook het arbitrale vonnis van het Scheidsgerecht Amsterdamse Graanhandel d.d. 5 juli 1974, *NJ* 1975, 227; Rb. Den Bosch 1 november 1985, *NJ* 1989, 116.

8 Zie HR 16 april 1999, *NJ* 2001, 1, m.nt. PV (*Brown q.q./Ultrafin*). Vgl. HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174, m.nt. Ma (*Nimox*), r.o. 3.3.5, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de stelling 'dat het stelsel van de Faillissementswet meebrengt dat over de verificatie van schuldvorderingen niet anders kan worden beslist dan in een renvooiprocedure op de voet van art. 122 e.v. of bij verzet tegen de uitdelingslijst overeenkomstig art. 186, tenzij die wet zelf uitdrukkelijk een uitzondering maakt' in haar algemeenheid niet als juist kan worden aanvaard.

9 Zie HR 1 februari 1985, *NJ* 1985, 698, m.nt. JCS.

10 Vgl. Meijer 2008, p. 646-649; Van Mierlo & Van de Hel-Koedoot 2010, p. 42.

in al die gevallen waarin de regel van art. 122 Fw geen rol speelt, zoals het geval dat de curator een vordering van de schuldenaar geldend maakt.[11]

Niet alleen de *curator*, maar ook een *schuldeiser* is bevoegd een door een contractpartij van de gefailleerde ingediende vordering ter verificatievergadering te betwisten.[12] Kan een in het daaraan ten grondslag liggende contract opgenomen forumkeuzebeding in dat geval ook aan die schuldeiser worden tegengeworpen? Een bevestigend antwoord ligt mijns inziens in de rede.[13] Voor een contractpartij van de gefailleerde zou het geen verschil moeten maken of zij nu de curator of één van diens schuldeisers tegenover zich vindt. Bij de bepaling van haar positie in faillissement dienen de met de schuldenaar gemaakte afspraken steeds leidend te zijn, niet alleen voor zover het de vaststelling van haar materiële aanspraken betreft, maar tevens – met inachtneming van de in de artikelen 25-29 en 122 Fw neergelegde regels – voor de vraag welk forum tot die vaststelling bevoegd is. Dit strookt bovendien met het feit dat indien ten tijde van de faillietverklaring reeds een procedure voor het afwijkende forum aanhangig is, die schuldeiser op grond van art. 29 Fw eveneens op het voeren van een procedure voor dit forum is aangewezen.[14]

Indien de overeenkomst een forum in het buitenland aanwijst, kan de rechter-commissaris partijen vanzelfsprekend niet naar dat forum verwijzen. Conform art. 122 lid 1 Fw behoort hij hen dan te verwijzen naar de terechtzitting van de rechtbank, die zich in dat geval onbevoegd dient te verklaren kennis te nemen van het materiële geschil en zijn beslissing voor het overige dient aan te houden totdat door het buitenlandse forum is beslist.[15] Hieraan kleeft het risico dat de afwikkeling van het faillissement ernstige vertraging oploopt doordat de partij die verificatie vraagt, draalt met het aanhangig maken van een procedure voor het door partijen gekozen forum. Ik zou dan ook willen verdedigen dat de rechtbank die partij een redelijke termijn dient te stellen waarbinnen zij een procedure moet starten, bij gebreke waarvan zij wordt geacht haar aanvraag te hebben ingetrokken.[16] Wordt de vordering toegewezen, dan ligt voor de hand dat de betwisting in zoverre niet langer wordt gehandhaafd. Gebeurt dat wel, dan dient de renvooi-

11 Vgl. Rb. Rotterdam 4 februari 2009, *LJN*: BH2202, waarin het overigens juist de curator was die de wederpartij aan de gemaakte forumkeuze hield. Ook kan worden gedacht aan de situatie dat ten tijde van de faillietverklaring reeds een procedure aanhangig was die op de voet van art. 29 Fw is geschorst en aan het geval dat het geschil betrekking heeft op aanspraken die op grond van art. 25 Fw tegen de curator moeten worden ingesteld, zoals een vordering tot ontbinding van het contract, dan wel – indien reeds een procedure aanhangig was – op basis van de artikelen 27 en 28 Fw tegen de curator, althans met werking tegen de boedel, worden doorgezet. Met betrekking tot reeds aanhangige procedures kan in dit kader bovendien worden gewezen op diverse uitspraken waarin uitdrukkelijk is beslist dat hervatting van het geding plaatsvindt bij dezelfde rechterlijke instantie als waar het geding aanhangig is; zie de bij Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2425 vermelde rechtspraak, waaraan kan worden toegevoegd Rb. Den Haag 15 december 2010, *LJN*: BO8353. Vgl. Van Mierlo & Van de Hel-Koedoot 2010, p. 40. Men zij er in dit verband op bedacht dat indien de procedure aanhangig is bij een forum dat is gelegen in een andere staat, het recht van die staat in de regel van invloed is; vgl. art. 15 van de EU Insolventieverordening.

12 Dit geldt ook voor de *schuldenaar*, zij het dat die betwisting binnen faillissement geen rechtsgevolg heeft; zie art. 126 lid 1 Fw. Zie tevens de artikelen 159, 196 en 197 Fw.

13 Vgl. de noot van P.M. Veder onder HR 16 april 1999, *JOR* 1999, 156 (*Brown q.q./Ultrafin*), onder 6; Berends 2011, p. 62-63.

14 Dit strookt ook met het feit dat ten aanzien van forumkeuzebedingen veelal wordt aangenomen dat zij tot de *inhoud* van een vordering behoren; zie Wibier 2009, p. 31-32, met verwijzingen.

15 Zie HR 16 april 1999, *NJ* 2001, 1, m.nt. PV (*Brown q.q./Ultrafin*), r.o. 3.3.3.

16 Vgl. art. 122 lid 3 Fw.

procedure te worden vervolgd. Uit het arrest Brown q.q./Ultrafin volgt dat de partij die verificatie vraagt in dat geval kan volstaan met het stellen van de forumkeuze en de bij dat forum verkregen uitspraak, waarna de gebondenheid van de partijen aan deze uitspraak in de renvooiprocedure tot uitgangspunt moet worden genomen.[17]

Wat nu indien een keuze is gemaakt voor een afwijkend forum in Nederland, zoals een kantonrechter (art. 96 Rv), een andere rechtbank of het hof (art. 329 Rv)? Uit het Nimox-arrest volgt dat niet alleen over de gegrondheid van een vordering, maar ook over de verifieerbaarheid van een vordering kan worden geoordeeld in een andere procedure dan de in de Faillissementswet geregelde procesgang en het is aannemelijk dat voor de bepaling van de aan een vordering verbonden rang hetzelfde geldt.[18] Een en ander impliceert dat de rol van de renvooiprocedure in geval van een keuze voor een dergelijke afwijkende rechtsgang in feite is uitgespeeld. Uit proceseconomisch oogpunt lijkt mij dan goed verdedigbaar dat de rechter-commissaris bevoegd wordt geacht partijen in een voorkomend geval – ondanks het bepaalde in art. 122 lid 1 Fw – rechtstreeks te verwijzen naar de terechtzitting van het door hen aangewezen forum.

Arbitragebedingen

In lijn met het voorgaande moet naar mijn mening worden aangenomen dat de curator tevens gebonden is aan een beding waarbij *arbitrage* is overeengekomen.[19] Het belang dat partijen er in het handelsverkeer vanuit moeten kunnen gaan dat geschillen op de overeengekomen wijze worden beslecht, dient ook hier te prevaleren. In de zaak Ladgroup/Du Pon q.q.[20] oordeelde de Rechtbank Utrecht dan ook terecht dat het bepaalde in art. 122 Fw zich niet verzette tegen het aanhangig maken van een procedure bij het door partijen hiertoe aangewezen arbitrale college te Londen en dat een bij datzelfde college reeds aanhangige procedure op de voet van art. 29 Fw diende te worden hervat.[21] Enige jaren later oordeelde ook de Rechtbank Zutphen dat de curator 'gebonden [is] aan een door de gefailleerde vóór diens faillissement gesloten arbitraal beding'.[22]

De vraag dringt zich op hoe de rechter-commissaris dient te handelen indien hij partijen ter verificatievergadering niet kan verenigen en wordt geconfronteerd met

---

17 Zie HR 16 april 1999, *NJ* 2001, 1, m.nt. PV, r.o. 3.3.3, onder verwijzing naar HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 348, m.nt. JCS (*Esmil/Enka*), r.o. 3.3.6.

18 Zie HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174, m.nt. Ma, r.o. 3.3.5.

19 In dezelfde zin: Lazic 1999, p. 5 en de aldaar in voetnoot 17 vermelde rechtspraak; Verstijlen & Vriesendorp 2004, p. 1019; De Moor & Schoorlemmer 2005, p. 40; Verstijlen 2006a, p. 122; Van Zanten 2007, p. 50; Slaski 2009, p. 128; Van Mierlo & Van de Hel-Koedoot 2010, p. 42; Wessels Insolventierecht V 2011, par. 5207. Vgl. Ynzonides 1991, p. 394. Dit is in overeenstemming met het gegeven dat arbitragebedingen – evenals forumkeuzebedingen – veelal tot de *inhoud* van een vordering worden gerekend; zie Wibier 2009, p. 31-32, met verwijzingen.

20 Zie Rb. Utrecht 4 september 2002, *TvA* 2004, 14, m.nt. A.I.M. van Mierlo.

21 Zie ook Rb. Den Haag 15 december 2010, *LJN*: BO8353, waarin de renvooirechter oordeelde dat een op datum faillissement reeds aanhangige arbitrageprocedure op de voet van art. 29 Fw diende te worden gecontinueerd.

22 Zie Rb. Zutphen 17 oktober 2007, *LJN*: BC0953. Ook in Hof Leeuwarden 11 oktober 2006, *LJN*: AZ0121 werd de binding van de curator aan een arbitraal beding tot uitgangspunt genomen. Dat de boedel onvoldoende actief bevatte om de hoge kosten van een arbitrageprocedure te bestrijden, maakte dit niet naar het oordeel van het hof niet anders, onder meer omdat niet viel in te zien dat de kosten van een arbitrage onevenredig veel hoger zouden zijn dan die van een procedure voor de civiele rechter.

een tussen hen geldende arbitrageclausule. In de zaak Ladgroup/Du Pon q.q. verwees de rechter-commissaris partijen naar de terechtzitting van de rechtbank, die zich op haar beurt onbevoegd verklaarde de vordering inhoudelijk te beoordelen en de renvooiprocedure voor het overige aanhield teneinde de partij die verificatie vroeg in de gelegenheid te stellen in Londen een arbitrale procedure aanhangig te maken. Deze handelwijze spoort met het arrest Brown q.q./Ultrafin en dient mijns inziens te worden gevolgd in alle gevallen waarin arbitrage is overeengekomen, dus ook indien het arbitrage instituut in Nederland is gesitueerd of nog in het geheel geen arbiters zijn benoemd.[23] Evenals wanneer sprake is van een keuze voor een in het buitenland gelegen gerechtelijk forum, zal de rechtbank de partij die verificatie vraagt mijns inziens een redelijke termijn moeten stellen om de zaak in arbitrage aanhangig te maken, opdat vertraging in de afwikkeling van het faillissement wordt vermeden.[24] Laat die partij de termijn ongebruikt verstrijken, dan dient wederom te gelden dat het verzoek tot verificatie wordt geacht te zijn ingetrokken.[25] Gaat zij wél tijdig over tot het instellen van een procedure, dan kan het daarin te verkrijgen arbitrale vonnis in de renvooiprocedure worden ingebracht, waarin de gebondenheid van partijen aan dit vonnis tot uitgangspunt moet worden genomen. Dat voor tenuitvoerlegging van een arbitraal vonnis een exequatur vereist is,[26] doet hieraan naar mijn mening niet af, nu hetzelfde geldt voor de tenuitvoerlegging van een buitenlands vonnis en de Hoge Raad het inbrengen daarvan in de renvooiprocedure in dit kader afdoende heeft geoordeeld.[27]

Ook in België wordt de binding van de curator aan een arbitrageclausule tot uitgangspunt genomen.[28] Naar Amerikaans recht is de positie van de wederpartij van de schuldenaar op dit punt onzeker. De meeste rechters lijken zich op het standpunt te stellen dat het aan hen is om te bepalen of aan de desbetreffende arbitrageclausule al dan niet gevolg wordt gegeven.[29]

Bindendadviesclausules

Door sommige auteurs wordt de hiervoor besproken 'regel' uit het Brown q.q./Ultrafin-arrest tevens van toepassing geacht ten aanzien van clausules die voorschrijven dat tussen partijen te rijzen geschillen bij wege van *bindend advies* dienen te worden beslecht, overigens zonder dit nader toe te lichten.[30] Is dit terecht?

---

23 Anders: Van Mierlo & Van de Hel-Koedoot 2010, p. 41, die menen dat de rechter-commissaris de partij wier vordering wordt betwist in de gelegenheid moet stellen een arbitrale procedure aanhangig te maken.
24 Vgl. Sanders 2001, p. 43; Van Mierlo & Van de Hel-Koedoot 2010, p. 43.
25 Vgl. art. 122 lid 3 Fw.
26 Zie art. 1062 Rv.
27 Zie HR 16 april 1999, *NJ* 2001, 1, m.nt. PV (*Brown q.q./Ultrafin*), r.o. 3.3.3, onder verwijzing naar HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 348, m.nt. JCS (*Esmil/Enka*), r.o. 3.3.6.
28 Zie Hof Gent 21 februari 2006, *R.W.* 2009-10, p. 279-281; Dirix 2010a, p. 172-173; Dirix 2010b, p. 281-283, met veel rechtsvergelijkende gegevens.
29 Zie Lazic 1999, met verwijzingen naar relevante rechtspraak.
30 Zie De Moor & Schoorlemmer 2005, p. 40; Wessels Insolventierecht V 2011, par. 5207. Zie ook Bindend Advies Raad van Arbitrage voor Metaalnijverheid en -Handel d.d. 21 oktober 1961, Arbitrale Rechtspraak, nr. 500, p. 234-242.

Enerzijds bestaat een belangrijk verschil met de situatie dat sprake is van een keuze voor een ander gerechtelijk forum of een arbitraal college. Een bindend advies kwalificeert op grond van art. 7:900 lid 1 BW als vaststellingsovereenkomst, die vatbaar is voor rechterlijke toetsing.[31] Zij kan – anders dan een gerechtelijk vonnis – in beginsel níet ten uitvoer worden gelegd en evenmin bestaat de mogelijkheid tot de verkrijging van een exequatur, zoals dit ten aanzien van een arbitraal vonnis het geval is.[32] Indien één van de partijen zich niet met het bindend advies van de derde kan verenigen, dient tijdens de renvooiprocedure dus alsnog – zonodig in drie instanties – een inhoudelijke beoordeling plaats te vinden, zij het dat de rechter de beslissing van de bindend adviseur slechts marginaal toetst.[33] Het naar het oordeel van de Hoge Raad met art. 122 Fw (en de andere voorzieningen omtrent verificatie) nagestreefde belang dat verificatiegeschillen op een doelmatige wijze worden afgewikkeld,[34] dreigt hierdoor in het gedrang te raken.

Anderzijds kan men zich afvragen hoeveel waarde aan het belang van een doelmatige afwikkeling van verificatiegeschillen moet worden gehecht. In het arrest Mobell/Interplan achtte de Hoge Raad het belang van een doelmatige afwikkeling van het faillissement in zijn algemeenheid onvoldoende zwaarwegend om een inbreuk op de positie van een individuele schuldeiser te rechtvaardigen.[35] Mijns inziens valt niet direct in te zien waarom een schuldeiser dan wél om redenen van doelmatigheid van zijn recht op bindend advies zou moeten worden beroofd. De doelmatigheid van art. 122 Rv zit naar mijn mening louter in het aanhangig maken van de procedure door de rechter-commissaris (door middel van een renvooi). Voor het overige dient de renvooiprocedure – ook in de ogen van de wetgever – als een 'gewone' procedure te worden beschouwd.[36] Ook bij de keuze voor een afwijkend forum in het buitenland of een arbitraal college wordt aan de met de verwijzing door de rechter-commissaris beoogde doelmatigheid afbreuk gedaan, omdat de renvooirechter zich onbevoegd zal moeten verklaren en de partijen in de gelegenheid zal moeten stellen een procedure voor het afwijkende forum aanhangig te maken. Hiervoor heb ik verdedigd dat de daarmee in potentie gepaard gaande vertraging zou kunnen worden ondervangen doordat de rechtbank de partij die verificatie vraagt een redelijke termijn stelt waarbinnen de procedure aanhangig moet zijn gemaakt. Dezelfde aanpak lijkt mij mogelijk in geval van bindend advies.

Een en ander afwegend concludeer ik dat er onvoldoende grond bestaat om een schuldeiser in een geval dat wordt bestreken door art. 122 Fw een beroep op een bindendadviesclausule te ontzeggen. Het belang dat partijen er in het handelsverkeer vanuit moeten kunnen gaan dat geschillen op de overeengekomen wijze worden beslecht, dient ook hier te prevaleren. De rechtbank waarnaar de partijen

31 Zie art. 7:904 BW.
32 Zie art. 1062 Rv.
33 Zie art. 7:904 BW. Zie voorts Sanders 2001, p. XVIII-XIX; Stein/Rueb 2011, p. 341-342.
34 Zie HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174, m.nt. Ma (*Nimox*); HR 16 april 1999, *NJ* 2001, 1, m.nt. PV (*Brown q. q./Ultrafin*).
35 Zie HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 293, m.nt. PvS, waarover § 2.5.
36 Zie de MvT bij art. 122 Fw, Van der Feltz II, p. 100. Vgl. Berends 2011, p. 61-62.

door de rechter-commissaris op de voet van art. 122 lid 1 Fw worden verwezen, dient de bindendadviesclausule dus te respecteren. Dit impliceert dat zij zich – naar analogie met art. 1022 Rv – onbevoegd dient te verklaren om de zaak inhoudelijk te beoordelen en deze voor het overige dient aan te houden.[37] Dit geldt dan *a fortiori* in al die gevallen waarin de regeling van art. 122 Fw geen rol speelt. De curator die een vordering van de failliet poogt te incasseren, kan dus in een voorkomend geval worden genoodzaakt zich tot de door partijen aangewezen bindend adviseur te wenden. Hetzelfde geldt indien het een geschil betreft dat betrekking heeft op aanspraken die op grond van art. 25 Fw tegen de curator moeten worden ingesteld.[38]

Mediationclausules

Wat te denken van het geval dat partijen zijn overeengekomen dat de gerechtelijke weg pas mag worden bewandeld indien eerst gepoogd is het gerezen conflict via *mediation* tot een oplossing te brengen? Is de curator aan die afspraak gebonden? Bij de beantwoording van deze vraag dient te worden vooropgesteld dat in zijn algemeenheid nog niet is uitgemaakt wat geldt indien een partij haar vorderingen met voorbijgaan aan een mediationclausule direct voor de civiele rechter of – indien dit is overeengekomen – voor een scheidsgerecht instelt. Sommige rechters hebben de eisende partij in een voorkomend geval niet-ontvankelijk verklaard.[39] In de meerderheid van de gevallen werd de eisende partij echter wel degelijk ontvankelijk geacht, onder meer met het argument dat mediation – anders dan arbitrage en bindend advies – uitgaat van vrijwilligheid.[40] Voor zover zou moeten worden aangenomen dat de naleving van een mediationclausule niet in rechte kan worden afgedwongen, geldt uiteraard dat ook de curator niet tot mediation kan worden genoodzaakt.

Maar wat geldt voor zover een mediationafspraak wél afdwingbaar zou zijn? Indien sprake is van een situatie die wordt bestreken door art. 122 Fw, is de curator naar mijn mening in ieder geval níet gehouden een dergelijke afspraak te respecteren. De regeling van art. 122 Fw strekt ertoe te komen tot een doelmatige afwikkeling van geschillen omtrent bestaan, omvang en eventuele preferentie van vorderingen op de gefailleerde. Met de hier bedoelde strekking is weliswaar niet onverenigbaar dat in een andere rechtsgang dan de renvooiprocedure omtrent deze punten wordt beslist,[41] maar van een *rechtsgang* waarin een *beslissing* omtrent de vordering van de schuldeiser in kwestie wordt genomen, is bij mediation géén

37 Zie Stein/Rueb 2011, p. 341, waar er evenwel – onder verwijzing naar HR 22 november 1985, *NJ* 1986, 275, m.nt. PAS (*Van Delft/Drukkerij Van Boxtel*) – op wordt gewezen dat het dogmatisch zuiverder zou zijn indien de rechtbank de eiser *niet-ontvankelijk* zou verklaren.

38 Dat de curator een beding inzake bindend advies steeds behoort te respecteren, strookt met het feit dat een dergelijk beding vermoedelijk tot de inhoud van de vordering moet worden gerekend; zie Wibier 2009, p. 31-32.

39 Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 14 januari 2004, *LJN*: AO3003.

40 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 16 oktober 2002, *NJ* 2003, 87; Rb. Maastricht 9 november 2005, *Prg* 2005, 214. In het geval dat leidde tot HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 75, waren twee particulieren tijdens de loop van de procedure mediation overeengekomen, waarna één van hen weer onder die afspraak uit wilde. De Hoge Raad oordeelde dat '[g]elet op de aard van het middel van mediation het beide partijen te allen tijde vrij[staat] hun medewerking daaraan alsnog te onthouden'. Of dit echter ook geldt indien sprake is van twee professionele partijen die vooraf een mediationclausule zijn overeengekomen, blijft vooralsnog onduidelijk.

41 Zie HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 (*Nimox*): 'De in de Faillissementswet met betrekking tot de verificatie

sprake. Indien partijen er in het mediationtraject niet uitkomen, dient alsnog een procedure te worden gevoerd, met alle vertraging en (extra) kosten van dien. Het belang van een doelmatige afwikkeling van verificatiegeschillen weegt hier mijns inziens zwaarder dan het belang dat partijen er in het handelsverkeer vanuit moeten kunnen gaan dat geschillen op de overeengekomen wijze worden beslecht. De renvooirechter is dus ondanks het bestaan van een mediationclausule direct bevoegd van het geschil kennis te nemen.[42]

Hoe zit het in gevallen waarin het belang van een doelmatige afwikkeling van verificatiegeschillen geen rol speelt? Kan de curator dan wél worden genoodzaakt mediation te beproeven, voor zover althans zou worden geoordeeld dat het bestaan van een mediationclausule aan ontvankelijkheid in de weg kan staan? Ik meen van niet. Mediation is in belangrijke mate gericht op herstel van de onderlinge verhoudingen met het oog op een bestendiging van de relatie. Mijns inziens past dit niet goed bij de faillissementssituatie, waarin tijdelijk een onafhankelijke derde in beeld is waarmee geen relatie bestaat en het evenmin zinvol is daarin te investeren. De schuldenaar-rechtspersoon die in staat van faillissement is verklaard, houdt bovendien uiteindelijk vrijwel steeds op te bestaan, waarmee aan de door hem aangeknoopte relaties definitief een einde komt. Om deze redenen lijkt mij in de context van een faillissement voor 'gedwongen' mediation geen plaats te zijn.[43]

Het voorontwerp Insolventiewet

Tot slot nog enige aandacht voor het voorontwerp Insolventiewet. De beoogde opvolger van art. 122 Fw is neergelegd in art. 5.3.13. De Toelichting vermeldt dat de door deze bepaling gevestigde rechtsmacht niet exclusief is, zoals dat bij art. 122 Fw evenmin het geval is. Een arbitrage- of forumkeuzeclausule dient in beginsel te worden nageleefd, zij het dat hierop in art. 5.3.13 lid 2 sub a een belangrijke uitzondering is geformuleerd. Indien een behoorlijke afwikkeling van de boedel dat wenselijk maakt en de belangen van partijen daardoor niet onevenredig worden geschaad, kan de rechter-commissaris bepalen dat over de erkenning van de vordering in de insolventie door de rechtbank wordt beslist in afwijking van de uit de wet of een rechtshandeling voortvloeiende bevoegdheid van een andere rechter of van arbiters. Blijkens de Toelichting kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de situatie dat op grond van een arbitraal beding een procedure in het buitenland dient te worden gevoerd, waaraan voor de boedel substantiële kosten zijn verbonden, die de kosten van de renvooiprocedure sterk

---

getroffen voorzieningen strekken tot een doelmatige afwikkeling van geschillen omtrent bestaan, omvang en eventuele preferentie van vorderingen op de gefailleerde. Met die strekking is niet onverenigbaar dat in een buiten de in die wet geregelde procesgang gevoerd geding tussen de curator en een derde die ook een vordering op de gefailleerde pretendeert, wordt beoordeeld en beslist of de vordering van die derde van dien aard is dat zij niet geverifieerd behoort te worden.'

42 Dit is uiteraard anders indien in het betreffende contract tevens een forumkeuze is gemaakt of een arbitrageclausule is opgenomen, in welk geval de rechtbank zich om die reden onbevoegd dient te verklaren.

43 Dit neemt evenwel niet weg dat mediation onder omstandigheden nuttig kan zijn en er niets op tegen is dat de curator met een mediationtraject instemt. Illustratief in dit verband is de recentelijk door de Rechtbank Amsterdam gestarte pilot mediation in faillissementen. Men zie het Protocol Pilot Mediation in Faillissementszaken d.d. 17 april 2012, dat kan worden opgevraagd via www.rechtspraak.nl.

zullen overstijgen. In een dergelijk geval dient het belang van een efficiënte afwikkeling van de boedel naar het oordeel van de Commissie insolventierecht te prevaleren.[44]

Ik denk daar anders over. Naar mijn mening vormt de wens om de boedel op efficiënte wijze af te wikkelen in zijn algemeenheid onvoldoende rechtvaardiging voor een inbreuk op een tussen de schuldenaar en diens wederpartij geldende contractuele clausule.[45]

6.2.2 Rechtskeuzebedingen

In het faillissement van een moderne, internationaal georiënteerde onderneming zal de curator niet zelden worden geconfronteerd met een overeenkomst waarin een keuze voor het recht van een ander land is opgenomen. Een dergelijk beding bindt ook de curator, om de eenvoudige reden dat in de Faillissementswet noch in de daaraan ten grondslag liggende beginselen aanknopingspunten te vinden zijn voor de stelling dat hij níet gebonden zou zijn. De hoofdregel dat het faillissement de overeenkomst niet raakt, geldt hier onverkort.[46]

6.2.3 Bewijsovereenkomsten

Een procesrechtelijk beding dat in de praktijk eveneens frequent wordt gehanteerd, is het bewijsbeding. Met een dergelijk beding beogen de partijen hun bewijsrechtelijke positie ten opzichte van elkaar nader te reguleren door het afwijken van wettelijke bewijsvoorschriften of het oplossen van twijfel omtrent de toepasselijkheid hiervan.[47] Gedacht kan worden aan een beding waarmee een leverancier onder eigendomsvoorbehoud zich wil indekken tegen oneigenlijke vermenging, doordat wordt bepaald dat de bij de schuldenaar aanwezige zaken van dezelfde soort worden vermoed aan de desbetreffende leverancier toe te behoren. Een ander voor de hand liggend voorbeeld is de in de regel door banken gehanteerde 'boekenclausule', op grond waarvan een uittreksel uit de administratie van de bank tot volledig bewijs strekt, behoudens door de cliënt geleverd tegenbewijs.[48]

Het is evident dat de hier bedoelde bedingen de positie van de curator aanzienlijk kunnen verslechteren. Waar de curator zich normaliter ten opzichte van de leverancier kan beroepen op de in de artikelen 3:109 en 3:119 BW neergelegde vermoedens, wordt hij als gevolg van de werking van het bewijsbeding juist opgezadeld met de bewijsproblemen die door de oneigenlijke vermenging worden veroorzaakt. Waar een schuldeiser die zijn vordering ter verificatie indient als regel op grond van art. 110 lid 1 Fw gehouden is daarbij de nodige

44 Zie Kortmann & Faber 2007, p. 324-325.
45 Vgl. Van Hees 2008, p. 128; Van Mierlo & Van de Hel-Koedoot 2010, p. 41. Anders: Bos 2002, p. 231.
46 Een uitzondering lijkt mij denkbaar in het curieuze geval dat partijen een rechtskeuze maken die alleen geldt indien één der partijen failleert teneinde de solvente partij te bevoordelen. Zie over bedingen die alleen in geval van faillissement beogen te werken ook § 7.2, 8.2 en 8.5.
47 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 33. Zie voor een categorisering van de verschillende typen bewijsovereenkomsten: Van der Wiel 2002, p. 222-224.
48 Zie art. 18 van de Algemene bankvoorwaarden 2009.

bewijsstukken te produceren, kan de bank in een voorkomend geval met een getekende opgave van haar vordering volstaan. Laat de kwaliteit van de administratie te wensen over, dan geraakt de curator ook in dit laatste geval door de werking van het bewijsbeding in een lastig parket.

De faillissementsbestendigheid van door de schuldenaar vóór de intrede van het faillissement gesloten bewijsovereenkomsten lijkt in de gepubliceerde Nederlandse rechtspraak nog niet aan de orde te zijn geweest. In de literatuur is steevast het standpunt ingenomen dat de curator zich de beperkingen die uit een bewijsbeding kunnen voortvloeien, moet laten welgevallen.[49] Dit is anders in België, waar de gebondenheid van de curator afhankelijk lijkt te zijn van de inhoud van het desbetreffende beding. Zo wordt enerzijds aanvaard dat een boekenbeding aan de curator kan worden tegengeworpen,[50] terwijl anderzijds de heersende opinie is dat bewijsovereenkomsten waarin is vastgelegd dat bepaalde zich onder de schuldenaar bevindende zaken worden vermoed te vallen onder het door de wederpartij gemaakte eigendomsvoorbehoud, de 'samenloop' níet doorstaan.[51]

Ook ik meen dat de Faillissementswet geen aanknopingspunten biedt voor het oordeel dat de curator aan de werking van een bewijsbeding kan ontsnappen. Integendeel; de gebondenheid van de curator aan een bewijsbeding kan naar mijn mening rechtstreeks worden gegrond op art. 123 Fw. Ingevolge deze bepaling is

> '[d]e schuldeiser, wiens vordering betwist wordt, […] tot staving daarvan tot geen nader of meerder bewijs gehouden, dan hij tegen de gefailleerde zelf zoude moeten leveren'.

Hoewel art. 123 Fw strikt genomen voor het verificatieproces is geschreven, gaat hierachter een algemener beginsel schuil dat tevens geldt voor een partij die een goederenrechtelijke aanspraak pretendeert.[52] Aan het artikel ligt volgens de Hoge Raad de gedachte ten grondslag dat de curator met betrekking tot bewijs en bewijslastverdeling in zijn algemeenheid dezelfde positie inneemt als de gefailleerde ten opzichte van zijn wederpartij had of zou hebben gehad.[53] Waar de schuldenaar buiten faillissement de werking van een bewijsbeding tegen zich moet laten gelden, geldt ingevolge art. 123 Fw voor zijn curator dus niets anders. Dit volgt ook uit het in § 6.2.1 besproken Brown q.q./Ultrafin-arrest. De Hoge Raad overweegt daarin uitdrukkelijk dat het uitgangspunt dat de curator in beginsel gebonden is aan overeenkomsten die de failliet vóór het faillissement heeft gesloten, ook tot uitdrukking komt in art. 123 Fw.[54]

Binding van de curator aan een bewijsbeding ligt ook om andere reden voor de hand. Indien een procedure die ten tijde van de faillietverklaring reeds aanhangig is, door de curator wordt voortgezet, dient hij alle daarin verrichte proceshandelingen

---

49 Zie Polak 1963, p. 6; Verstijlen 2005, p. 342-345; Van Zanten 2007, p. 49-50; Verstijlen 2008c, p. 135-136. Vgl. de noot van P. Scholten onder HR 31 maart 1933, *NJ* 1933, p. 1333 (*Hofstede/Snijder*).

50 Zie bijvoorbeeld Beslagr. Gent 6 juni 2006, *R.W.* 2006-07, p. 1531-1534; Dirix 2010a, p. 171-172.

51 Zie Grégoire 2000, p. 477-478; Colle & Van den Brande 2002, p. 180; Dirix 2010a, p. 172.

52 Zie HR 14 november 1913, *NJ* 1913, p. 1265 (*Telders q.q./Didier en Bakker*). Zie voorts Molengraaff-Star Busmann 1951, p. 398.

53 Aldus HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 323, m.nt. JBMV (*Timmermans/Heutink q.q.*). Vgl. HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 612, m.nt. DA (*Brooke Holland/Overes q.q.*).

54 Zie HR 16 april 1999, *NJ* 2001, 1, m.nt. PV, r.o. 3.3.3.

te respecteren, dus ook handelingen die zijn bewijspositie in negatieve zin hebben beïnvloed.[55] Er is dan geen reden anders te oordelen ten aanzien van handelingen waarmee de schuldenaar zijn bewijspositie reeds voorafgaand aan een eventuele procedure heeft bepaald.[56]

Voor het maken van onderscheid al naar gelang de inhoud van het aan de orde zijnde bewijsbeding, zoals dat naar Belgisch recht wordt gedaan, bestaat mijns inziens geen grond: alle door de schuldenaar aangegane bewijsovereenkomsten dienen door de curator in beginsel te worden gerespecteerd.[57] Dit betekent echter niet dat de curator die zich door de werking van een bewijsbeding gehinderd voelt, steeds met lege handen staat. Is bijvoorbeeld in de tussen de gefailleerde en diens echtgenote geldende huwelijkse voorwaarden bepaald dat alle roerende zaken worden geacht betaald te zijn met en in de plaats te zijn getreden voor gelden van de vrouw, dan kan de curator daartegen art. 153 Rv jo art. 61 Fw in stelling brengen.[58] Gaat de wederpartij – al dan niet in reactie op een verklaring van de curator van niet-gestanddoening – over tot ontbinding van de overeenkomst waarin het bewijsbeding besloten ligt, dan blijft dit beding in stand, indien althans is beoogd dat het (mede) bij het eindigen van de contractuele relatie geldt.[59] Evenals bij de in § 6.2.1 besproken clausules zal dit in een voorkomend geval door uitleg moeten worden vastgesteld.

In de parlementaire geschiedenis wordt er terecht van uitgegaan dat de regel van art. 123 Fw niet alleen geldt ten opzichte van de *curator*, maar ook kan worden ingeroepen jegens een *schuldeiser* die een ingediende vordering ter verificatievergadering betwist.[60] Hieruit volgt mijns inziens dat een dergelijke schuldeiser in een voorkomend geval tevens tegen de werking van een bewijsbeding kan aanlopen. Zo zal de crediteur die de (restant)vordering van de bank betwist, in de regel moeten bewijzen dat het getekende uittreksel uit de administratie van de bank haar vordering op de gefailleerde niet juist weergeeft.

---

55 Zie de MvT, Van der Feltz I, p. 390. Een zeer beperkte uitzondering hierop vormt de 'procespauliana' van art. 31 Fw.

56 Zie Verstijlen 2005, p. 344-345; Verstijlen 2008c, p. 136.

57 Dat de curator in België geacht wordt niet gebonden te zijn aan een beding waarmee een bewijsvermoeden wordt gecreëerd ten gunste van de leverancier onder eigendomsvoorbehoud, laat zich mogelijk verklaren doordat naar Belgisch recht tot vrij recent het eigendomsvoorbehoud in het geheel niet in faillissement of andere vormen van 'samenloop' kon worden uitgeoefend. Pas met de invoering van de Faillissementswet van 8 augustus 1997 is ook België – als één van de laatste landen in Europa – overstag gegaan door de 'tegenwerpelijkheid' van het eigendomsvoorbehoud in faillissement te erkennen. De voorwaarden waaraan in dit kader op grond van art. 101 Faill.W. voldaan dient te zijn, waaronder de verplichting van de leverancier om te bewijzen op welke specifieke zaken zijn eigendomsvoorbehoud betrekking heeft, dienen echter (vooralsnog) strikt te worden geïnterpreteerd; zie Colle & Van den Brande 2002, p. 180. Illustratief in dit verband is Cass. 7 mei 2010, *R.W.* 2011-12, p. 271-272, waarin het Hof van Cassatie oordeelde dat een eigendomsvoorbehoud niet kan worden uitgeoefend in geval van een *collectieve schuldenregeling*, omdat naar zijn oordeel geen algemeen rechtsbeginsel bestaat op grond waarvan een eigendomsvoorbehoud dat geldig is tussen partijen, ook 'tegenwerpelijk' is in geval van 'samenloop'. Zie over dit arrest en de controverse die naar aanleiding ervan in België is ontstaan: Sagaert 2010, p. 293-294; Storme 2011, in het bijzonder p. 262-266.

58 Dit voorbeeld is ontleend aan HR 14 november 1913, *NJ* 1913, p. 1265 (*Telders q.q./Didier en Bakker*). Is een bewijsbeding opgenomen in door de wederpartij gehanteerde algemene voorwaarden, dan kan de curator onder omstandigheden wellicht ook art. 6:233 sub a jo art. 6:236 sub k BW inroepen.

59 Een partiële ontbinding in die zin dat het bewijsbeding tussen partijen van kracht blijft, zoals Verstijlen 2005, p. 343, suggereert, is – zo dit al mogelijk zou zijn (zie art. 6:270 BW) – in mijn optiek dus niet steeds noodzakelijk.

60 Zie Van der Feltz II, p. 104.

De bewijsovereenkomst als vaststellingsovereenkomst

Indien in de door de schuldenaar aangegane bewijsovereenkomst de mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs is uitgesloten, staat zij op grond van art. 7:900 lid 3 BW met een vaststellingsovereenkomst gelijk. Die gelijkschakeling heeft een aantal niet onbelangrijke consequenties. Is bijvoorbeeld sprake van een contract op grond waarvan de leverancier wordt vermoed eigenaar te zijn van alle bij de schuldenaar aanwezige roerende zaken van dezelfde soort als door hem geleverd en is tegenbewijs daartegen uitgesloten, dan is de schuldenaar op basis van art. 7:901 lid 2 BW gehouden tot de overdracht van de desbetreffende zaken aan de leverancier, waartoe de *obligatoire* bewijs- c.q. vaststellingsovereenkomst dan de titel vormt.[61] Op grond van art. 7:901 lid 3 BW geldt bovendien dat voor zover de levering door een verklaring van partijen kan worden bewerkstelligd, zoals bij roerende zaken op grond van art. 3:90 lid 1 jo art. 3:115 BW het geval is, deze verklaring wordt geacht in de vaststellingsovereenkomst besloten te liggen. Dit betekent dat een ná het sluiten van de overeenkomst ingetreden faillissement niet aan de totstandkoming van de overdracht in de weg staat,[62] voor zover het althans gaat om zaken die vóór de faillissementsdatum door de schuldenaar zijn verkregen. Koopt de curator ná die datum bij een derde goederen van dezelfde soort, dan vallen díe goederen mijns inziens op grond van art. 35 lid 2 Fw in de boedel. Voor de leverancier in kwestie dreigen op dat moment alsnog de bewijsproblemen waartegen hij zich met het sluiten van de bewijsovereenkomst beoogde in te dekken. De schade die hij hierdoor lijdt, kan mijns inziens evenwel op de boedel worden verhaald. Biedt de boedel onvoldoende verhaal, dan behoeft de leverancier nog niet met lege handen te staan. De curator die de door hem aangeschafte goederen niet separaat bewaart, maar vermenging laat ontstaan met aan de leverancier in eigendom toebehorende zaken, loopt naar mijn mening een serieus risico om in privé aansprakelijk te worden gehouden.

Iets anders geldt in het – uitzonderlijke – geval dat een bewijsovereenkomst waarin tegenbewijs is uitgesloten betrekking heeft op goederen die níet door een enkele verklaring van één of beide partijen kunnen worden geleverd. Is op de dag dat één van de partijen failleert nog géén uitvoering gegeven aan de door de wet vereiste leveringshandelingen, dan kunnen die op grond van art. 35 lid 1 Fw niet langer plaatsvinden.[63] Is de curator dan wél aan de gemaakte bewijsafspraken gebonden? Een bevestigende beantwoording zou impliceren dat de curator – eventueel in rechte – zou kunnen worden gedwongen de betreffende zaken aan de wederpartij af te geven, nu immers vermoed wordt dat zij haar eigendom zijn en dit vermoeden niet door de curator kan worden ontkracht. Daarmee zou *de facto* de regeling van art. 7:900 lid 3 BW worden doorkruist.[64] Maar het geheel buiten toepassing laten van de bewijsovereenkomst zou meebrengen dat de wederpartij

61 Zie Asser-Van Schaick 5-IV 2004, nr. 260.

62 Daargelaten de complicaties waartoe de toepassing van art. 3:90 lid 2 BW in een voorkomend geval aanleiding kan geven.

63 Vgl. Asser-Van Schaick 5-IV 2004, nr. 278.

64 Blijkens de wetsgeschiedenis beoogt art. 7:900 lid 3 BW uitdrukkelijk te voorkomen dat de wettelijk vereiste leveringshandelingen met behulp van een declaratief geformuleerde bewijsovereenkomst zouden kunnen worden omzeild; zie *Kamerstukken II*, 1991/92, 17 779, nr. 8, p. 13.

slechter af is dan de partij die hetzelfde beding heeft gemaakt, alleen zónder dat tegenbewijs is uitgesloten, hetgeen evenmin erg aanspreekt. Ik zou dan ook willen verdedigen dat de wederpartij zich in een voorkomend geval wél op het bewijsbeding moet kunnen beroepen, maar dat de curator in staat moet zijn tegenbewijs te leveren. In zoverre is het beding dan in strijd met art. 153 Rv.

6.3 De goederenrechtelijke overeenkomst

In deze paragraaf richt ik het vizier op een contract dat door de Groningse promovendus met enige voorzichtigheid dient te worden benaderd: de goederenrechtelijke overeenkomst.[65] Met een goederenrechtelijke overeenkomst wordt gedoeld op de overeenkomst die is gericht op de totstandkoming van een overdracht (of de vestiging van een beperkt recht) en die tezamen met de (overige) in de wet gestelde vereisten de levering vormt. Zij staat dus los van de *obligatoire* overeenkomst die de *titel* voor de overdracht behelst. Of de onderscheiding van een goederenrechtelijke overeenkomst als onderdeel van de levering steeds praktische relevantie heeft, is een punt van discussie. Dit kan hier echter in het midden blijven. Het feit dát de goederenrechtelijke overeenkomst een constitutief vereiste voor de overdracht behelst, is mijns inziens voor weinig twijfel vatbaar.

Indien de schuldenaar met de intrede van het faillissement reeds partij is bij een goederenrechtelijke overeenkomst, maar nog niet aan de overige leveringsvereisten is voldaan, kan op grond van art. 35 lid 1 Fw geen rechtsgeldige overdracht meer tot stand komen. Zo kan de koper van een registergoed niet langer op de voet van art. 3:89 lid 1 BW een overdracht van het goed bewerkstelligen door de tot levering daarvan bestemde – en reeds vóór de intrede van het faillissement opgemaakte – notariële akte te doen inschrijven in de openbare registers. Ook een vóór datum faillissement opgemaakte – en door de beoogde verkrijger aanvaarde – akte van cessie kan niet meer tot een geldige overdracht leiden indien de door art. 3:94 lid 1 BW vereiste mededeling eerst ná die datum wordt gedaan.

Uit het Lagero-arrest volgt dat ook de curator in een voorkomend geval niet in staat is de overdracht te bewerkstelligen door aan de voltooiing van de levering zijn medewerking te verlenen.[66] Die overdracht kan alleen tot stand worden gebracht doordat de curator opnieuw de vereiste leveringshandelingen verricht, waaronder het met de beoogde verkrijger sluiten van een goederenrechtelijke overeenkomst tot levering. Hieraan staat de regeling van art. 35 lid 1 Fw uiteraard níet in de weg.

---

65 Het bestaan van een goederenrechtelijke overeenkomst wordt aan de Groningse rechtenfaculteit traditioneel ontkend, zij het dat in de laatste decennia in Groningen wel een zekere kentering in het denken op dit punt is waar te nemen; zie Keirse 2006, p. 55-65.

66 Zie HR 14 juli 2000, *NJ* 2001, 685 en de – mijns inziens terechte – kritiek op het arrest van annotator S.C.J.J. Kortmann.

6.4 Schuld- en contractsoverneming

6.4.1 Algemeen

Niet-obligatoire overeenkomsten die in het bijzonder in de financieringspraktijk veelvuldig plegen te worden gesloten zijn de schuld- en contractsoverneming.

Uit art. 6:155 BW volgt dat een *schuldoverneming* tot stand komt door een overeenkomst tussen de schuldenaar en een derde en dat daarnaast – wil zij werking hebben jegens de schuldeiser – *toestemming* van die schuldeiser dient te worden verkregen nadat de partijen hem van de overneming in kennis hebben gesteld. De kennisgeving is in dit geval vormvrij.[67] De benodigde toestemming kan ook bij voorbaat worden verleend, in welk geval de schuldoverneming tot stand komt op het moment dat de schuldeiser *schriftelijk* door de partijen van de overneming in kennis wordt gesteld.[68]

Een *contractsoverneming* vereist op grond van art. 6:159 lid 1 BW een in een akte neergelegde overeenkomst tussen de uittredende en de toetredende partij en daarnaast de medewerking van de wederpartij, die ook hier zowel achteraf als vooraf kan worden verleend.[69] In het eerste geval is de kennisgeving wederom vormvrij en komt de contractsoverneming tot stand op het moment dat de wederpartij haar medewerking verleent, in het tweede op het moment dat de wederpartij *schriftelijk* door de toetredende en de uittredende partij van de overneming in kennis wordt gesteld. Uitgangspunt bij een contractsoverneming is dat *alle* rechten en verplichtingen overgaan op de derde. Dit geldt ook voor reeds *opeisbare* rechten en verplichtingen, zij het dat contractuele afwijking hiervan geoorloofd is.[70]

Ten aanzien van zowel de schuld- als contractsoverneming geldt dat op het moment dat aan alle wettelijke vereisten is voldaan, in beginsel direct het beoogde rechtsgevolg intreedt, waarmee het contract is uitgewerkt. In een nadien uitgesproken faillissement van één van de drie betrokken partijen heeft de curator dan niet de mogelijkheid die reeds ingetreden rechtstoestand ongedaan te maken.

Schuld- of contractsoverneming nog niet geëffectueerd

Is ten tijde van de intrede van het faillissement van één van de betrokken partijen de schuld- of contractsoverneming nog níet geëffectueerd omdat van de zijde van de failliet nog enige handeling dient te worden verricht, dan kan de curator de totstandkoming frustreren door zijn medewerking te onthouden. Een tweetal situaties laat zich daarbij denken. Indien één van de partijen bij een *schuldoverneming* of de toetredende of uittredende partij bij een *contractsoverneming* failleert en de toestemming respectievelijk medewerking bij voorbaat is verleend, kan de curator nalaten medewerking te verlenen aan de vereiste schriftelijke kennisgeving.[71] De curator dient er in dat geval wel rekening mee te houden dat

67 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 300.
68 Zie art. 6:156 lid 1 BW.
69 Zie art. 6:159 lid 3 jo art. 6:156 lid 1 BW.
70 Zie art. 6:159 lid 2 BW.
71 Een daartoe aan de andere partij verleende volmacht komt ingevolge art. 3:72 sub a BW te vervallen.

dit mogelijk een schending oplevert van de obligatoire (voor)overeenkomst die tot de schuld- of contractsoverneming verplicht en de wederpartij bij díe overeenkomst op de voet van art. 37a Fw met een schadevergoedingsvordering in het faillissement zal opkomen. Gaat juist de schuldeiser respectievelijk de wederpartij failliet, dan kan de curator in een voorkomend geval weigeren de vereiste toestemming respectievelijk medewerking te verlenen.

Ook is mogelijk dat van de zijde van de gefailleerde weliswaar alle noodzakelijke handelingen zijn verricht, maar de curator de mogelijkheid heeft uit de schuld- of contractsoverneming terug te treden, omdat de schuldeiser respectievelijk de wederpartij het bericht dat toestemming respectievelijk medewerking wordt verleend, nog niet heeft verzonden.[72] De curator zal er in dat geval echter wederom rekening mee moeten houden dat hij een contractuele verplichting schendt en de betreffende wederpartij uit dien hoofde met een schadevergoedingsvordering in het passief zal moeten worden toegelaten. Tevens is denkbaar dat de curator een bij voorbaat verleende toestemming respectievelijk medewerking herroept, indien de failliet zich de bevoegdheid daartoe heeft voorbehouden.[73]

Het kan ook voorkomen dat op datum faillissement weliswaar nog niet aan alle wettelijke vereisten voor een schuld- of contractsoverneming is voldaan, maar de curator géén mogelijkheid heeft de voltooiing respectievelijk totstandkoming ervan te verhinderen. Men denke aan het geval dat alleen nog een schriftelijke kennisgeving aan de gefailleerde vereist is en die laatste niet de bevoegdheid heeft de bij voorbaat verleende toestemming respectievelijk medewerking te herroepen. Ook kan worden gedacht aan de situatie dat voor de voltooiing van een *schuldoverneming* alleen nog toestemming van de niet-failliete *schuldeiser* nodig is of voor de totstandkoming van een *contractsoverneming* nog de medewerking van de niet-failliete *wederpartij* dient te worden verkregen en het bericht inhoudende de toestemming respectievelijk medewerking wordt verzonden vóórdat de curator in de gelegenheid is geweest terug te treden. De vraag is dan of de schuld- respectievelijk contractsoverneming met werking tegen de boedel kan worden geëffectueerd.

Ten slotte is denkbaar dat een schuld- of contractsoverneming plaatsvindt onder opschortende *voorwaarde* of *tijdsbepaling* en de schuldeiser respectievelijk de wederpartij hiermee reeds heeft ingestemd en van de vooralsnog opgeschorte schuld- of contractsoverneming in kennis is gesteld. Enigszins onduidelijk is of in een dergelijk geval het beoogde rechtsgevolg intreedt op het moment dat de voorwaarde in vervulling gaat respectievelijk het overeengekomen tijdstip aanbreekt of dat daartoe een formele kennisgeving hiervan (nogmaals) vereist is.[74] Voor zover in de hier bedoelde gevallen zou moeten worden aangenomen dat de

72 Zie art. 6:219 lid 2 BW. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 300 en 309.

73 Zie art. 6:156 lid 2 en art. 6:159 lid 3 BW.

74 In geval van een schuld- of contractsoverneming onder opschortende *voorwaarde* kan worden verdedigd dat vereist is dat de schuldeiser respectievelijk de wederpartij van het intreden van de voorwaarde in kennis wordt gesteld, omdat deze anders niet van de rechtsovergang op de hoogte zou zijn. Vgl. Van Hees 1997, p. 119. Bij een schuld- of contractsoverneming onder opschortende *tijdsbepaling* lijkt mij een nadere kennisgeving daarentegen niet direct noodzakelijk, nu reeds op voorhand duidelijk is wanneer het beoogde rechtsgevolg intreedt.

schuld- of contractsoverneming zonder nadere kennisgeving wordt geëffectueerd, rijst de vraag in hoeverre de schuld- of contractsoverneming aan de boedel kan worden tegengeworpen indien dit ná de intrede van het faillissement plaatsvindt.

De hier gestelde vragen komen in de praktijk met enige regelmaat op, maar zijn bij mijn weten in de rechtspraak nog niet aan de orde geweest. Ook in de literatuur is hieraan tot op heden nauwelijks aandacht besteed. Van Hees heeft in zijn proefschrift enige beschouwingen aan de gevolgen van een faillissement voor een *voorwaardelijke* contractsoverneming gewijd. Indien de voorwaarde ná datum faillissement in vervulling gaat, heeft de curator zijns inziens geen middelen om de daardoor tot stand gebrachte rechtsovergang te frustreren.[75] Voor het Belgische recht heeft ook Dirix zich op het standpunt gesteld dat de curator een contractsoverneming die ná de intrede van het faillissement wordt geëffectueerd tegen zich heeft te laten gelden, om de eenvoudige reden dat hij niet de mogelijkheid heeft dit te verhinderen.[76]

In de hierna volgende paragrafen beoog ik de hiervoor opgeworpen vragen te beantwoorden. Ik behandel eerst de schuldoverneming (§ 6.4.2) en aansluitend de contractsoverneming (§ 6.4.3).

6.4.2 Schuldoverneming

Bij de beoordeling van de vraag of de totstandkoming van een schuldoverneming door het faillissement van één van de daarbij betrokken partijen wordt gefrustreerd, dient tussen drie situaties te worden onderscheiden: (i) het faillissement van de *schuldenaar*, (ii) het faillissement van de *derde* die de schuld overneemt en (iii) het faillissement van de *schuldeiser*.

(i) In het geval dat de *schuldenaar* failleert, staat naar mijn mening niets eraan in de weg dat de schuldoverneming ná faillissement alsnog *met werking tegen de boedel* tot stand komt. Integendeel, de daarmee gepaard gaande afname van het passief is juist in het belang van de gezamenlijke schuldeisers.

(ii) Geraakt de *derde* in staat van faillissement, dan verzet mijns inziens art. 24 Fw zich er tegen dat de schuldoverneming *met werking tegen de boedel* wordt geëffectueerd. Dit geldt eveneens indien het contract zo zou moeten worden uitgelegd dat de *derde* ten opzichte van de *schuldenaar* in ieder geval gehouden is de schuld aan de schuldeiser te voldoen.[77] De regel van art. 24 Fw verhindert heel in het algemeen dat ná faillissement – anders dan op grond van een wettelijke bepaling – verifieerbare aanspraken *ontstaan*, dus ongeacht of dit door toedoen van de gefailleerde of een derde geschiedt, of aan het ontstaan ervan geen nadere handeling meer te pas komt.[78] Dit lijkt evenwel een enigszins academisch geval.

---

75 Zie Van Hees 1997, p. 118-120, die overigens over het hoofd lijkt te zien dat de curator in het door hem gegeven voorbeeld de mogelijkheid heeft om zijn medewerking aan de vereiste kennisgeving te onthouden.

76 Zie Dirix 2010a, p. 151-152. Zie ook Dirix 2009, p. 150.

77 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 299 en 301. Deze constatering kan van belang zijn indien de *derde* bijvoorbeeld een tegenvordering heeft op de *schuldenaar* die hij met zijn schuld aan de schuldenaar (tot voldoening van de schuld van die *schuldenaar* aan de *schuldeiser*) kan verrekenen.

78 Zie ook § 2.3.3.

Is nog de toestemming van de *schuldeiser* vereist, dan zal hij in de regel niet geneigd zijn die te verlenen indien de derde is gefailleerd. Heeft hij de toestemming bij voorbaat gegeven, dan ligt evenmin voor de hand dat de schuldoverneming nog wordt geëffectueerd, omdat de curator dan geen medewerking zal verlenen. In dit laatste geval dient de curator mogelijk wel rekening te houden met de indiening door de *schuldenaar* van een schadeclaim op de voet van art. 37a Fw. Het gaat dan om een vordering tot schadevergoeding ter zake van een tekortkoming in de nakoming van de obligatoire (voor)overeenkomst die tot de schuldoverneming verplicht.

(iii) Meer twijfel kan bestaan over de situatie dat de *schuldeiser* failleert. Vanuit het perspectief van de schuldeiser vertegenwoordigt de schuld een *vordering*, die op zichzelf intact blijft indien de *schuldenaar* wordt vervangen door de *derde*,[79] die dan dus de schuldenaar van de vordering wordt. Niettemin kan de positie van de *schuldeiser* als gevolg van de schuldoverneming verslechteren doordat de *nieuwe* schuldenaar (*i.e.* de *derde*) minder solvent is dan de *oude* schuldenaar en wellicht niet in staat is de schuld te betalen. Die potentiële verslechtering moet mijns inziens in strijd met het fixatiebeginsel worden geacht in het geval dat de vereiste kennisgeving na datum faillissement – en dus aan de curator – plaatsvindt. Het fixatiebeginsel staat eraan in de weg dat gedurende het faillissement (rechts)handelingen worden verricht ten aanzien van tot de boedel behorende activa indien het verhaal van de gezamenlijke schuldeisers daardoor wordt geschaad.[80] De schuldoverneming kan in dat geval níet aan de curator worden tegengeworpen. Dit neemt echter niet weg dat er voor de curator goede redenen kunnen bestaan om de schuldoverneming in een voorkomend geval wél te honoreren, waarbij in het bijzonder kan worden gedacht aan de situatie dat zijn verhaalspositie daardoor naar verwachting juist verbetert.

Ik zou willen verdedigen dat iets anders geldt in het geval dat de schuldoverneming onder opschortende *voorwaarde* of *tijdsbepaling* is aangegaan en de voorwaarde in vervulling gaat respectievelijk het overeengekomen tijdstip aanbreekt nadat het faillissement is ingetreden, voor zover althans zou moeten worden aangenomen dat de schuldoverneming dan zónder nadere kennisgeving wordt geëffectueerd.[81] Een parallel met een *overdracht* onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling is in dat geval mijns inziens op zijn plaats. Bij een overdracht onder opschortende *voorwaarde* wordt aangenomen dat het in vervulling gaan van de voorwaarde de (onvoorwaardelijke) eigendom doet overgaan, ongeacht het inmiddels ingetreden faillissement van de vervreemder. Ook een overdracht onder opschortende *tijdsbepaling* kan aan de curator van de vervreemder worden tegengeworpen, nu zij van rechtswege wordt behandeld als een *onmiddellijke* overdracht, onder gelijktijdige vestiging van een recht van vruchtgebruik van de vervreemder voor de gestelde tijd.[82] In dit licht dient naar mijn mening te worden aangenomen dat ook een schuldoverneming onder opschortende voorwaarde of

79 Zie Parl. Gesch Boek 6, p. 571.
80 Zie § 2.3.2.
81 Zie hierover § 6.4.1.
82 Zie art. 3:85 lid 2 BW.

tijdsbepaling ná de intrede van het faillissement van de schuldeiser kan worden geëffectueerd indien daaraan géén nadere handeling meer te pas komt.

6.4.3 Contractsoverneming

Ook bij *contractsoverneming* dient tussen drie situaties te worden onderscheiden: (i) het faillissement van de *uittredende* partij, (ii) het faillissement van de *toetredende* partij en (iii) het faillissement van de *wederpartij*, dat wil zeggen de partij die uittreedt noch toetreedt.

(i) Contractsoverneming kan meebrengen dat aan de *uittredende* partij toekomende vorderingsrechten haar vermogen verlaten.[83] Het gaat hier om een bijzondere rechtsovergang waarop de bepalingen voor overdracht niet van toepassing zijn,[84] zodat de artikelen 23 en 35 lid 1 Fw in ieder geval níet aan de totstandkoming van de contractsoverneming in de weg staan.[85] Niettemin zou ik menen dat het mede aan de hier bedoelde bepalingen ten grondslag liggende fixatiebeginsel de totstandkoming van de contractsoverneming blokkeert, indien de vereiste medewerking van de wederpartij ná datum faillissement wordt verkregen.[86] Het fixatiebeginsel staat eraan in de weg dat gedurende het faillissement (rechts)handelingen worden verricht ten aanzien van boedelbestanddelen indien de schuldeisers daardoor in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld.[87] Dit betekent niet dat de wederpartij en de toetredende partij in dit geval steeds met lege handen staan. De wederpartij kan de curator op de voet van art. 37 Fw vragen of hij bereid is het contract dat voorwerp is van de beoogde contractsoverneming gestand te doen. Verklaart de curator zich daartoe niet bereid, dan zou ik menen dat hij daarmee zijn recht om zich tegen de contractsoverneming te verzetten, heeft verspeeld.

Is de medewerking van de wederpartij reeds verleend en is de contractsoverneming onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling aangegaan, dan liggen de kaarten mogelijk anders. Voor zover zou moeten worden aangenomen dat de contractsoverneming in dat geval bij het in vervulling gaan van de voorwaarde of het aanbreken van het overeengekomen tijdstip zonder nadere handeling tot stand komt,[88] dwingt een parallel met de overdracht onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling mijns inziens tot de conclusie dat de contractsoverneming met werking tegen de boedel kan worden geëffectueerd.[89]

(ii) Bij faillissement van de *toetredende partij* geldt mijns inziens dat vanwege de met een contractsoverneming in potentie gepaard gaande toename van de

---

83 Zie art. 6:159 lid 2 BW, waaruit volgt dat in beginsel alle rechten en verplichtingen overgaan, zij het dat ten aanzien van bijkomstige en reeds opeisbaar geworden rechten en verplichtingen contractuele afwijking mogelijk is. Vgl. Haak 2009, p. 563.

84 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 311.

85 Vgl. Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2273.

86 Men bedenke zich dat de Hoge Raad vóór de invoering van het huidige art. 35 lid 1 Fw een daarmee vergelijkbare regel rechtstreeks op het fixatiebeginsel grondde; zie HR 31 december 1909, *W.* 8957 (*Op den Ende/De Haan Hugenholtz q.q.*).

87 Zie § 2.3.2.

88 Zie hierover § 6.4.1.

89 Vgl. § 6.4.2, onder (iii).

schuldenlast art. 24 Fw de totstandkoming ervan verhindert, zo de overige partijen haar al zouden willen doorzetten. De curator kan een beroep op art. 24 Fw vanzelfsprekend ook achterwege laten indien hij verwacht dat de boedel bij de toetreding tot het contract zal zijn gebaat.

(iii) Tot slot het faillissement van de *wederpartij*. Hier speelt het probleem dat de curator als gevolg van de contractsoverneming een nieuwe wederpartij tegenover zich vindt die in potentie een minder solvente debiteur is dan de uittredende partij. Indien voor de totstandkoming van de contractsoverneming nog een kennisgeving aan de wederpartij vereist is, is het effectueren ervan mijns inziens om die reden in strijd met het fixatiebeginsel.[90]

Is de contractsoverneming onder opschortende *voorwaarde* of *tijdsbepaling* aangegaan en gaat de voorwaarde in vervulling respectievelijk breekt het overeengekomen tijdstip aan nadat het faillissement is ingetreden, dan ligt de zaak mogelijk anders. Voor zover zou moeten worden aangenomen dat de contractsoverneming dan zónder nadere kennisgeving wordt geëffectueerd,[91] noopt een parallel met de overdracht onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling wederom tot de conclusie dat de contractsoverneming met werking tegen de boedel tot stand komt.[92]

6.5 Afstand van een vorderingsrecht

Nauw verwant aan de in § 6.4 besproken overeenkomsten van schuld- en contractsoverneming is het zogeheten *liberatoire* contract, waardoor één van de partijen van een verplichting wordt bevrijd. Een belangrijk voorbeeld is de overeenkomst van afstand van een vorderingsrecht.[93] Met het bereiken van wilsovereenstemming treedt in beginsel het beoogde rechtsgevolg in, waarmee de overeenkomst – evenals bij schuld- en contractsoverneming – is uitgewerkt. De Faillissementswet biedt de curator dan geen aanknopingspunten om die vóór faillissement ingetreden rechtstoestand alsnog ongedaan te maken.[94]

Heeft de curator van de schuldeiser van de vordering wél een wapen in handen indien de rechtstoestand nog níet is ingetreden, omdat (i) is overeengekomen dat dit bij het intreden van een bepaalde voorwaarde of op een later tijdstip plaatsvindt of (ii) door de gefailleerde bij voorbaat van een *toekomstig* vorderingsrecht afstand is gedaan? In het eerste geval meen ik dat niets aan het intreden van de beoogde rechtstoestand in de weg staat, waarbij ik in het bijzonder van belang acht dat een faillissement evenmin verhindert dat een overdracht onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling wordt geëffectueerd.[95] In het tweede geval lijkt mij verdedigbaar dat de ratio van art. 35 lid 2 Fw of het daaraan ten grondslag

90 Vgl. voor het faillissement van de schuldeiser bij een schuldoverneming § 6.4.2, onder (iii).
91 Zie hierover § 6.4.1.
92 Vgl. § 6.4.2, onder (iii).
93 Zie art. 6:160 BW.
94 Vgl. de Toelichting bij art. 3.4.1 van het voorontwerp Insolventiewet, Kortmann & Faber 2007, p. 237.
95 Zie nader § 6.4.2, onder (iii).

liggende fixatiebeginsel aan de intrede van het beoogde rechtsgevolg in de weg staat.[96]

Indien afstand van een vorderingsrecht om niet plaatsvindt, is sprake van kwijtschelding.[97] Heeft de gefailleerde vóór datum faillissement bij voorbaat een toekomstige schuld kwijtgescholden, dan kan de curator daartegen naast de ratio van art. 35 lid 2 Fw, ook art. 35b Fw in stelling brengen. De kwijtschelding kwalificeert dan als een gift in de zin van art. 7:186 lid 2 BW, waaraan de begiftigde 'generlei recht' tegen de boedel kan ontlenen.

96 De curator kan de overeenkomst mogelijk ook frustreren door vóórdat het beoogde rechtsgevolg intreedt de betreffende vordering te innen.

97 Zie art. 6:160 lid 2 BW.

7 Opschortings- en beëindigingsrechten

7.1 Inleiding

Indien één van de partijen bij een wederkerige overeenkomst in de nakoming tekortschiet, is de andere partij in beginsel bevoegd haar eigen prestaties op te schorten of de overeenkomst te ontbinden.[1] Hiernaast is ook de partij die als eerste moet presteren tot opschorting bevoegd, indien na het sluiten van de overeenkomst aan het licht gekomen omstandigheden haar goede grond geven te vrezen dat haar wederpartij de verschuldigde prestatie op het moment suprême niet zal verrichten.[2] Deze regels zijn van regelend recht.[3] Contractuele afwijking is mogelijk en in de praktijk ook zeer gebruikelijk.[4] In het bijzonder wordt veelvuldig gebruikgemaakt van clausules die verruimde mogelijkheden bieden om de overeenkomst te ontbinden of anderszins te beëindigen, bijvoorbeeld in verband met de – op handen zijnde – insolventie van de wederpartij. Conform de hoofdregel laat het faillissement de aan contractpartijen toekomende bevoegdheden tot opschorting en beëindiging in beginsel intact, ook voor zover zij een afwijking inhouden van het gemene recht.[5]

Contractuele clausules die de overeenkomst bij faillissement van één van de partijen van rechtswege doen eindigen of de wederpartij de bevoegdheid bieden het contract in dat geval eenzijdig te beëindigen, vormen een bedreiging voor het keuzerecht van de curator. De curator zal daardoor niet steeds kunnen opteren voor nakoming, ook al zou de boedel wél bij nakoming zijn gebaat. In ieder geval is de curator in voorkomende gevallen voor de (verdere) uitvoering van de overeenkomst geheel van de bereidwilligheid van de betreffende wederpartij afhankelijk. Wordt de overeenkomst niet reeds vanwege het intreden van het faillissement beëindigd, dan levert het feit dat ook de bevoegdheid tot opschorting

---

1 Zie respectievelijk de artikelen 6:262 en 6:265 BW. Voor opschorting is overigens niet noodzakelijk dat sprake is van een *tekortkoming*, maar is voldoende dat de wederpartij een opeisbare verbintenis *niet nakomt.* Zie met betrekking tot dit subtiele onderscheid: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 320.

2 Zie art. 6:263 BW.

3 Zie Streefkerk 2006, p. 5; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 686; Parl. Gesch. Boek 6, p. 1011. Een uitzondering geldt bijvoorbeeld voor de consumentenkoop, ten aanzien waarvan de wettelijke ontbindingsregels dwingendrechtelijk zijn voorgeschreven; zie art. 7:6 lid 1 BW.

4 Het ligt in de rede dat op contractueel geregelde opschortings- en ontbindingsrechten de wettelijke regels van de afdelingen 6.1.7 (opschorting) en 6.5.5 (opschorting en ontbinding) zo veel mogelijk – dat wil zeggen voor zover daarvan niet contractueel is afgeweken – van toepassing dan wel van overeenkomstige toepassing zijn. In deze zin met betrekking tot het opschortingsrecht: Streefkerk 2006, p. 5.

5 Voor de bevoegdheid tot opschorting volgt dit tevens uit art. 6:53 BW, dat bepaalt dat een opschortingsrecht ook tegen de *schuldeisers* van een wederpartij kan worden ingeroepen. De wetgever had hierbij in het bijzonder het oog op de derde-beslaglegger en de curator van de wederpartij; zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 211.

en ontbinding in verband met de niet-nakoming van op datum faillissement reeds bestaande verbintenissen intact blijft, problemen op. Heeft de curator belang bij de prestaties van de wederpartij, dan zal zij aan het verrichten van die prestaties de voorwaarde kunnen verbinden dat eerst de openstaande schulden worden voldaan. Dit staat op gespannen voet met de door de wetgever gewilde rangorde, nu in dat geval een – in de regel concurrente – faillissementsvordering buiten de verificatievergadering om wordt betaald. Bovendien zal de curator niet steeds tot integrale voldoening van de uitstaande schulden in staat zijn, zodat de continuïteit van de onderneming dan in het gedrang dreigt te geraken of ten minste baten voor de boedel verloren gaan. Dit alles rechtvaardigt de vraag of opschortings- en beëindigingsbevoegdheden door de wederpartij van de gefailleerde wel onder alle omstandigheden (moeten) kunnen worden uitgeoefend. Deze vraag staat in dit hoofdstuk centraal.

Eerst komt in § 7.2 de geoorloofdheid van een beroep op een beëindigingsclausule in faillissement aan de orde, waarna in § 7.3 aandacht wordt besteed aan de mogelijkheid tot opschorting of ontbinding in verband met op datum faillissement reeds bestaande schulden. In § 7.4 worden in vogelvlucht enige initiatieven van de zijde van de wetgever tot de inperking van de opschortings- en beëindigingsbevoegdheden van de wederpartij aangestipt. Eén van die initiatieven heeft geleid tot de introductie van een bijzondere regeling voor nutsleveranciers, die wordt geanalyseerd in § 7.5. In § 7.6 staan de voorstellen van de Commissie insolventierecht die betrekking hebben op de onderhavige problematiek centraal. Mede naar aanleiding van die voorstellen wordt in § 7.7 bijzondere aandacht besteed aan de controversiële vraag naar de wenselijkheid van de inperking van de opschortings- en beëindigingsmogelijkheden van de financier. Het hoofdstuk wordt in § 7.8 afgesloten met enige gedachten omtrent de invoering van een wettelijke regeling van het boedelkrediet.

7.2 Beëindigingsclausules

Clausules die in geval van faillissement de overeenkomst doen eindigen of voor die situatie een eenzijdige beëindigingsbevoegdheid in het leven roepen – door mij in navolging van het Amerikaanse recht ook aangeduid als *ipso facto*-beëindigingsclausules – komen in de praktijk zeer frequent voor en kunnen de curator voor serieuze problemen stellen. In de eerste plaats is denkbaar dat opdrachtgevers zich met een beroep op een dergelijk beding terugtrekken, als gevolg waarvan de overlevingskansen van de onderneming verder afnemen of zelfs tot nihil worden gereduceerd. In ieder geval kunnen aldus potentiële baten voor de schuldeisers verloren gaan. Slaagt de curator er met enig kunst- en vliegwerk in de orderportefeuille in stand te houden, dan kan hij in de tweede plaats tegen het probleem aanlopen dat partijen die goederen leveren of diensten verrichten die voor de bedrijfsvoering van essentieel belang zijn met een beroep op eenzelfde beding weglopen, als gevolg waarvan de opdrachten niet of niet tijdig kunnen worden uitgevoerd. Weliswaar is de curator bevoegd om andere

leveranciers aan te zoeken en daarmee te contracteren, maar zeker in de cruciale beginfase van het faillissement – waarin de beslissing omtrent de voortzetting van de onderneming moet worden genomen – ontbreekt het hem niet zelden aan de daarvoor benodigde tijd. Bovendien kan de curator om sommige leveranciers eenvoudigweg niet heen. Men denke aan partijen die een monopoliepositie innemen of goederen of diensten leveren die zodanig op de onderneming zijn afgestemd dat een reëel alternatief om die reden niet voorhanden is.

De Amerikaanse wetgever heeft de hier bedoelde bedingen in belangrijke mate in de ban gedaan. Zowel indien de procedure op liquidatie is gericht, als onder het op continuïteit gerichte *Chapter 11* geldt op grond van § 365(e)(1) BC dat het níet is toegestaan het contract te beëindigen of te wijzigen op grond van een beding dat de bevoegdheid daartoe koppelt aan een aantal in de wet vermelde condities, waaronder de financiële toestand van de schuldenaar en de opening van een insolventieprocedure.[6] Een vergelijkbare regeling bevat de Belgische Wet Continuïteit Ondernemingen. Art. 35 § 1 WCO bepaalt dat de aanvraag of opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie geen einde maakt aan de lopende overeenkomsten noch aan de modaliteiten van hun uitvoering '[n]iettegenstaande enige andersluidende contractuele bepaling'. De bepaling sluit hiermee naadloos aan bij art. 28 lid 2 WGA, welke bepaling met de inwerkingtreding van de Wet Continuïteit Ondernemingen is komen te vervallen.[7] De bescherming die art. 28 lid 2 WGA de schuldenaar beoogde te bieden, was in de praktijk echter kennelijk vaak een illusie, aangezien zij niet in de weg stond aan een beroep op een beding dat het eindigen van de overeenkomst, althans de bevoegdheid tot beëindiging, koppelde aan een *andere* objectieve omstandigheid die verband hield met de nijpende financiële toestand van de schuldenaar.[8] Of van de met art. 35 § 1 WCO beoogde bescherming veel terecht zal komen, mag dan ook worden betwijfeld.[9]

Een met § 365(e)(1) BC of art. 35 § 1 WCO vergelijkbare bepaling ontbreekt naar Nederlands recht. Een belangrijke aanwijzing dat de Nederlandse wetgever een beroep op een contractueel beding op grond waarvan de overeenkomst met de intrede van het faillissement eindigt of eenzijdig kan worden beëindigd juist geoorloofd acht, kan worden geput uit de op 15 januari 2005 ingevoerde regeling van art. 37b Fw, waarmee de opschortings- en beëindigingsrechten van nutsleveranciers aan banden zijn gelegd.[10] Op grond van art. 37b lid 3 Fw is de nutsleverancier slechts met goedvinden van de curator bevoegd een beroep te doen op:

> 'een beding dat het faillissement […] grond oplevert voor ontbinding […] van een overeenkomst als bedoeld in het eerste lid, dan wel dat die overeenkomst daardoor van rechtswege zal zijn ontbonden […].'

---

6 De regeling van § 365(e)(1) BC dient evenwel restrictief te worden toegepast, in die zin dat alleen een beëindiging op één van de uitdrukkelijk daarin vermelde gronden ongeoorloofd is; zie *Summit Investment and Development Corp. v. Leroux*, 69 F.3d 608 (1st Cir.1995).

7 Zie art. 85 WCO.

8 Zie Zenner 2009, p. 102, met verwijzingen.

9 Is de automatische ontbinding of het ontstaan van het recht daarop gekoppeld aan de *wanprestatie* van de schuldenaar, dan kan een eventuele ontbinding op de voet van art. 35 § 1 lid 2 WCO worden doorkruist.

10 Zie nader over deze regeling § 7.5.

A contrario kan hieruit worden afgeleid dat een beroep op een dergelijk beding ten aanzien van de hier bedoelde overeenkomsten in de visie van de wetgever zonder de regeling van art. 37b lid 3 Fw in beginsel wél geoorloofd zou zijn en dat dit voor overeenkomsten waarvoor die regeling níet geldt bovendien nog altijd het geval is.

Tiethoff q.q. & Douma q.q./Amstel Lease (BaByXL)[11]
Slechts enkele maanden na de invoering van de regeling van art. 37b Fw kwam de vraag naar de geoorloofdheid van een beroep op een *ipso facto*-beëindigingsclausule in faillissement op het bord van de Hoge Raad terecht. Wat was het geval? Tussen BaByXL en Amstel Lease bestond een operational lease-contract, op basis waarvan laatstgenoemde aan BaByXL computerapparatuur had verhuurd. De overeenkomst bepaalde onder meer dat Amstel Lease het recht had het contract met onmiddellijke ingang te ontbinden indien de surseance of het faillissement van BaByXL was aangevraagd. Op 8 februari 2002 is aan BaByXL voorlopige surseance van betaling verleend, waarna Amstel Lease op 14 februari 2002 met een beroep op de hiervoor bedoelde clausule tot ontbinding overging. Enige dagen later is de surseance omgezet in een faillissement. De curatoren van BaByXL keerden zich vervolgens onder meer tegen de beëindiging van het contract door Amstel Lease. Zij stelden zich daarbij op het standpunt dat de regel van art. 238 Fw – die tijdens een surseance van betaling in afwijking van art. 39 Fw alleen aan de *huurder* een bevoegdheid tot opzegging biedt – aan een beroep op het contractuele ontbindingsrecht in de weg zou staan. De Hoge Raad ging hier niet in mee:

> 'In aanmerking genomen dat in het algemeen faillissement en surséance op zichzelf niet van invloed zijn op de bestaande wederkerige overeenkomsten van de schuldenaar, moet daarom worden aanvaard dat art. 238 F. niet in zoverre een exclusieve werking heeft dat deze bepaling de bedongen bevoegdheid tot buitengerechtelijke ontbinding aan de verhuurder ontneemt.'

Het beroep van Amstel Lease op het beding dat haar de bevoegdheid tot *ontbinding* bood, was volgens de Hoge Raad dus geoorloofd ondanks het feit dat art. 238 Fw haar de bevoegdheid tot *opzegging* onthield. Een beroep op een dergelijk beding is dan evenzeer geoorloofd in al die gevallen waarin de regeling van art. 238 Fw geen rol speelt, terwijl mijns inziens evenmin aanleiding bestaat anders te oordelen ten aanzien van clausules die in geval van surseance of faillissement de overeenkomst *van rechtswege* doen eindigen. Uit het arrest kan worden afgeleid dat ook het feit dat de uitvoering van een overeenkomst voor de voortzetting van de onderneming noodzakelijk is, in de visie van de Hoge Raad op zichzelf onvoldoende reden is om een contractuele bevoegdheid tot beëindiging te doorkruisen.[12]

---

11 Zie HR 13 mei 2005, *NJ* 2005, 406, m.nt. PvS.
12 Zie in het bijzonder het einde van r.o. 3.4.3: 'Ook tegen deze achtergrond kan een beding als het onderhavige, dat ook veelvuldig voorkomt in andere voor de voortzetting van de bedrijfsactiviteiten noodzakelijke overeenkomsten, bijvoorbeeld betreffende de financiering van de onderneming, niet in het algemeen als een ontoelaatbare inbreuk op het wettelijk stelsel inzake de surséance van betaling worden beschouwd.'

Maar dit alles betekent niet dat de bewindvoerder of de curator machteloos staat indien hij met een beëindigingsclausule wordt geconfronteerd. De Hoge Raad overweegt dat:

> '[…] een beroep op een beding als het onderhavige [kan] worden tegengegaan met een beroep op art. 6:248 lid 2 BW, met name in gevallen waarin ervan kan worden uitgegaan dat de doorbetaling van de huur gedurende de surséance is verzekerd.'[13]

De beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan onder omstandigheden aan een beroep op een beëindigingsclausule in de weg staan. Verstijlen neemt aan dat in dit kader ook de belangen van de boedel c.q. de gezamenlijke schuldeisers in de afweging kunnen worden betrokken,[14] zoals dat bij een beroep op een opschortingsrecht na datum faillissement onder omstandigheden eveneens het geval is.[15] Is dat juist? De partij die poogt met een beroep op een opschortingsrecht een openstaande schuld van vóór datum faillissement te incasseren, doet dit in ieder geval mede als *schuldeiser* en in die hoedanigheid staat zij in een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding tot de overige schuldeisers, op grond waarvan zij zich in zekere mate naar hun belangen dient te richten.[16] Een partij die zich beroept op een *ipso facto*-beëindigingsbeding doet dit mijns inziens echter louter als *contractpartij*.[17] Op het moment dat Amstel Lease een beroep deed op dit bedingwas zij kennelijk ook helemaal geen schuldeiser, omdat de huurovereenkomst tot op dat moment geheel was nagekomen. De vraag is dan of zij ook in hoedanigheid van *contractpartij* in een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding tot de *schuldeisers* van haar wederpartij komt te staan. Zeker lijkt mij dat niet. Enerzijds is van belang dat de reden waarom de schuldeisers in faillissement in een bijzondere rechtsverhouding tot elkaar komen te staan – het verhaal van de één gaat per definitie ten koste van dat van de anderen én vice versa – hier niet speelt. Weliswaar is denkbaar dat het verhaal van de schuldeisers door het inroepen van het beëindigingsbeding wordt geschaad, maar indien die schuldeisers verhaal zouden nemen, wordt de wederpartij daardoor alleen geraakt voor zover zij tevens over een verhaalsrecht beschikt (*i.e.* schuldeiser is). Anderzijds kan men zeggen dat de belangen van de schuldenaar tijdens surseance en – met name – faillissement wat naar de achtergrond verdwijnen en (deels) plaatsmaken voor de belangen van de schuldeisers, zodat een wederpartij bij de uitoefening van haar contractuele bevoegdheden niet alleen jegens de schuldenaar, maar ook jegens diens schuldeisers de redelijkheid

13 Zie r.o. 3.4.2. Overigens hadden de curatoren van BaByXL in eerste aanleg ook een beroep gedaan op de regeling van art. 6:248 lid 2 BW, maar zij hadden kennelijk verzuimd om tegen de verwerping van dit beroep door de rechtbank in cassatie op te komen.
14 Zie Verstijlen 2006a, p. 150.
15 Zie HR 16 oktober 1998, *NJ* 1998, 896 (*Van der Hel q.q./Edon*), waarover § 7.3.2.
16 Zie § 2.4.
17 Zie in dit verband ook § 4.4.4, waar wordt verdedigd dat indien de curator in de ogen van de wederpartij onredelijk veel tijd neemt om een beslissing omtrent gestanddoening te nemen, voor haar niet de weg van art. 69 Fw openstaat, omdat zij dan niet zozeer als *schuldeiser*, maar als *contractpartij* opereert.

en billijkheid in acht dient te nemen, juist omdat de consequenties daarvan rechtstreeks door de schuldeisers worden gedragen.[18]

Of het in de praktijk veel uitmaakt of de belangen van de schuldeisers bij een beroep op een *ipso facto*-beëindigingsclausule al dan niet kunnen worden meegewogen is de vraag, nu de Hoge Raad de rol van dergelijke clausules binnen faillissement met de hiervoor geciteerde overweging lijkt te hebben gemarginaliseerd. Het oordeel dat een beroep op een beëindigingsclausule onder omstandigheden in strijd kan zijn met art. 6:248 lid 2 BW is op zichzelf weinig verrassend; dit geldt in beginsel voor een beroep op iedere contractuele bepaling. Van meer belang is dat de Hoge Raad de eisen van de redelijkheid en billijkheid voor één specifieke situatie reeds op voorhand voor een belangrijk deel lijkt in te kleuren, namelijk het geval dat de doorbetaling na de opening van de procedure is verzekerd. Welbeschouwd zegt de Hoge Raad hier dat indien er ten tijde van de ingang van de procedure géén achterstanden zijn en vaststaat dat deze ook in de toekomst niet zullen ontstaan,[19] de wederpartij in beginsel niet tot beëindiging bevoegd is en dus ook harerzijds gehouden is het contract na te komen. Dit is geheel in overeenstemming met de regeling van art. 37 Fw.[20] Is aan de zijde van de schuldenaar reeds sprake van een tekortkoming of is de nakoming voor wat betreft de toekomst onzeker, dan kan het beding wél worden ingeroepen, maar heeft het naast de gemeenrechtelijke bevoegdheden die de wederpartij in dat geval ten dienste staan maar weinig toegevoegde waarde.[21] Dit alles lijkt mij eveneens te gelden indien niet een duurovereenkomst, maar een aflopend of enkelvoudig contract in het geding is en ook ingeval op de schuldenaar een andere verplichting dan de betaling van een geldsom rust. Ook een beroep op een beëindigingsbeding dat niet wordt geactiveerd door de opening van de insolventieprocedure, maar wel op enigerlei wijze op de insolventie van de schuldenaar is geconditioneerd, moet mijns inziens in beginsel in strijd met de redelijkheid en billijkheid worden geacht indien de integrale nakoming van de overeenkomst is gewaarborgd.

Maar het voorgaande is geen wet van Meden en Perzen; de omstandigheden van het geval kunnen anders meebrengen. Indien op datum faillissement echter geen sprake is van een tekortkoming en de curator zich met inachtneming van de in art. 37 Fw gestelde vereisten bereid verklaart de overeenkomst na te komen, lijkt het in het licht van het BaByXL-arrest op de weg van de *wederpartij* te liggen om aan te tonen

18 Zie in dit verband Snijders 2003, p. 278, die verdedigt dat *alle* betrokkenen bij een faillissement in een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding tot elkaar komen te staan. Vgl. Wessels Insolventierecht IV 2010, par. 4224a; Wessels 2009, p. 70.

19 De voorwaarde dat geen achterstanden mogen bestaan, kan worden afgeleid uit het feit dat de Hoge Raad niet rept van 'betaling', maar van 'doorbetaling' na datum surseance. Dit strookt bovendien met zijn jurisprudentie omtrent de bevoegdheid tot *opschorting* tijdens faillissement, waarover § 7.3.2. Zie Verstijlen 2006a, p. 150.

20 Zie § 4.6.

21 Is sprake van een tekortkoming of staat vast c.q. bestaat reële vrees dat door de schuldenaar in de nakoming zal worden tekortgeschoten, dan kan de wederpartij het contract immers sowieso door ontbinding doen eindigen; zie respectievelijk art. 6:265 en art. 6:80 jo 6:265 BW. Zie ook Van Zanten & Verstijlen 2011, p. 91.

dat een beëindiging níet strijdig is met art. 6:248 lid 2 BW.[22] Een beëindiging kan in de gegeven omstandigheden bijvoorbeeld geoorloofd zijn indien sprake is van een overeenkomst van aanneming van werk en de schuldenaar gehouden is een prestatie te verrichten die zodanig uniek is, dat eventuele toekomstige gebreken vanwege het verdwijnen van de schuldenaar uit het economisch verkeer niet adequaat zullen kunnen worden verholpen.[23] Een ander voorbeeld is de situatie dat de wederpartij haar productieproces op de prestatie van de schuldenaar zal moeten afstemmen en dit alleen verantwoord is indien die prestatie ook in de toekomst kan worden afgenomen. In dergelijke gevallen dient een beroep op een beëindigingsclausule te worden gehonoreerd, ondanks het feit dat de curator bereid en in staat is de overeenkomst integraal na te komen of hij zich daartoe zelfs al uit eigen beweging bereid heeft verklaard.[24]

Ook onder de regeling van de Belgische Faillissementswet wordt een 'uitdrukkelijk ontbindend beding', dat wil zeggen een beding dat ertoe strekt de overeenkomst te beëindigen zodra de andere partij het voorwerp wordt van een insolventieprocedure, in beginsel voor geoorloofd gehouden.[25] Evenals naar Nederlands recht kan een beroep op een dergelijk beding worden getoetst aan de goede trouw. In 1998 had de rechtbank van koophandel te Ieper te oordelen over een geval waarin de failliet als lessee betrokken was bij een zevental leasecontracten ter zake waarvan géén betalingsachterstanden bestonden en de curator zich bereid had verklaard ofwel de contracten verder voort te zetten, ofwel de nog openstaande bedragen ineens te betalen en de koopoptie te lichten. De rechtbank oordeelde dat het beroep van de lessor op een contractuele bepaling die hem de bevoegdheid bood het contract vanwege het ingetreden faillissement van de lessee te beëindigen, kennelijk onredelijk was.[26] In het licht van het BaByXL-arrest acht ik aannemelijk dat de Nederlandse Hoge Raad in deze casus tot eenzelfde oordeel zou zijn gekomen.

Conclusie en toekomstperspectief

Clausules die in geval van faillissement een eenzijdig beëindigingsrecht in het leven roepen of de overeenkomst in dat geval van rechtswege doen eindigen, ondergraven het keuzerecht van de curator. In voorkomende gevallen kan de continuïteit van de onderneming hierdoor in gevaar komen of in ieder geval waarde voor de schuldeisers verloren gaan. Ter vermijding hiervan is een inbreuk op de contractuele positie van de wederpartij mijns inziens gerechtvaardigd, temeer omdat een beroep op een *ipso facto*-beëindigingsclausule mogelijk is in

22 Hetzelfde lijkt mij te gelden indien er op datum faillissement wél sprake is van een tekortkoming, maar de curator op de voet van art. 6:86 BW aanbiedt het verzuim te zuiveren en eventueel inmiddels verschuldigde schadevergoeding en kosten te betalen, indien althans de bevoegdheid tot zuivering van het verzuim op dat moment nog bestaat. Die bevoegdheid kan op grond van de redelijkheid en billijkheid ontbreken, bijvoorbeeld ingeval de wederpartij reeds heeft medegedeeld geen nakoming meer te wensen, maar zich nog te willen beraden over de vraag of zij ontbinding of vervangende schadevergoeding wenst; zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 307.

23 In een dergelijk geval biedt zekerheidstelling door de curator voor eventuele garantieverplichtingen geen uitkomst, omdat herstelwerkzaamheden dan niet door een derde kunnen worden verricht. Zie ook § 4.4.2.3.2 en § 4.6.2.4.5.

24 Een beroep op de imprévision-regeling van art. 6:258 BW is hier niet aan de orde, nu de intrede van het faillissement getuige de opname van een *ipso facto*-beding juist géén onvoorziene omstandigheid vormt.

25 Zie Frédéricq 1963, p. 44; Dirix 2003, p. 202; Zenner & Peeters 2004, p. 496-497; De Wilde 2005, p. 170-171.

26 Zie Kh. Ieper 29 juni 1998, *R.W.* 1999-2000, p. 21-22.

gevallen waarin de schuldenaar níet in de nakoming van de overeenkomst is tekortgeschoten en een tekortkoming evenmin is te verwachten. Slechts bij uitzondering dient een beroep op een dergelijke clausule te worden gehonoreerd. Indien mijn lezing van het BaByXL-arrest juist is, zit het Nederlandse recht in dit opzicht naar mijn mening op het goede spoor.

Niettemin zou ik menen dat het de moeite waard is een en ander in een wettelijke regeling tot uitdrukking te brengen, zoals dat ook in het Amerikaanse en het Belgische recht is gedaan. Ik zou daarbij bovendien willen pleiten voor een nog verdergaande regeling, op grond waarvan een beëindiging van het contract tijdens de insolventieprocedure in beginsel – uitzonderingen daargelaten – in het geheel niet mogelijk is, ook niet indien er achterstanden van vóór datum faillissement zijn, zolang de betaling van de ten behoeve van de boedel te verrichten prestaties is gewaarborgd. Het voorontwerp Insolventiewet bevat hiertoe in art. 3.4.2 een goede aanzet. Deze regeling staat centraal in § 7.6.

7.3 Dwangcrediteuren

7.3.1 Het probleem

Indien sprake is van een duurovereenkomst op grond waarvan nog schulden openstaan die dateren van vóór de faillissementsdatum, zal de wederpartij in kwestie zich in de regel met een beroep op een opschortingsrecht op het standpunt kunnen stellen slechts bereid te zijn verdere leveranties te verrichten indien eerst de openstaande schuld wordt betaald.[27] Ook zal zij in dat geval het contract op de voet van art. 6:265 BW kunnen ontbinden, hetgeen hooguit door de curator kan worden geëcarteerd door vóórdat zij haar ontbindingsverklaring heeft uitgebracht, de onbetaald gebleven facturen en eventueel verschuldigde schadevergoeding en kosten te voldoen.[28] Is geen sprake van een duurcontract maar van twee separate contracten en wenst de curator slechts één van beide na te komen, dan kan hij eveneens met een opschortingsrecht worden geconfronteerd, indien tussen de verplichting van de wederpartij op basis van het ene contract en haar vordering op

27 In de literatuur bestaat discussie omtrent de vraag of in het geval dat een leverantiecontract verplicht tot meerdere deelleveringen c.q. deelbetalingen en één van de deelprestaties niet wordt nagekomen, de bevoegdheid tot opschorting van een daarop volgende deelprestatie berust op de *exceptio non adimpleti contractus* of op het algemene opschortingsrecht van art. 6:52 BW; zie Streefkerk 2006, p. 26-30, met verwijzingen. Voor beide opvattingen valt iets te zeggen. Enerzijds kan worden betoogd dat de gedeeltelijke tekortkoming ter zake van een deelprestatie rechtvaardigt dat de wederpartij met een beroep op art. 6:262 lid 2 BW bevoegd is tot gedeeltelijke opschorting met betrekking tot de daarop volgende deelprestatie. Anderzijds is verdedigbaar dat de bevoegdheid tot opschorting in een voorkomend geval alleen op art. 6:52 BW kan worden gegrond, omdat geen sprake is van tegenover elkaar staande verbintenissen, zoals door art. 6:262 lid 1 BW wordt vereist. De Hoge Raad lijkt op het spoor van de *enac* te zitten. Zo baseerde hij de bevoegdheid van een energieleverancier om verdere leveranties op te schorten totdat eerdere leveranties zijn voldaan in HR 16 oktober 1998, *NJ* 1998, 896 (*Van der Hel q.q./Edon*) uitdrukkelijk op de regeling van art. 6:262 BW, zij het op het *eerste* lid van die bepaling, waar een verwijzing naar het *tweede* lid meer op zijn plaats was geweest. Een belangrijk verschil met de regeling van art. 6:52 BW is dat ten aanzien van de *enac* de regels van art. 6:54 sub b en c en art. 6:55 BW niet van toepassing zijn; zie art. 6:264 BW.

28 Zie respectievelijk de artikelen 6:265 en 6:86 BW.

basis van het andere voldoende samenhang bestaat.[29] Een vergelijkbaar probleem kan zich voordoen in de situatie dat een partij op regelmatige basis aan de onderneming goederen of diensten heeft geleverd, zonder dat sprake was van één duurovereenkomst die tot die herhaalde leveranties verplichtte, een situatie die in de praktijk geregeld voorkomt.[30] Ook dan kan de leverancier zijn bereidheid tot het verrichten van nieuwe leveranties afhankelijk maken van de voldoening van oude schulden, niet zozeer door zich op een opschortingsrecht te beroepen, als wel door te weigeren met de curator een nieuwe overeenkomst aan te gaan. Schuldeisers die de curator er aldus toe weten te bewegen om ten tijde van de intrede van het faillissement reeds bestaande schulden buiten de rangregeling om te voldoen, worden in de regel 'dwangcrediteuren' genoemd.

In de beginfase van het faillissement kan het voor de curator als gevolg van de tijdsdruk moeilijk zijn om andere leveranciers te vinden en daarmee te contracteren, zelfs indien het courante goederen of diensten betreft. Dit maakt dat in die fase feitelijk alle leveranciers zich onder omstandigheden als dwangcrediteur kunnen profileren.[31] Voor sommige leveranciers geldt dat zij te allen tijde een dwangpositie innemen, ofwel doordat de kosten die gepaard gaan met het inschakelen van een andere leverancier groter zijn dan de besparing die met het niet voldoen van de bestaande schuld kan worden gerealiseerd, ofwel doordat zij goederen leveren of diensten verrichten waarvoor nu eenmaal geen deugdelijk alternatief voorhanden is. Zo weigerde in het Fokker-faillissement de leverancier van vliegtuigvleugels aan de curatoren vleugels te leveren die benodigd waren om een groot aantal vliegtuigen (af) te bouwen, zolang de nog openstaande schulden niet waren betaald.[32] Meer alledaagse voorbeelden van schuldeisers die zich in de praktijk met enige regelmaat als dwangcrediteur opstellen, zijn de verhuurder,[33] het bewakingsbedrijf en de IT-(netwerk)beheerder.[34] Ook kan worden gedacht aan de verzekeraar bij wie bepaalde risico's zijn verzekerd die moeilijk bij een andere verzekeraar zijn onder te brengen.[35] De traditionele dwangpositie van de nutsbedrijven is door de wetgever in 2005 beteugeld met de invoering van een doorleveringsplicht in art. 37b Fw, zij het dat het effect van die maatregel betrekkelijk gering is. Doordat per 1 juli 2004 de gas- en elektriciteitsmarkt geheel zijn geliberaliseerd, zijn de nutsleveranciers hun status van monopolist in belangrijke mate kwijtgeraakt en juist aan die status

29 Zie art. 6:52 BW.
30 Zie De Ranitz 2008, p. 188.
31 Vgl. Hof Arnhem 8 april 1997, *JOR* 1997, 61, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, r.o. 5.3.
32 In een interview dat is gepubliceerd in het speciale Fokker-nummer van het Tijdschrift voor Insolventierecht repte curator Leuftink van 'chantage'. Curator Knüppe vond de handelwijze van leverancier Shorts 'ergerlijk', in het bijzonder toen zij tevens geld begon te vragen voor de instandhouding van haar infrastructuur en daarmee – in de woorden van Knüppe – als 'een soort post-dwangcrediteur' ging opereren, maar tegelijkertijd stelde hij van mening te zijn dat Shorts de hier bedoelde standpunten in vrijheid moest kunnen innemen. Zie Boekraad & Verstijlen 2000, p. 13.
33 De verhuurder kan ermee dreigen om bij weigering van de curator om de huurachterstand in te lopen, de huur op de voet van art. 39 Fw op te zeggen of te weigeren mee te werken aan het aangaan van een nieuwe huurovereenkomst met c.q. indeplaatsstelling van de beoogde doorstarter.
34 Zie voor een voorbeeldsituatie waarin de beheerder van de IT-infrastructuur van de onderneming zich tijdens de surseance als dwangcrediteur profileerde: Vzr. Rb. Amsterdam 9 april 2009, *LJN*: BJ5559, waarover Van Zanten 2009, p. 97-99 en ook § 7.3.2 hierna.
35 Zie Praktijkboek Insolventierecht 6, p. 17.

ontleenden zij hun ijzersterke positie in faillissement. De regeling van art. 37b Fw behandel ik in § 7.5.

7.3.2 De hoofdregel

Naar Belgisch recht geldt dat de wederpartij tijdens faillissement de mogelijkheid behoudt zich te beroepen op de *exceptio non adimpleti contractus*, ook indien dit beroep ertoe strekt een op datum faillissement reeds bestaande schuld – die ingeval van gestanddoening op de voet van art. 46 Faill.W. níet tot boedelschuld promoveert – te incasseren.[36] Hetzelfde geldt onder een procedure tot gerechtelijke reorganisatie in de zin van de WCO.[37] Dit laatste heeft in de literatuur tot veel kritiek aanleiding gegeven. Zo stelt Dirix onder verwijzing naar het Franse recht en de in het voorontwerp Insolventiewet opgenomen doorleveringsplicht dat het Belgische recht op dit punt tekortschiet, omdat de uitoefening van opschortingsrechten door leveranciers buitengewoon hinderlijk kan zijn indien men de onderneming wil continueren.[38] Zenner schrijft zelfs dat het principe van de continuïteit van het contract aldus in de praktijk een dode letter zal blijven.[39]

Iets anders geldt naar Amerikaans recht. § 362(a)(6) BC doorkruist in algemene zin 'any act to collect, asses or recover a claim against the debtor that arose before the commencement of the case'.[40] Hiernaast bevat § 366 BC een meer uitgewerkte regeling voor overeenkomsten op basis waarvan aan de schuldenaar een *utility service* wordt verleend. Het gaat om nutsovereenkomsten in de ruimste zin des woords, hetgeen impliceert dat niet alleen contracten met betrekking tot de levering van gas, water of elektriciteit, maar bijvoorbeeld ook telefoniecontracten onder de reikwijdte van § 366 BC zijn begrepen. Hoewel leveranciers van de hier bedoelde goederen en diensten traditioneel een monopoliepositie innemen, is het hebben van de status van monopolist geen voorwaarde om door de werking van § 366 BC te worden getroffen.[41] Dit betekent dat de regeling in deze tijden van liberalisering in belangrijke mate haar functie behoudt.[42]

---

36 Zie o.a. De Wilde 2005, p. 172; Dirix 2010a, p. 155.

37 Dirix & Jansen 2010, p. 171, verdedigen dat tijdens een procedure tot gerechtelijke reorganisatie in de zin van de WCO wel eerder mag worden aangenomen dat de bevoegdheid tot opschorting wordt misbruikt. Indien bijvoorbeeld een retentierecht wordt uitgeoefend op goederen die voor de continuïteit van de onderneming van wezenlijk belang zijn en het verder onzeker is of de retentor iets te winnen heeft onder een faillissementsscenario, dient de uitoefening van het retentierecht naar hun mening ongetwijfeld als abusief te worden geoordeeld. Zie ook Hof Antwerpen 6 juni 2011, *R.W.* 2011-12, p. 747-753, m.nt. J. de Weggheleire. Zie tevens over de mogelijkheid tot het uitoefenen van opschortingsrechten tijdens faillissement en gerechtelijke reorganisatie De Weggheleire 2011, p. 730-733 en p. 735-737.

38 Zie Dirix 2010a, p. 156. Zie ook Dirix & Jansen 2010, p. 186-187.

39 Zie Zenner 2009, p. 103.

40 Zie in dit verband Collier on Bankruptcy 2006, nr. 366.01, waar het voorbeeld wordt gegeven van een contractpartij die weigert te presteren 'as an attempt to coerce payment in violation of [the] automatic stay'.

41 Zie bijvoorbeeld *In re One Stop Realtour Place, Inc.*, 268 B.R. 430 (Bankr. E.D. Pa. 2001), waarin een leverancier van telefoniediensten die géén monopoliepositie innam als *utility* in de zin van § 366 BC werd bestempeld.

42 Zie Collier on Bankruptcy 2006, nr. 366.05.

In § 366(a) BC is bepaald dat:

> '[…] a utility may not alter, refuse, or discontinue service to, or discriminate against, the trustee or the debtor solely on the basis of the commencement of a case under this title or that a debt owed by the debtor to such utility for service rendered before the order for relief was not paid when due'.

Uit deze bepaling volgt niet alleen dat op *utilities* die reeds bij de schuldenaar betrokken zijn een doorleveringsplicht rust, maar ook dat een niet (meer) contractueel aan de schuldenaar gebonden *utility* tot levering kan worden verplicht.[43] De door § 366(a) BC buiten werking gestelde bevoegdheden herleven ingevolge § 366(b) BC indien de *trustee* niet binnen 20 dagen zorgdraagt voor *adequate assurance of payment* van ná de aanvang van de procedure te ontstane schulden. Een *utility* kan niet met een beroep op de algemene regeling van § 365 BC aan zijn verplichtingen op grond van § 366 BC ontsnappen.[44]

Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.[45]
In Nederland is het standaardarrest inzake de positie van de dwangcrediteur in faillissement het arrest van de Hoge Raad in de zaak Veluwse Nutsbedrijven/ Blokland q.q. uit 1981. In deze procedure stelde het nutsbedrijf zich op het standpunt gerechtigd te zijn de levering van gas en water te staken zolang een schuld van de afnemer ad *f* 543,31 die dateerde van vóór de datum waarop aan hem voorlopige surseance van betaling was verleend, zou zijn betaald. De Hoge Raad – die irrelevant achtte dat het later ingetreden faillissement was voorafgegaan door een (voorlopige) surseance en om die reden ter vereenvoudiging uitging van het geval dat de afnemer direct failliet zou zijn verklaard – stelde voorop:

> 'dat een recht als het onderhavige – het recht om verdere leveranties op te schorten zolang eerdere leveranties niet zijn betaald – in beginsel ook kan worden uitgeoefend in geval van faillissement van de wederpartij en met het doel om betaling te verkrijgen van een oude – dit is een voor de faillietverklaring ontstane – schuld. De curator zal dan het belang van de boedel bij voortzetting van de leveranties hebben af te wegen tegen het belang van een gelijke behandeling van de schuldeisers. Dit laatste belang zal er in het algemeen mee gediend zijn dat van verdere leveranties wordt afgezien, waarbij mede valt te denken aan de mogelijkheid dat de curator de desbetreffende goederen van elders betrekt.'

De hoofdregel is dus dat een crediteur bevoegd is zijn opschortingsrecht in te zetten teneinde de curator ertoe te bewegen diens openstaande faillissementsvordering te voldoen. De enigszins cryptische overweging die de Hoge Raad hierop doet volgen, houdt mijns inziens niet meer in dan dat de curator in een voorkomend geval dient te onderzoeken of de boedel per saldo bij voortzetting van de leveranties is gebaat en dat in het bevestigende geval de met de betaling van de openstaande schuld gepaard gaande doorbreking van de gelijkheid van

43 Zie *In re Whittaker*, 882 F.2d 791, 793 (3d Cir.1989); *In re Tarrant*, 190 B.R. 704 (Bankr. S.D. Ga. 1995).
44 Zie *In re Monroe Well Serv., Inc.*, 83 B.R. 317. 18 C.B.C.2d 607 (Bankr. E.D. Pa. 1988).
45 Zie HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 640, m.nt. CJHB.

schuldeisers – of beter: de tussen de schuldeisers geldende rangorde – gerechtvaardigd is. In een reeks van arresten heeft de Hoge Raad deze regel bevestigd en veralgemeniseerd: de curator is steeds bevoegd de rangregeling te doorbreken indien dat in het belang van de boedel c.q. de gezamenlijke schuldeisers is.[46] Dat is mijns inziens terecht.[47] De curator oefent diens taak in de eerste plaats uit in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Hun belang is niet zozeer gediend met de verwerkelijking van de rangregeling, als wel met de realisatie van een zo groot mogelijke uitkering.[48]

In het Veluwse Nutsbedrijven-arrest trok de curator uiteindelijk toch aan het langste eind. In aansluiting op de hiervoor weergegeven overwegingen oordeelde de Hoge Raad:

> 'Voor wat het onderhavige geval betreft, dient echter in aanmerking te worden genomen dat het hier gaat om de levering van gas en water, dus zaken die in de particuliere sfeer strekken ter voorziening in de eerste levensbehoeften, en dat de vennootschap – een openbaar nutsbedrijf – in haar distributiegebied een wettelijk beschermde monopoliepositie inneemt. Dit brengt mee dat de curator, die bij de uitoefening van zijn taak ook met de gerechtvaardigde belangen van de gefailleerde rekening heeft te houden, het in het algemeen niet zal kunnen laten aankomen op het staken van verdere leveranties, nu voor de gefailleerde geen mogelijkheid bestaat om zich tot een andere leverancier te wenden, die hij zou kunnen voldoen uit hetgeen de R-C heeft bepaald dat hij voor zijn levensonderhoud van zijn inkomsten mag behouden. Het belang van een gelijke behandeling van de schuldeisers zal dus in zo'n geval op een andere wijze moeten worden beschermd, en wel door een uitzondering te aanvaarden op de hiervoor bedoelde hoofdregel voor het geval dat een failliet verklaarde afnemer van het nutsbedrijf door afsluiting ter zake van wanbetaling in de voormelde eerste levensbehoeften van hem en zijn gezin zou worden getroffen. In een dergelijk geval komt het nutsbedrijf de bevoegdheid tot afsluiting wegens een onbetaald gebleven schuld van voor de faillietverklaring niet toe.'

Teneinde geen misverstanden te laten ontstaan over de reikwijdte van deze uitzondering voegde de Hoge Raad hieraan toe dat:

> '[d]it uitzonderingsgeval zich niet voor[doet], indien de afsluiting uitsluitend betrekking heeft op een bedrijfsgebouw, of anderszins alleen van belang is voor een eventuele voortzetting door de curator van het bedrijf van de gefailleerde. De curator is dan immers vrij om in verband met kosten als de onderhavige eventueel van een zodanige voortzetting af te zien.'

Het arrest Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q. heeft – ondanks zijn duidelijke bewoordingen – geenszins tot 'rechtsvrede' geleid. In de jaren tachtig en negentig zijn tal van kortgedingprocedures gevoerd waarin curatoren de reikwijdte van de afsluitingsbevoegdheid van de nutsleverancier vanwege het onbetaald blijven van

---

46 Zie HR 12 mei 1989, *NJ* 1989, 613 (*Reco/Staat*); HR 24 juni 1994, *NJ* 1995, 368, m.nt. HJS (*INB/Klützow en Trijzelaar*). Zie voorts het hierna te bespreken HR 16 oktober 1998, *NJ* 1998, 896 (*Van der Hel q.q./Edon*). Zie ook Van Zanten 2009, p. 99-100. Vgl. Verstijlen 1998a, p. 110-113, die de problematiek in economische termen benadert en vanuit die invalshoek tot de conclusie komt dat indien de curator er in het belang van de boedel voor kiest de faillissementsvordering van de wederpartij te betalen, van een doorkruising van het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers géén sprake is.

47 Zie ook Van Zanten 2009, p. 100. Instemmend: Zetteler & Vermaire 2012, p. 107.

48 Zie § 2.2.1.4.

een schuld van vóór de faillietverklaring ter discussie stelden.[49] In sommige gevallen werd daarbij ook succes geboekt, bijvoorbeeld ingeval sprake was van bederfelijke waar of de positie van een derde, zoals een huurder, in het gedrang dreigde te geraken.[50]

Van der Hel q.q./Edon

Eind 1996 opende de curator in de zaak Van der Hel q.q./Edon frontaal de aanval op het Veluwse Nutsbedrijven-arrest, in het bijzonder op het oordeel dat géén ruimte bestaat voor een uitzondering indien de afsluiting uitsluitend betrekking heeft op een bedrijfsgebouw of anderszins alleen van belang is voor de voortzetting van onderneming. Edon dreigde de overdracht van de onderneming *going concern* te frustreren door de energietoevoer te staken indien geen garantie zou worden afgegeven voor de betaling van alle openstaande en nog te verschijnen nota's. De curator was echter niet in staat een dergelijke garantie af te geven; hij beschikte slechts over de middelen om de kosten voor leveranties vanaf datum faillissement te voldoen. De curator meende bovendien ook niet gehouden te zijn de faillissementsschuld te voldoen en vorderde in kort geding dat Edon zou worden veroordeeld om haar leveranties voor de duur van de afkoelingsperiode te continueren, opdat de overdracht van het bedrijf *going concern* kon worden geëffectueerd. Hij beriep zich daarbij op de sinds het wijzen van het Veluwse Nutsbedrijven-arrest in 1981 gewijzigde maatschappelijke opvattingen, hetgeen onder meer zou blijken uit de introductie van de afkoelingsperiode.

De President liet dit argument onbesproken, maar stelde de curator na een afweging van de in het geding zijnde belangen niettemin in het gelijk. In dat kader gaf de doorslag dat Edon ook indien zij niet zou overgaan tot onmiddellijke afsluiting, haar ijzersterke positie niet zou opgeven, doordat ook de overnemer voor energielevering op Edon zou zijn aangewezen en ter zitting was gebleken dat de kosten van een nieuwe aansluiting aanmerkelijk hoger waren dan de openstaande vordering. Hierdoor was Edon volgens de President vrijwel verzekerd van betaling van de openstaande schuld, terwijl zij evenmin schade leed doordat (ook) de betaling van nog te verrichten leveranties was gegarandeerd. In dit licht had Edon naar het oordeel van de President geen rechtens te respecteren belang bij afsluiting, reden waarom zij werd verplicht haar leveranties voor de duur van de afkoelingsperiode voort te zetten.[51]

Edon ging tegen het vonnis in appel. Het hof oordeelde dat de doorstart van een failliete onderneming door de overdracht *going concern* sinds 1981 weliswaar een

---

49 Zie voor een bespreking van diverse uitspraken uit het begin van jaren tachtig: Verschoof & Van der Dussen 1986, p. 1244-1248. Zie voorts: Rb. Amsterdam 14 januari 1982, *NJ* 1982, 252; Pres. Rb. Den Haag 31 mei 1994, *KG* 1994, 356; Pres. Rb. Arnhem 23 juni 1995, *KG* 1995, 287; Pres. Rb. Arnhem 24 augustus 1995, *KG* 1995, 350; Pres. Rb. Maastricht 8 november 1996, *JOR* 1997, 14.

50 Zie Pres. Rb. Haarlem 9 augustus 1982, rolnr. KG 272/1982 (n.g.), waarover Verschoof & Van der Dussen 1986, p. 1244-1245; Pres. Rb. Arnhem 23 juni 1995, *KG* 1995, 287; Pres. Rb. Den Haag 31 mei 1994, *KG* 1994, 356, in welke uitspraak het feit dat het belang van een derde in het geding was overigens slechts een ondergeschikte rol leek te spelen. Zie voorts Pres. Rb. Utrecht 27 augustus 1982, rolnr. KG. 305/1982 (n.g.), waarover Verschoof & Van der Dussen 1986, p. 1245, waarin beide aspecten – bederfelijke waar én het belang van een derde – aan de orde waren.

51 Zie Pres. Rb. Almelo 27 november 1996, *JOR* 1997, 11, m.nt. S.C.J.J. Kortmann.

veel voorkomend verschijnsel was geworden, maar dat dit op zichzelf onvoldoende grond vormde voor de aantasting van het opschortings- of ontbindingsrecht van een individuele crediteur als Edon. De curator die wil onderzoeken of een dergelijke overdracht tot de mogelijkheden behoort, dient zich volgens het hof te verzekeren van een toereikend boedelkrediet, op basis waarvan zonodig 'oude' schulden aan leveranciers kunnen worden betaald. De regel uit het arrest Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q. dat de bevoegdheid tot opschorting in faillissement kan worden benut om de curator te dwingen bestaande schulden te betalen, gold naar het oordeel van het hof nog onverkort. Door gebruikmaking van die bevoegdheid handelde Edon volgens het hof evenmin in strijd met de door haar jegens de overige schuldeisers in acht te nemen redelijkheid en billijkheid. Het hof beriep zich daarbij onder meer op de regeling van art. 37 Fw, die ervan uitgaat dat de wederpartij haar eigen prestaties kan opschorten of het contract kan ontbinden indien de curator geen zekerheid stelt voor de nakoming van de *gehele* overeenkomst, dus inclusief de nog openstaande schuld van vóór datum faillissement. Voorts meende het hof dat Edon haar ijzersterke positie wél zou verliezen indien haar de mogelijkheid tot afsluiting zou worden ontnomen, omdat Edon vanwege haar aansluitingsplicht een nieuwe aansluiting niet zou kunnen weigeren en de overnemer daardoor niet zou kunnen dwingen tevens de bestaande schuld op zich te nemen. De curator werd dan ook alsnog in het gelijk gesteld.[52]

In cassatie overwoog de Hoge Raad geen aanleiding te zien terug te komen van hetgeen hij in het Veluwse Nutsbedrijven-arrest had beslist:

> 'De in dat arrest aanvaarde regel strekt zich ook uit tot een geval als het onderhavige, waarin de wederpartij van de gefailleerde een monopoliepositie inneemt. In dat arrest is onder ogen gezien dat de afweging die de curator zal moeten maken tussen het belang bij voortzetting van de leveranties en een gelijke behandeling van schuldeisers, ertoe kan leiden dat in feite afbreuk gedaan wordt aan die gelijke behandeling. De feitelijke voorrang die het gevolg kan zijn van de op die afweging berustende beslissing van de curator en die voortvloeit uit art. 6:262 lid 1 BW, is niet uitzonderlijk te noemen. Immers, ook op andere manieren – bijvoorbeeld door het uitoefenen van het recht van reclame en verrekening in geval van faillissement – kan een feitelijke voorrang worden bewerkstelligd.'[53]

Ik vind de door de Hoge Raad gebezigde argumentatie niet overtuigend. Het in art. 6:262 BW neergelegde opschortingsrecht staat in beginsel aan iedere contractpartij met een openstaande faillissementsvordering ten dienste, terwijl niet iedere contractpartij een feitelijke voorrang weet te bewerkstelligen. Ik meen dan ook dat die voorrangspositie in een voorkomend geval niet zozeer volgt uit art. 6:262 BW, als wel uit de omstandigheid dat de failliete onderneming van de prestaties van de wederpartij afhankelijk is. In de beginfase van het faillissement kan die afhankelijkheid jegens iedere wederpartij bestaan, daarna in de regel alleen nog jegens schuldeisers die een (feitelijke) monopoliepositie innemen, zoals destijds ten aanzien van Edon nog het geval was. In dit licht wordt de hoofdregel dat de

52 Zie Hof Arnhem 8 april 1997, *JOR* 1997, 61, m.nt. S.C.J.J. Kortmann.
53 Zie HR 16 oktober 1998, *NJ* 1998, 896.

bevoegdheid tot opschorting in faillissement kan worden benut om de curator te dwingen openstaande facturen van vóór datum faillissement te voldoen, in mijn ogen iets te gemakkelijk doorgetrokken naar situaties waarin de wederpartij in kwestie de status van monopolist heeft.

Er lijkt ook een zekere spanning te zitten tussen het arrest Van der Hel q.q./Edon en het ruim twee jaar eerder gewezen Maclou-arrest. In dit laatste arrest oordeelde de Hoge Raad immers nog met zoveel woorden dat aan maatschappelijke belangen onder omstandigheden voorrang kan toekomen boven het belang van een individuele schuldeiser,[54] waarbij in het licht van het ruim een jaar eerder gewezen Sigmacon II-arrest in ieder geval dient te worden gedacht aan het belang van de continuïteit van de onderneming en behoud van werkgelegenheid.[55] In zijn conclusie voor het arrest Van der Hel q.q./Edon stelt A-G Spier – onder verwijzing naar de arresten Maclou en Sigmacon II – het allerminst uitgesloten te achten dat de hier bedoelde maatschappelijke belangen:

> '[…] in een concreet geval zo zwaar wegen dat zij, afgewogen tegen het belang van de leverancier van openbare nutsvoorzieningen, het laatste het onderspit doen delven. Zulks in dier voege dat het door Edon gehanteerde wapen niet mag worden gehanteerd. De curator doet evenwel op deze jurisprudentie geen beroep; evenmin op zodanige omstandigheden.'[56]

Het is dus, althans in de visie van A-G Spier, niet ondenkbaar dat het oordeel van de Hoge Raad inzake Van der Hel q.q./Edon anders zou hebben geluid indien de curator de in het geding zijnde maatschappelijke belangen en de arresten Sigmacon II en Maclou in cassatie nadrukkelijk ten tonele had gevoerd. Men realisere zich echter dat de curator zowel in de zaak Sigmacon II als in de zaak Maclou het feitelijk in zijn macht had de (separatisten)positie van de betreffende schuldeiser te frustreren en alleen nog de vraag aan de orde was wat dit voor diens (persoonlijke) aansprakelijkheid betekende. Dit is mijns inziens een wezenlijk andere vraag dan de vraag of de in het geding zijnde maatschappelijke belangen kunnen meebrengen dat een individuele bevoegdheid niet in faillissement kan worden uitgeoefend.[57]

Hoe dit ook zij, de vraag of een beroep op een opschortingsrecht ongeoorloofd moet worden geacht indien de continuïteit van de onderneming op het spel staat, bevat een belangrijke rechtspolitieke component en dient naar mijn mening om die reden in de eerste plaats door de wetgever te worden beantwoord. Dit geldt in het bijzonder omdat – zoals het Hof Arnhem in de zaak Van der Hel q.q./Edon terecht opmerkt – ook de regeling van art. 37 Fw ervan uitgaat dat de curator ten aanzien van overeenkomsten die van beide zijden nog niet geheel zijn nagekomen, slechts de keuze heeft tussen niet-nakoming en (algehele) nakoming.

---

54 Zie HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727, m.nt. WMK, r.o. 3.5.2.

55 Zie HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472, m.nt. WMK, r.o. 3.5. Zie over de arresten Maclou en Sigmacon II nader § 2.5.

56 Zie de conclusie van A-G Spier, r.o. 4.13.

57 Ook A-G Spier signaleert dit verschil overigens, maar meent dat niets zich ertegen verzet om de in de arresten Sigmacon II en Maclou ontwikkelde redenering te extrapoleren naar andere gevallen; zie r.o. 4.13, noot 24 van diens conclusie voor het arrest Van der Hel q.q./Edon.

Om dezelfde reden meen ik dat de Hoge Raad in de zaak Van der Hel q.q./Edon terecht vasthoudt aan de in het Veluwse Nutsbedrijven-arrest geformuleerde hoofdregel dat het opschortingsrecht tijdens faillissement kan worden ingezet zolang de van vóór het faillissement daterende schulden niet worden betaald. Zou een partij bij een met de schuldenaar gesloten duurovereenkomst in het algemeen de mogelijkheid worden ontnomen zich te beroepen op een opschortingsrecht in verband met een tekortkoming die dateert van vóór de intrede van het faillissement, dan zou die wederpartij tegelijkertijd een beroep op art. 37 Fw moeten worden ontzegd, althans zouden de consequenties van een bereidverklaring van de curator zich niet langer mede over de periode vóór faillissement moeten uitstrekken. In de zaak Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q. stuurde de curator daar ook uitdrukkelijk op aan door te verklaren dat hij bereid was de overeenkomst *voor de toekomst* gestand te doen. Een dergelijke fundamentele koerswijziging – waarvan ik een voorstander ben[58] – dient naar mijn mening niet door de Hoge Raad, maar door de wetgever te worden ingezet.[59]

Het feit dat de Hoge Raad in het arrest Van der Hel q.q./Edon geen aanleiding ziet terug te komen van de met het Veluwse Nutsbedrijven-arrest ingezette koers, laat naar zijn oordeel evenwel onverlet:

> 'dat […] het in de omstandigheden van het geval jegens de boedel en/of de andere schuldeisers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn dat het energiebedrijf de energietoevoer zou beëindigen.'

De wederpartij dient dus niet alleen rekening te houden met de belangen van de schuldenaar, maar ook met het belang van de boedel en/of de andere schuldeisers, waarbij van belang is zich te realiseren dat het belang van de boedel en dat van de andere – zuiverder: *gezamenlijke* – schuldeisers steeds parallel loopt.[60] Ook dit oordeel lijkt mij juist. Schuldeisers zijn tijdens het faillissement van hun schuldenaar gehouden zich jegens elkaar conform de eisen van de redelijkheid en billijkheid te gedragen,[61] hetgeen eveneens opgaat indien de uitoefening van een bevoegdheid tot *opschorting* in het geding is.[62]

Uit het arrest Van der Hel q.q./Edon kan worden opgemaakt dat de Hoge Raad een beroep op een opschortingsrecht jegens de boedel c.q. de gezamenlijke schuldeisers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar acht, indien de wederpartij zonder dat beroep haar ijzersterke onderhandelingspositie niet zou prijsgeven. Dit leek het geval te zijn, doordat de kosten van een

58 Zie § 4.6.1.2.

59 Zie ook Van Zanten 2009, p. 95-96. Anders: S.C.J.J. Kortmann, die in zijn annotaties onder het vonnis van de President van de Rechtbank Almelo in *JOR* 1997/11, het arrest van het Hof Arnhem in *JOR* 1997/61 en het arrest van de Hoge Raad in *JOR* 1999/17, in algemene zin verdedigt dat het gebruik van het opschortingsrecht in faillissement teneinde zich een feitelijke voorrangspositie te verschaffen, strijdig is met de tussen de schuldeisers in acht te nemen redelijkheid en billijkheid en op die grond niet zou moeten worden gehonoreerd, en dat in een voorkomend geval hetzelfde zou moeten gelden voor een beroep op art. 37 Fw.

60 Zie § 2.2.1.5.

61 Zie § 2.4.

62 Het gaat dan om een opschortingsrecht dat is gegrond op art. 6:52 of 6:262 BW.

nieuwe aansluiting volgens de curator de omvang van de oude schuld aanmerkelijk overtroffen, zodat ervan kon worden uitgegaan dat de doorstarter niet zou opteren voor een nieuwe aansluiting, maar voor continuering van de bestaande aansluiting tegen betaling van de uitstaande schuld.[63] In § 7.3.3 onderzoek ik of er ook andere omstandigheden zijn die de uitoefening van de bevoegdheid tot opschorting in verband met het onbetaald blijven van op datum faillissement bestaande schulden mogelijk ongeoorloofd maken.

De vraag rijst of de tussen de schuldeisers in acht te nemen redelijkheid en billijkheid in een voorkomend geval ook kan worden ingezet om het *ontbindingsrecht* van de wederpartij te doorkruisen. Op basis van de tekst van de hiervoor weergegeven passage zou kunnen worden betoogd dat dit inderdaad het geval is, nu de Hoge Raad immers spreekt over het 'beëindigen' van de energietoevoer, hetgeen ook in geval van een ontbinding van het contract de uitkomst zal zijn. In het geval dat de Hoge Raad op het oog lijkt te hebben is dat ook niet zo verwonderlijk, omdat dit zich daardoor kenmerkt dat de openstaande schuld zal worden betaald, zodat er dan niet alleen geen grond voor opschorting bestaat, maar evenmin een grond voor ontbinding. Blijft de openstaande schuld evenwel onbetaald, dan lijkt een doorkruising van het ontbindingsrecht niet aan de orde, terwijl dit onder omstandigheden ten aanzien van het opschortingsrecht mogelijk wél het geval is.[64]

Molhuysen q.q./SaaSplaza

Sinds het verschijnen van het arrest Van der Hel q.q./Edon is de stroom van jurisprudentie omtrent de positie van de dwangcrediteur aanzienlijk afgenomen.[65] Recentelijk werd evenwel weer eens een typische 'dwangcasus' aan de rechter voorgelegd.[66] In de surseance van Oilily weigerde leverancier en beheerder van de IT-infrastructuur SaaSplaza haar werkzaamheden voort te zetten zolang haar openstaande vordering van circa € 230.000 niet integraal zou zijn betaald. Oilily en haar bewindvoerder verzetten zich hiertegen en vorderden in kort geding dat SaaSplaza zou worden veroordeeld haar diensten te continueren. Het belang van SaaSplaza bij het verkrijgen van een betere verhaalspositie was naar hun oordeel te verwaarlozen indien het zou worden afgezet tegen het belang van Oilily bij het openhouden van de mogelijkheid van een doorstart. Werd in de zaak Van der Hel q.q./Edon nog een beroep gedaan op gewijzigde maatschappelijke opvattingen om de rechter van de met het Veluwse Nutsbedrijven-arrest ingezette koers te doen afwijken, ditmaal werd gepoogd om de rechter er met een beroep op 'rechtsontwikkelingen' van te

63 Het hof was aan deze stelling van de curator ten onrechte voorbijgegaan, zodat het arrest van het hof alsnog werd vernietigd en de zaak ter verdere behandeling en beslissing naar het Hof Leeuwarden werd verwezen. Zover is het vermoedelijk echter nooit meer gekomen, nu uit het arrest blijkt dat de openstaande schuld inmiddels door de doorstarter aan Edon was betaald.

64 Zie nader § 7.3.3.

65 Mogelijk heeft dit te maken met het feit dat partijen sinds het arrest Van der Hel q.q./Edon wel zo ongeveer weten wat in voorkomende gevallen hun rechtspositie is. Ook de invoering van een doorleveringsplicht in art. 37b Fw in 2005 zal hieraan vermoedelijk hebben bijgedragen. Zie echter in dit verband Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 7 juli 2008, *JOR* 2008, 316, waarover § 7.5.4.

66 Zie Vzr. Rb. Amsterdam 9 april 2009, *LJN*: BJ5559, waarover ook Van Zanten 2009, p. 97-99.

overtuigen dat een ruimhartige interpretatie van art. 237b Fw – waarin de doorleveringsplicht voor nutsleveranciers in surseance is neergelegd – in de rede lag. Hoewel uit het vonnis niet blijkt welke rechtsontwikkelingen hier worden bedoeld, ligt voor de hand dat Oilily en haar bewindvoerder het oog hadden op art. 3.4.2 van het eind 2007 verschenen voorontwerp Insolventiewet, op grond waarvan nagenoeg alle leveranciers van goederen of diensten tijdelijk tot doorlevering kunnen worden verplicht zonder dat eerst hun openstaande 'insolventievordering' dient te worden betaald.[67]

Zonder aan dit argument uitdrukkelijk aandacht te besteden, overwoog de voorzieningenrechter als volgt:

> 'Onderzocht dient te worden of de gegeven omstandigheden eraan in de weg staan dat SaaSplaza haar opschortingsrechten uitoefent. Dit zou het geval kunnen zijn indien het gaat om het staken van voor de bedrijfsvoering van de Oilily Groep zo noodzakelijke diensten, dat zonder die dienstverlening Oilily haar bedrijfsvoering niet op een aanvaardbare wijze kan voortzetten en zonder dat Oilily voldoende gelegenheid is geboden te voorzien in een andere oplossing.'

De Voorzieningenrechter wijkt aldus evident af van de hoofdregel uit het arrest Van der Hel q.q./Edon. Het opschortingsrecht mag hier immers níet worden benut om de schuldenaar en haar bewindvoerder te dwingen de openstaande schuld te voldoen; hun moet de gelegenheid worden geboden in een andere oplossing te voorzien. Dit lot trof uiteindelijk ook SaaSplaza, die werd veroordeeld om gedurende een periode van tien dagen haar diensten te continueren, terwijl van de zijde van Oilily zodanige zekerheid moest worden gesteld dat (slechts) de na datum surseance verrichte prestaties daaruit konden worden betaald. Of de lagere rechtspraak hiermee een meer 'reorganisatievriendelijke' richting is ingeslagen, zal de tijd moeten uitwijzen.

7.3.3 Potentiële uitzonderingen op de hoofdregel

De hoofdregel is duidelijk. Het opschortingsrecht kan tijdens faillissement worden benut om schulden die zijn ontstaan vóór de faillissementsdatum buiten de rangregeling om te verhalen. De curator die van oordeel is dat de boedel per saldo bij de uitvoering van de overeenkomst is gebaat, betaalt de openstaande schuld of stelt daarvoor zekerheid. Problemen ontstaan echter in het geval dat (i) doorbreking van de rangregeling níet in het belang van de boedel is, maar de curator zich desondanks genoodzaakt ziet de openstaande schuld te voldoen, omdat er andere zwaarwegende belangen in het geding zijn, (ii) doorbreking van de rangregeling níet in het belang van de boedel is, omdat de openstaande schuld groter is dan de met de uitvoering van het contract te realiseren waarde, (iii) doorbreking van de rangregeling wél in het belang van de boedel is, maar de toestand van de boedel niet toelaat om de openstaande schuld te voldoen, of (iv) niet meteen duidelijk is of doorbreking van de rangregeling in het belang van de boedel is. Het is de vraag of de regel dat verdere

67 Zie over de regeling van art. 3.4.2 van het voorontwerp Insolventiewet uitgebreid § 7.6.

leveranties kunnen worden opgeschort totdat eerdere leveranties die dateren van vóór datum faillissement zijn betaald, ook in de hier bedoelde gevallen onverkort geldt.

Situatie (i)
De *eerste* situatie was aan de orde in het in § 7.3.2 besproken Veluwse Nutsbedrijven-arrest.[68] De gefailleerde in die zaak was een particulier die door de afsluiting van de toevoer van gas en water in de eerste levensbehoeften van hemzelf en zijn gezin dreigde te worden getroffen. Daarop kon de curator het volgens de Hoge Raad niet laten aankomen, aangezien hij ook met de gerechtvaardigde belangen van de gefailleerde rekening heeft te houden.[69] Ter vermijding van de situatie dat de curator zou worden genoodzaakt te kiezen voor een oplossing waardoor aan de boedel schade zou worden toegebracht, aanvaardde de Hoge Raad een uitzondering op de hoofdregel, in die zin dat het nutsbedrijf niet bevoegd was vanwege de onbetaald gebleven schuld van vóór de faillietverklaring tot afsluiting over te gaan. Deze uitzondering is later in art. 37b Fw gecodificeerd.

Blijft dit aspect van het Veluwse Nutsbedrijven-arrest niettemin van belang waar andere eerste levensbehoeften van de gefailleerde particulier in het geding zijn, zoals bijvoorbeeld de basisverzekering in de zorg? Ik acht dat wenselijk, maar enigszins onzeker. Bij de introductie van de WSNP heeft de wetgever er nadrukkelijk van afgezien om de doorleveringsplicht voor nutsleveranciers door te trekken naar andere partijen die met de schuldenaar hebben gecontracteerd.[70] Waar een partij tijdens de toepassing van de WSNP niet tot doorlevering kan worden verplicht, valt niet direct in te zien waarom zij daartoe tijdens faillissement wél gehouden zou zijn. Andere buiten de sfeer van de boedel gelegen belangen dan de eerste levensbehoeften van de gefailleerde privépersoon die een inbreuk op het opschortings- en ontbindingsrecht van de wederpartij zouden kunnen rechtvaardigen, laten zich mijns inziens – mede in het licht van het arrest Van der Hel q.q./Edon[71] – eveneens moeilijk denken.

Situatie (ii) en (iii)
Met betrekking tot de *tweede* en de *derde* situatie is het arrest Middendorf/Kouwenberg q.q. uit 1994 van belang.[72] Middendorf had als advocaat ten behoeve

68 Zie HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 640, m.nt. CJHB.
69 Zie § 2.2.1.6.
70 Zie MvA, *Kamerstukken II*, 1993/94, 22 969, nr. 6, p. 6-7. In een later stadium is in art. 305 lid 2 Fw wél een 'doorleveringsplicht' voor de verhuurder van woonruimte opgenomen, die inhoudt dat een beëindiging van de huur niet kan worden gegrond op het niet voldoen van een op datum toepassing WSNP reeds bestaande huurschuld. In faillissement ontbreekt een dergelijke voorziening, terwijl de particuliere gefailleerde bovendien geen bescherming lijkt te kunnen ontlenen aan het Veluwse Nutsbedrijven-arrest, omdat de verhuurder op grond van art. 39 Fw nu eenmaal de bevoegdheid heeft de huur bij faillissement van de huurder op te zeggen. Een dergelijke opzegging kan weliswaar onder omstandigheden in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid, maar dat lijkt niet aan de orde indien er een huurachterstand is. In Hof Amsterdam 15 juli 1993, *NJ* 1994, 399, waarin het hof een opzegging op basis van art. 39 Fw in strijd met de redelijkheid en billijkheid oordeelde, was de huurprijs in ieder geval steeds voldaan en was er bovendien geen reden om aan te nemen dat dit na datum faillissement anders zou zijn. Vgl. Rb. Alkmaar, sector Kanton, 16 mei 2007, *LJN*: BB2734.
71 Zie HR 16 oktober 1998, *NJ* 1998, 896, waarover § 7.3.2 hiervoor.
72 Zie HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 640, m.nt. WMK.

van Van Effrink incassowerkzaamheden verricht en daarvoor geen volledige betaling ontvangen, reden waarom hij zich met betrekking tot het in dat kader opgebouwde dossier jegens de curator van Van Effrink beriep op een retentierecht, een *species* van het opschortingsrecht. Tussen partijen was *in confesso* – en volgens de Hoge Raad terecht – dat een advocaat in beginsel bevoegd is een retentierecht ten aanzien van het dossier uit te oefenen indien door hem in opdracht van de cliënt verrichte werkzaamheden onbetaald zijn gebleven. De discussie spitste zich toe op de vraag naar de reikwijdte van deze bevoegdheid in het licht van art. 60 Fw, welke bepaling de afwikkeling van een retentierecht in faillissement beheerst. Ingevolge art. 60 lid 2 Fw heeft de curator die wordt geconfronteerd met een retentierecht op een tot de boedel behorende zaak twee mogelijkheden: (i) opeising van de zaak met het oog op verkoop, waarbij de voorrangspositie van de retentor ten aanzien van de opbrengst gehandhaafd blijft en (ii) terugbrenging van de zaak in de boedel door voldoening van de retentor. De retentor kan de curator op de voet van lid 3 een redelijke termijn stellen om één van deze mogelijkheden te benutten, bij gebreke waarvan hem het recht van parate executie toekomt.

De Hoge Raad stelde voorop:

> 'dat bij de totstandkoming van art. 60 F. kennelijk niet onder ogen is gezien dat geen van beide in het tweede lid van dit artikel aan de curator geboden mogelijkheden tot een aanvaardbaar resultaat leidt in gevallen die zich hierdoor kenmerken dat enerzijds de zaak waarop retentierecht wordt uitgeoefend, geen verkoopwaarde van enige betekenis heeft of zich, gezien haar aard, in redelijkheid niet leent voor verkoop op de voet van art. 101 of art. 176 F., en anderzijds het belang van de boedel wel vergt dat de zaak in de boedel wordt gebracht, maar de curator niet over middelen beschikt om de vordering waarvoor het retentierecht wordt uitgeoefend te voldoen, dan wel met het oog op het belang van de boedel geen vrijheid heeft om beschikbare middelen ter voldoening van die vordering aan te wenden. Het bepaalde in lid 2 en de volgende leden van art. 60 F. leent zich dan ook niet voor toepassing op dergelijke gevallen.'

Een zodanig geval deed zich volgens de Hoge Raad voor. Advocatendossiers lenen zich niet voor verkoop, terwijl in cassatie vaststond dat de curator in het belang van de boedel over het betreffende dossier diende te beschikken, maar hij niet voldoende middelen had om de vordering van Middendorf te voldoen, daargelaten of hij daartoe gelet op het belang van de boedel de vrijheid zou hebben gehad. In een dergelijk geval:

> 'weegt het belang van de curator om ten behoeve van de boedel over de stukken te kunnen beschikken zoveel zwaarder dan het belang van de advocaat om druk op de curator te kunnen blijven uitoefenen door de stukken terug te houden, dat voortgezette uitoefening van het retentierecht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.'

Een en ander bracht de Hoge Raad tot de slotsom dat Middendorf gehouden was het dossier aan de curator af te geven.

De overweging dat het belang van de retentor om druk op de curator te kunnen blijven uitoefenen, het in de gegeven omstandigheden moet afleggen tegen het belang van de curator om over de stukken te kunnen beschikken, is mijns inziens niet

helemaal zuiver. Het punt is nu juist dat het retentierecht geen drukmiddel meer kon zijn, doordat de curator niet de mogelijkheid had het te doorbreken. Niettemin kan ik mij in de uitkomst van het arrest wel vinden. De functie van een opschortingsrecht – en daarmee ook van het retentierecht – is tweeërlei. Ten eerste dient het als een pressiemiddel om nakoming te verkrijgen, ten tweede biedt het de schuldeiser een bepaalde mate van zekerheid, in die zin dat het opschortingsrecht bescherming biedt tegen een verslechtering van zijn positie als gevolg van de niet-nakoming door diens schuldenaar.[73] Bij het retentierecht gaat de hier bedoelde bescherming verder dan bij de 'gewone' opschortingsrechten, doordat de retentor ten aanzien van de teruggehouden zaak op grond van art. 3:292 BW tevens beschikt over een verhaalsrecht met voorrang. Waar de prikkel tot nakoming vanwege de toestand van de boedel niet kan werken en het retentierecht evenmin zekerheid biedt doordat het verhaalsrecht van art. 3:292 BW waardeloos is, kan van de schuldeiser worden gevergd dat hij zijn retentierecht prijsgeeft, temeer indien de voortgezette uitoefening van het retentierecht tot schade leidt.[74] Die voortgezette uitoefening is dan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, niet alleen jegens de schuldenaar, maar ook ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers. Wat mij betreft had de Hoge Raad overigens wel korter door de bocht gekund. Mede in het licht van art. 60 lid 3 Fw lijkt mij goed verdedigbaar dat de uitoefening van een retentierecht tijdens faillissement niet toelaatbaar wordt geacht in al die gevallen waarin de teruggehouden zaak geen reële verkoopwaarde vertegenwoordigt, dus ongeacht of de curator tot betaling van de retentor in staat is.[75]

De Hoge Raad acht de uitoefening van het retentierecht kennelijk tevens naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar indien de curator weliswaar over de middelen beschikt om de vordering van de retentor te voldoen, maar hij 'met het oog op het belang van de boedel geen vrijheid heeft om beschikbare middelen ter voldoening van die vordering aan te wenden'. Uit het arrest wordt niet duidelijk waarop de Hoge Raad hier doelt. Naar ik meen, is de enige logische uitleg van het arrest op dit punt dat deze situatie zich voordoet indien de vordering van de retentor groter is dan de met de doorkruising van het retentierecht – naar verwachting – te realiseren waarde.[76] Van Hees wijst er mijns inziens evenwel terecht op dat de retentor in dat geval gedeeltelijk afstand van zijn vordering zou kunnen doen,

---

73 Zie over beide functies van het opschortingsrecht: Streefkerk 2006, p. 11-13.

74 In wezen levert de voortgezette uitoefening van het retentierecht hier ook een schending van het fixatiebeginsel op, nu het verhaal van de gezamenlijke schuldeisers erdoor wordt uitgehold. Vgl. HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 661, m.nt. PvS (*Tiethoff q.q./NMB*) en HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. PvS (*Nebula*), in welke gevallen eveneens werd 'ingeteerd' op de boedel zonder dat de curator daartegen iets kon ondernemen, hetgeen naar het oordeel van de Hoge Raad niet door de beugel kon. Een verschil is dat in deze arresten de schuldeisers in kwestie in ieder geval nog van de door hen gekozen opstelling profiteerden, terwijl de retentor in de gegeven omstandigheden van de voortgezette uitoefening van zijn retentierecht niets wijzer wordt.

75 In dezelfde zin: J.J. van Hees, noot onder Hof Amsterdam 28 december 1995, *JOR* 1996, 36. Naar Belgisch recht geldt in grote lijnen hetzelfde. De uitoefening van een retentierecht ten aanzien van een dossier wordt in beginsel mogelijk geacht, maar in geval van faillissement wordt in de rechtspraak met het oog op het belang van de boedel in de regel een andere afweging gemaakt. Zie Dirix 2010a, p. 155, met verwijzing naar Hof Luik 29 juni 1990, *J.T.* 1991, 132.

76 Vgl. de noot van J.J. van Hees onder Hof Amsterdam 28 december 1995, *JOR* 1996, 36. Anders: Tjittes 1995, p. 30-31, die stelt dat deze situatie zich voordoet indien de rechter-commissaris weigert de op grond van art. 68 lid 2 Fw voor betaling van de vordering van de retentor benodigde machtiging te verstrekken of deze de →

zodat de curator alsnog de vrijheid heeft zijn vordering te betalen.[77] Datzelfde lijkt mij mogelijk in de situatie dat de met de doorbreking van het retentierecht naar verwachting op een later moment te realiseren waarde weliswaar groter is dan de schuld aan de retentor, maar de toestand van de boedel slechts een gedeeltelijke betaling van die schuld toelaat.

Wanneer moet worden geoordeeld dat de curator niet over voldoende middelen beschikt om de vordering van de retentor te voldoen? Naar ik meen, is het enige juiste criterium of het aan de retentor verschuldigde bedrag in absolute zin beschikbaar is; de positie van de overige (boedel)schuldeisers is in dit verband niet relevant.[78] Mijns inziens ligt daarnaast in de rede om in dit kader niet slechts acht te slaan op de op het moment waarop de curator de retentor om afgifte verzoekt beschikbare liquiditeiten, maar tevens op in de toekomst nog te realiseren baten, ook omdat een andersluidende opvatting misbruik door de curator in de hand werkt.[79]

De vraag is nu wat het arrest Middendorf/Kouwenberg q.q. betekent voor de situatie dat geen retentierecht op een zaak zonder verhaalswaarde, maar het algemene opschortingsrecht van art. 6:52 BW of de *exceptio non adimpleti contractus* in het geding is.[80] Stel dat sprake is van een overeenkomst op basis waarvan de wederpartij gehouden is de schuldenaar periodiek een partij goederen te leveren en op het moment dat het faillissement intreedt de laatste twee leveranties nog niet zijn betaald. Maakt het feit dat de curator niet over de middelen beschikt om de openstaande vordering van de wederpartij in kwestie te voldoen,[81] of die vordering groter is dan de met de verdere uitvoering van de overeenkomst te realiseren baten, de uitoefening van een opschortingsrecht jegens de gezamenlijke schuldeisers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar?

---

curator op de voet van art. 69 Fw beveelt de voorgenomen voldoening van de retentor na te laten. Het gaat er echter niet om of de curator door de rechter-commissaris in zijn vrijheid om de vordering van de retentor te voldoen wordt beknot, maar of die vrijheid *met het oog op het belang van de boedel* al dan niet bestaat. De opvatting van Tjittes impliceert dat de rechter-commissaris in een voorkomend geval feitelijk beslist of het retentierecht kan worden uitgeoefend. Die beslissing is echter niet aan de rechter-commissaris, maar aan de rechtbank.

77 Zie J.J. van Hees, noot onder Hof Amsterdam 28 december 1995, *JOR* 1996, 36. Strikt genomen vereist een afstand van recht op grond van art. 6:160 lid 1 BW de instemming van de partij die daardoor (ten dele) van een schuld wordt bevrijd, maar mijns inziens ligt in de rede dat indien de curator in een voorkomend zou weigeren die afstand te aanvaarden, hij er geen aanspraak op kan maken dat de schuldeiser in kwestie zijn retentierecht behoort prijs te geven.

78 De curator zal de vordering van de retentor immers alleen voldoen indien de boedel daar per saldo bij is gebaat. In dezelfde zin: J.J. van Hees, die zich in zijn noot onder Hof Amsterdam 28 december 1995, *JOR* 1996, 36 terecht keert tegen de andersluidende opvatting van het hof op dit punt.

79 In de onderhavige zaak was het hof ervan uitgegaan dat de uit art. 3:292 BW voortvloeiende voorrang ondanks de doorbreking van het retentierecht aan de vordering van de retentor verbonden bleef, maar de Hoge Raad ging daar – terecht lijkt mij – niet in mee. Het wettelijk stelsel biedt naar zijn oordeel 'geen ruimte voor de opvatting dat de retentor zich bij voorrang zou kunnen verhalen op (enig gedeelte van) bedragen die eventueel bij debiteuren van de gefailleerde worden geïncasseerd met behulp van de stukken waarop het retentierecht rustte.' Zie HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 640, m.nt. WMK, r.o. 3.6.

80 Hierna spreek ik ter onderscheiding van het retentierecht steeds van 'opschortingsrecht', waarmee dan zowel het algemene opschortingsrecht als de *enac* wordt bedoeld. De onzekerheidsexceptie ex art. 6:263 BW speelt in het kader van de onderhavige problematiek geen rol.

81 In de zaak Van der Hel q.q./Edon was door de curator in eerste aanleg aangevoerd dat hij niet over de middelen beschikte om de openstaande faillissementsschuld aan Edon te voldoen, maar in het vonnis wordt aan dit argument geen uitdrukkelijke aandacht besteed; zie Pres. Rb. Almelo 27 november 1996, *JOR* 1997, 11, m.nt. S.C.J.J. Kortmann. In hoger beroep en in cassatie kwam het punt niet meer aan de orde; zie respectievelijk Hof Arnhem 8 april 1997, *JOR* 1997, 61, m.nt. S.C.J.J. Kortmann en HR 16 oktober 1998, *NJ* 1998, 896.

Evenals bij het retentierecht geldt hier dat de in het opschortingsrecht besloten liggende prikkel tot nakoming vanwege de toestand van de boedel niet kan werken. Strikt genomen lijkt de zekerheidsfunctie van het opschortingsrecht nog wél betekenis te hebben, nu het opschortingsrecht verhindert dat de wederpartij kan worden genoodzaakt te presteren zolang een met die prestatie samenhangende (tegen)prestatie onbetaald blijft. Maar in gevallen waarin een *latere* leverantie wordt opgeschort omdat een *eerdere* leverantie niet is betaald, terwijl de betaling van de *latere* leverantie is gewaarborgd, heeft dit naar mijn mening iets kunstmatigs. Waar het om gaat, is dat het opschortingsrecht de wederpartij beschermt tegen het risico dat haar eigen positie verslechtert.[82] Dát risico is in de hier bedoelde gevallen echter niet aan de orde, nu betaling van de ná faillissement te verrichten prestaties dient te zijn gewaarborgd.

In het licht van het voorgaande lijkt mij verdedigbaar dat indien de boedel onvoldoende middelen bevat om de openstaande vordering van de wederpartij te voldoen, maar de betaling van nog door haar te verrichten prestaties is gewaarborgd, die wederpartij handelt in strijd met de door haar jegens de overige schuldeisers in acht te nemen redelijkheid en billijkheid indien zij zich desondanks op het opschortingsrecht blijft beroepen. Van een schuldeiser die niet de mogelijkheid heeft zijn eigen positie te verbeteren, kan worden gevergd dat hij zich richt naar het belang van de gezamenlijkheid en zijn opschortingsrecht prijsgeeft.[83] Wél zou ik menen dat indien de toestand van de boedel in een later stadium verbetert, de (restant)vordering van de desbetreffende schuldeiser alsnog bij wege van *boedelschuld* dient te worden betaald, aangezien bij de vraag of de boedel voldoende middelen bevat om de vordering van die schuldeiser te voldoen ook de nog te realiseren baten een rol spelen.[84] In de situatie dat de boedel wél voldoende middelen bevat om de openstaande schuld te betalen, maar deze groter is dan de met de verdere uitvoering van het contract te realiseren opbrengst, moet de voortgezette uitoefening van het opschortingsrecht eveneens in strijd met de redelijkheid en billijkheid worden geacht. Nu de schuldeiser in kwestie echter steeds bevoegd zal zijn gedeeltelijk afstand van zijn vorderingsrecht te doen, lijkt de doorkruising van het opschortingsrecht hier – evenals in de gegeven omstandigheden bij het retentierecht op een niet voor executie vatbare zaak het geval is – per saldo weinig zinvol te zijn.

Al met al een betrekkelijk magere oogst en ook deze oogst lijkt weer te worden bedreigd. Voor een doorkruising van het opschortingsrecht zal veelal een beroep op de rechter noodzakelijk zijn en niet zelden zal het de curator ontbreken aan de daarvoor benodigde middelen en tijd. Daar komt bij dat de toestand van de boedel als criterium bij de beantwoording van de vraag of het opschortingsrecht terzijde kan worden geschoven wellicht nog werkbaar is indien slechts één dwangcrediteur in het geding is, maar wat indien de onderneming op volle oorlogssterkte draait en daarbij meerdere crediteuren betrokken zijn die niet allemaal integraal kunnen worden betaald? In gevallen waarin de faillissementsvordering van de

82 Zie Streefkerk 2006, p. 12-13.
83 Vgl. Verstijlen 2006a, p. 148.
84 Vgl. Pres. Rb. Arnhem 24 augustus 1995, *KG* 1995, 350.

wederpartij en de op haar rustende prestatieplicht voortvloeien uit hetzelfde contract, zal die wederpartij zich in de regel niet alleen kunnen beroepen op een opschortingsrecht, maar zal zij tevens de overeenkomst op de voet van art. 6:265 BW kunnen ontbinden of op basis van een contractuele clausule kunnen beëindigen.[85] Ook zal zij de curator in een dergelijk geval met een beroep op art. 37 Fw van zijn nakomingsvordering kunnen beroven. Hiertegen lijkt geen kruid gewassen, nu de functie van de hier bedoelde instrumenten in dit geval – anders dan die van het opschortingsrecht – niet (geheel) verloren gaat. De bevoegdheid tot beëindiging strekt er immers primair toe zich van de contractsband te ontdoen, terwijl de regeling van art. 37 Fw de wederpartij onder meer recht op zekerheidstelling biedt. In dit licht zie ik onvoldoende grond om de wederpartij in voorkomende gevallen ook de hier bedoelde bevoegdheden te ontnemen.

Goed beschouwd biedt het huidige recht de curator slechts zeer beperkte mogelijkheden om de positie van dwangcrediteuren te doorbreken in gevallen waarin hij niet in staat is hun openstaande vordering te voldoen, waardoor de continuïteit van de onderneming in gevaar komt of in ieder geval waarde voor de gezamenlijke schuldeisers verloren gaat. Beschikt hij wél over voldoende middelen, dan zal de curator er in de regel niet aan ontkomen eerst de openstaande schulden (deels) te betalen, hetgeen op gespannen voet staat met de door de wetgever gewilde rangorde. Indien men de mogelijkheden om in de kern levensvatbare ondernemingen te behouden wil vergroten en bovendien de rangorde tussen de schuldeisers wil bewaken, dan is wettelijk ingrijpen noodzakelijk. In dat kader dient aan contractpartijen van de gefailleerde de bevoegdheid tot opschorting en beëindiging in verband met op datum faillissement reeds bestaande schulden te worden ontnomen, dienen de in § 7.2 besproken beëindigingsclausules buiten werking te worden gesteld en moet ook een beroep op de regeling van art. 37 Fw worden uitgesloten.

Situatie (iv)

Onder vigeur van een dergelijke regeling zou ook de in de inleiding van deze paragraaf beschreven *vierde* situatie – die waarin niet direct duidelijk is of het in het belang van de boedel is om de wederpartij aan het contract te houden en de openstaande schuld te voldoen – niet langer een probleem opleveren. De curator krijgt dan de gelegenheid zich een oordeel te vormen omtrent de levensvatbaarheid van de onderneming, zonder dat hij het risico loopt dat indien na enige tijd mocht blijken dat een doorstart er niet inzit, de verhaalspositie van de schuldeisers als gevolg van de betaling van oude schulden inmiddels is uitgehold.[86]

85 Zie over dergelijke clausules § 7.2.

86 Zolang deze regeling er niet is, kan het in § 7.3.2 besproken vonnis inzake Oilily curatoren wellicht enig houvast bieden.

7.4 Initiatieven van de zijde van de wetgever: *une petite histoire*

7.4.1 Het rapport van de Commissie-Mijnssen

De eerste keer dat serieuze aandacht werd geschonken aan het belang van de instandhouding van het bestaande netwerk van contracten voor de mogelijkheden om de activiteiten van de schuldenaar te kunnen continueren, was in het in 1989 verschenen rapport van de Commissie-Mijnssen, welke commissie enige jaren daarvoor door de minister van Justitie was ingesteld teneinde te adviseren omtrent een eventuele herziening van de Faillissementswet. In het rapport deed de commissie een groot aantal voorstellen tot wijziging van de regeling van de surseance van betaling en bepleitte zij voorts de invoering van een schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen.[87]

In de voorstellen die betrekking hadden op de regeling van de surseance was een centrale plaats ingeruimd voor het zogeheten 'moratorium'. Beoogd werd het moratorium tegelijk met de voorlopige verlening van de surseance te doen ingaan voor een periode van maximaal zes maanden, gedurende welke periode tal van bijzondere maatregelen ertoe moesten leiden dat de schuldenaar kon (blijven) beschikken over de voor de bedrijfsvoering benodigde financiële middelen, goederen en diensten. Zo stelde de commissie voor om werking te ontzeggen aan contractuele clausules die de overeenkomst bij de opening van de surseance of een aanvrage daartoe van rechtswege doen eindigen of de wederpartij in een dergelijk geval de bevoegdheid bieden het contract eenzijdig te beëindigen. Ook werd voorgesteld om contractpartijen van de schuldenaar de bevoegdheid te ontnemen hun eigen prestaties op te schorten of de overeenkomst te ontbinden of anderszins te beëindigen in verband met op de datum van de (voorlopige) surseanceverlening reeds bestaande schulden.[88] De ná de toepassing van de surseance door de wederpartij te verrichten prestaties dienden bij wege van boedelschuld te worden voldaan, behoudens voor zover de wederpartij reeds daarvóór met betrekking tot die prestaties in gebreke was.[89] De hier bedoelde regels dienden naar het oordeel van de commissie tevens te gelden voor kredietovereenkomsten, zij het dat het voorgestelde regime daarvoor zelfs nog iets strenger was, onder meer doordat ook een beëindiging binnen veertien dagen vóór de toepassing van de procedure kon worden doorkruist.[90]

---

87 Het rapport is bij brief van 26 oktober 1989 ter kennisneming aan de Tweede Kamer gezonden; zie *Kamerstukken II*, 1989-1990, 21 362, nr 1. Blijkens de inleiding bij het rapport, p. 23, vormden herhaalde vragen uit de Tweede Kamer in verband met de toenemende kritiek op het disfunctioneren van de surseance van betaling en een verzoek om standpuntbepaling ten aanzien van de in 1984 verschenen voorstellen van de Commissie-Maas aanleiding tot de instelling van de Commissie-Mijnssen. De Commissie-Maas was in 1983 in het leven geroepen door het bestuur van de Vereeniging "Handelsrecht" ter bestudering van de mogelijkheid om voorstellen of aanbevelingen te formuleren met betrekking tot het onderwerp van de in haar continuïteit bedreigde onderneming. Dit heeft geresulteerd in de aanbieding aan de minister van een geheel uitgewerkte 'Schets voor een Wet reorganisatie en herstel ondernemingen' eind 1984, die evenwel niet zozeer was bedoeld om de regering tot wetgevingsactiviteit aan te zetten, als wel om een bijdrage te leveren aan de gedachtevorming op dit terrein. Aan de problematiek van de opschortings- en beëindigingsrechten wordt in het 'wetsvoorstel' noch in de toelichting erop aandacht besteed.

88 Zie het rapport, p. 116-117 en p. 118-119.

89 Zie het rapport, p. 118.

90 Zie het rapport, p. 125-136. Zie voorts nader § 7.7.

Een reactie van de wetgever op de voorstellen van de Commissie-Mijnssen die betrekking hadden op wijziging van de surseanceregeling heeft lang op zich laten wachten. Zij kwam uiteindelijk in de vorm van een brief van staatssecretaris van Justitie Kosto aan de Tweede Kamer d.d. 27 april 1994. In deze brief werd medegedeeld dat van regeringszijde was besloten om de voorstellen van de Commissie-Mijnssen niet door te voeren, omdat zij als geheel te ver zouden gaan. Wél bestond volgens de staatssecretaris het voornemen om door middel van wetgeving enige verbeteringen in de surseanceregeling aan te brengen. Eén van de beoogde wijzigingen betrof de introductie van een bepaling op grond waarvan de rechtbank tijdens de beginfase van de voorlopige surseance op verzoek van de schuldenaar en/of de bewindvoerder partijen bij met de schuldenaar gesloten wederkerige overeenkomsten kon verplichten om gedurende een periode van veertien dagen – met de mogelijkheid van verlenging tot één maand in bijzondere gevallen – te blijven presteren, mits voor tijdens die periode te verrichten prestaties zekerheid zou worden gesteld of deze contant zouden worden afgerekend. Ook de financier zou aldus kunnen worden verplicht de ingezette kredietlijnen te handhaven, indien van de zijde van de schuldenaar aannemelijk zou kunnen worden gemaakt dat de zekerhedenpositie van de financier niet al te zeer zou verslechteren. Rechtshandelingen als opzegging en eenzijdige beëindiging door wederpartijen, verricht binnen een korte periode vóór het van kracht worden van de doorleverings- en doorfinancieringsverplichting, zouden als niet verricht worden beschouwd.[91] Tot een concreet wetsvoorstel hebben deze plannen van de staatssecretaris het bij mijn weten echter nooit gebracht.

Beter verging het de voorstellen van de Commissie-Mijnssen die betrekking hadden op de invoering van een schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen. Sinds 1 december 1998 is de wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (WSNP) – opgenomen in Titel III van de Faillissementswet – van kracht, waaraan de voorstellen van de Commissie-Mijnssen mede ten grondslag hebben gelegen. De regeling van de WSNP kent in art. 304 Fw een doorleveringsplicht voor leveranciers van gas, water, elektriciteit of verwarming,[92] en in art. 305 lid 2 Fw voor de verhuurder van woonruimte.

7.4.2 Het MDW-project Modernisering Faillissementswet

In het kader van de operatie Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit (MDW) is in het voorjaar van 1999 het project Modernisering Faillissementswet van start gegaan, met als doel om te onderzoeken in hoeverre het mogelijk is het 'reorganiserend vermogen' van de Faillissementswet, in het bijzonder van de regeling van de surseance van betaling, te vergroten. Het project is in twee fasen uitgevoerd. In de *eerste* fase is door een door het kabinet ingestelde MDW-werkgroep een 'quick scan' uitgevoerd teneinde onderwerpen te identificeren die geen controversieel karakter hadden en zonder nader (economisch) onderzoek tot

91 Zie *Kamerstukken II*, 1993/94, 23 400 VI, nr. 36.
92 De regeling van art. 304 Fw vormt daarmee ten dele een codificatie van HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 640, m.nt. CJHB (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*), waarover § 7.3.2.

een eerste wetsvoorstel tot wijziging van de Faillissementswet konden leiden. Deze 'quick scan' heeft geresulteerd in de totstandkoming van wetsvoorstel 27 244, dat in de zomer van 2000 naar de Tweede Kamer is gestuurd.[93] Het bevatte onder andere het voorstel tot de invoering van een doorleveringsplicht voor nutsleveranciers in art. 37b/237b Fw. In de memorie van toelichting bij deze artikelen wordt opgemerkt dat er ook andere crediteuren zijn die feitelijk in staat zijn betaling van faillissementsschulden af te dwingen en dat in het kader van de tweede fase van het project aandacht zou worden geschonken aan de vraag of het de voorkeur verdient de werkingssfeer van de voorgestelde regeling tot *alle* dwangcrediteuren uit te breiden.[94] In tegenstelling tot diverse andere onderdelen van wetsvoorstel 27 244 hebben de artikelen 37b en 237b Fw met slechts een aantal geringe aanpassingen de eindstreep gehaald; op 15 januari 2005 zijn zij in werking getreden.[95]

De *tweede* fase van het project Modernisering Faillissementswet startte met de instelling van een deels gewijzigde MDW-werkgroep onder voorzitterschap van M.J.G.C. Raaijmakers, die de opdracht kreeg aandacht te besteden aan onderwerpen waarvoor meer diepgaand onderzoek vereist was. Het eindrapport van deze werkgroep verscheen in oktober 2001. In het rapport wordt onder meer voorgesteld om de in wetsvoorstel 27 244 neergelegde regeling voor energieleveranciers tot alle dwangcrediteuren uit te breiden, met dien verstande dat de doorleveringsplicht voor de 'overige' dwangcrediteuren niet van rechtswege zou moeten gelden, maar door de rechter of de rechter-commissaris zou moeten kunnen worden opgelegd.[96] De oplegging van een zelfstandige doorfinancieringsverplichting werd door de MDW-werkgroep een te grote inbreuk op de beginselen van burgerlijk recht geacht, reden waarom zij voorstelde in dit verband aan te sluiten bij de in de rechtspraak ontwikkelde criteria voor de opzegging van kredietovereenkomsten. Die criteria zouden dan moeten worden toegepast door de rechtbank die over de toepassing van de surseance heeft te oordelen of in een later stadium door de rechter-commissaris.[97] Het eindrapport is bij brief van 3 december 2001 door de minister van Justitie aan de Tweede Kamer gezonden. In de brief wordt ten aanzien van diverse onderwerpen opgemerkt dat de regering zich bij de voorstellen van de werkgroep aansluit, waaronder die met betrekking tot financiers en leveranciers. Tevens wordt de instelling van een adviescommissie faillissementsrecht aangekondigd, die zal worden ingeschakeld bij de verdere uitvoering van het wetgevingsprogramma.[98]

---

93 Zie *Kamerstukken II*, 1999/2000, 27 244, nr. 2.
94 Zie *Kamerstukken II*, 1999/2000, 27 244, nr. 3, p. 7.
95 Wet van 24 november 2004 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met het bevorderen van de effectiviteit van surséance van betaling en faillissement, *Stb.* 2004, 615.
96 Zie het rapport van de MDW-werkgroep, p. 42. Strikt genomen leek dit voorstel slechts betrekking te hebben op de surseance van betaling en niet op het faillissement, maar bedacht moet worden dat ook de in wetsvoorstel 27 244 opgenomen doorleveringsplicht voor nutsleveranciers primair voor de surseance is geschreven; zie de MvT, *Kamerstukken II*, 1999/2000, 27 244, nr. 3, p. 7.
97 Zie het rapport, p. 41-42.
98 Zie *Kamerstukken II*, 2001/02, 24 036, nr. 238.

7.4.3 De Commissie insolventierecht en het voorontwerp Insolventiewet

Bij Koninklijk Besluit van 3 april 2003 is de Commissie insolventierecht geïnstalleerd teneinde de regering en de beide kamers der Staten-Generaal te adviseren over wetgeving op het terrein van het insolventierecht, meer in het bijzonder over de onderwerpen die samenhangen met of voortvloeien uit de hiervoor bedoelde brief van de minister van Justitie van 3 december 2001.[99] Ter uitvoering van haar taak heeft de Commissie insolventierecht – ook wel naar haar voorzitter: de Commissie-Kortmann – eerst een zestal adviezen, vervat in evenzovele brieven aan de minister,[100] uitgebracht en uiteindelijk op 1 november 2007 een voorontwerp Insolventiewet met toelichting aan de minister aangeboden. Beoogd wordt de Faillissementswet in zijn geheel door de Insolventiewet te vervangen.[101] In overeenstemming met de voorstellen van de Commissie-Mijnssen én de MDW-werkgroep (tweede fase) bevat het voorontwerp Insolventiewet in art. 3.4.2 een doorleveringsplicht voor *alle* leveranciers van goederen of diensten. Overeenkomsten tot het verstrekken van krediet zijn uitdrukkelijk van de regeling van art. 3.4.2 uitgesloten. De in het voorontwerp Insolventiewet opgenomen doorleveringsplicht wordt onder de loep genomen in § 7.6.

Naar aanleiding van de reacties op het voorontwerp Insolventiewet vanuit de wetenschap en de praktijk heeft de Commissie-Kortmann bij brief van 23 juli 2009 aan de minister nader advies uitgebracht en enkele suggesties voor wijziging van het Voorontwerp gedaan, waarmee haar werkzaamheden tot een einde zijn gekomen.[102] Of de door de commissie gedane voorstellen ooit tot wet zullen worden verheven, is onzeker. Tot een concreet wetsvoorstel hebben zij in ieder geval vooralsnog niet geleid.[103]

7.5 De doorleveringsplicht voor nutsleveranciers: art. 37b Fw

7.5.1 Inleiding

Sinds 15 januari 2005 geldt voor alle leveranciers van gas, water, elektriciteit en verwarming – traditioneel aangeduid als nutsbedrijven of nutsleveranciers – in faillissement op grond van art. 37b Fw een doorleveringsplicht, zowel indien de te verrichten leveranties noodzakelijk zijn ter voorziening in de eerste levensbehoeften van de particuliere schuldenaar, als ingeval zij benodigd zijn om de door

99 Zie Besluit instelling Commissie insolventierecht 3 april 2003, *Stcrt.* 76.
100 De brieven zijn te raadplegen via www.rijksoverheid.nl.
101 Zie de Toelichting, Kortmann & Faber 2007, p. 129.
102 Zie de Slotbrief van de Commissie insolventierecht d.d. 23 juli 2009, te raadplegen via www.rijksoverheid.nl. De regeling van de doorleveringsplicht komt in de brief niet aan de orde.
103 Zie nader § 1.5.

de schuldenaar gedreven onderneming voort te zetten.[104] Art. 37b Fw is voor een belangrijk deel geënt op art. 304 Fw, waarin reeds sinds de introductie van de WSNP op 1 december 1998 een doorleveringsplicht voor nutsleveranciers is neergelegd.[105] Voor zover de regeling van art. 37b Fw verplicht tot het verrichten van leveranties aan een particuliere schuldenaar ter voorziening in zijn eerste levensbehoeften, is zij te beschouwen als een codificatie en een nadere uitwerking van het Veluwse Nutsbedrijven-arrest uit 1981, voor zover zij tot doorlevering verplicht teneinde de curator de mogelijkheid te bieden de onderneming draaiende te houden, vormt zij juist een afwijking daarvan.[106] De invoering van art. 37b Fw is het resultaat van de eerste fase van het MDW-project, waarin vooruitlopend op een fundamentele herziening alvast enige verbeteringen in de Faillissementswet zijn aangebracht die niet als controversieel te boek stonden.

In de jurisprudentie met betrekking tot de positie van de dwangcrediteur in faillissement, is vrijwel zonder uitzondering sprake van een conflict tussen een curator en een nutsbedrijf.[107] De voornaamste reden daarvoor lijkt te zijn dat nutsleveranciers tot vrij recent de status van monopolist genoten en zich om die reden standaard in ieder faillissement waarin sprake was van een openstaande faillissementsschuld en de schuldenaar of diens curator belang had bij continuering van de energietoevoer, als dwangcrediteur konden profileren. In dit licht lijkt voor de keuze van de regering om de dwangpositie van de nutsleveranciers reeds in de eerste fase van het MDW-project onder handen te nemen en de beslissing omtrent de invoering van een algehele doorleveringsplicht voor dwangcrediteuren tot de tweede fase uit te stellen, wel iets te zeggen. In zijn op 4 april 2000 uitgebrachte advies naar aanleiding van wetsvoorstel 27 244 wees de Raad van State er evenwel terecht op dat de nutsbedrijven hun monopolistische status in rap tempo aan het verliezen waren, in het bijzonder op de zakelijke markt. Om die reden beval hij aan om het treffen van wettelijke voorzieningen op dit terrein uit te stellen en dit te betrekken in de algehele herziening van het insolventierecht.[108] De minister voelde daar echter niets voor. Een verbod tot het opschorten van leveranties vormde in zijn optiek een kernpunt voor de redding van ondernemingen in moeilijkheden, reden waarom het zijns inziens de voorkeur verdiende de regeling alvast in de eerste fase op te nemen.[109] Toen art. 37b Fw uiteindelijk in werking trad, was het liberaliseringsproces op de gas- en elektriciteitsmarkt inmiddels afgerond, waardoor de nutsbedrijven hun monopoliepositie ter zake van die producten reeds geheel waren kwijtgeraakt. Het is dan ook niet gewaagd te stellen dat de regeling van art. 37b Fw enigszins als mosterd na de maaltijd kwam.[110]

---

104 Eenzelfde verplichting geldt op grond van art. 237b Fw tijdens surseance van betaling. Waar in het vervolg van deze paragraaf in het algemeen wordt gedoeld op leveranties die door de regeling van art. 37b Fw worden bestreken, wordt omwille van de eenvoud steeds gesproken van 'energie', hoewel water strikt genomen niet als zodanig lijkt te kunnen worden geduid.

105 Zie de Nota naar aanleiding van het Verslag, *Kamerstukken II*, 2001/02, 27 244, nr. 5, p. 22. Vgl. de MvT, *Kamerstukken II*, 1999/2000, 27 244, nr. 3, p. 10.

106 Zie HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 640, m.nt. CJHB (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*).

107 Zie voor één van de sporadische uitzonderingen: Vzr. Rb. Amsterdam 9 april 2009, *LJN*: BJ5559, waarover Van Zanten 2009, p. 97-99, en ook § 7.3.2.

108 Zie *Kamerstukken II*, 1999/2000, 27 244, A, p. 9-10.

109 Zie *Kamerstukken II*, 1999/2000, 27 244, A, p. 12.

110 In deze zin: Van Hees & Slaski 2008, p. 294.

Dit betekent níet dat de regeling van art. 37b Fw in het geheel geen functie heeft. Zo zijn de markten voor *water* en *verwarming* niet geliberaliseerd, zodat de leveranciers op die markten nog altijd als monopolist opereren en daarmee in potentie ook als dwangcrediteur in faillissement. Belangrijker is dat zonder de doorleveringsplicht ook leveranciers van gas en elektriciteit bij tijd en wijle nog altijd een dwangpositie zouden innemen, bijvoorbeeld in het geval dat de curator als gevolg van de tijdsdruk niet in staat is een andere leverancier in te schakelen of de kosten van een nieuwe aansluiting de omvang van de openstaande schuld overtreffen. Het is evenwel zeer de vraag of de regeling van art. 37b Fw met het wegvallen van de monopoliepositie van leveranciers van gas en elektriciteit nog wel gerechtvaardigd is. Hun positie verschilt daardoor immers niet wezenlijk meer van die van andere partijen die voor de voortzetting van de onderneming van belang zijnde goederen leveren of diensten verrichten en die bij gebreke van een wettelijke doorleveringsplicht wél in staat zijn hun feitelijke machtspositie te verzilveren.[111] Ook voor zover de door art. 37b Fw getroffen partijen nog wél de status van monopolist hebben, is de vraag gerechtvaardigd of die status de oplegging van een doorleveringsplicht legitimeert, nu er immers ook andere monopolisten zijn, waarvoor de in art. 37b Fw neergelegde restricties niet gelden.[112]

7.5.2 Contouren

7.5.2.1 Beperking opschortings- en ontbindingsmogelijkheden; art. 37b lid 1 en 2 Fw

Op grond van art. 37b lid 1 Fw is een wederpartij van de gefailleerde niet bevoegd om:

> '[d]e nakoming van zijn verbintenis die voortvloeit uit een overeenkomst tot het geregeld afleveren van gas, water, elektriciteit of verwarming, benodigd voor de eerste levensbehoeften of voor het voortzetten van de door de schuldenaar gedreven onderneming, jegens de schuldenaar op te schorten wegens het door de schuldenaar niet nakomen van een vóór de faillietverklaring ontstane verbintenis tot betaling van een geldsom.'

Op grond van art. 37b lid 2 Fw levert een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis als bedoeld in lid 1 die plaatsvond vóór de faillietverklaring eveneens geen grond op voor ontbinding van de overeenkomst. Ter zake van een tekortkoming die dateert van vóór datum faillissement, worden de in de artikelen 6:52, 6:262 en 6:265 BW neergelegde bevoegdheden dus tijdelijk buiten werking gesteld en hetzelfde geldt voor contractueel bepaalde opschortings- en ontbindingsrechten.[113]

---

111 Vgl. het Advies van de Raad van State, *Kamerstukken II*, 1999/2000, 27 244, A p. 9.
112 Vgl. Keijsers & Hartendorp 2003, p. 109-110.
113 Zie met betrekking tot de vraag of ten aanzien van deelprestaties uit een leverantiecontract art. 6:52 dan wel 6:262 BW toepasselijk is § 7.3.1, noot 27.

De ontbinding van een overeenkomst als bedoeld in art. 37b Fw op grond van een tekortkoming in de nakoming ervan is uiteraard ook mogelijk in een stadium waarin de schuldenaar nog níet is gefailleerd. In dat geval is er op datum faillissement geen overeenkomst meer die door de schuldenaar of de curator kan worden gecontinueerd. In een geval waarin het nutsbedrijf zijn leveranties aan het adres van een particuliere schuldenaar reeds geruime tijd vóór de toepassing van de WSNP vanwege een betalingsachterstand had gestaakt, verleende de Voorzieningenrechter Rechtbank Haarlem aan art. 304 Fw terugwerkende kracht, in die zin dat het nutsbedrijf werd verplicht om wederom tot aansluiting over te gaan.[114] In het licht van het feit dat de afsluiting een natuurlijk persoon betrof én het nutsbedrijf op dat moment nog een monopoliepositie innam, is deze uitspraak mijns inziens te billijken. Sinds de nutsleveranciers hun monopolistische status zijn kwijtgeraakt, lijkt mij een dergelijke extensieve interpretatie van art. 304 Fw echter niet langer verdedigbaar. Hetzelfde geldt ten aanzien van art. 37b Fw. Een ontbinding die vóór datum faillissement is geëffectueerd, kan mijns inziens niet ná die datum met een beroep op art. 37b lid 2 Fw worden teruggedraaid.

De regeling van art. 37b lid 1 en 2 Fw bestrijkt níet *alle* bestaande tekortkomingen, maar alleen tekortkomingen in de nakoming van verbintenissen *tot betaling van een geldsom.* Bij schending van andere contractuele verbintenissen, zoals de verplichting opgave te doen van het energieverbruik, is opschorting of ontbinding steeds mogelijk, ongeacht of de tekortkoming vóór of ná faillissement heeft plaatsgevonden.[115] Ook indien is gefraudeerd met de elektriciteits- of gasmeter blijft opschorting of ontbinding door het nutsbedrijf geoorloofd.[116]

Voor de door de werking van art. 37b lid 1 en 2 Fw getroffen vorderingen gelden de 'normale' regels, hetgeen onder meer betekent dat zij op grond van art. 26 Fw slechts via verificatie geldend kunnen worden gemaakt.

7.5.2.2 *Ipso facto*-beëindigingsclausules; art. 37b lid 3 Fw

Art. 37b lid 3 Fw bepaalt dat:

> '[e]en beroep door de wederpartij op een beding dat het faillissement, de aanvraag van het faillissement of het leggen van beslag door een derde grond oplevert voor ontbinding van een overeenkomst als bedoeld in het eerste lid, dan wel dat die overeenkomst daardoor van rechtswege zal zijn ontbonden, slechts [is] toegelaten met goedvinden van de curator.'

De regel van art. 37b lid 3 Fw beperkt dus de werking van *ipso facto*-beëindigingsclausules, die in de praktijk door nutsleveranciers zeer frequent worden gehanteerd in algemene voorwaarden voor de levering aan grootzakelijke afnemers. In algemene voorwaarden voor de levering aan particulieren en kleinzakelijke afnemers komen zij praktisch niet voor. De opname van deze regel ligt

114 Zie Vzr. Rb. Haarlem 12 september 2003, *TvS* 2004, 4, p. 19-23.
115 Vgl. de MvT bij art. 304 Fw, *Kamerstukken II*, 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 47.
116 Zie de vraag van de vaste Commissie voor Justitie uit de Eerste Kamer, *Kamerstukken I*, 2004/05, 27 244, B, p. 2, en het antwoord van de minister, *Kamerstukken I*, 2004/05, 27 244, C, p. 2.

voor de hand, aangezien het nutsbedrijf anders nog steeds de mogelijkheid zou hebben zijn bereidheid tot het verrichten van verdere leveranties van de integrale voldoening van bestaande schulden afhankelijk te stellen. Bovendien kan een beding als hier bedoeld in beginsel zelfs worden ingeroepen indien er géén openstaande schuld is, zij het dat indien de betaling van toekomstige leveranties eveneens is gewaarborgd, een dergelijk beroep in de regel zal stuklopen op art. 6:248 lid 2 BW.[117]

Niet geheel duidelijk is of lid 3 betrekking heeft op nutsovereenkomsten in het algemeen of alleen op de situatie dat energie benodigd is ter voorziening in de eerste levensbehoeften van de schuldenaar of om diens onderneming te continueren. Mede in het licht van het feit dat nutsleveranciers door art. 37b Fw worden achtergesteld bij andere leveranciers zonder dat direct valt in te zien wat daarvoor de rechtvaardiging is, ligt naar mijn mening in de rede art. 37b lid 3 Fw op dit punt zo uit te leggen dat de instemming van de curator voor een beroep op een dergelijk beding alleen vereist is in de in lid 1 bedoelde gevallen. Indien de eerste levensbehoeften van de schuldenaar in het geding zijn, zal de curator die instemming mijns inziens in beginsel níet mogen verlenen.[118]

Art. 37b lid 3 Fw is in de loop van de parlementaire behandeling gewijzigd. Aanvankelijk sloot de tekst van dit artikellid geheel aan bij die van het tijdens de WSNP van toepassing zijnde art. 304 lid 3 Fw, waarin alleen een beroep op een beëindigingsclausule die wordt geactiveerd door de opening van de procedure aan de goedkeuring van de bewindvoerder wordt onderworpen.[119] In de Nota naar aanleiding van het Verslag wordt door de minister echter zonder verdere toelichting opgemerkt dat er in het derde lid rekening mee is gehouden dat een ontbindingsgrond ook niet mag zijn de aanvraag van een faillissement of het leggen van beslag.[120] Dit vormt een verbetering, aangezien het nutsbedrijf anders wel heel eenvoudig aan de werking van art. 37b lid 3 Fw – en daarmee aan de doorleveringsplicht – zou kunnen ontsnappen. Om deze reden zou ik menen dat de bepaling ruim dient te worden geïnterpreteerd. Bedingen die niet met zoveel woorden in art. 37b lid 3 Fw zijn genoemd, maar die materieel in vergelijkbare omstandigheden een ontbinding van de overeenkomst kunnen bewerkstelligen, komen mijns inziens eveneens in de gevarenzone.[121]

In § 7.5.2.1 kwam aan de orde dat een ontbinding van een overeenkomst als bedoeld in art. 37b lid 1 Fw op grond van een tekortkoming in de nakoming die vóór datum faillissement is geëffectueerd, niet ná die datum met een beroep op art. 37b lid 2 Fw kan worden teruggedraaid. Hoe zit dit met een ontbinding op de voet van één van de aan lid 3 toegevoegde bedingen? Mijns inziens ligt in de rede de regeling

117 Zie § 7.2.

118 Vgl. HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 640 (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*). Deze situatie zal zich in de praktijk ook niet snel voordoen, nu de hier bedoelde clausules in de regel niet in contracten met particulieren plegen te worden gehanteerd.

119 Zie *Kamerstukken II*, 1999/2000, 27 244, nr. 2, p. 2.

120 Zie *Kamerstukken II*, 2001/02, 27 244, nr. 5, p. 22.

121 Keijsers & Hartendorp 2003, p. 110, stellen dat een bepaling die het contract doet eindigen op het moment dat de nota gedurende een periode van drie termijnen niet is betaald, in het licht van art. 37b Fw waarschijnlijk niet langer zal kunnen worden aangemerkt als redelijk in de zin van de Elektriciteitswet 1998. Mijns inziens wordt de invloed van art. 37b Fw daarmee te ver opgerekt.

van art. 37b lid 3 Fw zo uit te leggen dat haar invloed zich wél tot de periode vóór datum faillissement uitstrekt, nu zij tevens een ontbinding van rechtswege doorkruist, die per definitie vóór die datum is voltooid indien zij door de aanvraag van het faillissement of het leggen van beslag is veroorzaakt.[122] Dit maakt dan tevens dat 'het leggen van beslag' een wat ongelukkig gekozen omstandigheid is, nu een dergelijk evenement zich evenzogoed kan voordoen in een situatie waarin het faillissement nog in geen velden of wegen te bekennen is. Het spreekt niet aan dat een veel later aangestelde curator dan alsnog in staat zou zijn die ontbinding ongedaan te maken.

Tot slot meen ik dat in de rede ligt art. 37b lid 3 Fw zo uit te leggen dat niet alleen bedingen die een bevoegdheid tot *ontbinding* in het leven roepen of van rechtswege de *ontbinding* van het contract meebrengen erdoor worden getroffen, maar in het algemeen al die bedingen die in de in art. 37b lid 3 Fw genoemde of vergelijkbare gevallen een bevoegdheid tot *beëindiging* geven of de overeenkomst van rechtswege doen *eindigen*.[123]

7.5.2.3 Ná faillissement verrichte leveranties

De memorie van toelichting vermeldt dat ná datum faillissement verrichte leveranties bij wege van boedelschuld moeten worden betaald.[124] Naar ik meen, is dat alleen juist voor zover die leveranties ten behoeve van de voortzetting van de onderneming zijn verricht.[125] Is de energie geleverd ter voorziening in de eerste levensbehoeften van de gefailleerde natuurlijk persoon, dan komt de voortgezette energielevering níet ten laste van de boedel, maar dient de nutsleverancier uit het buiten het faillissement vallende vermogen te worden voldaan.[126] In beide gevallen is naar mijn mening niet noodzakelijk dat bij de betaling uitdrukkelijk wordt vermeld dat deze betrekking heeft op de ná datum faillissement verrichte leveranties. Zou het nutsbedrijf de ontvangen betaling op 'oude' schulden wegboeken,[127] dan zou dat regelrecht in strijd zijn met de strekking van art. 37b Fw.

Indien en voor zover *nieuwe* leveranties niet worden betaald, is opschorting of ontbinding uiteraard wél geoorloofd.[128] Hiernaast behoudt de wederpartij de mogelijkheid zich te bedienen van de onzekerheidsexceptie van art. 6:263 BW. Indien zij goede gronden heeft te vrezen dat de curator dan wel de schuldenaar niet

---

122 Ten onrechte heb ik eerder een andere uitleg van art. 37b lid 3 Fw gesuggereerd; zie Van Zanten 2009, p. 103-104.

123 Dat dit ook de bedoeling van de wetgever is, zou kunnen worden afgeleid uit de MvT bij art. 37b lid 3 Fw, waar erop wordt gewezen dat een dergelijke regeling in een breder verband ook reeds door de Commissie-Mijnssen werd bepleit. De Commissie-Mijnssen bepleitte in haar rapport, p. 116-117, dat een zodanige regeling zou worden getroffen dat overeenkomsten door de wederpartij verder moesten worden uitgevoerd. Met het oog daarop dienden onder meer alle vormen van beëindiging te worden doorkruist.

124 Zie *Kamerstukken II*, 1999/2000, nr. 3, p. 10. Zie ook *Kamerstukken II*, 1999/2000, 27 244, A, p. 10. Vgl. Wessels Insolventierecht II 2012, par. 2495c.

125 Vgl. *Kamerstukken II*, 1999/2000, 27 244, A, p. 11.

126 Zie art. 21 Fw en HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 640, m.nt. CJHB (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*).Ook gedurende de WSNP levert de ten behoeve van de schuldenaar geleverde energie mijns inziens géén boedelschuld op, maar dient de schuldenaar zelf voor betaling uit de hem gelaten middelen zorg te dragen. Datzelfde geldt immers ten aanzien van na de toepassing van de WSNP verschenen huurtermijnen; zie de MvT bij art. 305 Fw, *Kamerstukken II*, 1992/93, 22 969, nr. 3, p. 46-47.

127 Vgl. art. 6:43 BW.

128 Zie ook *Kamerstukken II*, 1999/2000, 27 244, A, p. 10 en 11.

in staat zal zijn om voor ná de intrede van het faillissement te verrichten prestaties de overeengekomen tegenprestatie te leveren, mag de wederpartij die prestaties opschorten.

7.5.3 Reikwijdte

7.5.3.1 Levering én transport

In de gas- en elektriciteitsmarkt dient te worden onderscheiden tussen de *leverancier* die de energie levert en de *netbeheerder* die het transport ervan voor zijn rekening neemt.[129] Met beide partijen heeft de verbruiker een contractuele relatie,[130] hetgeen de vraag oproept of ook de netbeheerder aan de werking van art. 37b Fw is onderworpen.

In een door de *administrator* van het in Nederland gevestigde C&A Trim tegen Essent Netwerk aangespannen kort geding was de vraag aan de orde of Essent Netwerk gerechtigd was het transport te staken en C&A Trim van het net af te sluiten zolang haar vóór de aanvang van de *administration* ontstane vordering niet zou zijn betaald. Tot een beslissing over de reikwijdte van art. 37b/237b Fw kwam het echter niet, omdat de voorzieningenrechter aannam dat deze vraag ingevolge art. 4 lid 2 onder e IVO werd beheerst door Engels recht, op grond waarvan Essent Netwerk naar het oordeel van de voorzieningenrechter níet tot afsluiting bevoegd was. Volgens annotator Veder dient voor een puur Nederlandse situatie hetzelfde te worden aangenomen en valt ook de netbeheerder – die in de energiemarkt als monopolist opereert – onder het bereik van art. 37b/237b Fw.[131]

Ik deel zijn mening. De wetgever lijkt zich bij de introductie van de doorleveringsplicht eenvoudigweg niet te hebben gerealiseerd dat tussen de levering en het transport dient te worden onderscheiden, maar het ligt in de rede dat het zijn bedoeling is geweest het gehele proces te treffen. Bedacht moet worden dat vóór de liberalisering van de gas- en elektriciteitsmarkt de levering en het transport van energie veelal nog in één hand waren. De wettekst biedt naar mijn mening ook wel enige ruimte om ook de transporteur aan de doorleveringsplicht bloot te stellen, nu in art. 37b lid 1 Fw niet worden gesproken van het 'leveren' maar van het 'afleveren' van energie.[132]

---

129 Zie hoofdstuk 3 van de Elektriciteitswet 1998 en hoofdstuk 2 van de Gaswet.

130 Hierbij zij aangetekend dat kleinverbruikers conform het meest recente 'Leveranciersmodel' weliswaar ook met de netbeheerder contracteren, maar feitelijk alleen met de leverancier te maken hebben, aan wie zij bovendien ook hun schuld aan de netbeheerder *bevrijdend* kunnen voldoen.

131 Zie Vzr. Rb. Den Bosch 31 oktober 2005, *JOR* 2006, 56, m.nt. P.M. Veder.

132 De achtergrond van het gebruik van het woord 'afleveren' in art. 37b Fw zou overigens wel eens een andere kunnen zijn, namelijk het feit dat energie vermoedelijk niet als 'goed' in de zin van art. 3:1 BW heeft te gelden en daardoor niet kan worden geleverd, althans niet in juridische zin; vgl. Parl. Gesch. Boek 3, p. 64. Vgl. Keijsers & Hartendorp 2003, p. 110, die bepleitten om het destijds nog niet ingevoerde art. 37b Fw te wijzigen in die zin dat ook het transport onder de regeling zou zijn begrepen.

7.5.3.2 Het beoogde gebruik

Art. 37b Fw is blijkens haar bewoordingen toepasselijk indien de eerste levensbehoeften van de schuldenaar in het geding zijn of de voortgezette energielevering benodigd is voor het voortzetten van de door de schuldenaar gedreven onderneming.[133] Leveranciers van gas en elektriciteit zouden in dit licht na inachtneming van een redelijke termijn wellicht met succes kunnen betogen dat de curator voldoende gelegenheid heeft gehad om een andere leverancier te vinden en daarmee overeenstemming te bereiken, zodat niet langer kan worden gezegd dat *zijn* leveranties benodigd zijn om de onderneming te continueren. Ook de minister heeft zich in het Nader Rapport naar aanleiding van het Advies van de Raad van State laten ontvallen dat indien de leveranties van de *desbetreffende* leverancier niet benodigd zijn voor de voortzetting van de onderneming, de regeling van art. 37b Fw niet langer van toepassing zou zijn, hetgeen zijns inziens bijvoorbeeld het geval kon zijn indien de nutsbedrijven hun monopolistische status zouden verliezen.[134]

Hoe dit ook zij, het vereiste dat de leveranties benodigd moeten zijn om de onderneming te continueren, betekent naar mijn mening dat in ieder geval géén doorleveringsplicht bestaat in het geval dat door de schuldenaar-rechtspersoon géén onderneming wordt gedreven, zoals veelal bij non-profit organisaties die zijn ondergebracht in een vereniging of een stichting het geval is.[135] Evenmin bestaat een doorleveringsplicht indien de door de schuldenaar gedreven onderneming niet wordt voortgezet, maar de curator niettemin gedurende enige tijd energie nodig heeft voor het behoud of de afwikkeling van de boedel. In dergelijke situaties zal de curator er dus in de regel niet aan ontkomen eerst de openstaande schuld te betalen. Alleen indien de boedel onvoldoende middelen bevat om de oude schuld te voldoen, terwijl de boedel per saldo bij voortzetting van de leveranties tegen integrale voldoening van het nutsbedrijf zou zijn gebaat, is opschorting mijns inziens ongeoorloofd, zij het dat het nutsbedrijf in dat geval wel uit de nog te realiseren baten dient te worden betaald.[136]

7.5.3.3 *Wholesale*-contracten

Energie wordt in de regel één of meerdere keren verkocht c.q. doorverkocht voordat zij aan de gebruiker wordt geleverd.[137] De contracten die aan deze eerdere

---

133 Onduidelijk is wanneer moet worden geoordeeld dat de onderneming wordt gecontinueerd. Is daarvan reeds sprake indien een enkele opdracht met gebruikmaking van de diensten van een gedeelte van het personeel wordt afgemaakt of moet de onderneming op volle oorlogssterkte draaien, al dan niet met het oog op een verkoop *going concern*? Ik zou willen aannemen dat aan dit vereiste geen al te hoge eisen mogen worden gesteld en voor de toepassing van art. 37b Fw al snel mag worden aangenomen dat de onderneming wordt voortgezet.

134 Zie *Kamerstukken II*, 1999/2000, 27 244, A p. 12.

135 Zie omtrent de uitleg van het begrip 'onderneming' de vraag van de vaste Commissie voor Justitie uit de Eerste Kamer, *Kamerstukken I*, 2004/05, 27 244, B, p. 2, en het antwoord van de minister, *Kamerstukken I*, 2004/05, 27 244, C, p. 2.

136 Zie § 7.3.3. Vgl. Pres. Rb. Arnhem 24 augustus 1995, *KG* 1995, 350.

137 Kraijenbrink & De Wit 2003, p. 103, stellen dat elektriciteit naar schatting gemiddeld vier- tot vijfmaal wordt verkocht alvorens zij daadwerkelijk wordt verbruikt.

transacties ten grondslag liggen, worden in de praktijk veelal aangeduid als groothandelovereenkomsten of *wholesale*-contracten. Voor zover zij een duurkarakter dragen, lijkt de regeling van art. 37b Fw naar de letter ook op dergelijke overeenkomsten van toepassing te zijn en sommige schrijvers lijken die toepasselijkheid ook te aanvaarden.[138] Naar ik meen, is voor toepassing van art. 37b Fw hier géén plaats.[139] Bij energie die wordt geleverd op basis van een groothandelovereenkomst ontbreekt het voor de toepassing van art. 37b Fw noodzakelijke 'nutskarakter'.[140] De positie van een partij die energie levert aan een handelaar verschilt niet van willekeurig welke andere leverancier van goederen of diensten, voor wie eveneens geen doorleveringsplicht geldt.

Niet ondenkbaar is dat in voorkomende gevallen moet worden geoordeeld dat een door de schuldenaar gesloten *wholesale*-contract valt onder het toepassingsgebied van art. 38 Fw.[141] In dat geval wordt de overeenkomst door de faillietverklaring van rechtswege ontbonden en kan van een verplichting tot doorlevering reeds om die reden geen sprake zijn.

7.5.4 De verhouding tot de algemene regeling van art. 37 Fw

Uit art. 37b Fw noch uit de memorie van toelichting blijkt hoe deze bijzondere bepaling zich verhoudt tot de algemene regeling van art. 37 Fw.[142] In de loop van het wetgevingsproces is deze kwestie echter door de vaste Commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer aan de orde gesteld. In de Nota naar aanleiding van het Verslag antwoordde de minister:

> 'Evenmin juist lijkt het mij om in deze bepalingen [art. 37b/237b Fw], zoals in art. 37, op te nemen dat het nutsbedrijf een termijn kan stellen aan de curator, onderscheidenlijk aan de schuldenaar en de bewindvoerder, om te verklaren dat zij de overeenkomst gestand zullen doen waarna zij daarvoor zekerheid moeten stellen. Dan zou het nutsbedrijf immers alsnog verdere leveranties afhankelijk kunnen stellen van zekerheid voor schulden van vóór het faillissement of de surseance, hetgeen nu juist niet strookt met de bedoeling van deze bepalingen.'[143]

De minister achtte het dus niet juist om in de regeling van art. 37b Fw een faciliteit als in art. 37 Fw op te nemen, omdat een verzoek om gestanddoening van het contract in dat geval zou leiden tot consequenties die in strijd zijn met de ratio van art. 37b Fw. Dit impliceert dat hij een beroep op de regeling van art. 37 Fw zélf in een geval dat wordt bestreken door art. 37b Fw eveneens ongeoorloofd acht.

De opvatting van de minister lijkt mij voor weinig twijfel vatbaar. Zou de curator die de onderneming van de schuldenaar voortzet zich conform art. 37 Fw bereid verklaren het contract met de nutsleverancier gestand te doen, dan zou dat

138 Zie Keijsers & Hartendorp 2003, p. 109 en in het bijzonder p. 110.
139 In dezelfde zin: Kraijenbrink & De Wit 2003, p. 101, noot 3.
140 Zie de MvT, *Kamerstukken II*, 1999/2000, 27 244, nr. 3, p. 10, waar heel uitdrukkelijk wordt uitgegaan van de levering door een 'nutsbedrijf'.
141 In deze zin: Kraijenbrink & De Wit 2003, p. 104.
142 Zie *Kamerstukken II*, 1999/2000, 27 244, nr. 3, p. 10.
143 Zie *Kamerstukken II*, 2001/02, 27 244, nr. 5, p. 22.

tot gevolg hebben dat de op datum faillissement reeds bestaande schulden tot boedelschuld worden verheven en voor de voldoening van die schulden op grond van art. 37 lid 2 Fw zekerheid moet worden gesteld. Zij zouden dan integraal uit de boedel worden betaald, terwijl de bedoeling achter art. 37b Fw nu juist mede is om de curator de gelegenheid te bieden te profiteren van de prestaties van het nutsbedrijf zónder dat eerst de openstaande schuld moet worden voldaan. Zou de curator de overeenkomst níet gestand doen, dan zou hij op grond van art. 37 lid 1 Fw het recht verliezen om de wederpartij tot nakoming aan te spreken. Hierdoor zou hij eveneens niet over de prestaties van de wederpartij kunnen beschikken, zelfs niet indien hij zich in een later stadium alsnog bereid zou verklaren de uitstaande schuld te voldoen. Is de energielevering benodigd ter voorziening in de eerste levensbehoeften van de schuldenaar, dan geldt mijns inziens dat art. 37 Fw reeds daarom niet van toepassing is, omdat de uitvoering van het contract geheel buiten de curator om plaatsvindt. Een contractuele bepaling die een opschortings- of beëindigingsrecht in het leven roept voor het geval dat de curator zich niet binnen een redelijke termijn tot gestanddoening bereid verklaart en zekerheid stelt voor nakoming, is uiteraard evenzeer strijdig met art. 37b Fw.[144]

Zekerheid voor ná faillissement te verrichten leveranties

Art. 37b Fw is primair bedoeld om het probleem op te lossen dat de schuldenaar c.q. diens curator niet om het nutsbedrijf heen kan vanwege zijn monopoliepositie bij de levering van energie.[145] Toegespitst op de situatie dat de energie benodigd is voor de voortzetting van de onderneming, betekent dit dat is beoogd de curator ten opzichte van het nutsbedrijf in dezelfde positie te brengen als die hij inneemt ten opzichte van andere leveranciers die hij in het kader van de voortzetting inschakelt. Illustratief is de volgende passage uit het Nader Rapport naar aanleiding van het Advies van de Raad van State:

> 'De nutsbedrijven krijgen dezelfde positie tegenover de boedel als anderen die aan de boedel leveren. Een ieder die levert aan de boedel heeft de bevoegdheid contante betaling of zekerheden te verlangen. Tegenover een leverantie aan de boedel staat een boedelschuld. Indien boedelschulden niet worden voldaan, kunnen boedelschuldeisers beslag leggen. Herhaald zij dat verdere leveranties kunnen worden gestaakt of geschorst indien leveranties die na de faillietverklaring of de surséanceverlening worden gedaan, niet worden voldaan. Deze regels gelden gelijkelijk voor nutsbedrijven die aan de boedel leveren en anderen die aan de boedel leveren.'[146]

Evenals andere partijen die aan de curator óf de schuldenaar leveren, zal het nutsbedrijf ervan verzekerd willen zijn dat ná faillissement te verrichten leveranties worden betaald. Ter zake van díe leveranties moet het nutsbedrijf naar mijn mening dan ook gerechtigd worden geacht zekerheid te bedingen (of betaling vooraf). Ik zou willen aannemen dat dit tevens geldt indien de overeenkomst

144 Vgl. Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 7 juli 2008, *JOR* 2008, 316, m.nt. N.S.G.J. Vermunt.
145 Welk probleem, zoals reeds aan de orde kwam, ten tijde van de inwerkingtreding van art. 37b Fw al grotendeels was opgelost door de voltooiing van het liberaliseringsproces op de gas- en elektriciteitsmarkt per 1 juli 2004.
146 Zie *Kamerstukken II*, 1999/2000, 27 244, A, p. 11.

hierin niet uitdrukkelijk voorziet, zodat in zoverre art. 37 Fw dan op de relatie nutsleverancier-curator van invloed is. In de zaak Deep Green/Electrabel ging ook de Voorzieningenrechter Rechtbank Zwolle-Lelystad ervan uit dat Electrabel in de context van art. 237b Fw aanspraak had op een redelijke zekerheidstelling voor toekomstige leveranties, waarbij aangetekend zij dat het contract ook een verplichting tot het stellen van zekerheid bevatte. Terecht kende de voorzieningenrechter bij de bepaling van de omvang van de te stellen zekerheid mede gewicht toe aan de vraag in hoeverre de continuïteit van de onderneming hierdoor in gevaar zou komen.[147]

Indien de energie dient ter voorziening in de eerste levensbehoeften van de schuldenaar, dient mijns inziens rekening te worden gehouden met het feit dat zijn mogelijkheden tot het stellen van zekerheid zeer beperkt zullen zijn. De op een overeenkomst tot levering van energie aan zogeheten kleinverbruikers toepasselijke algemene voorwaarden bieden het nutsbedrijf veelal de mogelijkheid om zekerheid te verlangen in de vorm van een bankgarantie of een waarborgsom ter hoogte van het verwachte verbruik over een periode van maximaal zes maanden, maar in het kader van art. 37b Fw gaat dat naar mijn mening te ver.[148] Tijdens faillissement mag van nutsleveranciers worden verwacht dat zij het betalingsgedrag van hun afnemer nauwgezet monitoren en tijdig aan de bel trekken indien zij uit de zekerheid dreigen te lopen.[149] In dit licht kan mijns inziens als vuistregel worden gehanteerd dat een waarborgsom of vooruitbetaling voor een periode van twee maanden afdoende is. Het nutsbedrijf heeft dan steeds maximaal één maand de tijd een uitgebleven betaling te registreren en daarnaar maatregelen te nemen.

7.6 De doorleveringsplicht in het voorontwerp Insolventiewet

7.6.1 Contouren van de voorgestelde regeling

In afwijking van de regeling van art. 37b Fw, maar in lijn met de voorstellen van de MDW-Werkgroep (tweede fase) en de reactie daarop van de minister van Justitie,[150] is in art. 3.4.2 van het voorontwerp Insolventiewet een doorleveringsplicht opgenomen, die zich tot alle leveranciers van goederen of diensten lijkt uit te strekken. Op grond van art. 3.4.2 lid 1 sub a is een wederpartij niet bevoegd:

> ‘gedurende de afkoelingsperiode de nakoming van haar verbintenis op te schorten wegens het niet nakomen door de schuldenaar van een vóór de insolventverklaring ontstane verbintenis tot

147 Zie Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 7 juli 2008, *JOR* 2008, 316, m.nt. N.S.G.J. Vermunt.

148 In Vzr. Rb. Haarlem 12 september 2003, *TvS* 2004, 4, p. 19-23, werd in het kader van art. 304 Fw zelfs helemaal niet toegestaan dat zekerheid werd geëist voor toekomstige leveranties. De voorzieningenrechter achtte het feit dat (i) het nutsbedrijf de energietoevoer alsnog kon staken indien ná de toelating tot de WSNP verrichte leveranties niet zouden worden betaald en (ii) de non-betaling van post-WSNP-schulden grond kan zijn voor beëindiging van de schuldsaneringsregeling, voldoende prikkel voor de saniet om zijn verplichtingen jegens het nutsbedrijf na te komen. Mijns inziens gaat dat te ver; de regeling van art. 304 Fw – en ook die van art. 37b Fw – mag op geen enkele wijze tot gevolg hebben dat het nutsbedrijf na de toepassing van de procedure dieper in het rood wordt gedrukt.

149 Zij kunnen in dat geval aanvullende zekerheid vragen op de voet van art. 6:51 lid 3 BW.

150 Zie het Eindrapport van de MDW-werkgroep, p. 42 en *Kamerstukken II*, 2001/02, 24 036, nr. 238, p. 6 en 7.

> betaling van een geldsom, indien die verbintenis voortvloeit uit een met de schuldenaar aangegane overeenkomst tot het geregeld ter beschikking stellen van goederen of verlenen van diensten, benodigd voor het voortzetten van een door de schuldenaar gedreven onderneming.'

De Toelichting stelt dat wordt gedoeld op de bevoegdheid tot opschorting op de voet van de artikelen 6:52 en 6:263 BW,[151] maar naar moet worden aangenomen is hier sprake van een omissie en wordt art. 6:262 BW in plaats van art. 6:263 BW bedoeld.[152] Dat hiernaast ook het algemene opschortingsrecht van art. 6:52 BW wordt genoemd, kan mogelijk worden verklaard doordat in discussie is of in het geval dat een overeenkomst verplicht tot meerdere deellevering en daartegenover staande betalingen en één van de deelprestaties niet wordt nagekomen, de bevoegdheid tot opschorting van de daarop volgende deelprestatie berust op de *exceptio non adimpleti contractus* of op het algemene opschortingsrecht van art. 6:52 BW.[153] Naast de hier bedoelde wettelijk geregelde opschortingsrechten, zullen uiteraard ook contractueel bepaalde opschortingsrechten door de werking van lid 1 worden getroffen. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* voor de uitoefening van een bevoegdheid tot beëindiging (lid 3). Indien de door de wederpartij te leveren goederen of diensten dienen ter voorziening in de eerste levensbehoeften van de schuldenaar, duurt de onbevoegdheid tot opschorting en beëindiging na afloop van de afkoelingsperiode voort (lid 1 sub b en lid 3).

Een bepaling in een overeenkomst als bedoeld in art. 3.4.2 lid 1 die de strekking heeft de overeenkomst *wegens insolventie* te doen eindigen, blijft op grond van lid 4 gedurende de afkoelingsperiode buiten toepassing. Indien het contract op grond van een dergelijke bepaling binnen één maand vóór het verzoek tot insolventverklaring is geëindigd, kan de bewindvoerder de wederpartij dwingen haar voor de duur van de afkoelingsperiode op gelijke voorwaarden te continueren. De toepassing van lid 4 kan voor bepaalde contracten bij algemene maatregel van bestuur worden uitgesloten (lid 5), waarbij blijkens de Toelichting in het bijzonder moet worden gedacht aan overeenkomsten in de financiële sfeer, zoals effecten- of valutatransacties.[154] De wederpartij die als gevolg van de doorleveringsplicht onevenredig nadeel lijdt, kan de rechter-commissaris op grond van lid 6 verzoeken haar van de doorleveringsplicht te ontslaan. Hiervoor is volgens de Toelichting echter slechts plaats indien het onthouden van de bevoegdheid tot opschorting of beëindiging in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.[155]

Uit de Toelichting blijkt dat de doorleveringsplicht is bedoeld om de bewindvoerder in de hectiek van de eerste dagen van de insolventie de gelegenheid te bieden te onderzoeken of er een reële kans op een doorstart bestaat. Om deze reden is de hiermee gepaard gaande inbreuk op de positie van de wederpartij

---

151 Zie Kortmann & Faber 2007, p. 239.
152 Een beroep op de onzekerheidsexceptie van art. 6:263 BW blijft dus mogelijk; de wederpartij die goede grond heeft te vrezen dat haar ná de opening van de procedure te verrichten prestaties niet zullen worden betaald, mag die prestaties vanzelfsprekend opschorten.
153 Zie § 7.3.1, voetnoot 27.
154 Zie Kortmann & Faber 2007, p. 240. Vgl. art. 38 Fw.
155 Zie Kortmann & Faber 2007, p. 240.

beperkt tot de afkoelingsperiode en tot overeenkomsten die benodigd zijn voor de voortzetting van de onderneming. Na afloop van de afkoelingsperiode moet de bewindvoerder volgens de Toelichting in staat worden geacht de juiste afweging te maken tussen enerzijds voortzetting van de onderneming en betaling van de achterstallige vorderingen en anderzijds het staken van de activiteiten. Hiernaast zouden overwegingen van eerlijke mededinging meebrengen dat de doorleveringsplicht niet langer duurt dan noodzakelijk is.[156] De afkoelingsperiode gaat vanaf de insolventverklaring van rechtswege lopen voor een periode van één maand en kan door de rechter-commissaris één of meerdere malen worden verlengd, met dien verstande dat de totale duur nooit meer dan drie maanden kan bedragen.[157] Na ommekomst van de afkoelingsperiode herleven de opschortings- en beëindigingsbevoegdheden van de wederpartij. Tijdelijk op de voet van art. 3.4.2 lid 4 voortgezette overeenkomsten nemen alsnog definitief een einde.

Indien de bewindvoerder gedurende de afkoelingsperiode niet instemt met opschorting of beëindiging is hij volgens de Toelichting 'uiteraard' verplicht die prestaties onmiddellijk bij wege van boedelschuld te voldoen of daarvoor zekerheid te stellen, kennelijk ook indien een betalingstermijn is overeengekomen en het contract niet in een verplichting tot zekerheidstelling voorziet. Voldoet de bewindvoerder de vanaf de insolventverklaring verschuldigde tegenprestatie niet terstond en stelt hij daarvoor evenmin zekerheid, dan mag de wederpartij haar prestaties volgens de Toelichting opschorten op de voet van afdeling 6.1.7 (art. 6:52 e.v. BW).[158] Ook hier lijkt sprake te zijn van een omissie. In de hier bedoelde gevallen gaat het steeds om de opschorting van een verbintenis uit een wederkerige overeenkomst vanwege het feit dat de schuldenaar de *daartegenover* staande verbintenis niet nakomt of goede grond geeft te vrezen díe verbintenis niet te zullen nakomen. Daartoe kunnen in de eerste plaats de bijzondere opschortingsrechten zoals opgenomen in art. 6:262 en 6:263 BW worden benut.

7.6.2 Belangrijke veranderingen ten opzichte van het huidige recht

Indien men de hiervoor geschetste regeling van art. 3.4.2 afzet tegen de huidige situatie, moet worden geconstateerd dat zij diverse belangrijke verbeteringen meebrengt. De met afstand meest belangwekkende verandering is de uitbreiding van de doorleveringsplicht tot *alle* leveranciers die verplicht zijn geregeld goederen ter beschikking te stellen of diensten te verlenen. Hierdoor wordt de continuïteit van de onderneming bevorderd, wordt de in de wet neergelegde rangorde tussen de schuldeisers bewaakt, behoren lastige discussies omtrent de vraag of de boedel voldoende middelen bevat om de openstaande schuld te voldoen tot het verleden,[159] en wordt ten slotte de door art. 37b Fw gecreëerde ongelijkheid tussen nutsleveranciers en andere leveranciers opgeheven.[160]

156 Zie Kortmann & Faber 2007, p. 238.
157 Zie art. 3.6.3 lid 1 voorontwerp Insolventiewet.
158 Zie Kortmann & Faber 2007, p. 239.
159 Zie § 7.3.3.
160 Zie § 7.5.1.

Een andere verbetering ten opzichte van art. 37b Fw is de wijze waarop met *ipso facto*-beëindigingsbedingen wordt omgesprongen. Het feit dat art. 3.4.2 lid 4 ziet op bedingen die ertoe strekken de overeenkomst *wegens insolventie* te doen eindigen, biedt meer flexibiliteit om allerlei contractuele toverformules het hoofd te bieden, dan de summiere opsomming van ongeoorloofde bedingen in art. 37b lid 3 Fw. Het is tevens een goede zaak dat de aan art. 3.4.2 lid 4 toegekende terugwerkende kracht niet ook een reguliere ontbinding op de voet van art. 6:265 BW die binnen één maand voor het verzoek tot insolventverklaring heeft plaatsgehad, treft. Alleen indien de overeenkomst met het oog op de (naderende) insolventie is beëindigd, is gerechtvaardigd dat de wederpartij in een later stadium wordt geconfronteerd met een insolventierechtelijke regel die deze beëindiging ter discussie stelt.[161]

Terecht wordt er in de Toelichting bij het voorontwerp Insolventiewet vanuit gegaan dat de door de wederpartij ná de insolventverklaring verrichte prestaties als boedelschuld moeten worden betaald, zoals dat onder art. 37b Fw eveneens het geval is. Ook in de voorstellen van de Commissie-Mijnssen – die betrekking hadden op de surseance van betaling – werd de wederpartij voor ná de voorlopige toepassing van de surseance verrichte prestaties een boedelschuld toegekend, *tenzij* (i) de schuldenaar die prestaties reeds had betaald óf (ii) de wederpartij op het tijdstip waarop de voorlopige surseance inging reeds met betrekking tot die prestaties in gebreke was.[162] De eerste van deze uitzonderingen spreekt voor zich en geldt ook onder de regeling van art. 3.4.2. De tweede is echter allerminst vanzelfsprekend en de Commissie insolventierecht heeft haar naar mijn mening terecht niet overgenomen. Niet aanvaardbaar is dat de wederpartij kan worden gedwongen te presteren tegen slechts een percentage van haar vordering en aldus ná de ingang van de procedure dieper in het rood wordt gedrukt.[163] Een situatie die naar de letter wél onder de reikwijdte van art. 3.4.2 valt, maar daar mijns inziens om dezelfde reden niet onder behoort te vallen, is het geval dat de bewindvoerder de wederpartij aanspreekt tot het verrichten van een prestatie ter zake waarvan de schuldenaar de tegenprestatie reeds vóór de insolventverklaring verschuldigd was. Iedere prestatie die de wederpartij op instigatie van de bewindvoerder verricht, dient uit de boedel te worden betaald.[164]

Tot slot is positief dat de regeling van lid 6 de mogelijkheid biedt om in voorkomende gevallen de scherpe kantjes van de doorleveringsplicht af te halen, door de wederpartij uit die plicht te ontslaan indien zij daardoor onevenredig wordt benadeeld.

---

161 Zie ook Van Zanten 2009, p. 104.

162 Zie het rapport van de Commissie-Mijnssen, p. 118.

163 Vgl. de MvT bij art. 37 (oud) Fw, Van der Feltz I, p. 409: 'Zeer zeker zal hij zijnerzijds niet behoeven te praesteeren, zoolang de curator zich niet bereid verklaart de verplichtingen des gefailleerden ten volle te vervullen, zal men nimmer kunnen beweren dat hij verplicht zoude zijn zijne verbintenis na te komen om dan voor de contra-praestatie des gefailleerden eene concurrente vordering tegen den boedel te verkrijgen.'

164 Vgl. het Belgische art. 46 § 1 lid 3 Faill.W, waarover § 4.6.1.2.

7.6.3 Een tiental suggesties ter verbetering

Maar het voorgaande betekent niet dat de regeling van art. 3.4.2 ongewijzigd dient te worden ingevoerd; ruimte voor verbetering is er ook. Een tiental suggesties.

Suggestie (i)
De werking van art. 3.4.2 is beperkt tot overeenkomsten die de wederpartij verplichten tot het *geregeld* ter beschikking stellen van goederen of het verlenen van diensten. In veel gevallen zal echter géén sprake zijn van een overeenkomst die tot herhaalde leveranties verplicht, maar wordt met betrekking tot iedere leverantie separaat gecontracteerd.[165] Naar ik meen, dienen ook deze situaties door de regeling te worden bestreken, althans die waarin ten tijde van de insolventverklaring reeds een nieuw contract is aangegaan.[166] De bewindvoerder is daarmee dan in elk geval van één extra leverantie verzekerd.

Indien men de regeling op dit punt echt effectief zou willen maken, is onvermijdelijk dat ook de ultieme inbreuk op de contractsvrijheid wordt gemaakt, door vast te leggen dat de bewindvoerder een partij die tot aan het moment van de insolventverklaring op regelmatige basis aan de schuldenaar goederen of diensten heeft geleverd, kan verplichten daarmee op de gebruikelijke condities door te gaan en dus kan dwingen met hem nieuwe overeenkomsten te sluiten.[167] Dat de Commissie insolventierecht hier niet aan wil, valt evenwel te begrijpen;[168] contractdwang dient alleen in uitzonderlijke gevallen te worden toegepast.

Toch zou ik de tegenovergestelde keuze niet onverdedigbaar hebben gevonden, met name omdat potentieel ongerijmde consequenties van een contracteerplicht – gedacht kan worden aan de situatie dat de desbetreffende leverancier als gevolg van een beleidswijziging de goederen of diensten niet langer aanbiedt of aan het geval dat de marktprijs recent is gestegen – steeds via een beroep op art. 3.4.2 lid 6 kunnen worden bestreden.

Suggestie (ii)
De reikwijdte van art. 3.4.2 is beperkt tot gevallen waarin de leveranties benodigd zijn ter voorziening in de eerste levensbehoeften van de schuldenaar of voor de voortzetting van de onderneming. Dezelfde beperking is opgenomen in art. 37b Fw. Met name het vereiste dat de goederen of diensten nodig zijn om de onderneming te continueren, zal in de praktijk tot discussies aanleiding kunnen geven. Van Hees en Slaski geven als voorbeeld de situatie dat de wederpartij zich op het standpunt stelt

165 Zie De Ranitz 2008, p. 188. Zie in dit verband ook Hof Amsterdam 27 november 1997, *Prg* 1998, 4916, waarin werd geoordeeld dat uit het feit dat tussen twee partijen gedurende vele jaren telkens overeenkomsten zijn aangegaan, niet het bestaan van een duurovereenkomst kan worden afgeleid.

166 In dezelfde zin: Van Hees & Slaski 2008, p. 296. Dit probleem speelt vanzelfsprekend alleen indien tussen de verplichting van de wederpartij op basis van het contract ter zake waarvan de curator nakoming verlangt en haar vordering uit hoofde van het contract dat door de schuldenaar niet is nagekomen, voldoende samenhang bestaat om een beroep op een opschortingsrecht te rechtvaardigen (art. 6:52 BW) of het contract dat de curator wenst na te komen een *ipso facto*-beëindigingsclausule bevat. De mogelijkheid tot beëindiging vanwege het onbetaald blijven van een eerdere leverantie speelt in de hier bedoelde gevallen geen rol.

167 Vgl. het Amerikaanse § 366 BC, waarover § 7.3.2.

168 Ook de Commissie-Mijnssen was van mening dat een regeling als hier bedoeld ‘een te diepgaande inbreuk [zou] maken op de contractsvrijheid’; zie het rapport, p. 121.

dat de benodigdheden wellicht niet tegen dezelfde condities, maar toch ook eenvoudig elders te verkrijgen zijn. Teneinde dergelijke discussies te vermijden, suggereren zij om het aan de bewindvoerder te laten of hij de door de wederpartij te leveren prestaties voor de voortzetting van de onderneming noodzakelijk acht, zoals dat in geval van een beslissing omtrent gestanddoening eveneens het geval is.[169] Ik vind dat een goede suggestie, waaraan naar mijn mening invulling zou kunnen worden gegeven door de beperking tot overeenkomsten benodigd voor de voortzetting van de onderneming te schrappen. Indien de wederpartij niet de mogelijkheid heeft de taxatie van de bewindvoerder op dit punt ter discussie te stellen, heeft het immers ook weinig zin dit vereiste te stellen. Ook onenigheid omtrent de vraag of al dan niet van een voortzetting van de onderneming sprake is, is in dat geval niet langer mogelijk.[170]

Suggestie (iii)

Indien de bewindvoerder een wederpartij op de voet van art. 3.4.2 lid 4 dwingt om een binnen één maand voor het verzoek tot insolventverklaring met het oog op de (naderende) insolventie geëindigde overeenkomst voor de duur van de afkoelingsperiode op gelijke voorwaarden voort te zetten, kan zich de situatie voordoen dat die wederpartij inmiddels met betrekking tot dezelfde prestatie met een derde heeft gecontracteerd en zij niet in staat is die prestatie tweemaal te verrichten, althans niet op korte termijn. Daarbij kan dan de vraag rijzen hoe de aanspraken van de bewindvoerder en die derde zich tot elkaar verhouden. Is de prestatie nog níet verricht op het moment dat de bewindvoerder een beroep doet op art. 3.4.2 lid 4, dan dient naar mijn mening te gelden dat de aanspraken van de derde steeds prevaleren, tenzij hij ervan op de hoogte was dat de overeenkomst tussen zijn wederpartij en de schuldenaar met het oog op diens insolventie was geëindigd. In dit laatste geval dient de vordering van de bewindvoerder voor te gaan. Heeft de wederpartij de betreffende prestatie inmiddels verricht, dan vist de bewindvoerder steeds achter het net en kan alleen een vordering uit onrechtmatige daad eventueel nog uitkomst bieden.[171] Het lijkt mij nuttig dat deze problematiek op enigerlei wijze in de Insolventiewet of in de toelichting daarop wordt geadresseerd.

---

169 Zie Van Hees & Slaski 2008, p. 299.

170 De vraag kan worden gesteld of dit vereiste eigenlijk wel zelfstandige betekenis heeft of louter wordt gesteld ter onderscheiding van overeenkomsten die strekken ter voorziening in de eerste levensbehoeften van de particuliere schuldenaar, waarvoor de doorleveringsplicht immers na afloop van de afkoelingsperiode doorloopt. Onder het huidige art. 37b Fw lijkt het vereiste dat het moet gaan om leveranties benodigd voor de voortzetting van de onderneming in ieder geval wél zelfstandige betekenis te hebben, aangezien in dit kader géén beperking in de duur van de doorleveringsplicht is aangebracht. Zie ook *Kamerstukken II*, 1999/2000, 27 244, A p. 12. Zie voorts de vraag van de vaste Commissie voor Justitie uit de Eerste Kamer omtrent de uitleg van het begrip "onderneming", *Kamerstukken I*, 2004/05, 27 244, B, p. 2, en het antwoord daarop van de minister, *Kamerstukken I*, 2004/05, 27 244, C, p. 2. Dit impliceert naar huidig recht dat de doorleveringsplicht níet geldt in gevallen waarin géén sprake is van een voortzetting van de onderneming, maar de curator niettemin gedurende enige tijd energie nodig heeft voor het behoud en/of de afwikkeling van de boedel; zie § 7.5.3.2. Met de schrapping van de beperking tot overeenkomsten benodigd voor de voortzetting in art. 3.4.2 voorontwerp Insolventiewet, zouden dus ook dergelijke gevallen door deze regeling worden bestreken. Mijns inziens bestaat daartegen geen bezwaar.

171 Zie nader omtrent deze problematiek Van Zanten 2008a, p. 68.

Suggestie (iv)
Het is niet geheel duidelijk wat de consequenties van de regeling van art. 3.4.2 zijn voor de mogelijkheden die de wederpartij eventueel ten dienste staan de overeenkomst door *opzegging* te doen eindigen. Ik doel daarbij niet op gevallen waarin wordt 'opgezegd' op grond van een contractuele bepaling die de bevoegdheid daartoe koppelt aan een tekortkoming of – meer gebruikelijk – aan de insolventie van de andere partij. Die gevallen worden mijns inziens bestreken door de regels van lid 3 en 4, waarin niet voor niets zal worden gesproken van *beëindiging* in plaats van *ontbinding.*[172] Waar het mij om gaat, is een reguliere opzegging met inachtneming van een redelijke termijn, hetgeen bij overeenkomsten voor onbepaalde tijd als regel mogelijk is en bij overeenkomsten voor bepaalde tijd indien het contract dit bepaalt.[173] Loesberg lijkt ervan uit te gaan dat de hier bedoelde mogelijkheid tot opzegging níet door de regeling van lid 3 wordt getroffen.[174] Is dat juist, dan zal de bewindvoerder vermoedelijk meer dan eens reeds vóór de afloop van de afkoelingsperiode worden geconfronteerd met het eindigen van een voor de voortzetting van de onderneming van belang zijnde overeenkomst, zo de wederpartij in kwestie al een opzegtermijn in acht neemt. Een onredelijke opzegging, dat wil zeggen met inachtneming van een te korte opzegtermijn, kan dan in voorkomende gevallen wellicht nog in kort geding worden geredresseerd, maar het zal de bewindvoerder in de beginfase van de procedure niet zelden ontbreken aan de daarvoor benodigde middelen en tijd.

Het openlaten van de mogelijkheid om een contract dat valt onder het toepassingsgebied van art. 3.4.2 door *opzegging* te doen eindigen, zou naar mijn mening in niet onbelangrijke mate afbreuk kunnen doen aan het met die bepaling nagestreefde doel om de bewindvoerder voor de duur van de afkoelingsperiode de gelegenheid te bieden om te onderzoeken of een doorstart tot de mogelijkheden behoort. Ik meen dan ook dat hieraan paal en perk dient te worden gesteld, bijvoorbeeld door uitdrukkelijk te bepalen dat overeenkomsten niet kunnen worden opgezegd zolang de afkoelingsperiode loopt, althans dat de opzegtermijn niet vóór het einde van de afkoelingsperiode kan aflopen.[175] De nadere inbreuk op de contractsvrijheid die hiermee gepaard gaat, is mijns inziens gerechtvaardigd. Waar de wederpartij de overeenkomst met de schuldenaar tot aan de insolventverklaring in stand heeft gelaten, kan van haar worden gevergd dat zij die overeenkomst tijdelijk continueert indien is gewaarborgd dat de door haar tijdens de procedure te verrichten prestaties worden betaald. Dit geldt temeer nu zij op grond van lid 6 steeds de mogelijkheid heeft de rechter-commissaris te vragen haar uit de doorleveringsplicht te ontslaan indien zij daardoor onevenredig wordt benadeeld. Zou de mogelijkheid tot opzegging niettemin worden gehandhaafd, dan lijkt mij wenselijk dat de bewindvoerder – in lijn met de voorstellen

172 Kennelijk anders: Loesberg 2008, p. 247.
173 Zie HR 28 oktober 2011, *LJN*: BQ9854 (*Gemeente/SNU en Stedin*) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 408.
174 Zie Loesberg 2008, p. 247.
175 Ook de voorstellen van de Commissie-Mijnssen gingen uit van een inperking van de bevoegdheid tot *opzegging*; zie het Rapport, p. 117. De Belgische WCO laat daarentegen de mogelijkheid van een reguliere opzegging met inachtneming van een redelijke termijn onaangetast; zie Dirix & Jansen 2010, p. 186.

van de MDW-werkgroep (tweede fase)[176] – voor het geval van een reguliere opzegging een snelle en informele rechtsgang wordt geboden, teneinde te voorkomen dat de doorleveringsplicht als gevolg van onredelijke opzeggingen wordt ondergraven.

Suggestie (v)
De gehele regeling van art. 3.4.2 gaat uit van de situatie dat de schuldenaar een op hem rustende verplichting *tot betaling van een geldsom* niet is nagekomen. De tegenovergestelde situatie – waarin het de schuldenaar is die contractueel gehouden is goederen ter beschikking te stellen of diensten te verlenen – wordt níet door de regeling bestreken. Ik vraag mij af of dit terecht is. Is het voor de continuïteit van de onderneming niet evenzeer van belang dat het afnameapparaat in stand wordt gehouden? Het feit dat de schuldenaar tot het verrichten van een andere prestatie dan de betaling van een geldsom gehouden is, roept onder omstandigheden wellicht extra onzekerheden in het leven, in het bijzonder omtrent de vraag of eventuele service-, onderhouds- en garantieverplichtingen wel kunnen worden nagekomen, maar dat is indien de bewindvoerder een dergelijk contract gestand doet niet anders. Belangrijker nog is dat 'uitwassen' steeds met een beroep op de rechter-commissaris kunnen worden tegengegaan (lid 6).

De beperking tot situaties waarin op de schuldenaar een verplichting tot betaling van een geldsom rust, is mijns inziens wél terecht voor zover daarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat in geval van de niet-nakoming van allerlei niet op geld waardeerbare contractuele (neven)verplichtingen, zoals bij een overeenkomst tot de levering van gas en elektriciteit de verplichting opgave te doen van het energieverbruik, de wederpartij níet in haar opschortings- en beëindigingsbevoegdheden wordt beperkt. Hetzelfde geldt onder de regeling van art. 37b Fw.[177]

Suggestie (vi)
Indien de wederpartij door de verplichte doorlevering onevenredig nadeel lijdt, lijkt de rechter-commissaris op grond van lid 6 alleen de mogelijkheid te hebben om het eerste, derde en vierde lid op verzoek van die wederpartij *geheel* buiten werking te stellen. Het gevolg daarvan is dat de onderneming dan verstoken blijft van leveranties die voor de voortzetting van belang zijn. Naar mijn mening zou de rechter-commissaris in dit verband meer manoeuvreerruimte moeten krijgen om in de omstandigheden van het geval tot een oplossing te komen die recht doet aan zowel de belangen van de wederpartij, als die van de boedel. Indien de wederpartij bijvoorbeeld kan aantonen dat de contractprijs voor de verschillende deelleveranties onder de marktprijs ligt en aannemelijk is dat zij daarmee slechts heeft ingestemd in het licht van de totale omzet die met de overeenkomst kon worden behaald, dan lijkt mij afdoende dat de rechter-commissaris bepaalt dat de bewindvoerder voor de door hem af te nemen leveranties niet de contractuele, maar een marktconforme tegenprestatie betaalt.[178]

176 Zie het Eindrapport, p. 41-42.
177 Zie § 7.5.2.1.
178 Zie ook Van Zanten 2009, p. 109-110.

Suggestie (vii)
Dat de bewindvoerder die niet instemt met opschorting of beëindiging verplicht is de door de wederpartij gedurende de afkoelingsperiode te verrichten prestaties onmiddellijk te voldoen of daarvoor zekerheid te stellen, ook indien een betalingstermijn is overeengekomen en het contract niet in een verplichting tot zekerheidstelling voorziet, wordt in de Toelichting als een vanzelfsprekendheid gepresenteerd, maar dat is het naar mijn mening niet.[179] Wellicht dat de commissie bij de mogelijkheid van onmiddellijke voldoening heeft gedacht aan de regeling van art. 6:40 sub a BW, waarin voor het huidige recht is bepaald dat een tijdsbepaling niet kan worden ingeroepen door een schuldenaar die in staat van faillissement is verklaard. Naar mijn mening ziet deze bepaling echter niet op boedelschulden, nog daargelaten dat zij in geval van de invoering van één unitaire insolventieprocedure, zoals met het voorontwerp Insolventiewet wordt beoogd, dient te worden geschrapt.[180] Indien tussen de schuldenaar en de wederpartij in kwestie een betalingstermijn is overeengekomen, dient deze naar mijn oordeel ook te gelden indien de wederpartij tijdelijk tot doorlevering wordt verplicht.

Voor wat betreft de verplichting tot het stellen van zekerheid is van belang dat in art. 3.4.1 lid 2 is bepaald dat indien de bewindvoerder een overeenkomst gestand doet, hij alleen tot zekerheidstelling gehouden is indien de rechter-commissaris dat op verzoek van de wederpartij bepaalt. Naar mijn mening bestaat geen goede reden van deze regel af te wijken indien de bewindvoerder de wederpartij tijdelijk op de voet van art. 3.4.2 aan het contract houdt. Ook in dat geval dient slechts plaats te zijn voor zekerheidstelling indien de rechter-commissaris dat op verzoek van de wederpartij bepaalt, zij het uiteraard alleen voor nakoming van de tijdens de afkoelingsperiode te verrichten leveranties.[181]

Suggestie (viii)
Met de beperking van de doorleveringsplicht tot de duur van de afkoelingsperiode wijkt de Commissie insolventierecht af van de regeling van art. 37b Fw en van de aanbeveling van de MDW-werkgroep om die regeling tot alle dwangcrediteuren uit te breiden.[182] Ook het Amerikaanse § 366 BC kent geen beperking in de tijd.[183] De keuze van de commissie hangt samen met het doel dat zij met de doorleveringsplicht – en in het algemeen met de afkoelingsperiode – voor ogen heeft: de bewindvoerder de gelegenheid bieden te *onderzoeken* of een doorstart tot de mogelijkheden behoort. Na ommekomst van de afkoelingsperiode moet de bewindvoerder volgens de commissie in staat zijn een keuze te maken tussen

179 Ook in de in § 7.4.1 besproken voorstellen van staatssecretaris Kosto werd gesteld dat ten aanzien van de hier bedoelde prestaties zekerheidstelling of contante betaling vereist was; zie *Kamerstukken II*, 1993/94, 23 400 VI, nr. 36, p. 3.
180 Zie § 3.3.3.3.
181 Mijns inziens gaat overigens het feit dat de bewindvoerder die op de voet van art. 3.4.1 lid 2 door de rechter-commissaris in het kader van een gestanddoening tot zekerheidstelling wordt verplicht, steeds zekerheid moet stellen voor de integrale nakoming van de overeenkomst, veel te ver. Zekerheidstelling zou in mijn ogen beperkt moeten blijven tot het risico dat de wederpartij in het concrete geval loopt om ter zake van ná de insolventverklaring verrichte prestaties met een onverhaalbare vordering op de boedel te worden afgescheept; zie nader § 4.6.2.9.
182 Zie § 7.4.2.
183 Zie § 7.3.2.

voortzetting en betaling van achterstallige vorderingen of het staken van de onderneming. In de praktijk zullen de tijdens deze periode geldende voorzieningen echter naar alle waarschijnlijkheid worden benut om een doorstart te *realiseren.* Het aflopen van de afkoelingsperiode zal dan vermoedelijk in het merendeel van de gevallen betekenen dat een doorstart definitief van de baan is, al was het maar omdat een bewindvoerder die tot op het laatste moment heeft geprobeerd een doorstart van de grond te krijgen, zich in de regel niet tevens op een voortzetting buiten de beschermde omgeving van de afkoelingsperiode zal hebben voorbereid. Met het verstrijken van de afkoelingsperiode zullen dan onvoldoende middelen aanwezig zijn om de bestaande achterstanden te kunnen inlopen en zal evenmin voldoende tijd bestaan om alternatieve leveranciers aan te zoeken en daarmee overeenstemming te bereiken, zo er voor alle leveranciers al een reëel alternatief voorhanden is. In gevallen waarin de onderneming door de bewindvoerder wordt gecontinueerd in afwachting van de totstandbrenging van een akkoord geldt *mutatis mutandis* hetzelfde. Hoewel voor de realisatie van een doorstart of een akkoord een periode van drie maanden in de regel wel voldoende zal zijn, is dat niet steeds het geval, zodat moet worden geconstateerd dat de beperking tot de afkoelingsperiode het 'reorganiserend vermogen' van de Insolventiewet in ieder geval niet ten goede komt. Daar komt bij dat de beperking van de doorleveringsplicht in de tijd een onwenselijke dynamiek in het onderhandelingsproces creëert, waarbij potentiële kopers de bewindvoerder in het zicht van het aflopen van de afkoelingsperiode kunnen dwingen met een lagere prijs genoegen te nemen, met schade voor de gezamenlijke schuldeisers tot gevolg.

De argumenten die de commissie aandraagt om de beperking tot de afkoelingsperiode te rechtvaardigen, zijn mijns inziens niet overtuigend. Het argument dat er na afloop van de afkoelingsperiode onvoldoende rechtvaardiging bestaat voor de met de doorleveringsplicht gepaard gaande inbreuk op de positie van de wederpartij, miskent mijns inziens dat die inbreuk in belangrijke mate onomkeerbaar is. Het feit dat met het aflopen van de afkoelingsperiode een reorganisatie in de regel van de baan is en de liquidatiefase een aanvang neemt, betekent dat de wederpartij de dwangpositie die zij aan het contract ontleende, reeds definitief is kwijtgeraakt. Maar ook in gevallen waarin dit anders zou zijn, valt naar mijn mening niet goed in te zien waarom een inbreuk die eerst nog met het oog op de continuïteit van de onderneming gerechtvaardigd was, dat na drie maanden ineens niet meer zou zijn.[184] Ook na drie maanden kan van de wederpartij worden gevergd dat zij de overeenkomst met de schuldenaar blijft uitvoeren, zolang de betaling van haar ten behoeve van de boedel te verrichten prestaties verzekerd is. Het argument dat de doorleveringsplicht op grond van overwegingen van eerlijke mededinging in de tijd dient te worden beperkt, heeft eveneens betrekkelijke waarde. Men realisere zich dat de onderneming op grond van art. 4.2.10 lid 1 drie jaar kan worden voortgezet en deze dus drie jaar kan deelnemen aan het

184 Dit klemt temeer indien men zich realiseert dat de commissie tegelijkertijd in art. 3.4.8 de mogelijkheid heeft geopend dat de rechter-commissaris overeenkomsten op verzoek van de schuldenaar met het oog op de voortzetting van de onderneming na afloop van de procedure kan *wijzigen* of *beëindigen.* De hiermee gepaard gaande inbreuk op de positie van de wederpartij is vele malen groter dan de oplegging van een doorleveringsplicht voor langere termijn.

economisch verkeer zonder dat de bewindvoerder kan worden genoodzaakt de overige schulden te voldoen. Is het dan vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt echt zo bezwaarlijk dat tevens een relatief beperkt aantal bij de onderneming betrokken contractpartijen wordt verplicht te presteren zonder dat eerst hun openstaande insolventievordering wordt betaald? Ik zou menen van niet.[185]

In het licht van het voorgaande meen ik dat de doorleveringsplicht voor langere duur moet kunnen worden opgelegd en wel zolang de bewindvoerder de onderneming voortzet.[186]

Suggestie (ix)

De regeling van art. 3.4.2 heeft alleen betrekking op de periode vóórdat een eventuele doorstart is gerealiseerd. Is eenmaal een potentiële koper gevonden, dan kunnen de voor de onderneming van belang zijnde contractpartijen alsnog de totstandkoming van de doorstart frustreren door te weigeren met de koper in zee te gaan of ten minste van hem te eisen dat hij eerst de openstaande schuld voldoet.[187] Het verdient naar mijn mening serieuze overweging ook op dit punt de machtspositie van de wederpartij te doorbreken, teneinde de mogelijkheden om een doorstart te realiseren te vergroten c.q. de doorstartende partij niet te belasten met de contractuele schuldenlast van vóór de insolventverklaring.[188]

Het huidige recht kent reeds een bescheiden regeling op dit punt. Indien een bedrijf wordt uitgeoefend vanuit zogeheten art. 7:290 BW-bedrijfsruimte kan de huurder in het kader van een bedrijfsoverdracht de rechter op grond van art. 7:307 BW verzoeken hem te machtigen de koper als huurder in zijn plaats te stellen, op voorwaarde dat hij bij de overdracht van het bedrijf een zwaarwichtig belang heeft. Daarnaast dient te zijn gewaarborgd dat de huurovereenkomst volledig door de nieuwe huurder wordt nagekomen en dat sprake zal zijn van een behoorlijke bedrijfsvoering. In art. 3.4.6 lid 2 van het voorontwerp Insolventiewet wordt buiten twijfel gesteld dat deze bevoegdheid tijdens de insolventieprocedure ook

185 Vgl. in het kader van de parlementaire behandeling van wetsvoorstel 27 244 en het daarin opgenomen art. 37b Fw het Advies van de Raad van State en het Nader Rapport, *Kamerstukken II*, 1999/2000, 27 244, A, p. 9 en 11.

186 Zie ook Van Zanten 2009, p. 107-108. In dezelfde zin: Verstijlen 2006a, p. 155. Anders: Van Andel 2008, p. 510, die de beperking tot de afkoelingsperiode onderschrijft, behalve voor wat betreft de mogelijkheid zich te beroepen op een beding dat de strekking heeft de overeenkomst wegens insolventie te doen eindigen. Van Andel wijst in dit kader op de regeling van art. 53 Fw en stelt geen principieel verschil te zien tussen een wederpartij die haar schuld aan de failliet verrekent met haar vordering op de failliet en een wederpartij die zich bedient van een opschortingsrecht teneinde haar vordering op de failliet voldaan te krijgen. Mijns inziens gaat deze parallel met art. 53 Fw echter mank. De functie van de regeling van art. 53 Fw is dat zij voorkomt dat de wederpartij zou kunnen worden gedwongen haar *schuld* aan de boedel te voldoen, terwijl zij op haar *vordering* slechts een percentage ontvangt en aldus door de werking van het faillissement dieper in het rood zou worden gedrukt; zie de MvT bij art. 53 Fw, Van der Feltz I, p. 462. Vgl. Faber 2005, p. 453. Bij het inroepen van het opschortingsrecht van art. 6:262 BW teneinde een faillissementsvordering betaald te krijgen, speelt dit in het geheel niet. De regeling van art. 53 Fw is in dit opzicht veeleer vergelijkbaar met de regeling van de onzekerheidsexceptie van art. 6:263 BW. Aan de mogelijkheid zich op art. 6:263 BW te beroepen wordt door een doorleveringsplicht evenwel geen afbreuk gedaan. Tevens anders: Zetteler & Vermaire 2012, p. 103-104.

187 Zie voor een voorbeeld Hof Arnhem 22 oktober 1985, *NJ* 1985, 537, waartegen De Liagre Böhl 1991, p. 184. Zie ook Kh. Charleroi 16 februari 2001, *T.B.H.* 2002, 69, waarin het geval aan de orde was dat telefoonmaatschappij Belgacom weigerde mee te werken aan een overname van de telefoonnummers van de schuldenaar zolang de doorstarter niet eerst de nog openstaande facturen zou hebben betaald. Zie voor een geval waarin juist de doorstartende partij weigerde met een contractsoverneming in te stemmen: Rb. Groningen 28 december 2011, *LJN*: BU9962.

188 Zie ook Verstijlen 2006a, p. 158-159; Van Zanten 2009, p. 108-109; Van Hees 2012, p. 16-17.

aan de bewindvoerder toekomt, zoals dat naar huidig recht tevens voor de curator geldt. Bovendien wordt zij in zekere mate verruimd, nu een indeplaatsstelling op grond van art. 3.4.6 lid 2 in beginsel ook mogelijk wordt geacht ten aanzien van een huurovereenkomst die binnen één maand vóór het verzoek tot insolventverklaring is geëindigd.[189] De bewindvoerder die een verzoek tot indeplaatsstelling wenst te doen, dient daartoe op grond van art. 3.4.6 lid 2 wel eerst de overeenkomst gestand te doen.

Tegen de regeling van art. 3.4.6 lid 2 jo art. 7:307 BW bestaat mijns inziens een aantal bezwaren, waarvan de belangrijkste zich richten tegen de verplichting tot gestanddoening en het vereiste dat de volledige nakoming van de overeenkomst door de voorgestelde huurder dient te worden gewaarborgd. Het resultaat hiervan is dat de *doorstarter* wordt belast met de schulden van vóór de insolventverklaring, terwijl de *boedel* met diezelfde schulden wordt belast indien het verzoek tot indeplaatsstelling wordt afgewezen. Naar mijn mening is afdoende dat wordt bepaald dat de voorgestelde huurder de volledige nakoming dient te garanderen voor de periode ná het moment waarop de indeplaatsstelling is geëffectueerd, terwijl de boedel voor de huur over de periode vanaf de insolventverklaring tot dat moment aansprakelijk is.

Met inachtneming van de hiervoor gemaakte kanttekeningen zou de regeling van art. 3.4.6 lid 2 naar mijn mening moeten worden doorgetrokken naar *alle* in art. 3.4.2 bedoelde partijen, waarbij ter besparing van tijd en kosten kan worden overwogen te bepalen dat niet de rechtbank, maar de rechter-commissaris omtrent een verzoek van de bewindvoerder tot indeplaatsstelling beslist. Door Verstijlen is er terecht op gewezen dat de met een dergelijke regeling gepaard gaande inbreuk op de positie van de wederpartij minder groot is dan deze op het eerste gezicht lijkt. Die wederpartij krijgt weliswaar formeel een nieuwe contractpartij opgedrongen, maar de *onderneming* die feitelijk het contract nakomt, blijft dezelfde.[190]

Naar Amerikaans recht heeft de *trustee* op grond van § 365(f) BC eveneens in het algemeen de bevoegdheid door de schuldenaar gesloten overeenkomsten over te dragen aan een derde, ook indien die overdracht op grond van het contract of het daarop toepasselijke recht niet is toegestaan. De *trustee* dient hiertoe wél eerst tot gestanddoening (*assumption*) over te gaan,[191] terwijl de nieuwe contractpartij *adequate assurance of future performance* moet verschaffen.[192] Wordt het contract ná de overdracht door de nieuwe contractpartij niet nagekomen, dan is de *trustee* noch de boedel daarvoor aansprakelijk.[193] De regeling van § 365(f) BC geldt niet alleen in de context van een overdracht van de onderneming, maar ook daarbuiten. Is de schuldenaar bijvoorbeeld als huurder partij bij een huurovereenkomst met een nog resterende looptijd van vijf jaar, waarbij de jaarlijkse huurprijs $ 5.000 onder de marktprijs ligt, dan ligt in het contract een waarde van $ 25.000 besloten die door de *trustee* door middel van een overdracht op de voet

189 Een uitzondering geldt echter indien de verhuurder inmiddels te goeder trouw een huurovereenkomst met een derde is aangegaan; zie daarover Van Zanten 2008a, p. 64-66.
190 Zie Verstijlen 2006a, p. 159.
191 Zie § 365(f)(2)(A) BC.
192 Zie § 365(f)(2)(B) BC.
193 Zie § 365(k) BC.

van § 365(f) BC kan worden gerealiseerd.[194] Mijns inziens gaat dit te ver, omdat de verhuurder in dit geval niet alleen een nieuwe contractpartij, maar ook een geheel nieuwe *onderneming* tegenover zich vindt. Bovendien wordt op deze wijze een waarde aan de boedel toegevoegd die zonder de regeling van § 365(f) BC – evenals in geval van een liquidatie buiten faillissement – aan de verhuurder zou zijn toegekomen. Niet valt in te zien wat voor een dergelijke vermogensverschuiving de rechtvaardiging is.[195]

Suggestie (x)
Uit de Toelichting kan worden opgemaakt dat de bevoegdheid van de wederpartij om de bewindvoerder te verzoeken zich op de voet van art. 3.4.1 omtrent gestanddoening uit te laten, ook tijdens de afkoelingsperiode kan worden uitgeoefend.[196] De gevolgen daarvan zijn echter strijdig met de doelstelling van de afkoelingsperiode om de bewindvoerder tijdelijk de gelegenheid te bieden te beschikken over de prestaties van de wederpartij zónder genoodzaakt te kunnen worden eerst haar openstaande vordering te voldoen. In geval van gestanddoening dient de openstaande schuld immers wél te worden voldaan, terwijl de bewindvoerder bij niet-gestanddoening het recht verliest de wederpartij tot nakoming aan te spreken. Het verdient aanbeveling dat uitdrukkelijk wordt bepaald dat een beroep op art. 3.4.1 voor de wederpartij niet openstaat zolang zij op grond van art. 3.4.2 tot doorlevering gehouden is.[197]

7.6.4 Géén doorfinancieringsplicht

Eén aspect van de regeling van art. 3.4.2 is tot dusver nog niet aan de orde gekomen. In lid 2 is bepaald dat het eerste lid niet geldt ten aanzien overeenkomsten tot het verstrekken van krediet. De Toelichting vermeldt hierover:

> 'Door de beperking van het tweede lid geldt de beperking van de bevoegdheid van de wederpartij om op te schorten of te beëindigen niet bij kredietovereenkomsten. In het voorontwerp is afgezien van een verplichting tot doorfinanciering tijdens de afkoelingsperiode. In de praktijk levert de financiering van een levensvatbare boedel doorgaans geen echte problemen op. Voorts zal de positie van de bewindvoerder door de regeling van artikel 3.4.2 reeds gemakkelijker zijn dan die van de curator thans.'[198]

Uit deze passage volgt in de eerste plaats dat de commissie niet alleen beoogt de regel van lid 1, maar tevens die van lid 3 en lid 4 uit te schakelen ingeval een

194 Dit voorbeeld is ontleend aan Jackson 1986, p. 115.
195 Dit tweede bezwaar wordt ook in de Verenigde Staten gehoord; zie Jackson 1986, p. 115-116.
196 Zie de Toelichting bij art. 3.4.3 lid 3, waarin de toepasselijkheid van de algemene regeling van art. 3.4.1 ten aanzien van arbeidscontracten waarbij de werkgever insolvent is verklaard, wordt uitgesloten. Blijkens de Toelichting is dit gedaan teneinde te voorkomen dat de werknemer om gestanddoening zou kunnen vragen, 'waartegen artikel 3.4.2 hem niet beschermt als hij tijdens de afkoelingsperiode de onderneming nog wil voortzetten en de werknemer daarvoor wenst in te zetten'; zie Kortmann & Faber 2007, p. 244.
197 Vgl. art. 3.4.3 lid 3. Zie ook Van Zanten 2008a, p. 63-64; Van Hees & Slaski 2008, p. 298.
198 Zie Kortmann & Faber 2007, p. 239.

kredietovereenkomst in het geding is. Het ligt in de rede dit expliciet in de regeling tot uitdrukking te brengen.[199]

In de tweede plaats moet worden geconstateerd dat de argumenten die door de commissie worden aangevoerd om kredietverschaffers geen doorfinancieringsplicht op te leggen, weinig overtuigend zijn. Dat de financiering van levensvatbare boedels 'doorgaans geen echte problemen op[levert]', is geen reden ervan af te zien de wél bestaande problemen door middel van regelgeving weg te nemen, even daargelaten of die problemen in de praktijk inderdaad zo gering zijn als de commissie ze voorspiegelt.[200] Bovendien is van belang dat niet steeds onmiddellijk duidelijk zal zijn of van een levensvatbare boedel sprake is.[201] Ook de verwachting dat de positie van de bewindvoerder door de regeling van art. 3.4.2 reeds gemakkelijker zal zijn dan de positie van de curator thans, is geen reden om niet tevens kredietverschaffers enige tijd te verplichten hun contractuele verplichtingen te blijven nakomen.[202]

Bovendien wordt aldus miskend dat leveranciers voor ná de insolventverklaring verrichte prestaties zullen moeten worden betaald en wel – aldus de Toelichting – bij wege van 'boter bij de vis'.[203] Zonder voortzetting van de kredietfaciliteit is dat in de regel niet goed mogelijk. Weliswaar wordt in de Toelichting opgemerkt dat de bewindvoerder voor de betaling van ná de insolventverklaring ontvangen prestaties ook zekerheid kan stellen, maar het vestigen van zekerheidsrechten ten behoeve van alle voor de voortzetting van de onderneming van belang zijnde leveranciers is in mijn optiek onnodig kostbaar en inefficiënt. Is bijvoorbeeld sprake van een onroerende zaak waarin een zekere overwaarde zit, dan ligt meer voor de hand dat die overwaarde aan de huisbankier in zekerheid wordt gegeven en met de daarmee te verkrijgen liquiditeiten de leveranciers worden betaald, dan dat ten behoeve van al die leveranciers een veelheid aan hypotheekrechten wordt gevestigd. Ook indien het bijvoorbeeld gaat om het vestigen van een pandrecht op nog te realiseren opbrengsten, ligt in de rede dat die opbrengsten door middel van één akte aan de bank worden verpand.

De vraag of de keuze van de Commissie-Kortmann om overeenkomsten tot het verstrekken van krediet van de regeling van art. 3.4.2 uit te sluiten terecht is, komt aan de orde in de volgende paragraaf.

7.7 Een doorfinancieringsplicht gewenst?

Voor de voortzetting van de door de schuldenaar gedreven onderneming na de opening van een insolventieprocedure is de aanwezigheid van voldoende liquide

199 De wijze waarop de regeling van art. 3.4.2 lid 2 thans is geredigeerd, schept verwarring. Zo gaat bijvoorbeeld Loesberg 2008, p. 247, er op basis van de tekst van art. 3.4.2 lid 2 vanuit dat de regels van lid 3 en lid 4 wél op kredietovereenkomsten van toepassing zijn.

200 Zie § 7.8.1.

201 In dezelfde zin: Loesberg 2008, p. 252.

202 Zou dit laatste argument bovendien niet evenzogoed kunnen worden omgedraaid en kunnen dienen ter onderbouwing van de – fictieve – stelling dat is afgezien van de opname van een doorleveringsplicht voor leveranciers van goederen of diensten, omdat de positie van de bewindvoerder door de oplegging van een doorfinancieringsplicht toch reeds gemakkelijker is dan die van de curator thans?

203 Zie Kortmann & Faber 2007, p. 239.

middelen onontbeerlijk. Weliswaar wordt de verplichting tot betaling van bestaande schulden geschorst,[204] maar de lopende verplichtingen dienen vanzelfsprekend te worden voldaan. In dit kader ontstaat in de regel zelfs extra liquiditeitskrapte, onder meer doordat leveranciers van goederen of diensten niet langer bereid zijn leverancierskrediet te verschaffen, maar nog slechts genoegen nemen met betaling vooraf.[205] Het ligt dan ook in de rede dat in moderne insolventiewetgeving die mede beoogt de voortzetting van de onderneming in zekere mate faciliteren, tevens aandacht wordt besteed aan de vraag hoe de bedrijfsvoering in de periode na de opening van de procedure kan worden gefinancierd.[206] In de woorden van de *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law*:

> 'Where an insolvency law promotes the use of insolvency proceedings that permit the insolvent business to continue trading, whether reorganization or sale of the business in liquidation as a going concern, it is essential that the issue of new funding is addressed […].'[207]

In dit licht is het feit dat in het voorontwerp Insolventiewet kredietovereenkomsten van de in art. 3.4.2 neergelegde doorleveringsplicht worden uitgesloten en ook overigens niet wordt voorzien in een regeling voor de financiering van de onderneming tijdens de insolventieprocedure enigszins verbazingwekkend. Dit geldt temeer indien men zich realiseert dat het behoud van de door de schuldenaar gedreven onderneming door de Commissie-Kortmann zelfs tot doelstelling van de insolventieprocedure is verheven.[208] Weliswaar zijn door haar diverse wijzigingen voorgesteld die beogen de liquiditeitspositie van de bewindvoerder in zekere mate te verbeteren, zoals de doorleveringsplicht voor leveranciers van goederen of diensten en de verruimde mogelijkheden om verplicht verrichte rechtshandelingen aan te tasten,[209] maar zeker in de cruciale beginfase van de procedure is de aanwezigheid van een kredietfaciliteit veelal een absolute noodzaak om de hiervoor gesignaleerde liquiditeitskrapte het hoofd te bieden. De reactie van de Nederlandse Vereniging van Banken op het voorontwerp Insolventiewet is in dit verband veelzeggend:

> 'Noch uit het Voorontwerp, noch uit de toelichting op het Voorontwerp blijkt van het besef dat voor een voortzetting van de onderneming ook reeds op de eerste dag van de insolventverklaring geld nodig is.'[210]

Het belang van een wettelijke regeling voor de financiering van de onderneming tijdens de insolventieprocedure werd wél uitdrukkelijk onderkend door de

204 Onder de huidige regeling van de surseance van betaling geldt dit alleen voor de *concurrente* schulden; zie de artikelen 230, 232 en 233 Fw.
205 Zie voor meer oorzaken van het 'gat' dat het uitspreken van de surseance – voor faillissement geldt hetzelfde – in de praktijk slaat in de financiering van de onderneming: Leuftink 1995, p. 150-151.
206 Vos 2009, p. 267, meent zelfs dat '[e]lke vorm van wijziging van de Faillissementswet strekkend tot behoud van een onderneming geen effect [zal] sorteren zolang niet is voorzien in het veiligstellen van de voortzetting van de bancaire kredietverlening en in toelevering van zaken nodig voor het productieproces.'
207 *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law*, p. 114, te raadplegen via www.uncitral.org.
208 Zie art. 1.1.2 voorontwerp Insolventiewet.
209 Zie respectievelijk art. 3.4.2 en art. 3.2.5 voorontwerp Insolventiewet.
210 Zie p. 13. De reactie van de NVB is te raadplegen via www.rijksoverheid.nl.

Commissie-Mijnssen. In haar eind 1989 uitgebrachte rapport stelde zij voor de aan de onderneming verbonden financier(s) gedurende een periode van maximaal zes maanden een verplichting tot doorfinanciering op te leggen. De commissie beoogde die verplichte doorfinanciering te realiseren door de invoering van een verbod tot uitwinning van de zekerheden en een verplichting de kredietovereenkomst te blijven nakomen. De voorgestelde regeling dat vóór de aanvang van de surseance gesloten duurovereenkomsten tijdelijk moeten worden gecontinueerd, volstond in dit kader volgens de commissie evenwel niet; een verdergaande regeling was naar haar oordeel vereist.[211] Zo werd voorgesteld om te voorzien in de mogelijkheid om een opzegging, beëindiging of verlaging van de kredietlimiet die heeft plaatsgehad binnen 14 dagen vóór de aanvrage van de procedure, terug te draaien.[212] Voor het geval dat in een tijdvak van zes maanden vóór ingang van het 'moratorium' bestendig krediet zou zijn verstrekt boven de in het contract opgenomen kredietlimiet, diende volgens de commissie gedurende het moratorium als kredietlimiet de gemiddelde limiet in het bedoelde tijdvak te worden aangehouden.[213]

Op de voorstellen van de Commissie-Mijnssen is veel kritiek geleverd,[214] in het bijzonder van de zijde van de banken. Illustratief is de aan het rapport gehechte 'Minderheidsnota' van het lid van de commissie B.H. Croon, destijds hoofd Afdeling Juridische Zaken Binnenland van de Amro-bank, waarin hij nadrukkelijk afstand neemt van de voorgestelde regeling met betrekking tot de verplichte doorfinanciering na datum surseance.[215] De voorstellen hebben het nooit tot een wetsvoorstel gebracht, omdat zij blijkens een brief van staatssecretaris Kosto uit 1994 ook naar het oordeel van de regering te ver gingen.[216]

Ondanks de afwijzing van de door de Commissie-Mijnssen gedane voorstellen gaf de brief van de Staatssecretaris er blijk van dat ook aan regeringszijde het besef bestond dat voor het behoud van ondernemingen tijdens faillissement in de regel van essentieel belang is dat de financiering in ieder geval tijdelijk is gewaarborgd. In dit kader werd voorgesteld dat een regeling zou worden geïntroduceerd op grond waarvan de rechtbank zou kunnen bepalen dat financiers voor een periode van 14 dagen – met de mogelijkheid van verlenging tot één maand in uitzonderingsgevallen – zouden worden verplicht de 'ingezette kredietlijnen' te handhaven. Hierbij moest worden uitgegaan van 'de actuele kredietstand op het tijdstip van de verlening van de voorlopige surseance'. De doorfinancieringsplicht zou alleen kunnen worden opgelegd indien van de zijde van de schuldenaar aannemelijk zou worden gemaakt dat 'de verhouding tussen de kredietstand op het tijdstip van de verlening van de voorlopige surseance en de daar tegenover staande zekerheden niet al te zeer [zou] wijzig[en]'. Een opzegging of eenzijdige beëindiging door de financier verricht binnen een korte periode vóór het van kracht worden van de doorfinancieringsplicht zou door de bewindvoerder

211 Zie het rapport van de Commissie-Mijnssen, p. 125.
212 Zie het rapport, p. 131-132.
213 Zie het rapport, p. 132-133.
214 Zie voor een algehele bespreking van het rapport van de Commissie-Mijnssen: Meeter 1990, p. 1-28.
215 Zie bijlage 3 bij het rapport, p. 290-302, waarover Meeter 1990, p. 9-12.
216 Zie *Kamerstukken II*, 1993/94, 23 400 VI, nr. 36, p. 2.

kunnen worden genegeerd. Hiernaast werd voorgesteld om de voorlopige verlening van de surseance gepaard te doen gaan met het van rechtswege instellen van een uitwinningsverbod voor een periode van één maand, met de mogelijkheid van verlenging met maximaal één maand.[217] Ook deze rigoureus afgezwakte variant van de door de Commissie-Mijnssen voorgestelde doorfinancieringsplicht is vanuit bancaire kringen afgewezen.[218] De plannen van de staatssecretaris hebben het evenmin tot een wetsvoorstel gebracht.

De MDW-werkgroep Modernisering Faillissementswet (tweede fase) deed in dit kader in haar eindrapport in 2001 een nog verder uitgekleed voorstel, dat niet veel meer behelsde dan de toepassing van de in de jurisprudentie ontwikkelde criteria voor de opzegging van kredietovereenkomsten, door de rechtbank die over de toepassing van de surseance heeft te oordelen of in een later stadium door de rechter-commissaris. Het ontwikkelen van nieuwe en zelfstandige wettelijke criteria voor het doen voortbestaan of toekennen van kredieten na verlening van surseance van betaling moest volgens de werkgroep worden ontraden, 'niet slechts omdat die per definitie zeer gecompliceerd van aard zijn, maar niet minder omdat het opleggen van een zelfstandige doorfinancieringsverplichting een te sterke inbreuk zou maken op de algemene beginselen van burgerlijk recht'.[219]

Dit laatste is een bezwaar dat ook vanuit bancaire hoek steevast tegen de introductie van enigerlei vorm van verplichte doorfinanciering wordt aangevoerd. Meer concreet wordt in de regel gesteld dat dit een te vergaande inbreuk op de contractsvrijheid zou impliceren.[220] De waarde van dit argument is vanzelfsprekend afhankelijk van de mate waarop in de positie van de financier wordt ingegrepen. Naar mijn mening is van een onaanvaardbare inbreuk op de contractsvrijheid géén sprake indien (i) de doorfinancieringsplicht wordt begrensd door de in het contract opgenomen marges, (ii) de voldoening van de tegenprestatie voor ná de opening van de procedure opgenomen bedragen is gewaarborgd en (iii) de terugbetaling van die bedragen zélf is verzekerd. Van een financier die het krediet tot aan de opening van de insolventieprocedure in stand heeft gelaten of kort daarvoor vanwege de naderende insolventie van de kredietnemer heeft opgezegd,[221] kan naar mijn mening worden gevergd dat hij de kredietfaciliteit tijdelijk handhaaft respectievelijk in ere herstelt, indien de continuïteit van de onderneming daardoor wordt bevorderd en zijn eigen positie níet wordt ondergraven. Indien bijvoorbeeld sprake is van een kredietlimiet van € 100.000 waarvan op datum faillissement een bedrag van € 80.000 is opgenomen, kan mijns inziens van de bank worden gevraagd ook de opname van de laatste € 20.000 te honoreren,

---

217 De mogelijkheid tot de afkondiging van een tijdelijk uitwinningsverbod bestond overigens sinds 1 januari 1992 reeds in de vorm van de afkoelingsperiode, maar de afkondiging daarvan is facultatief; zie art. 63a/241a Fw.

218 Zie bijvoorbeeld Verdaas 1999, p. 182-185. Zie verder in reactie op deze plannen: Van Mierlo 1994, p. 513-515; Grimme 1995, p. 9-11; Vriesendorp 1996, p. 25-26; Meeter 1996, p. 85-86; Kortmann e.a. 1998, p. 1326-1327; Winter 1998, p. 97-99; Verstijlen 1998a, p. 1679-1681; Bakkerus 2000, p. 136-142.

219 Zie het rapport, p. 41-42.

220 Zie bijvoorbeeld de 'Minderheidsnota' bij het rapport van de Commissie-Mijnssen, p. 296-297; Verdaas 1999, p. 184-185.

221 Men realisere zich dat banken in de regel niet (direct) formeel overgaan tot *beëindiging* van de kredietovereenkomst, maar louter tot *opzegging* van het *krediet.* Feitelijk is de situatie evenwel vergelijkbaar met die waarin het contract wordt beëindigd, omdat de kredietopzegging impliceert dat (i) niet meer onder het krediet kan worden getrokken en (ii) het opgenomen krediet – veelal per direct – dient te worden terugbetaald.

indien is gewaarborgd dat die € 20.000 inclusief de daarover verschuldigde rente en eventueel daaraan toe te rekenen provisie wordt terugbetaald. De vordering van de financier ter zake van rente en provisie zou dan bijvoorbeeld periodiek bij wege van boedelschuld moeten worden voldaan.

Een ander argument dat van de zijde van de banken in de regel tegen de invoering van een doorfinancieringsplicht wordt aangevoerd, is dat dit tot een terughoudender kredietbeleid zal leiden, omdat zij een dergelijke plicht als een extra risicofactor in hun afwegingen zullen meenemen.[222] Wat daarvan zij, indien de regeling zo wordt opgetuigd dat de bank daardoor níet in een slechtere positie kan geraken, is van additionele risico's geen sprake en bestaat – dunkt mij – evenmin aanleiding om het kredietbeleid te herzien. Ook wordt wel gesteld dat een procedure in kort geding de curator afdoende of zelfs betere mogelijkheden zou bieden om een abrupte beëindiging van de kredietovereenkomst aan te vechten en zo een overbrugging te realiseren totdat nieuwe financieringsbronnen zijn aangeboord.[223] Het probleem is echter dat het de curator in de beginfase van het faillissement niet zelden ontbreekt aan de voor het voeren van een dergelijke procedure benodigde middelen en tijd, terwijl het vinden van alternatieve financieringsbronnen in faillissement bovendien vaak een illusie is.

In § 7.6.4 kwam reeds aan de orde dat er in het voorontwerp Insolventiewet voor is gekozen om overeenkomsten tot het verstrekken van krediet van de doorleveringsplicht uit te sluiten. De Adviescommissie Insolventierecht van de Nederlandse Orde van Advocaten heeft in haar commentaar naar aanleiding van de verschijning van het voorontwerp Insolventiewet gesteld deze keuze begrijpelijk te vinden. Zij overweegt daartoe dat er een wezenlijk verschil bestaat tussen de positie van leveranciers en financiers, nu de eerstgenoemden de mogelijkheid hebben vooruitbetaling van de door hen ten behoeve van de boedel te verrichten prestaties te verlangen, terwijl dit in het kader van kredietverlening uit de aard der zaak niet aan de orde is. Voorts wijst zij erop dat het bij kredietverlening gaat om een terugbetalingsverplichting na enige tijd en het juist in de beginfase van de procedure vaak buitengewoon lastig te voorspellen is hoe de financiële situatie van de boedel zich zal ontwikkelen. Ook het stellen van zekerheid biedt volgens de commissie veelal geen soelaas omdat er geen zekerheden beschikbaar zijn of de executiewaarde van de wel aanwezige zekerheden hoogst onzeker is.[224]

Ik ben niet overtuigd. Zolang niet is gewaarborgd dat de na de opening van de procedure opgenomen bedragen én de daarover verschuldigde rente kunnen worden (terug)betaald, kan vanzelfsprekend niet van de financier worden gevergd dat hij de kredietverlening continueert. Dat is echter géén argument om geen doorfinancieringsplicht op te leggen in gevallen waarin de bedoelde waarborg wél kan worden verschaft. Voor de voorkeursbehandeling die de banken in het voorontwerp Insolventiewet genieten ten opzichte van de leveranciers van goederen of diensten

222 Zie bijvoorbeeld de 'Minderheidsnota' bij het rapport van de Commissie-Mijnssen, p. 299; Verdaas 1999, p. 185.

223 In deze zin bijvoorbeeld Verdaas 1999, p. 185. Vgl. het Eindrapport van de MDW-werkgroep (tweede fase), p. 41-42.

224 Zie het Commentaar van de Adviescommissie Insolventierecht van de Nederlandse Orde van Advocaten, p. 27-28, dat is op te vragen via de Nederlandse Orde van Advocaten (www.advocatenorde.nl).

bestaat mijns inziens onvoldoende grond.[225] Ook in de recentelijk in België van kracht geworden Wet Continuïteit Ondernemingen is geen uitzonderingspositie voor kredietverschaffers gecreëerd. De in art. 35 § 1 WCO opgenomen regel dat de aanvraag of opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie geen einde maakt aan de lopende overeenkomsten '[n]iettegenstaande enige andersluidende contractuele bepaling', geldt ook ten aanzien van overeenkomsten tot het verstrekken van krediet.[226] Een beroep op het *intuitu personae*-karakter van dit type overeenkomst biedt de bank in een voorkomend geval evenmin soelaas, omdat niet kan worden gesteld dat door de aanvraag of de opening van de procedure tot gerechtelijke reorganisatie de vertrouwensrelatie is geschokt.[227] Een reguliere opzegging van een kredietovereenkomst voor onbepaalde tijd, dat wil zeggen met inachtneming van een redelijke opzegtermijn, wordt wél mogelijk geacht.[228]

Het voorgaande neemt evenwel niet weg dat de door de Adviescommissie Insolventierecht van de Orde van Advocaten aangevoerde omstandigheden in veel gevallen zullen meebrengen dat de terugbetaling van de na de opening van de procedure opgenomen bedragen én de voldoening van de daarvoor verschuldigde tegenprestatie niet is gewaarborgd, zodat het gerechtvaardigd is dat de financier de kredietkraan dichtdraait. Indien daarbij voorts wordt bedacht dat veel kredieten ten tijde van de opening van de insolventieprocedure al zullen zijn 'volgelopen', al dan niet na eerst te zijn beperkt, of zelfs zijn overschreden, dan moet worden geconstateerd dat van een doorfinancieringsplicht in de praktijk niet bijzonder veel heil behoeft te worden verwacht. Voeg daarbij de weerstand die traditioneel bij de banken tegen een doorfinancieringsplicht bestaat – en die vermoedelijk de oorzaak is van het feit dat de voorstellen op dit terrein in de loop der jaren steeds verder zijn afgezwakt en in de voorstellen van de Commissie-Kortmann zelfs helemaal geen plaats meer is ingeruimd voor enigerlei plicht tot doorfinanciering – en de vraag dringt zich op of er geen alternatieve methoden zijn om de financiering van de boedel in zekere mate te waarborgen.

225 In de literatuur wordt de in het voorontwerp Insolventiewet gemaakte keuze om kredietverschaffers van de doorleveringsplicht vrij te stellen tot dusver vrij algemeen verworpen. Zie Verstijlen 2006a, p. 154; Van Zanten 2008a, p. 63; Van Andel 2008, p. 511; Van Hees & Slaski 2008, p. 296. Vgl. Loesberg 2008, p. 252. Reacties hierop vanuit bancaire hoek ontbreken voor zover mij bekend, maar het lijkt niet gewaagd te veronderstellen dat deze keuze daar met instemming is ontvangen. Overigens zou voor de invoering van een doorfinancieringsverplichting het enkele schrappen van de regeling van art. 3.4.2 lid 2 niet volstaan. Hiertoe zouden diverse additionele voorzieningen moeten worden getroffen, zoals een bepaling die bedingen van onmiddellijke opeisbaarheid en de regeling van art. 6:40 sub a BW buiten werking stelt, een regeling die ziet op de waardering van de zekerheden en een regeling met betrekking tot de mogelijkheid om de omvang van het krediet in het zicht van of tijdens de procedure te beperken.

226 Zie Tison 2009, p. 267; Dirix & Jansen 2010, p. 187.

227 Zie Dirix & Jansen 2010, p. 187. Zie over overeenkomsten met een *intuitu personae*-karakter nader § 4.8.1.

228 Zie Tison 2009, p. 268; Dirix & Jansen 2010, p. 187.

7.8 Enige gedachten over een wettelijke regeling van het boedelkrediet

7.8.1 De praktijk

Indien gedurende surseance of faillissement aan de boedel een kredietfaciliteit ter beschikking wordt gesteld, wordt in de regel gesproken van een 'boedelkrediet'. Boedelkredieten worden soms verschaft door (grote) schuldeisers, niet zijnde de bank, die bij een voortzetting van de onderneming op enigerlei wijze zijn gebaat,[229] of door potentiële kopers van de onderneming of een deel daarvan. In de regel is het evenwel de huisbankier die de faciliteit verstrekt.[230] In dit kader zijn diverse modaliteiten denkbaar. Indien sprake is van een surseance van betaling waarbij een realistisch perspectief op continuïteit bestaat en de bank ruim voldoende zekerheidsdekking heeft, is mogelijk dat het bestaande rekening-courantkrediet wordt overgeheveld naar de boedel,[231] of een nieuw krediet wordt aangegaan waarmee de oude schuld integraal wordt afgelost, waarna de vrijgevallen zekerheden voor de nieuwe schuld worden verbonden. Beschikt de bank níet over voldoende zekerheidsdekking, dan is mogelijk dat een boedelkrediet ter beschikking wordt gesteld waarmee ten belope van de geschatte opbrengst van de bestaande zekerheden de oude schuld ten dele wordt afgelost en de vrijgevallen zekerheden gaan dienen ter securering van het boedelkrediet.[232] Naar ik begrijp, is het meest gebruikelijke scenario evenwel – zeker in faillissement – dat de bank nieuw krediet verstrekt of de bestaande faciliteit weer openzet, terwijl de oude schuld en de daarvoor gestelde zekerheden in beginsel ongemoeid worden gelaten. De periode vanaf de opening van de procedure wordt dan separaat geadministreerd.[233] In de regel worden in dit kader nieuwe zekerheidsrechten gevestigd of toegezegd, zoals pandrechten op de naar verwachting te realiseren opbrengsten.[234] Is echter sprake van een in omvang en tijd (zeer) beperkt boedelkrediet, dan wordt kennelijk ook wel volstaan met een schriftelijke toezegging van de bewindvoerder of de curator dat die opbrengsten in de eerste plaats zullen worden aangewend ter aflossing van het boedelkrediet.

In § 7.6.4 kwam aan de orde dat het niet opnemen van een doorfinancieringsplicht in het voorontwerp Insolventiewet door de Commissie-Kortmann wordt gemotiveerd met de stelling dat de financiering van levensvatbare boedels in de praktijk doorgaans geen echte problemen zou opleveren. Toch klinken er uit de praktijk ook andere geluiden door. Zo heeft Van Andel erop gewezen dat financiers in de regel slechts dan bereid blijken te zijn een boedelkrediet te verschaffen indien sprake is van een onderdekking.[235] Het extra krediet kan dan dienen om de onderneming tijdelijk draaiende te houden opdat een overdracht *going concern*

229 Vgl. Van Apeldoorn 2011, p. 9.
230 Zie De Liagre Böhl 1991, p. 239; Timmermans 2011, p. 65.
231 Het contract wordt dan in feite door de schuldenaar en de bewindvoerder gestand gedaan.
232 Zie over deze verschillende varianten Langman 1984, p. 10.
233 Zie ook Leuftink 1995, p. 155.
234 Zie De Liagre Böhl 1991, p. 239; Timmermans 2011, p. 69-70.
235 Zie Van Andel 2008, p. 511. Zie ook Timmermans 2011, p. 66.

kan worden gerealiseerd, maar ook om slechts één of enkele lopende projecten af te maken of meer algemeen om een gedoseerde liquidatie van de activa mogelijk te maken, in alle gevallen met in potentie hogere opbrengsten voor de financier tot gevolg.[236] Is de dekking echter (ruim) voldoende, dan bestaat voor de bank veelal geen aanleiding nadere financiering te verschaffen. Los daarvan zullen (ook) banken zich niet altijd uitsluitend door rationele argumenten laten leiden, maar speelt soms ook de wijze waarop de kredietnemer zich in de periode voorafgaand aan de procedure heeft opgesteld een rol,[237] ook al is het management van de onderneming inmiddels op een zijspoor beland. Dit kan er in voorkomende gevallen toe leiden dat de bank ervoor kiest haar verlies te nemen, terwijl enigerlei vorm van doorfinanciering naar verwachting per saldo meer zou opleveren.[238] De financiering van een levensvatbare boedel lijkt dus wel degelijk problematisch te kunnen zijn.[239] Daar komt bij dat – zoals in § 7.6.4 reeds werd geconstateerd – lang niet altijd direct duidelijk zal zijn of van een levensvatbare boedel sprake is. Zonder tijdelijke financiering moeten de activiteiten dan onmiddellijk worden gestaakt, waarmee een overdracht van de onderneming, althans de levensvatbare delen daarvan, op voorhand wordt gefrustreerd.

De onmogelijkheid om een boedelkrediet te arrangeren in gevallen waarin dit vanuit neutraal oogpunt wel wenselijk én verantwoord is, heeft tot gevolg dat onnodig waarde voor de schuldeisers en in voorkomende gevallen bovendien ondernemingsactiviteit en daarmee samenhangende werkgelegenheid verloren gaat. Is de bank wél bereid een boedelkrediet te verschaffen, dan beschikt zij in de regel over een ijzersterke onderhandelingspositie, welke positie haar niet zelden in staat stelt aan de verstrekking van het krediet allerlei additionele voorwaarden te verbinden, zoals de gedeeltelijke aflossing van de oude schuld of de toezegging van de zijde van de boedel dat de bestaande zekerheden niet ter discussie worden gesteld.[240]

Dit alles roept de vraag op of het niet wenselijk en mogelijk is een wettelijke regeling te creëren die de mogelijkheden om een boedelkrediet te verkrijgen, vergroot.

7.8.2 Amerikaans recht; DIP-financing

Het Amerikaanse recht kan in dit verband tot inspiratie dienen. Van een verplichting tot doorfinanciering wil de Amerikaanse wetgever niet weten. In § 365(c)(2) BC is bepaald dat de *trustee* niet de bevoegdheid heeft een overeenkomst gestand te doen of over te dragen indien 'such contract is a contract to make a loan, or extend other debt financing or financial accomodations, to or for the benefit of the debtor, or to issue a security of the debtor', terwijl ook de regeling

236 Zie ook Timmermans 2011, p. 66.
237 Vgl. Timmermans 2011, p. 65-66.
238 Vgl. Van Andel 2008, p. 511. Van Eeghen 1996, p. 94, wijst nog op de mogelijkheid dat de bank niet bereid is een doorstart te financieren, omdat zij een andere cliënt, die in dezelfde branche opereert, in leven wil houden.
239 Zie ook Langman 1984, p. 10-11: 'Het is bepaald niet zo dat bankiers staan te trappelen, om aan boedels krediet te verlenen.' Vgl. Mooij e.a. 2012, p. 294.
240 Zie Leuftink 1995, p. 153-155; Timmermans 2011, p. 70; Mooij e.a. 2012, p. 292-293. Vgl. De Liagre Böhl 1991, p. 239.

die *ipso facto*-clausules doorkruist, voor de hier bedoelde categorie overeenkomsten niet geldt.[241] De *trustee* die niet over voldoende liquiditeiten beschikt,[242] is aangewezen op de regeling van § 364 BC, waarin hem vergaande mogelijkheden worden geboden om een boedelkrediet te arrangeren. Indien op de voet van § 364 BC financiering wordt verschaft, wordt in de regel gesproken van *'DIP-financing'*.[243] De regeling van § 364 BC komt in de kern op het volgende neer.

De *trustee* die bevoegd is om de onderneming te continueren, heeft op grond van § 364(a) BC de bevoegdheid om 'in the ordinary course of business' een ongesecureerd boedelkrediet aan te trekken en de daaruit voortvloeiende aanspraken van de kredietgever als concurrente boedelschuld te behandelen.[244] De wet zwijgt over de vraag wanneer een boedelkrediet 'in the ordinary course of business' wordt aangegaan. Het antwoord is aan de rechter, die zich in dit kader in de regel de vraag stelt of de betreffende transactie redelijk is vanuit het oogpunt van de andere *crediteuren* én de andere *debiteuren* in de bedrijfstak.[245] Indien de door de *trustee* beoogde transactie níet voldoet aan deze criteria en het krediet dus niet 'in the ordinary course of business' wordt aangegaan, dient de rechtbank daarvoor op grond van § 364(b) BC toestemming te verlenen. Belanghebbenden, zoals bijvoorbeeld de crediteurencommissie, dienen daarbij te worden opgeroepen en desgewenst de gelegenheid te krijgen om te worden gehoord.[246] In de praktijk wordt deze weg kennelijk nogal eens bewandeld om discussies achteraf omtrent de vraag of de transactie al dan niet 'in the ordinary course of business' is aangegaan, te vermijden.[247] Ook een via § 364(b) BC tot stand gekomen kredietfaciliteit constitueert een boedelschuld zonder preferentie.[248]

Ingeval de *trustee* in staat is aan te tonen dat het niet mogelijk is om een boedelkrediet te verkrijgen indien de daaruit te ontstane schuld als een 'gewone' boedelschuld wordt behandeld,[249] kan de rechtbank op diens verzoek en nadat alle belanghebbenden zijn opgeroepen en eventueel gehoord, op grond van § 364(c) BC bepalen: (1) dat de schuld tijdens de procedure als een boedelschuld met hoge voorrang mag worden behandeld, (2) dat ten behoeve van de financier een

241 Zie § 365(e)(2)(B) BC.

242 Ingevolge § 363 BC mogen ook liquiditeiten die in zekerheid zijn gegeven (*cash collateral*) worden benut indien aan bepaalde strikte voorwaarden is voldaan. Van belang is met name de voorwaarde dat de betreffende schuldeiser op diens verzoek 'adequate protection' wordt verschaft; zie § 363(e) BC.

243 De reden daarvoor is dat financiering via de weg van § 364 BC in de regel plaatsvindt in het kader van een procedure onder *Chapter 11*, waarin in het merendeel van de gevallen géén *trustee* wordt benoemd, maar de schuldenaar opereert als *debtor in possession* (DIP). Omwille van de eenvoud wordt in dit proefschrift echter – conform de tekst van de wet – steeds gesproken van *trustee*, ook waar (mede) de *debtor in possession* wordt bedoeld; zie § 1.3.

244 Zie § 503(b)(1) BC.

245 Zie o.a. *In re Poff Construction, Inc.*, 141 B.R. 104 (W.D. Va. 1991); *In re Lodge America, Inc.*, 259 B.R. 728, 732 (D. Kan. 2001); *In re Upland Partners*, 208 Fed. Appx. 533 (9th Cir. 2006).

246 Zie over het vereiste 'after notice and a hearing' § 102(1) BC. Zie voorts *Rule* 4001(c) van de *Federal Rules of Bankruptcy Procedure 2009*.

247 De consequentie van het niet verkrijgen van *court approval* in een situatie als bedoeld in § 364(b) BC is dat de betreffende kredietgever in het geheel geen aanspraak in het faillissement geldend kan maken, niet bij wege van boedelschuld noch als 'gewone' concurrente schuld; zie *In re Cascade Oil Company, Inc.*, 51 B.R. 877, 883 (Bankr. D. Kan. 1985).

248 Zie § 503(b)(1) BC.

249 Uitgangspunt is dat de *trustee* al datgene dient te hebben gedaan wat in redelijkheid van hem kon worden gevergd om boedelfinanciering via de weg van § 364(a) en 364(b) BC te realiseren, alvorens die van § 364(c) BC kan worden ingeslagen. Zie *In re Ames Dept. Stores inc.*, 115 B.R. 34, 37 (Bankr. S.D. N.Y. 1990).

zekerheidsrecht mag worden gevestigd op onbezwaarde boedelbestanddelen of (3) dat op boedelbestanddelen die reeds in zekerheid zijn gegeven, een zekerheidsrecht mag worden gevestigd met een *lagere* rang. In de rechtspraak wordt ook een combinatie van een preferente boedelschuld en een zekerheidsrecht wel toegestaan.[250]

Is het ook niet mogelijk om via de weg van § 364(c) BC financiering te realiseren, dan biedt § 364(d) BC de *trustee* bij wijze van *last resort* de mogelijkheid de rechtbank te verzoeken hem, wederom 'after notice and a hearing', toestemming te verlenen voor de vestiging van een zekerheidsrecht op tot de boedel behorende activa met *gelijke* of *hogere* rang dan de reeds op die activa rustende zekerheidsrechten (*priming*). De *trustee* dient in dat kader niet alleen aan te tonen dat er geen andere mogelijkheden zijn om een financiering te verkrijgen,[251] maar ook dat 'there is adequate protection of the interest of the holder of the lien on the property of the estate on which such senior or equal lien is proposed to be granted'.[252] Dit vereiste impliceert dat van de zijde van de boedel dient te worden gewaarborgd dat de positie van de bestaande zekerheidscrediteur niet verslechtert.[253] In het gros van de gevallen vormt dit voor de *trustee* een niet te nemen horde. In gevallen waarin een verzoek tot vestiging van een hoger gerangschikt zekerheidsrecht (*priming lien*) wél wordt gehonoreerd, is in de regel ofwel sprake van een zodanige overwaarde in de zekerheden (*equity cushion*) dat de naar het tweede plan verwezen zekerheidsgerechtige voldoende dekking overhoudt,[254] ofwel van de situatie dat de waarde van de zekerheden van de bestaande zekerheidsgerechtigde als gevolg van de te verkrijgen boedelfinanciering naar in redelijkheid mag worden verwacht zodanig zal stijgen, dat diens positie per saldo niet verslechtert.[255] Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat indien in een later stadium blijkt dat de zekerheidscrediteur níet adequaat was beschermd, hij wel op de voet van § 507(b) BC aanspraak heeft op een preferente boedelschuld.[256]

Teneinde de verstrekking van een boedelkrediet te stimuleren, is in § 364(e) BC bepaald dat indien een beslissing van de rechtbank op de voet van § 364(b), 364(c) of 364(d) BC in appel onderuit gaat, dit in beginsel géén consequenties heeft voor de positie van de financier, mits hij bij de verlening van het krediet te goeder trouw heeft gehandeld.[257] De faciliteit blijft in dat geval dus intact en hetzelfde geldt voor

250 Zie *In re Sobiech*, 125 B.R. 110, 115 (Bankr. S.D. N.Y. 1991), *aff'd* 131 B.R. 917 (S.D. N.Y. 1991).
251 Zie § 364(d)(1)(A) BC, waarover o.a. *In re Snowshoe Co., Inc.* 789 F.2d 1085, 1088 (4th Cir.1986); *In re Qualitech Steel Corp.*, 276 F.3d 245, 248 (7th Cir.2001); *In re 495 Central Park Avenue Corp.*, 136 B.R. 626, 630 (Bankr. S.D. N.Y. 1992).
252 Zie § 364(d)(1)(B) en § 364(d)(2) BC.
253 Zie o.a. *In re Hubbard Power & Light*, 202 B.R. 680, 685 (Bankr. E.D.N.Y. 1996). Zie voorts § 361 BC, waarin een niet-limitatieve opsomming wordt gegeven van verschillende wijzen waarop door de *trustee* 'adequate protection' kan worden verschaft in het geval § 362, 363 of 364 BC hem daartoe verplicht.
254 Zie bijvoorbeeld *In re Plabell Rubber Products, Inc.*, 137 B.R. 897, 899-901 (Bankr. N.D. Ohio 1992); *In re Dunes Casino Hotel*, 69 B.R. 784 (Bankr. D.N.J. 1986).
255 Zie Vris 2009, p. 21-22.
256 Deze boedelschuld dient te worden voldaan ná de uit § 364(c)(1) BC voortvloeiende boedelschulden, maar vóór alle concurrente boedelschulden in de zin van § 503(b)(1) BC. Zie o.a. *In re Carpet Center Leasing Co., Inc.*, 991 F.2d 682 (11th Cir. 1993), amended 4 F.3d 940 (11th Cir.1993), cert. denied 510 U.S. 1118, 114 S.Ct. 1069, 127 L.Ed.2d 388 (1994); *In re Blehm Land & Cattle Company*, 859 F.2d, 137, 141 (10th Cir.1988).
257 Zie bijvoorbeeld *In re Saybrook Manufacturing Co., Inc.*, 963 F.2d 1490, 1492 (11th Cir.1992).

de status van de vordering van de financier en de eventueel daaraan verbonden zekerheidsrechten.[258]

De regeling van § 364 BC is in de Verenigde Staten niet onbekritiseerd. Met name vanuit rechtseconomische hoek is de zorg geuit dat zij ertoe zou kunnen leiden dat bestuurders die tevens een aandeelhoudersbelang in de onderneming hebben door middel van *DIP-financing* in staat worden gesteld onverantwoorde risico's te nemen ten detrimente van de schuldeisers, doordat *DIP-lenders* in het kader van de kredietverlening vanwege hun via § 364 BC te verkrijgen *superpriority status* onvoldoende oog zouden hebben voor de overlevingskansen van de betreffende onderneming.[259] Empirisch onderzoek naar de effecten van *DIP-financing* dat in 2000 is gepubliceerd, lijkt evenwel aan te tonen dat deze zorg ongegrond is.[260]

7.8.3 Naar een wettelijke regeling van het boedelkrediet?

Indien de hiervoor geschetste regeling van § 364 BC wordt afgezet tegen de Nederlandse situatie, moet worden geconstateerd dat de curator naar Nederlands recht ten dele dezelfde mogelijkheden om een boedelkrediet te arrangeren, ten dienste staan. De curator is op grond van art. 68 Fw bevoegd in hoedanigheid een kredietovereenkomst aan te gaan, in welk geval de daaruit voortvloeiende schulden de status van *boedelschuld* krijgen. Ook is hij op grond van deze bepaling bevoegd om nog onbezwaarde boedelbestanddelen voor de schuld uit hoofde van het boedelkrediet te verbinden. Hetzelfde geldt voor de vestiging van een *lager* gerangschikt zekerheidsrecht op reeds bezwaarde boedelbestanddelen. De curator is daarbij niet gebonden aan contractuele afspraken met de bestaande financier die de mogelijkheden van de schuldenaar tot vestiging van zekerheidsrechten op bepaalde of alle goederen beperken of anderszins reguleren, zoals negatieve hypotheekverklaringen, *negative pledge*-bepalingen en *pari passu*-clausules.[261] De gang naar de rechter-commissaris of de rechtbank behoeft in dit kader níet te worden gemaakt en de curator is evenmin verplicht advies in te winnen bij de commissie uit schuldeisers.[262] De crediteurencommissie heeft wél – evenals de niet tot die commissie behorende crediteuren die van het voornemen van de curator een boedelkrediet aan te gaan op de hoogte zijn – de mogelijkheid zich daartegen via de weg van art. 69 Fw te verzetten. De regeling van het voorontwerp Insolventiewet laat dit alles onveranderd.

De curator heeft naar Nederlands recht níet de mogelijkheid om de nieuwe financier een *preferente* boedelschuld in het vooruitzicht te stellen,[263] hoewel

---

258 Zie bijvoorbeeld *In re Marrs-Winn Company, Inc.*, 193 B.R. 491, 496 (C.D.Ill.) *aff'd* 103 F.3d 584 (7th Cir.1996).

259 In deze zin: Kenda & Levmore 1994; Bebchuck & Fried 1996.

260 Zie S. Dahiya, K. John, M. Puri & G. Ramirez, 'The Dynamics of Debtor-in-Possession Financing: Bankruptcy Resolution and the Role of Prior Lenders', 2000, in het bijzonder de conclusies op p. 26-27.

261 Zie art. 26 Fw. Een uitzondering geldt indien het gaat om de vestiging van een pandrecht op vorderingen ter zake waarvan een verpandingsverbod in de zin van art. 3:83 lid 2 BW geldt; zie HR 17 januari 2003, *NJ* 2004, 281, m.nt. HJS (*Oryx/Van Eesteren*).

262 Indien een crediteurencommissie is ingesteld, zal een verstandig curator het aangaan van een boedelkrediet in de praktijk overigens wel aan de commissie voorleggen.

263 Zie ook Van Galen 1997, p. 258; Verstijlen 1998a, p. 181. Anders: Boekraad 1997, p. 218-221.

curatoren in de praktijk wel dergelijke toezeggingen plegen te doen.[264] Evenmin heeft de curator de mogelijkheid ten behoeve van de nieuwe financier een zekerheidsrecht te vestigen dat is gerangschikt *gelijk* aan of *hoger* dan de reeds op de desbetreffende goederen gevestigde zekerheidsrechten van andere schuldeisers. Een en ander kan evenmin in rechte worden afgedwongen. Ook op dit punt sluit het voorontwerp Insolventiewet aan bij het geldende recht.

Indien men de mogelijkheden om een boedelkrediet te arrangeren zou willen vergroten en tegelijkertijd de machtspositie van de huisbankier bij de financiering van de boedel zou willen doorbreken, is de toekenning van een hoge voorrang aan de vordering van de bank op grond van een boedelkrediet en de opening van de mogelijkheid om een zekerheidsrecht te vestigen met gelijke of hogere rang dan de reeds bestaande zekerheidsrechten, mijns inziens het overwegen waard. De invoering van een dergelijke regeling zou in ieder geval stroken met de voorstellen van de *United Nations Commission on International Trade Law* op dit terrein. In de *Legislative Guide on Insolvency Law* wordt een regeling voor *post-commencement finance* aanbevolen, die vrijwel geheel overeenstemt met het Amerikaanse § 364 BC.[265]

Toch kan men bij de regeling van § 364 BC ook vraagtekens plaatsen. Wat men name knaagt, is het vereiste van 'adequate protection' in § 364(d)(1)(b) BC. Indien de zekerheidsgerechtigde die wordt gedwongen in rang op te schuiven ten faveure van de boedelfinancier in een voorkomend geval werkelijk voldoende zekerheidsdekking zou overhouden, rijst de vraag waarom een lager gerangschikte positie voor de nieuwe financier dan niet aanvaardbaar zou zijn.[266] In de praktijk zal de positie van de 'oude' zekerheidsgerechtigde vermoedelijk veelal toch minder comfortabel worden, al was het maar omdat zij bij een toename van de schuld of een daling van de waarde van de zekerheden eerder uit de dekking loopt. Die potentiële verslechtering van de zekerheidspositie van de financier kan dan weer tot gevolg hebben dat hij wordt genoodzaakt meer kapitaal aan te houden (Basel III), hetgeen mogelijk doorwerkt in de prijs van het krediet.[267]

Vanuit bancaire hoek zal de introductie van de mogelijkheid om boedelbestanddelen te bezwaren met een zekerheidsrecht met gelijke of hogere rang dan de reeds daarop rustende zekerheden naar alle waarschijnlijkheid niet met gejuich worden ontvangen. Niet ondenkbaar is dat de regeling om die reden – evenals kennelijk in de Verenigde Staten het geval is – de huisbankier er in voorkomende gevallen toe zou bewegen dan toch maar zelf een boedelkrediet te verschaffen. En juist de voortdurende betrokkenheid van de huisbankier blijkt de overlevingskansen van de onderneming, en in het bijzonder de snelheid waarmee een reorganisatie kan worden gerealiseerd, in de praktijk zeer ten goede te komen.[268]

264 Zie Timmermans 2011, p. 70; Mooij e.a. 2012, p. 296-297.
265 Zie de *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law*, p. 113-119, te raadplegen via www.uncitral.org.
266 Zie ook Ren 2011, p. 177.
267 Vgl. Beekhoven van den Boezem 2008, p. 74.
268 Zie S. Dahiya, K. John, M. Puri & G. Ramirez, 'The Dynamics of Debtor-in-Possession Financing: Bankruptcy Resolution and the Role of Prior Lenders', 2000, in het bijzonder de conclusies op p. 26-27.

8 Enkele veel voorkomende contractuele bedingen

8.1 Inleiding

In dit laatste hoofdstuk staat de invloed van het faillissement op de inhoud van de overeenkomst centraal. Aan de hand van een aantal in de praktijk veel gehanteerde contractuele bedingen wordt onderzocht in hoeverre al hetgeen de wederpartij vóór datum faillissement bij de schuldenaar heeft bedongen, ook aan diens gezamenlijke schuldeisers kan worden tegengeworpen. Uitgangspunt daarbij is dat de door partijen benutte contractsvrijheid zo veel mogelijk dient te worden gerespecteerd. Ingrijpen in de overeenkomst is alleen dan gerechtvaardigd indien de met het faillissement nagestreefde doelstellingen dat vergen.[1]

Achtereenvolgens komen aan de orde: bedingen van onmiddellijke opeisbaarheid bij faillissement (§ 8.2), acceleratiebedingen (§ 8.3), boetebedingen (§ 8.4) en bedingen die afbreuk doen aan het verhaalsrecht van de schuldeisers (§ 8.5).

8.2 Bedingen van onmiddellijke opeisbaarheid bij faillissement

Clausules op grond waarvan de vorderingen die de ene partij aan de overeenkomst ontleent, bij faillissement van de andere partij *ipso facto* opeisbaar worden, zijn aan de orde van de dag. De geoorloofdheid van dergelijke clausules lijkt in de rechtspraak nimmer ter discussie te staan. Dit laat zich verklaren doordat er in de memorie van toelichting bij de Faillissementswet uitdrukkelijk van wordt uitgegaan dat bedingen van onmiddellijke opeisbaarheid bij faillissement geldig zijn[2] en ook art. 6:40 sub a BW bewerkstelligt dat vorderingen onder tijdsbepaling met de intrede van het faillissement opeisbaar worden.[3]

Naar Belgisch recht worden bedingen van onmiddellijke opeisbaarheid bij faillissement evenzeer geoorloofd geacht. Dit strookt met het feit dat ook de Belgische wetgever nog altijd vasthoudt aan de aloude – uit de Franse *Code Civil* afkomstige – regel dat een schuldenaar die in staat van faillissement is verklaard niet langer het voordeel van een tijdsbepaling kan inroepen.[4] Onder de regeling van de *US Bankruptcy Code* blijven de hier bedoelde bedingen op grond

1 Zie § 3.2.
2 Zie Van der Feltz II, p. 130.
3 Zie § 3.3.3.
4 Zie art. 1188 B.W.

van § 365(e)(1) BC zonder effect indien zij voortvloeien uit een over en weer nog niet geheel nagekomen overeenkomst (*executory contract*).[5]

Het feit dat verbintenissen van de schuldenaar op grond van art. 6:40 sub a BW steeds met het intreden van diens faillissement opeisbaar worden, betekent níet dat het stipuleren van een beding van onmiddellijke opeisbaarheid niet zinvol is. In de eerste plaats is denkbaar dat de regel van art. 6:40 sub a BW niet geldt, omdat het desbetreffende contract wordt beheerst door buitenlands recht.[6] In de tweede plaats is van belang dat:

> 'indien de opeischbaarheid van de hoofdsom in geval van faillissement van den schuldenaar *bedongen* is, […] de toepasselijkheid van [de artikelen 130 en 131] van zelf vervalt; de overeenkomst van partijen blijft altijd de hoogste wet.'[7]

Een vordering die niet op de voet van art. 6:40 sub a BW maar op basis van het contract opeisbaar wordt, is dus níet onderworpen aan de waarderingsregels van art. 131 Fw.[8] Dit kan onder omstandigheden betekenen dat de schuldeiser in kwestie met een hogere vordering in de verificatievergadering meeloopt. Is bijvoorbeeld sprake van een rentevrije geldlening van € 100.000 met een nog resterende looptijd van twee jaar, dan opent een beding van onmiddellijke opeisbaarheid de mogelijkheid een vordering van € 100.000 ter verificatie in te dienen, terwijl zonder dit beding bij een jaarlijkse inflatie van 2 % op de voet van art. 131 lid 2 Fw slechts een vordering kan worden geverifieerd van circa € 98.039, zijnde de geschatte waarde één jaar na de faillietverklaring. Zou de lening reeds binnen één jaar na faillissement moeten worden terugbetaald, dan vindt ook op grond van art. 131 lid 2 Fw verificatie plaats voor de volledige waarde, zodat het beding in dit opzicht dan géén toegevoegde waarde heeft.

Strikt genomen is de hiervoor beschreven werking van een beding van onmiddellijke opeisbaarheid ten aanzien van vorderingen die normaliter meer dan één jaar na de intrede van het faillissement opeisbaar zouden zijn geworden, in strijd met het fixatiebeginsel. Het beding wordt immers geactiveerd door de faillietverklaring, zodat de vordering 'technisch-juridisch' eerst ná de intrede van het faillissement opeisbaar wordt, terwijl die opeisbaarheid de omvang van de ter verificatie in te dienen vordering beïnvloedt. Bijzonder bezwaarlijk is dit naar mijn mening echter niet. Bedacht moet worden dat ook de regels van art. 131 Fw arbitrair zijn en de verificatie van een op de voet van die bepaling gewaardeerde vordering niet *per se* rechtvaardiger is dan verificatie voor de contractuele waarde.[9] Een beding van onmiddellijke opeisbaarheid bij faillissement stuit op meer bezwaren indien de

---

5 Zie voor een recent geval waarin géén *executory contract* in het geding was en een beding van onmiddellijke opeisbaarheid bij faillissement geldig werd geacht: *In re General Growth Props., Inc.*, Case No. 09-11977 (ALG), 2011 BL 189724 (Bankr. S.D.N.Y. July 20, 2011).

6 Zie § 3.3.3.2, noot 62.

7 Zie Van der Feltz II, p. 130.

8 Zie over de regeling van art. 131 Fw § 3.3.3.2.

9 Aanzienlijk verder gaat de regeling van art. 136 lid 1 Fw, op grond waarvan een schuldeiser in het faillissement van één of meer hoofdelijk schuldenaren steeds kan opkomen voor het gehele bedrag dat hij ten tijde van de faillietverklaring te vorderen had, ongeacht of de vordering reeds gedeeltelijk door betaling is tenietgegaan. Zie omtrent de vraag naar de rechtvaardiging van deze regel de MvT bij art. 136 Fw en het Verslag van de Tweede Kamer met Regeeringsantwoord, Van der Feltz II, p. 139-143.

verbintenis níet door verificatie geldend wordt gemaakt, omdat zij door een zekerheidsrecht is gedekt. De curator loopt dan het risico dat zaken die nodig zijn om de onderneming te continueren worden geëxecuteerd, zij het dat de afkoelingsperiode dit risico mitigeert.[10]

Een beding van onmiddellijke opeisbaarheid bij faillissement stuit tevens op bezwaren indien de betreffende verbintenis voortvloeit uit een wederkerige overeenkomst die de curator gestand wenst te doen. De hier bedoelde bedingen gaan veelal gepaard met een clausule die het uitbrengen van een ingebrekestelling onnodig maakt,[11] zodat de wederpartij dan rauwelijks kan omzetten of ontbinden, waarmee het keuzerecht van de curator wordt ondergraven.[12] Ook indien de curator wél in staat is van zijn keuzerecht gebruik te maken, kan de werking van een beding als hier aan de orde hem voor problemen stellen. Waar ten aanzien van de regeling van art. 6:40 sub a BW op goede gronden kan worden betoogd dat een redelijke uitleg meebrengt dat zij niet langer geldt indien de curator zich tot nakoming bereid heeft verklaard,[13] zal een bereidverklaring een beding van onmiddellijke opeisbaarheid in beginsel níet opzij zetten, nu de curator het contract immers alleen integraal – dus met inbegrip van het desbetreffende beding – gestand kan doen.[14]

Door de werking van bedingen van onmiddellijke opeisbaarheid bij faillissement wordt de curator dus in diens mogelijkheden om door de schuldenaar gesloten overeenkomsten uit te voeren beperkt, hetgeen zich uiteraard in het bijzonder doet gevoelen indien de onderneming dient te worden voortgezet. Niet voor niets geldt de regeling van art. 6:40 sub a BW níet in het geval aan de schuldenaar van de verbintenis surseance van betaling is verleend en geldt hetzelfde voor het Belgische art. 1188 B.W. in de situatie dat sprake is van een procedure van gerechtelijke reorganisatie in de zin van de Wet Continuïteit Ondernemingen. In Nederland heeft dit echter betrekkelijk weinig betekenis. Formele reorganisaties worden veelal niet via een surseance, maar via een faillissement doorgevoerd, terwijl bovendien aannemelijk is dat het feit dat de surseance aan het toepassingsgebied van art. 6:40 sub a BW is onttrokken, níet aan een beroep op een contractueel beding van onmiddellijke opeisbaarheid in de weg staat.[15] Beter is de situatie in België. In art. 35 § 1 lid 1 WCO is bepaald dat de aanvraag of de opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie géén einde maakt aan lopende overeenkomsten noch aan de modaliteiten van hun uitvoering, *niettegenstaande enige andersluidende contractuele bepaling.* Een vergelijkbare regel geldt onder het Amerikaanse *Chapter 11*.[16]

---

10 Zie art. 63a Fw.
11 Het 'wegcontracteren' van de eis van ingebrekestelling is geoorloofd; zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 388.
12 Zie ook § 3.3.3.3.
13 Zie § 3.3.3.1.
14 Zie § 4.5.1.
15 Vgl. HR 13 mei 2005, *NJ* 2005, 406, m.nt. PvS (*BaByXL*), waarin werd geoordeeld dat het feit dat aan de verhuurder van de in surseance verkerende huurder in art. 238 Fw – in afwijking van art. 39 Fw – geen opzeggingsbevoegdheid is toegekend, er niet aan in de weg staat dat een dergelijke bevoegdheid wordt overeengekomen en tijdens surseance wordt uitgeoefend.
16 Zie § 365(e)(1) BC.

Ook in het Nederlandse insolventierecht zou een bepaling op grond waarvan aan bedingen van onmiddellijke opeisbaarheid tijdens de insolventieprocedure geen effect toekomt, mijns inziens niet misstaan, zeker niet waar de desbetreffende procedure (mede) op behoud van ondernemingsactiviteit is gericht.[17] Het voorontwerp Insolventiewet bevat zo'n bepaling niet.

8.3 Acceleratiebedingen

In financieringsdocumentatie treft men met enige regelmaat clausules aan die de leningnemer of de obligatiehouder de mogelijkheid bieden om – indien aan bepaalde condities is voldaan – het moment waarop de vordering opeisbaar wordt te bepalen door tot vervroegde opeising (*acceleration*) over te gaan. Voor zover een contractpartij met een beroep op een dergelijk acceleratiebeding (*acceleration clause*) louter bewerkstelligt dat haar aanspraken die in beginsel pas meer dan één jaar na de faillissementsdatum opeisbaar zouden worden, reeds binnen dat jaar opeisbaar worden, zodat op grond van art. 131 lid 2 Fw verificatie kan plaatsvinden voor de volledige contractuele waarde, bestaan daartegen naar mijn mening geen overwegende bezwaren. Het beding heeft dan dezelfde invloed op de waardering als een beding van onmiddellijke opeisbaarheid bij faillissement.[18]

De werking van acceleratiebedingen gaat in de regel evenwel aanzienlijk verder dan de omzeiling van de waarderingsregels van art. 131 lid 2 Fw. Ter illustratie geef ik een voorbeeld dat is ontleend aan het faillissement van Lehman Brothers Treasury Co (LBT).[19] In het najaar van 2008 is het faillissement van LBT uitgesproken. LBT had een belangrijk aandeel in de financiering van de Lehman Brothers Groep. Zij gaf op grote schaal gestructureerde obligaties (*structured notes*) uit, waarvan de opbrengst werd doorgeleend aan de verschillende groepsmaatschappijen. Kenmerkend voor het leeuwendeel van de hier bedoelde obligatieleningen was dat de hoofdsom en het rentepercentage fluctueerden, doordat zij waren gekoppeld aan diverse afgeleide marktelementen, zoals aandelenkoersen of de prijs van grondstoffen als olie en goud. Na het intreden van bepaalde gebeurtenissen (*events of default*), waaronder het faillissement van LBT, hadden de obligatiehouders het recht om de lening door middel van een kennisgeving (*acceleration notice*) vervroegd opeisbaar te maken. De datum waarop de vordering opeisbaar werd (*Early Redemption Date*), was bepalend voor de *omvang* van de verplichtingen van LBT (*Early Redemption Amount*). Afhankelijk van de voorwaarden van de lening was in de *Early Redemption*

17 In dezelfde zin: Verstijlen 2006a, p. 133. Anders: Broeders 2010, p. 589, die het juist zinvol acht om bij een eventuele herziening van de Faillissementswet te bepalen dat niet-opeisbare vorderingen ten gevolge van het faillissement steeds opeisbaar worden, dus ook in gevallen waarin de regel van art. 6:40 sub a BW niet geldt. In dezelfde zin: Verhoeven & Zijderveld 2011, p. 229-230. Zie ik het goed, dan hebben de hier bedoelde auteurs evenwel slechts het oog op een aanpassing van de *waarderingsregels* en niet zozeer op de overige in deze paragraaf gesignaleerde consequenties die aan het *ipso facto* opeisbaar worden van vorderingen op de gefailleerde verbonden zijn.

18 Zie § 8.2.

19 Zie voor een ander voorbeeld: Rb. Amsterdam 25 januari 2006, *JOR* 2006, 220.

Amount tevens een vergoeding verdisconteerd die LBT verschuldigd werd door het vervroegd opeisbaar worden van de lening.

Uit de openbare verslagen kan worden opgemaakt dat de curatoren in het kader van de *waardering* van de uit de obligatieleningen voortvloeiende vorderingen die door middel van een kennisgeving vervroegd opeisbaar waren gemaakt, steeds de *Early Redemption Amount* tot uitgangspunt hebben genomen. De betreffende obligatiehouders hadden daardoor de mogelijkheid om door het kiezen van het moment van opeising de omvang van hun verifieerbare vordering te beïnvloeden. In wezen konden zij op deze wijze speculeren tegen de boedel. Als uiterste keuzemoment hanteerden de curatoren het moment waarop ex art. 108 lid 1 Fw de vorderingen moesten zijn ingediend.[20]

De door de curatoren gehanteerde uitgangspunten worden onderschreven door Broeders. Onder verwijzing naar het BaByXL-arrest stelt hij dat weinig twijfel kan bestaan dat een contractueel bedongen acceleratierecht ook in surseance of faillissement rechtsgeldig is.[21] Ik denk daar anders over. Naar ik meen, is de uitoefening van dit recht regelrecht in strijd met het fixatiebeginsel, in ieder geval voor zover de omvang van de door de gefailleerde verschuldigde hoofdsom daarmee na de intrede van het faillissement kan worden beïnvloed. Indien in de *Early Redemption Amount* tevens een vergoeding is begrepen voor het vervroegd opeisbaar worden van de lening, dan lijkt die vergoedingscomponent mij wél vatbaar voor verificatie, indien zij een schadevergoedingskarakter draagt.[22] Dient zij te worden aangemerkt als een zuiver boetebeding, is zij met andere woorden naast de wettelijke schadevergoeding verschuldigd, dan zou verificatie van de daaruit voortvloeiende vordering naar mijn mening níet mogelijk moeten zijn.[23]

8.4 Boetebedingen

8.4.1 Algemeen

Een beding dat in vrijwel ieder contract voorkomt, is het boetebeding.[24] Art. 6:91 BW merkt als boetebeding aan 'ieder beding waarbij is bepaald dat de schuldenaar, indien hij in de nakoming van zijn verbintenis tekortschiet, gehouden is een geldsom of een andere prestatie te voldoen, ongeacht of zulks strekt tot vergoeding van schade of enkel tot aansporing om tot nakoming over te gaan'. Uit deze omschrijving komt naar voren dat van het boetebeding twee varianten kunnen worden onderscheiden: (i) bedingen die ertoe strekken bij voorbaat vast te leggen wat het bedrag is dat de schuldenaar in geval van een tekortkoming bij wijze van schadevergoeding zal moeten voldoen en (ii) bedingen die zijn bedoeld als een prikkel tot nakoming. In het eerste geval treedt de boete in de plaats van de op

20 Zie ook Broeders 2010, p. 586-589.
21 Zie Broeders 2010, p. 587.
22 Verificatie vindt dan plaats op de voet van art. 37a Fw, waarover § 4.7.4.2. Zie over het schadefixerende boetebeding § 8.4.2.
23 Zie over het zuivere boetebeding § 8.4.3.
24 Zie Schelhaas 2007, p. 141.

grond van de wet verschuldigde schadevergoeding, in het tweede staat zij daar geheel los van. Niet zelden lopen beide motieven door elkaar heen.[25] Bedingen die de schade fixeren op een hoger bedrag dan de naar verwachting op grond van de wet verschuldigde schadevergoeding, zullen in de regel tevens een prikkel tot nakoming bevatten.[26]

Is de reikwijdte van een boetebeding in een voorkomend geval onduidelijk, dan zal deze door uitleg moeten worden vastgesteld, waarbij de wet tot uitgangspunt neemt dat een beding uit de eerste categorie aan de orde is. In art. 6:92 lid 1 BW is bepaald dat een schuldeiser niet de nakoming van zowel het boetebeding als de verbintenis waaraan het boetebeding is verbonden kan vorderen, terwijl hetgeen ingevolge een boetebeding verschuldigd is op grond van lid 2 van die bepaling in de plaats treedt van de schadevergoeding op grond van de wet.[27] Afwijking is evenwel geoorloofd en ook alleszins gebruikelijk.[28] In tal van contracten treft men bedingen aan die de verschuldigdheid van de boete uitdrukkelijk koppelen aan de enkele *vertraging* in de nakoming, in welk geval de boetevordering naast de vordering tot nakoming kan worden ingesteld, of die de schuldeiser recht geven op de boete *onverminderd diens recht op schadevergoeding.*[29] Dit laatste beding – dat louter een aansporingsfunctie heeft – wordt wel aangeduid als een *zuiver* boetebeding.[30]

In de volgende twee paragrafen komt aan de orde wat het faillissement van de schuldenaar van een boetebeding voor de positie van de schuldeiser van dat beding betekent, meer in het bijzonder voor diens mogelijkheden om de daaruit voortvloeiende aanspraken geldend te maken. In § 8.4.2 behandel ik eerst het boetebeding dat strekt tot fixatie van schade. Vervolgens stel ik in § 8.4.3 het boetebeding aan de orde dat louter een prikkel tot nakoming bevat en waarbij de boete dus naast de wettelijke schadevergoeding verschuldigd is.

8.4.2 Het schadefixerende boetebeding

In België staat het faillissement niet in de weg aan een beroep op een beding dat recht geeft op een gefixeerde schadevergoeding (een 'strafbeding').[31] Gaat de hoogte van de boete alle perken te buiten, dan kan de curator zich daartegen louter met behulp van het gemene recht te weer stellen, waarbij in het bijzonder kan worden gedacht aan een verzoek aan de rechter tot matiging op de voet van art. 1231 B.W. Dit is in een voorkomend geval een krachtig wapen. Bedacht moet

25 Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 321; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 414. Vgl. HR 5 september 2008, *NJ* 2010, 272 (*Van der Leest/Gemeente Veghel*).
26 Zie Schelhaas 2004, p. 5.
27 Ingevolge art. 6:92 lid 3 BW geldt dat het boetebeding alleen in geval van toerekenbaarheid kan worden ingeroepen en op grond van art. 6:93 BW is voor het vorderen van nakoming van het boetebeding in beginsel een ingebrekestelling vereist. De in de artikelen 6:92 en 6:93 BW neergelegde regels vormen alle een toepassing van het *contra proferentem*-beginsel, dat inhoudt dat onduidelijke contractuele bedingen zo veel mogelijk dienen te worden uitgelegd op de voor de partij die het beding níet heeft gemaakt minst bezwarende wijze. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 322; Schelhaas 2004, p. 264.
28 Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 322-323.
29 Zie de noot van S.C.J.J. Kortmann onder HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 640 (*Verhees/Octrooibureau Zuid*).
30 In deze zin: Schelhaas 2004, p. 14.
31 Zie Leunen 1998, p. 503.

worden dat het 'aansporende' karakter van een boetebeding in België principieel wordt afgewezen.[32] Weliswaar wordt er in art. 1231 § 1 B.W. van gerept dat de rechter de bedongen som *kan* verminderen indien deze 'kennelijk het bedrag te boven gaat dat de partijen konden vaststellen om de schade wegens de niet-uitvoering van de overeenkomst te vergoeden', maar de heersende visie is dat de rechter hiertoe *verplicht* is en wel tot het bedrag dat overeenstemt met de door partijen ten tijde van de contractsluiting voorzienbare schade.[33]

Iets anders geldt echter onder de op reorganisatie gerichte Wet Continuïteit Ondernemingen. De wetgever was van oordeel dat strafbedingen

> 'de onderneming volledig [kunnen] ontwrichten wanneer ze uitwerking zouden kunnen hebben bij een reorganisatie'.[34]

Om deze reden is in art. 35 § 3 WCO bepaald dat 'strafbedingen, met inbegrip van bedingen tot verhoging van de rentevoet, die ertoe strekken op forfaitaire wijze de potentiële schade te dekken geleden door het niet nakomen van de hoofdverbintenis', zonder gevolg blijven. Dit betekent dat de hieruit voortvloeiende aanspraken niet kunnen worden opgenomen in het reorganisatieplan.[35] Wél is de wederpartij op grond van art. 35 § 3 WCO bevoegd met een vordering ter zake van de *werkelijk* door haar geleden schade in de procedure op te komen, zo zij in staat is die aan te tonen. Gaat zij hiertoe over, dan geeft zij daarmee haar aanspraken uit hoofde van het strafbeding prijs.

Bij deze regeling kunnen naar mijn mening vraagtekens worden geplaatst. Zo kan men zich afvragen of de vervanging van gefixeerde schadevergoedingsaanspraken door aanspraken die overeenkomen met de werkelijk geleden schade echt zo veel winst oplevert, nu de schuldenaar de rechter immers steeds op de voet van art. 1231 § 1 B.W. kan verzoeken de boete te matigen tot het bedrag dat overeenstemt met de door partijen ten tijde van de contractsluiting voorzienbare schade. De regeling van art. 35 § 3 WCO lijkt in dit licht slechts materieel voordeel voor de debiteur op te leveren in situaties waarin de ten tijde van de contractsluiting voorzienbare schade de werkelijk geleden schade overstijgt of de wederpartij niet in staat blijkt de omvang van de door haar in werkelijkheid geleden schade te bewijzen. Meer algemeen biedt zij nog het voordeel dat in voorkomende gevallen niet de rechter behoeft te worden geadieerd om een matiging te bewerkstelligen.

De vraag naar de faillissementsbestendigheid van een beding dat strekt tot vergoeding van een gefixeerd schadebedrag kwam in Nederland aan de orde in het

---

32 Zie Schelhaas 2004, p. 178-184; Dekkers-Verbeke 2007, p. 229-230. Het gebruik van de term 'strafbeding' is dan ook nogal misleidend, omdat de aansporings- of bestraffingsfunctie nu juist niet toelaatbaar is; zie Schelhaas 2004, p. 183.

33 Zie Schelhaas 2004, p. 190-197, met verwijzingen. Ten aanzien van de in art. 1153 lid 5 B.W. neergelegde bevoegdheid van de rechter om een bedongen hogere rentevoet te matigen, wordt – in strijd met de tekst van die bepaling – hetzelfde aangenomen; zie Schelhaas 2004, p. 197-199, met verwijzingen.

34 Zie *Parl. St.* Kamer, Doc. 52 0160/001, p. 23.

35 Zie Dirix & Jansen 2010, p. 192, die voorts stellen dat de schuldenaar in geval van de uitvoering van het reorganisatieplan *definitief* van zijn schulden uit hoofde van de door art. 35 § 3 WCO terzijde gestelde bedingen is bevrijd. Anders ten aanzien van dit laatste punt: Zenner 2009, p. 103; Brijs 2009, p. 700, die beiden menen dat na de uitvoering van het plan de schuldenaar weer uit hoofde van de hier bedoelde bedingen kan worden aangesproken.

BaByXL-arrest.[36] In deze zaak was sprake van een leaseovereenkomst met betrekking tot computerapparatuur, waarin aan Amstel Lease de bevoegdheid was toegekend het contract in geval van surseance of faillissement van de lessee – BaByXL – te ontbinden. In geval van ontbinding had Amstel Lease bovendien recht op schadevergoeding ten belope van alle nog resterende leasetermijnen die bij een normale uitvoering van de overeenkomst zouden zijn verschenen.[37] Enige dagen nadat aan BaByXL surseance van betaling was verleend, ontbond Amstel Lease op deze grond het contract – dat op dat moment nog een looptijd had van ruim anderhalf jaar – en vorderde zij bij wijze van schadevergoeding een bedrag dat overeenkwam met de nog resterende termijnen. Een gedeelte hiervan verhaalde Amstel Lease op een in opdracht van BaByXL gestelde bankgarantie, waarna zij het restant ter verificatie indiende. De curatoren van BaByXL kwamen hiertegen in het geweer met een beroep op de artikelen 39 en 238 Fw, die naar hun oordeel onder meer aan het beroep van Amstel Lease op het contractuele schadevergoedingsbeding in de weg stonden. De Hoge Raad volgde de curatoren niet. Hij oordeelde dat de artikelen 39 en 238 Fw niet een regeling ter zake van schadevergoeding bij ontbinding inhouden en deze artikelen dan ook geen belemmering vormden voor de door Amstel Lease gevraagde verificatie.[38] Enige jaren later overwoog de Hoge Raad in Aukema q.q./Uni-Invest in meer algemene bewoordingen dat een vordering uit hoofde van een contractueel schadevergoedingsbeding voor verificatie op de voet van art. 37a Fw in aanmerking komt.[39]

Dat een boetebeding dat ertoe strekt bij voorbaat vast te leggen wat het bedrag is dat de schuldenaar in geval van een tekortkoming bij wijze van schadevergoeding verschuldigd zal zijn in beginsel ook aan de curator kan worden tegengeworpen, is mijns inziens terecht.[40] Met een dergelijk beding beogen partijen eventuele discussies omtrent bestaan en omvang van de schade in geval van een tekortkoming te vermijden.[41] Er is geen reden waarom de wederpartij die discussie in geval van faillissement wél met de curator zou moeten aangaan.[42]

---

36 Zie HR 13 mei 2005, *NJ* 2005, 406, m.nt. PvS, waarover tevens § 7.2.

37 Naar de letter van de wet lijkt hier geen boetebeding in de zin van art. 6:91 BW aan de orde, nu de verplichting tot vergoeding van het gefixeerde schadebedrag niet rechtstreeks is gekoppeld aan een tekortkoming, maar aan de *ontbinding* van de overeenkomst op grond van een – al dan niet door het contract als zodanig gekwalificeerde – tekortkoming. Het beding heeft evenwel dezelfde functie; vgl. Verstijlen 2006a, p. 135. Overigens bestempelt P-G Hartkamp het beding in zijn conclusie voor BaByXL (onder 9) wél uitdrukkelijk als een boetebeding (dat vatbaar is voor matiging ex art. 6:94 BW).

38 Zie r.o. 3.4.4.

39 Zie HR 14 januari 2011, *NJ* 2011, 114, m.nt. PvS, r.o. 3.5.3. Vgl. de noot van J.J. van Hees onder dit arrest in *JOR* 2011/101, onder 7.

40 In deze zin ook Rb. Rotterdam 23 mei 1923, *NJ* 1924, p. 31; Rb. Amsterdam 25 januari 2006, *JOR* 2006, 220, r.o. 5.10. Vgl. Rb. Groningen 21 oktober 2009, *JOR* 2010, 280, in welke zaak de curatoren instemden met de verificatie van vóór datum faillissement verbeurde boetes die strekten tot fixatie van vertragingsschade.

41 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 414.

42 In deze zin terecht: Verstijlen 2006a, p. 136. Vgl. art. 123 Fw, waarin is bepaald dat een schuldeiser wiens vordering wordt betwist, tot staving daarvan tot geen nader of meerder bewijs gehouden is, dan hij tegen de gefailleerde zelf zou moeten leveren. Het uitgangspunt dat de curator in beginsel is gebonden aan door de schuldenaar vóór diens faillissement gesloten overeenkomsten komt volgens de Hoge Raad ook in deze bepaling tot uitdrukking; zie HR 16 april 1999, *NJ* 2001, 1, m.nt. PV (*Brown q.q./Ultrafin*), r.o. 3.3.3. Anders: R.D. Vriesendorp, noot onder HR 13 mei 2005, *AA* 2005/11, p. 943 (*BaByXL*), die een boetebeding dat de schuldeiser recht geeft op een hogere schadevergoeding dan de werkelijk door hem geleden schade ongewenst acht en op gespannen voet vindt staan met de *paritas creditorum.* In vergelijkbare zin: De Man 2005, p. 178; Van Eeghen 2006, p. 217-219.

Voor zover de boete reeds vóór datum faillissement is verbeurd, kan de boetevordering op de voet van art. 26 Fw worden geverifieerd. Voor zover zij eerst ná de intrede van het faillissement ontstaat, verschaft art. 37a Fw toegang tot de verificatievergadering. Doet de curator de overeenkomst gestand, maar schiet hij in een later stadium alsnog tekort, dan behoort de wederpartij het recht toe te komen de hier bedoelde aanspraken op de boedel te verhalen. In alle gevallen geldt dat indien de boete in verhouding tot de werkelijk geleden schade buitensporig is, de curator de rechter op de voet van art. 6:94 lid 1 BW om matiging kan verzoeken.[43]

De Hoge Raad scheert het faillissement en de surseance van betaling in dit opzicht over één kam. Is dit wenselijk? Of is er aanleiding voor het maken van een onderscheid, zoals dit in België is gedaan? Ik zou menen dat de Nederlandse aanpak in dit kader de voorkeur verdient. Ook in een primair op reorganisatie gerichte procedure bestaat naar mijn mening onvoldoende grond voor de inbreuk op de partijautonomie die met de doorkruising van een contractueel schadevergoedingsbeding gepaard gaat. Ook de partij die is belast met de reorganisatie van de door de schuldenaar gedreven onderneming behoort gebonden te zijn aan de wijze waarop de schuldenaar vóór de opening van de procedure zijn rechtsverhouding tot andere partijen heeft ingericht.[44] Het enkele feit dat de positie van de schuldenaar kan verbeteren en zijn overlevingskansen daardoor zullen stijgen, vormt mijns inziens onvoldoende rechtvaardiging om de bewijsproblemen die met het aantonen van de werkelijk geleden schade gepaard kunnen gaan en die de partijen met de opneming van een schadevergoedingsbeding hebben willen ecarteren, in geval van een insolventieprocedure alsnog op de wederpartij te leggen.

In de zaak BaByXL werd het schadevergoedingsbeding geactiveerd door de ontbinding van de overeenkomst op basis van een contractuele beëindigingsbevoegdheid die onder meer in geval van surseance of faillissement kon worden uitgeoefend. Een dergelijke constructie is naar mijn mening wél dubieus, omdat zij de wederpartij de mogelijkheid verschaft in geval van faillissement een schadevergoedingsvordering in het leven te roepen zonder dat van enige tekortkoming sprake is (anders dan het intreden van het faillissement dat mogelijk als zodanig in de overeenkomst is gedefinieerd).[45] Het probleem zit hem dan echter niet zozeer in het ontstaan van de vordering tot schadevergoeding, althans indien deze ook bij een tussentijdse beëindiging buiten faillissement of een daarmee vergelijkbare toestand kan ontstaan, zoals kennelijk in de zaak BaByXL het geval was.[46] Problematisch is hier dat de curator door de werking van het *ipso facto*-beëindigingsbeding niet in de

43 Zie HR 27 april 2007, *NJ* 2007, 262 (*Intrahof/Bart Smit*).

44 Die gebondenheid behoort in mijn optiek uiteraard eveneens te bestaan indien de schuldenaar zélf tijdens de reorganisatieprocedure aan het roer staat, zoals onder de WCO – en in de regel ook onder het Amerikaanse *Chapter 11* – het geval is.

45 Zie ook Verstijlen 2006a, p. 137.

46 Zie art. 13 lid 5 van het beding, geciteerd in de conclusie van P-G Hartkamp voor het arrest, onder 1. Is het ontstaan van de schadevergoedingsvordering *louter* gekoppeld aan het tussentijds eindigen van de overeenkomst bij faillissement of een daarmee vergelijkbare omstandigheid en ontstaat zij dus níet indien het contract om andere reden – bijvoorbeeld vanwege een betalingsachterstand – voortijdig wordt beëindigd, dan kan zij naar mijn mening níet in het faillissement geldend worden gemaakt; zie nader § 8.5.2.

gelegenheid is de overeenkomst gestand te doen.[47] Zou de curator die gelegenheid wél hebben en zou hij niet bereid zijn het contract na te komen, dan staat vast dat sprake zal zijn van wanprestatie en bestaat ook naar mijn mening in beginsel geen bezwaar tegen verificatie van de betreffende vordering.[48]

Het voorontwerp Insolventiewet
In het voorontwerp Insolventiewet – dat één geïntegreerde procedure bevat waarbinnen zowel ruimte is voor liquidatie als reorganisatie – wordt mijns inziens terecht tot uitgangspunt genomen dat contractueel gefixeerde schadevergoedingsaanspraken in beginsel op de voet van art. 5.2.1 lid 1 onder b voor verificatie in aanmerking komen.[49]

8.4.3 Het zuivere boetebeding

Anders dan het schadefixerende boetebeding is het zuivere boetebeding – *i.e.* het boetebeding dat er louter toe strekt de wederpartij tot nakoming aan te sporen – in internationaal verband bepaald niet onomstreden. Zoals in de vorige paragraaf reeds aan de orde kwam, wordt het 'aansporende' karakter van een boetebeding in België principieel afgewezen. Zuivere boetebedingen zijn nietig wegens strijd met de openbare orde.[50] Naar Amerikaans recht geldt hetzelfde. Boetebedingen die de strekking hebben een partij tot nakoming te bewegen (*penalties*) zijn 'unenforceable on grounds of public policy'.[51] In beide jurisdicties spelen zuivere boetebedingen (ook) tijdens insolventie dus geen rol.

Naar Nederlands recht is het nuttig in dit verband een onderscheid te maken tussen de periode vóór en de periode ná datum faillissement.

De periode vóór datum faillissement
Kunnen boetes die vóór datum faillissement zijn verbeurd ter verificatie worden ingediend? Door diverse auteurs is in dit kader een parallel getrokken met de civielrechtelijke dwangsom ex art. 611a Rv, die door de rechter op vordering van een procespartij kan worden opgelegd teneinde de tegenpartij aan te sporen de hoofdveroordeling na te komen. Op grond van art. 611e lid 2 Rv worden

47 Zie over de vraag naar de faillissementsbestendigheid van *ipso facto*-beëindigingsclausules § 7.2.
48 Zie § 7.2.
49 Zie de Toelichting, Kortmann & Faber 2007, p. 232. Franken 2008, p. 593, stelt dat art. 3.4.1 lid 4 van het voorontwerp Insolventiewet contractueel gefixeerde schadevergoedingen aan banden legt. Ik haal dat echter noch uit de tekst van die bepaling noch uit toelichting daarbij en vermoed dat dit ook niet de bedoeling van de Commissie insolventierecht is. Met art. 3.4.1 lid 4 wordt louter beoogd te bewerkstelligen dat een partij die haar vordering tot nakoming ondanks een weigering van de bewindvoerder om de overeenkomst gestand te doen handhaaft, slechts een vordering ter verificatie kan indienen tot maximaal het bedrag van de schade waarop zij aanspraak zou hebben kunnen maken indien zij het contract – voor zover niet reeds uitgevoerd – wegens een tekortkoming van de schuldenaar zou hebben ontbonden; zie de Toelichting, Kortmann & Faber 2007, p. 233 en p. 235-236. Is contractueel gefixeerd wat het bedrag is dat de wederpartij in geval van ontbinding bij wege van schadevergoeding kan vorderen, dan is dát het bedrag waarvoor zij in een voorkomend geval in de verificatievergadering meeloopt.
50 Zie Cass. 17 april 1970, *Arr. Cass.* 1970, 754. Zie ook Dekkers-Verbeke 2007, p. 229-230, met verwijzingen.
51 Zie Farnsworth on Contracts III 2004, p. 300-305. De principiële afwijzing van het 'aansporende' karakter van het boetebeding is typisch voor de *common law* en kan worden verklaard doordat in geval van niet-nakoming níet – zoals in de *civil law*-jurisdicties – de vordering tot *nakoming*, maar die tot *schadevergoeding* centraal staat; zie Farnsworth on Contracts III 2004, p. 301.

dwangsommen die vóór de faillietverklaring zijn verbeurd, níet in het passief van het faillissement toegelaten.[52] De ratio van deze bepaling is gelegen in de bescherming van de overige schuldeisers. De wetgever achtte het onbillijk die schuldeisers onder de koppigheid van hun schuldenaar te laten lijden.[53] In zijn noot onder het arrest Verhees/Octrooibureau Zuid – waarin de vraag aan de orde was of een faillissementsaanvrage (mede) kan worden gebaseerd op een vordering uit hoofde van verbeurde civielrechtelijke dwangsommen[54] – heeft Kortmann met een beroep op deze ratio verdedigd dat art. 611e Rv ten aanzien van vóór datum faillissement verbeurde contractuele boetes analogisch dient te worden toegepast.[55]

Met Verstijlen meen ik dat hiervoor géén plaats is.[56] Het ontstaan van de vordering uit hoofde van het boetebeding is – anders dan bij de civiele dwangsom – een rechtstreeks gevolg van de wijze waarop de partijen hun contractsvrijheid hebben ingevuld. De schuldeiser heeft niet (direct) gekregen waarop hij primair aanspraak had, maar voor die situatie ten minste een vorderingsrecht bedongen. Indien dan een faillissement volgt, is het feit dat de beoogde prikkel niet heeft gewerkt, geen reden om de schuldeiser de uitoefening van het door hem bedongen recht te ontzeggen.[57] Vanuit het perspectief van de schuldenaar geldt dat hij vóór faillissement 'volkomen bevoegd [is] naar goeddunken over zijn vermogen te beschikken'.[58] Zo staat het hem bijvoorbeeld vrij vermogen weg te schenken of bedragen schuldig te verklaren zonder dat derden daar iets tegenover stellen. Gaat hij failliet, dan dienen zijn schuldeisers deze rechtshandelingen – de toepassing van de faillissementspauliana daargelaten – te respecteren. Mijns inziens valt niet in te zien waarom dit ten aanzien van de onderhavige verplichtingen anders zou zijn. Ten slotte is van belang dat verbeurde contractuele boetes tot de intrede van het faillissement steeds – zo nodig door middel van executiemaatregelen – ten laste van het vermogen van de schuldenaar kunnen worden verhaald. De onvoldaan

52 In België is deze (Benelux)regel neergelegd in art. 1385*sexies* lid 2 Ger.W.

53 Zie de Gem. MvT, *Kamerstukken II*, 1975/76, 13 788, nr. 4, p. 20.

54 Zie HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 640, m.nt. SCJJK. De Hoge Raad oordeelde dat de *aanvrager* van het faillissement zich niet uitsluitend op een dwangsomvordering kan baseren. Wél kan de aanvrager een vordering uit hoofde van verbeurde dwangsommen inzetten ter onderbouwing van zijn stelling dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, terwijl een dwangsomvordering van een *derde* tevens als steunvordering kan dienen. Zie ook Rb. Haarlem 3 augustus 2011, *JOR* 2011, 353.

55 Zie S.C.J.J. Kortmann, noot onder HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 640, onder 3. In dezelfde zin: N.E.D. Faber, noot onder Rb. Utrecht 16 juli 1997, *JOR* 1998, 31, onder 5; dezelfde, noot onder Rb. Roermond 29 april 1999, *JOR* 2002, 20, onder 4. Vgl. Franken 2008, p. 593, noot 54, die constateert dat de Commissie insolventierecht het boetebeding in het voorontwerp Insolventiewet ongeregeld heeft gelaten en stelt dat om die reden voor zover het gaat om boetes die een prikkel tot nakoming bevatten, dient te worden aangesloten bij de bepalingen over dwangsommen.

56 Zie Verstijlen 2006a, p. 142-143. Illustratief is dat voor bestuurlijke dwangsommen in de zin van art. 5:32 Awb géén met art. 611e Rv vergelijkbare regeling geldt en algemeen wordt aangenomen dat vóór de faillissementsdatum verbeurde dwangsommen wél ter verificatie kunnen worden ingediend. Zie Verstijlen 1996b, p. 281; Verweij 1997, p. 243-247; Franken 1999, p. 107. Ook Smelt 2008, p. 265, gaat ervan uit dat vóór de faillissementsdatum verbeurde dwangsommen in de zin van art. 5:32 Awb ter verificatie kunnen worden ingediend, maar meent tegelijkertijd dat hiervoor geen goede grond bestaat. Zijns inziens zou het ter voorkoming van onbillijke benadeling van de overige schuldeisers beter zijn te bepalen dat ook verbeurde bestuurlijke dwangsommen níet in het passief van het faillissement worden toegelaten. Vgl. Vz. AG RvS 1 november 1993, *AB* 1994, 262, waarin de Voorzitter ervan uitgaat dat bestuurlijke dwangsommen *tijdens* faillissement verbeuren, hetgeen voor civiele dwangsommen is uitgesloten op grond van art. 611e lid 1 Rv.

57 Zie Verstijlen 2006a, p. 143.

58 Zie Van der Feltz I, p. 433.

gebleven schuldeisers lijden ook dan onder de koppigheid van de schuldenaar doordat diens vermogen met de verbeurde dwangsommen is gereduceerd. Ook in dit licht valt niet goed in te zien waarom het onaanvaardbaar zou zijn dat indien een faillissement intreedt, daarin voor nog niet verhaalde aansporingsboetes zou worden opgekomen.[59] Verificatie is naar mijn mening dus toegestaan. Zijn de vorderingen gedekt door een zekerheidsrecht, dan kunnen zij op de gestelde zekerheid worden verhaald.[60]

De periode ná datum faillissement

Hoe zit het met de periode ná de intrede van het faillissement? Voor civiele dwangsommen geldt op grond van art. 611e lid 1 Rv dat zij gedurende het faillissement van de veroordeelde niet worden verbeurd. Ter toelichting wordt er door de wetgever op gewezen dat de schuldeiser de nakoming van de hoofdveroordeling niet meer kan afdwingen en de schuldenaar daaraan in de regel ook niet meer vrijwillig kan voldoen. Het zou volgens de wetgever onredelijk zijn dat de dwangsom verbeurd zou raken gedurende de tijd dat de schuldenaar op grond van wettelijke voorschriften niet mag nakomen.[61]

Voor contractuele boetes die louter een aansporingsfunctie hebben, zou ik hetzelfde willen verdedigen, althans voor zover de boete betrekking heeft op een prestatie die ten laste van het tot het faillissement behorende vermogen zou moeten worden verricht. In relatie tot de schuldenaar verliest de boete haar functie, omdat hij als gevolg van het bepaalde in art. 23 Fw niet meer kán nakomen. De curator kan dat in beginsel wél, maar jegens hem geldt dat hij niet tot nakoming kan worden gedwongen.[62] Daarbij past niet dat hij bij het nemen van een beslissing omtrent nakoming door het verbeuren van aansporingsboetes onder druk zou kunnen worden gezet, terwijl evenmin aanvaardbaar is dat die boetes zouden kunnen oplopen nadat hij kenbaar heeft gemaakt de betreffende verplichting niet te zullen nakomen.[63]

De last die de curator zou kunnen ondervinden van het doorlopen van de hier bedoelde boetes, zou naar mijn mening overigens vrij beperkt zijn. Vorderingen uit hoofde van ná datum faillissement vervallen aansporingsboetes constitueren mijns inziens géén boedelschulden.[64] Zij kunnen evenmin worden geverifieerd,[65] omdat zij eerst ná de faillietverklaring ontstaan,[66] en vanwege het ontbreken van

59 Hetzelfde bezwaar kan tegen de regeling van art. 611e lid 2 Rv worden aangevoerd, hetgeen mijns inziens een extra argument vormt om analogische toepassing van die bepaling ten aanzien van contractuele boetes met een aansporend karakter achterwege te laten. Waar de beweegredenen van de wetgever om art. 611e lid 2 Rv op te nemen niet overtuigen, ligt een strikte interpretatie van het toepassingsgebied van die bepaling in de rede. Eveneens kritisch ten aanzien van de regeling van art. 611e lid 2 Rv: Winter 1996, p. 358; Franken 1999, p. 105. Beide auteurs pleiten voor een terugkeer naar de toestand van vóór de invoering van art. 611e lid 2 Rv, toen dwangsommen die vóór de intrede van het faillissement waren verbeurd gewoon ter verificatie konden worden ingediend.

60 Anders: N.E.D Faber, noot onder Rb. Utrecht 16 juli 1997, *JOR* 1998, 31, onder 5.

61 Zie de Gem. MvT, *Kamerstukken II*, 1975/76, 13 788, nr. 4, p. 20.

62 Zie art. 26 Fw.

63 Vgl. Verstijlen 2006a, p. 144.

64 In dezelfde zin: Verstijlen & Smelt 2008, p. 96-97; Rb. Amsterdam 2 april 2008, *LJN*: BE9581. Zie ook § 5.4.

65 In deze zin terecht: Rb. Groningen 21 oktober 2009, *JOR* 2010, 280.

66 Zie HR 5 januari 1990, *NJ* 1990, 325 (*Dubbeld/Laman*); Rb. Groningen 21 oktober 2009, *JOR* 2010, 280.

een schadevergoedingskarakter niet binnen het toepassingsgebied van art. 37a Fw vallen.[67] Alleen indien de vorderingen uit hoofde van het boetebeding door een zekerheidsrecht zouden zijn gedekt, zou de curator van het oplopen van de boetes hinder ondervinden. Voor de schuldenaar die na afloop van het faillissement nog een reëel bestaan leidt, zou dit evenwel steeds problematisch zijn doordat hij dan na het eindigen van het faillissement in volle omvang met de boetes zou kunnen worden geconfronteerd. Zou met mij worden aangenomen dat boetes die louter een aansporende functie hebben ná de intrede van het faillissement – naar analogie met art. 611e lid 1 Rv – in het geheel niet verbeuren, dan zouden deze problemen zich niet voordoen.[68]

Iets anders zou ik willen aannemen voor zuivere aansporingsboetes die betrekking hebben op prestaties die ook ná datum faillissement alleen door de schuldenaar *persoonlijk* kunnen worden verricht, zoals een op een ex-werknemer rustend concurrentiebeding.[69] Tot de nakoming van dergelijke verplichtingen kan de schuldenaar ook tijdens faillissement door diens wederpartij worden verplicht,[70] zodat er geen grond is om daaraan gekoppelde boetes die een prikkel tot nakoming bevatten niet te laten verbeuren. In zoverre is voor een analogische toepassing van art. 611e lid 1 Rv naar mijn mening géén plaats.[71] Het spreekt voor zich dat de ná de intrede van het faillissement door de schuldenaar verbeurde boetes níet op de boedel kunnen worden verhaald. Wél kunnen zij eventueel ten laste van het op de voet van art. 21 Fw buiten het faillissement gebleven vermogen worden gebracht.[72]

8.5 Bedingen die afbreuk doen aan het verhaalsrecht van de schuldeisers

8.5.1 Inleiding

Contractuele bedingen die uit de aard der zaak met grote scepsis dienen te worden bejegend, zijn clausules die beogen een regeling te geven voor de situatie dat één van de partijen bij het contract insolvent raakt. Een aantal verschijningsvormen hiervan passeerde reeds de revue. Zo is in § 7.2 aandacht besteed aan clausules die in geval van faillissement de overeenkomst van rechtswege doen eindigen of voor die situatie een beëindigingsbevoegdheid in het leven roepen en kwamen in § 8.2 de bedingen van onmiddellijke opeisbaarheid bij faillissement aan de orde. In de volgende twee paragrafen is het de beurt aan die bedingen die in geval van

67 Zie ook Verstijlen 2006a, p. 144.
68 Vgl. N.E.D. Faber, noot onder Rb. Utrecht 16 juli 1997, *JOR* 1998, 31, onder 5, die onder verwijzing naar art. 611e Rv verdedigt dat verhaal krachtens pand- of hypotheekrecht ter zake van (vóór of) ná de faillietverklaring verbeurde boetes met een louter punitief karakter uitgesloten zou moeten zijn.
69 Zie voor meer voorbeelden § 4.8.1.
70 Zie § 4.8.2.1.
71 Franken 1999, p. 104 en p. 111-112, acht de regeling van art. 611e lid 1 Rv op dit punt onjuist en bepleit – mijns inziens terecht – een aanpassing in die zin dat vóór datum faillissement opgelegde dwangsommen ná die datum wél verbeurd worden in situaties waarin nakoming van de hoofdveroordeling de boedel niet raakt.
72 Zie § 4.8.2.1.

faillissement een vergroting van het passief (§ 8.5.2) of een afname van het actief (§ 8.5.3) bewerkstelligen en die daarmee raken aan de kern van het verhaal van de schuldeisers.

8.5.2 Bedingen die leiden tot een toename van het passief

Clausules die in geval van faillissement extra verplichtingen in het leven roepen, komt men in de praktijk met enige regelmaat tegen, veelal in algemene voorwaarden.[73] De vraag naar de houdbaarheid van dergelijke clausules is in een wat verder verleden een aantal malen in de lagere rechtspraak aan de orde geweest.

Illustratief is de zaak Centrale Credietbank/Van Gelder q.q.[74] In deze renvooiprocedure die diende voor de Rechtbank Rotterdam beriep de bank zich op een beding in een akte van geldlening op grond waarvan de schuldenaar in geval van faillissement 'door dat enkele feit' een additionele vergoeding verschuldigd werd van 10 % van de hoofdsom. Dit beding strekte er volgens de bank toe haar te vrijwaren tegen het nadeel dat met het faillissement gepaard zou gaan. De curator meende dat dit niet door de beugel kon en riep de nietigheid ervan in. De rechtbank overwoog:

> 'dat dus een beding tot verhooging van het bedrag eener schuldvordering bij faillissement van den debiteur en alleen op grond van dat faillissement, niets anders is dan een poging om bij overeenkomst met den debiteur den bij art. 1178 B.W. voorgeschreven maatstaf van verdeeling te wijzigen in het geval, waarvoor dat artikel juist in de eerste plaats is geschreven, welke poging door den curator terecht wordt gewraakt;'

Het door de bank aangevoerde motief voor de opname van het beding in de akte wees er volgens de rechtbank duidelijk op

> 'dat de strekking van het beding geen ander is dan om het te kort dat requirante op haar vordering zou moeten lijden bij verdeling van het vermogen van den debiteur volgens de wet, te dekken door requirante voor een grooter bedrag mede te laten deelen dan zij te voren te vorderen had;'

Deze strekking maakte het beding naar het oordeel van de rechtbank nietig wegens strijd met de dwingende voorschriften van de artikelen art. 1177 en 1178 (oud) BW, de voorlopers van de artikelen 3:276 en 3:277 BW.[75]

Dit strookt met de wijze waarop in België tegen de onderhavige bedingen wordt aangekeken. Zo stellen Dirix en De Corte dat het niet mogelijk is om door

---

73 Het gaat hier niet om een boetebeding in de zin van art. 6:91 BW, omdat de verschuldigdheid van de boete niet is gerelateerd aan een tekortkoming van de schuldenaar (anders dan dat het contract het faillissement wellicht als een tekortkoming definieert) en het beding géén schadefixerende of aansporende functie heeft.

74 Zie Rb. Rotterdam 28 april 1916, *NJ* 1916, p. 896.

75 In Rb. Alkmaar 25 februari 1926, *NJ* 1927, p. 24, werd ten aanzien van een vergelijkbare afspraak geoordeeld dat zij níet strijdig was met de artikelen 1177 en 1178 (oud) BW, maar dit vonnis lijkt te berusten op een onjuiste lezing van het desbetreffende beding. Zie in dit kader Wolfsbergen 1927, p. 41-42, die onder verwijzing naar het hiervoor besproken vonnis van de Rechtbank Rotterdam stelt dat het beding dat in de Alkmaarse procedure aan de orde was, nietig was wegens strijd met de artikelen 1177 en 1178 (oud) BW. In dezelfde zin: Eggens 1927, p. 60-61, die zijn bijdrage afsluit met een oproep aan de notarissen om hun cliënten te ontraden 'eene extra-betaling voor het geval van faillissement te stipuleren'.

middel van onderlinge partijafspraken de schuldeiserspositie van een derde negatief te beïnvloeden.[76] Zenner en Peeters schrijven dat contractuele bedingen die afbreuk doen aan de artikelen 7 en 8 Hyp.W. – die materieel overeenstemmen met de artikelen 3:276 en 3:277 BW – geen effect sorteren.[77] Is sprake van een procedure tot gerechtelijke reorganisatie, dan stuiten bedingen die additionele verplichtingen in het leven roepen mogelijk tevens op art. 35 § 1 lid 1 WCO, waarin is bepaald dat de aanvraag of opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie geen einde maakt aan de lopende overeenkomsten *noch aan de modaliteiten van hun uitvoering* '[n]iettegenstaande enige andersluidende contractuele bepaling'. In de Verenigde Staten struikelen de onderhavige bedingen in beginsel over § 365(e)(1) BC, welke bepaling een dam opwerpt tegen al die clausules die voortvloeien uit een over en weer nog niet nagekomen overeenkomst en worden geactiveerd door de insolventie van de schuldenaar, ook indien zij een wijziging van diens contractuele verplichtingen tot gevolg hebben.

Naar ik meen, kan een beding dat een schuld in het leven roept die alleen in geval van faillissement behoeft te worden voldaan, ook naar Nederlands recht niet door de beugel.[78] Een dergelijk beding heeft geen reële betekenis in de relatie tot de schuldenaar, maar heeft slechts tot doel een positieverbetering ten opzichte van de overige schuldeisers in een toekomstige *concursus* te bewerkstelligen.[79] De tussen partijen geldende contractsvrijheid vormt hiervoor onvoldoende legitimatie, omdat feitelijk over de aanspraken van *derden – i.e.* de schuldeisers – wordt beschikt.[80] Zou dit worden gehonoreerd, dan zou het faillissement – dat er in de eerste plaats toe strekt de verhaalsrechten van de schuldeisers zoals neergelegd in de artikelen 3:276 en 3:277 BW te verwezenlijken[81] – in de kern worden aangetast. Verhaal van een met het oog op het faillissement gecreëerde vordering gaat immers rechtstreeks ten koste van het verhaal van de gezamenlijke schuldeisers.

Verweermiddelen curator

Op welke wijze kan de curator zich tegen de hier aan de orde zijnde bedingen te weer stellen? Zoals hiervoor aan de orde kwam, achtte de Rechtbank Rotterdam het beding in de zaak Centrale Credietbank/Van Gelder q.q. nietig wegens strijd met de artikelen 1177 en 1178 (oud) BW.[82] Deze route spreekt mij niet aan. Weliswaar wordt door de onderhavige afspraken het verhaalsrecht van de (overige) schuldeisers zoals dat thans is neergelegd in de artikelen 3:276 en 3:277 BW feitelijk aangetast, deze artikelen zélf zijn mijns inziens veeleer neutraal.[83] Ons recht bevat diverse instrumenten om aantastingen van het verhaal van de schuldeisers te redresseren. Pas op het moment dat met behulp van dit instrumentarium is vastgesteld wie voor welk bedrag bij de verdeling kan opkomen, komen de artikelen 3:276 en 3:277 BW in beeld. Goed beschouwd is het probleem hier ook niet dat bij verdeling de artikelen

76 Zie Dirix & De Corte 2006, p. 144.
77 Zie Zenner & Peeters 2004, p. 488. In dezelfde zin: Dirix & De Corte 2006, p. 35.
78 Zie ook Verstijlen 2006a, p. 137. Vgl. Van Opstall 1966, p. 446.
79 Zie Verstijlen 2006a, p. 137.
80 Zie ook Van Eeghen 2006, p. 219. Vgl. Worthington 2011, p. 29.
81 Zie § 2.2.1.1.
82 In dezelfde zin: Wolfsbergen 1927, p. 41-42; Eggens 1927, p. 60-61.
83 Vgl. Wibier 2007, p. 100.

3:276 en 3:277 BW niet in acht worden genomen, maar dat een schuldeiser poogt zijn positie bij die verdeling op oneigenlijke wijze te versterken.

Het instrument dat bij uitstek is bedoeld om door de schuldenaar vóór de intrede van het faillissement onverplicht verrichte rechtshandelingen waardoor de schuldeisers in hun verhaal zijn geschaad te bestrijden, is de faillissementspauliana. Potentieel problematisch is hier echter het in art. 42 lid 1 Fw besloten liggende wetenschapsvereiste, mede in het licht van de wijze waarop dit in de arresten Bakker q.q./Katko en Van Dooren q.q./ABN AMRO III door de Hoge Raad is ingekleurd. In het eerstgenoemde arrest oordeelde de Hoge Raad dat voor een geslaagd beroep op de faillissementspauliana de wetenschap van een *kans* op benadeling onvoldoende is.[84] Uit Van Dooren q.q./ABN AMRO III volgt dat van wetenschap van benadeling sprake is indien '*ten tijde van de handeling* het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien'.[85] Indien het contract met daarin het benadelende beding wordt gesloten op een moment dat het faillissement van de schuldenaar nog in geen velden of wegen te bekennen is, lijkt aan het aldus door de Hoge Raad vormgegeven wetenschapsvereiste niet te zijn voldaan.[86]

De wetgever gaat er op deze grond vanuit dat de faillissementspauliana bij de bestrijding van benadelende contractuele constructies die worden opgetuigd om te werken in geval van faillissement, maar op een moment dat daarvan nog geen tekenen zichtbaar zijn, géén soelaas biedt. In de memorie van toelichting bij art. 35b Fw – op grond waarvan de begunstigde van een gift onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling aan die gift in faillissement 'generlei recht tegen de boedel [kan] ontlenen' – wordt opgemerkt:

> 'Er bestaat aanleiding toe een faillissementsregeling […] te treffen voor giften onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling in het algemeen, temeer omdat bepaalde handelingen, zoals verblijvensbedingen in de praktijk afhankelijk plegen te worden gesteld van het intreden van […] het faillissement van een der partijen. Zulk een gift kan volgens het bestaande recht slechts worden vernietigd indien de schenker op het tijdstip van de toezegging der gift wist dat daarvan benadeling der schuldeisers het gevolg zou zijn, en ook het nieuwe artikel 42 stelt voor de faillissementspauliana in het algemeen dit vereiste. Doch bij giften onder voorwaarde of tijdsbepaling zal deze wetenschap dikwijls nog niet bestaan op het ogenblik waarop de schenker zich verbond […].'[87]

Giften onder opschortende voorwaarde van faillissement kunnen naar het oordeel van de wetgever dus niet adequaat met een beroep op art. 42 Fw worden bestreden, omdat de daartoe strekkende rechtshandeling in de regel zal worden verricht op een zodanig moment dat niet kan worden gezegd dat sprake is van wetenschap van

84 Zie HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 272, m.nt. PvS, r.o. 3.3.
85 Zie HR 22 december 2009, *NJ* 2010, 273, m.nt. PvS, r.o. 3.7.
86 Zie ook Rb. Rotterdam 23 mei 1923, *NJ* 1924, p. 31, waarin ten aanzien van een boetebeding werd geoordeeld dat dit niet met een beroep op de faillissementspauliana kon worden bestreden, omdat niet was gebleken dat ten tijde van het aangaan van de akte van geldlening waarin het boetebeding besloten lag, de slechte financiële toestand van de schuldenaar 'aan de geldgeefster bekend was of zelfs reeds bestond'. Vgl. Rb. Alkmaar 25 februari 1926, *NJ* 1927, p. 24.
87 Zie Kortmann & Faber 1995, p. 88.

benadeling. De rechtvaardiging voor het feit dat aan de hier bedoelde rechtshandelingen niettemin werking wordt ontzegd, is volgens de wetgever gelegen in het bijzonder karakter van de gift als rechtshandeling om niet.[88]

In het licht van dit alles lijkt het niet gewaagd te veronderstellen dat een beroep op de faillissementspauliana in een voorkomend geval een *uphill battle* zal zijn. Toch valt mijns inziens niet uit te sluiten dat de Hoge Raad bereid zal blijken te zijn soepel om te springen met het wetenschapsvereiste in die gevallen waarin een benadelende rechtshandeling niet is verricht aan de vooravond van het faillissement, maar waarvan de werking tot het faillissement wordt uitgesteld, al dan niet daartoe aangezet door een steeds groter wordende schare auteurs die bepleiten dat hier voor de faillissementspauliana wel degelijk een rol is weggelegd.[89] Daar zijn naar mijn mening ook goede argumenten voor. Indien een rechtshandeling wordt verricht die in het geval dat zij effect krijgt per definitie benadelend zal zijn, behoren de daarbij betrokken partijen zich er niet achter te kunnen verschuilen dat zij ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling niet wisten of deze ooit uitwerking zou krijgen en daarmee tot benadeling van schuldeisers zou leiden. De rechtshandeling is inherent benadelend, zodat gesteld zou kunnen worden dat uit de aard der zaak sprake is van wetenschap van benadeling.

Het is echter de vraag of de curator de faillissementspauliana hier wel nodig heeft. Door Verstijlen is er terecht op gewezen dat indien het ontstaan van de schuld rechtstreeks wordt gekoppeld aan de faillietverklaring, het probleem zich vanzelf zal oplossen, omdat de vordering dan 'technisch-juridisch' op het moment van de faillietverklaring nog toekomstig is en om die reden niet vatbaar is voor verificatie.[90] Wordt echter direct een vordering onder opschortende voorwaarde van faillissement in het leven geroepen, dan verhindert het fixatiebeginsel niet dat de vordering wordt verhaald. In dat geval kan de curator zich bedienen van de regeling van art. 35b Fw, omdat het voordeel dat de wederpartij wordt verschaft, heeft te gelden als een gift in de zin van art. 7:186 lid 2 BW, waaraan zij geen enkele aanspraak tegen de boedel kan ontlenen.[91]

Denkbaar is dat de overeenkomst waaruit het benadelende beding voortvloeit in haar totaliteit wél evenwichtig is, maar de voordelen door de schuldenaar ruim vóór het faillissement zijn genoten. Ook in een dergelijke situatie lijkt mij verdedigbaar dat de faillissementspauliana kan worden ingezet, zoals dat bijvoorbeeld naar Duits recht het geval is.[92] Zeker is dit echter allerminst, nu het

88 Zie de MvT, Kortmann & Faber 1995, p. 88.

89 Zie Verstijlen 2006a, p. 140-142; Van Eeghen 2006, p. 222; Wibier 2007, p. 86-87; De Weijs 2007, p. 856; De Weijs 2010, p. 276; Keukens & Wibier 2011, p. 381-382. Vgl. De Liagre Böhl 1991, p. 73. Anders: Van Dijck 2006, p. 72.

90 Zie Verstijlen 2006a, p. 138.

91 Zie Verstijlen 2006a, p. 138. De regeling van art. 35b Fw is geïntroduceerd bij gelegenheid van de invoering van het huidige BW op 1 januari 1992. Uit de wetsgeschiedenis bij art. 130 Fw, waarin een regeling voor de verificatie van vorderingen onder opschortende voorwaarde is neergelegd, zou kunnen worden afgeleid dat de wetgever er bij de totstandkoming van de Faillissementswet nog van uitging dat het creëren van een vordering onder opschortende voorwaarde van faillissement in beginsel geoorloofd is. In de memorie van toelichting bij de artikelen 130 en 131 wordt er uitdrukkelijk op gewezen dat 'indien de opeischbaarheid van de hoofdsom in geval van faillissement van den schuldenaar *bedongen* is, […] de toepasselijkheid van deze artikels (130 en 131) van zelf vervalt; de overeenkomst van partijen blijft altijd de hoogste wet.' Zie Van der Feltz II, p. 130.

92 Zie Verstijlen 2006a, p. 141-142, met verwijzing naar BGH 11 november 1993, *NJW* 1994, 449.

uitgangspunt van de wet toch lijkt te zijn dat alleen rechtshandelingen als geheel kunnen worden vernietigd.[93] Een beroep op de regeling van art. 35b Fw staat hier in ieder geval niet open, omdat niet kan worden gesproken van een gift. Toch staat de curator hier mijns inziens niet met lege handen, ook niet indien een beroep op de faillissementspauliana niet zou worden gehonoreerd. Steeds indien een schuldeiser poogt een vordering geldend te maken die met het oog op het faillissement van de schuldenaar is gecreëerd, handelt hij naar mijn mening in strijd met de door hem jegens de overige schuldeisers in acht te nemen redelijkheid en billijkheid.[94]

Indien een beding dat in verband met het faillissement een additionele schuld in het leven roept met succes met een beroep op de faillissementspauliana wordt bestreden, leidt dit tot een *relatieve* nietigheid, dat wil zeggen voor zover nodig is om het nadeel dat de gezamenlijke schuldeisers bij instandhouding van het beding zouden lijden, af te wenden. Het beding kan niet aan de schuldeisers worden tegengeworpen; de daaruit voortvloeiende vordering kan niet binnen het faillissement geldend worden gemaakt.[95] In de relatie tot de schuldenaar is er evenwel niets op tegen dat het beding zijn uitwerking krijgt en de daaruit voortvloeiende aanspraak – zo mogelijk – na afloop van het faillissement of ten laste van een derde wordt verhaald, zij het dat die derde dan niet met een eventuele regresvordering in het faillissement mag opkomen.[96] De andere hiervoor gesuggereerde verweermiddelen van de curator leiden tot hetzelfde resultaat: de vordering kan (alleen) niet aan de schuldeisers in het faillissement worden tegengeworpen.[97] In navolging van het Belgische recht wordt hierna om die reden steeds gesproken van *niet-tegenwerpelijkheid.*[98]

Met het faillissement vergelijkbare condities

Het hiervoor aangestipte § 365(e)(1) BC doorkruist niet alleen bedingen die worden 'getriggerd' door 'the commencement of a case', maar tevens iedere clausule 'that is conditioned on the insolvency or financial condition of the debtor'. Met de 'broad language of section 365(e)' wordt beoogd clausules binnen het bereik van die bepaling te brengen 'that lead to the same effect as a clause triggered by bankruptcy, without mentioning bankruptcy'.[99]

Hetzelfde zou ik willen aannemen voor het Nederlandse recht. Niet alleen bedingen die het ontstaan van additionele verplichtingen rechtstreeks koppelen aan het intreden van het faillissement, kunnen mijns inziens langs de hiervoor aangegeven wegen worden bestreden. Al die clausules die op enigerlei wijze zijn

93 Zie De Weijs 2010, p. 276, noot 190.
94 In dezelfde zin: Verstijlen 2006a, p. 142.
95 De schuldeiser die zich niettemin met de betreffende vordering in de verificatievergadering meldt, loopt mijns inziens het risico dat hij handelt in strijd met art. 344 onder 2 Sr, waarin is bepaald dat wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren en zes maanden en/of een geldboete van de vijfde categorie hij die 'bij verificatie van de schuldvorderingen in geval van faillissement, een niet bestaande schuldvordering voorwendt of een bestaande tot een verhoogd bedrag doet gelden.'
96 Zie ook Verstijlen 2006a, p. 139.
97 Zie de MvT bij art. 35b Fw, Kortmann & Faber 1995, p. 88. Zie over de door de schuldeisers onderling in acht te nemen redelijkheid en billijkheid nader § 2.4.
98 Zie Dirix & De Corte 2006, p. 35.
99 Zie Collier on Bankruptcy 2006, nr. 365.07.

geconditioneerd op de insolventie van de schuldenaar komen in de gevarenzone. In dit kader kan bijvoorbeeld worden gedacht aan bedingen die worden geactiveerd door de aanvraag van het faillissement of het nemen van een aandeelhoudersbesluit daartoe,[100] of die zijn gekoppeld aan een bepaalde vermogenspositie die feitelijk een faillissementstoestand impliceert.[101] Zou dit anders zijn, dan zou wel heel gemakkelijk aan de werking van de in deze paragraaf genoemde instrumenten van de curator kunnen worden ontkomen.

In door banken gehanteerde algemene voorwaarden treft men soms bepalingen aan op grond waarvan de bank gerechtigd is om bij het in behandeling nemen van de kredietrelatie door de afdeling Bijzonder Beheer een (boete)rente van enkele procenten door te berekenen bovenop het contractuele rentepercentage, ter delging van de additionele kosten die met de meer intensieve behandeling door een dergelijke afdeling gepaard gaan. Hoewel denkbaar is dat de kredietnemer ten tijde van de overdracht van het dossier aan de afdeling Bijzonder Beheer reeds feitelijk insolvent is, behoeft dat zeker niet het geval te zijn. Om deze reden kan een dergelijke bepaling naar mijn mening wél aan de curator van de kredietnemer worden tegengeworpen.

Schadevergoedingsbeding gekoppeld aan een ipso facto-beëindigingsbeding

Bijzondere aandacht is op zijn plaats voor contractuele bedingen die onder één van de hiervoor bedoelde omstandigheden ten behoeve van de wederpartij een bevoegdheid tot *beëindiging* van de overeenkomst in het leven roepen en het ontstaan van een schadevergoedingsplicht koppelen aan het voortijdig eindigen van het contract. Kan een dergelijke, in de praktijk veelvuldig gehanteerde tweetrapsraket door de beugel? Indien het ontstaan van de vordering tot schadevergoeding louter is gekoppeld aan het eindigen van de overeenkomst bij faillissement of een daarmee vergelijkbare omstandigheid, dient het antwoord mijns inziens ontkennend te luiden. Het beding biedt de wederpartij in dat geval de mogelijkheid een vordering in het leven te roepen die alleen in geval van een – op handend zijnd – faillissement behoeft te worden betaald. Een dergelijke aanspraak kan niet aan de schuldeisers in het faillissement worden tegengeworpen.

Is het beding zo ingericht dat de vordering steeds in geval van een voortijdige beëindiging van de overeenkomst ontstaat, dus ongeacht of die beëindiging vanwege het faillissement plaatsvindt of bijvoorbeeld vanwege een betalingsachterstand, dan is het mijns inziens evenzeer dubieus, omdat het de wederpartij in staat stelt in geval van faillissement een schadevergoedingsvordering in het leven te roepen zonder dat van enige tekortkoming van de schuldenaar sprake is. Het probleem zit hem dan echter niet zozeer in het ontstaan van de vordering tot schadevergoeding, die immers ook in geval van een tussentijdse beëindiging buiten faillissement kan ontstaan, als wel in het feit dat de curator door de werking van het *ipso facto*-beëindigingsbeding niet de mogelijkheid heeft het contract

100 Zie art. 2:246 BW.

101 Vgl. art. 37b lid 3 Fw, waarover § 7.5.2.2. Vgl. tevens art. 3.4.2 lid 4 van het voorontwerp Insolventiewet, welke bepaling clausules die de strekking hebben de overeenkomst *wegens insolventie* te doen eindigen tijdelijk buiten werking stelt. Zie over deze bepaling in het bijzonder § 7.6.2.

gestand te doen. De Hoge Raad lijkt deze constructie echter in beginsel te aanvaarden, zij het dat indien de curator tot nakoming bereid en in staat is, de wederpartij goede argumenten lijkt te moeten hebben waarom een beëindiging in verband met het faillissement desondanks gerechtvaardigd zou zijn.[102]

Zekerheidsrechten
Hoe zit het indien de met het oog op het faillissement gecreëerde vordering door een zekerheidsrecht is gedekt? Een relevant verschil is dat de schuldenaar in dat geval met de vestiging van het zekerheidsrecht reeds, zij het voorwaardelijk, over zijn vermogen heeft beschikt zónder de koppeling met het faillissement. Toch is dit verschil mijns inziens niet doorslaggevend. Van belang is dat het ook hier gaat om verhaal van een vordering die alleen in geval van faillissement behoeft te worden voldaan. Een dergelijke aanspraak behoort niet ten detrimente van de schuldeisers geldend te kunnen worden gemaakt, niet door verificatie en evenmin door verhaal op een door de schuldenaar gestelde zekerheid.[103] Is de zekerheid door een *derde* gesteld, dan staat mijns inziens niets aan het uitwinnen van die zekerheid in de weg. Wel zou ik menen dat de derde in dit geval níet met een eventuele regresvordering in het faillissement kan opkomen.

Het voorontwerp Insolventiewet
Ook het voorontwerp Insolventiewet bevat geen bepaling die in algemene zin beperkingen stelt aan de werking van boetebedingen die op de één of andere wijze zijn gekoppeld aan de insolventie van de schuldenaar. Voor zover dergelijke bedingen leiden tot een ongewenste en niet te rechtvaardigen herschikking van de positie van de schuldeisers in het zicht van of door de insolventverklaring, bieden volgens de Toelichting de algemene regels inzake nietigheden en vernietigbaarheden, de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en de actio pauliana voldoende mogelijkheden om dit te bestrijden.[104]

8.5.3 Bedingen die leiden tot een afname van het actief

8.5.3.1 Inleiding

De vorige paragraaf stond in het teken van clausules die in geval van faillissement leiden tot een vergroting van het *passief*. Thans is het de beurt aan die contractuele bedingen waarvan de werking op enigerlei wijze tot gevolg heeft dat het *actief* afneemt. Vanuit het perspectief van de schuldeisers zijn dergelijke bedingen in de

102 Zie HR 13 mei 2005, *NJ* 2005, 406, m.nt. PvS (*BaByXL*); HR 14 januari 2011, *NJ* 2011, 114, m.nt. PvS (*Aukema q.q./Uni-Invest*). Zie ook § 7.2.
103 Contractuele schadevergoedingsaanspraken die wél aan de curator kunnen worden tegengeworpen (en die op de voet van art. 37a Fw voor verificatie in aanmerking komen), kunnen mijns inziens ook zonder meer op door de schuldenaar gestelde zekerheden worden verhaald, uiteraard voor zover aan de in de zekerheidsdocumentatie gestelde voorwaarden is voldaan. De twijfel die J.J. van Hees, noot onder HR 14 januari 2011, *JOR* 2011, 101 (*Aukema q.q./Uni-Invest*), onder 8, op dit punt kennelijk heeft, deel ik niet. Zie nader § 4.7.4.2.
104 Zie Kortmann & Faber 2007, p. 232-233. Franken 2008, p. 593, meent daarentegen dat een specifieke bepaling die betrekking heeft op het boetebeding in het voorontwerp Insolventiewet node wordt gemist.

regel bezwaarlijker, nu de afname van actief in een faillissementssituatie van grotere invloed is op het uitkeringspercentage dan een evenredige toename van het passief.

De hier aan de orde gestelde clausules doen de gedachten in eerste instantie uitgaan naar de regeling van art. 35 lid 1 Fw, waaruit volgt dat indien op de dag van de faillietverklaring nog niet alle voor een levering door de schuldenaar noodzakelijke handelingen zijn verricht, de overdracht niet meer rechtsgeldig kan plaatsvinden.[105] Met deze bepaling wordt beoogd te bewerkstelligen dat een partij 'nimmer het recht kan verkrijgen om goederen waarop eenmaal krachtens het vonnis van faillietverklaring een gerechtelijk beslag rust, aan dat beslag eenzijdig te onttrekken.'[106] Zij heeft een grote reikwijdte en geldt tevens voor de levering in het kader van de vestiging of afstand van een beperkt recht en de verdeling van een gemeenschap.[107] Toch blokkeert art. 35 lid 1 Fw niet iedere contractuele constructie die erop is gericht om activa buiten de boedel te houden.

In de eerste plaats is mogelijk dat een aan de schuldenaar toekomend *vorderingsrecht* zo wordt vormgegeven dat het komt te vervallen op het moment dat hij in staat van faillissement geraakt. Dergelijke contractuele afspraken vormen het onderwerp van § 8.5.3.2. In de tweede plaats is denkbaar dat partijen art. 35 lid 1 Fw omzeilen door ervoor zorg te dragen dat alle leveringshandelingen reeds vóór het faillissement zijn verricht, maar de *overdracht* plaatsvindt onder de voorwaarde dat het faillissement intreedt. De vraag in hoeverre een dergelijke constructie aan de curator kan worden tegengeworpen, komt aan de orde in § 8.5.3.3.

8.5.3.2 Verval van een vorderingsrecht

Een sprekend voorbeeld van een contractueel beding op grond waarvan de aanspraken van één van de partijen in geval van faillissement kwamen te vervallen, was aan de orde in de Engelse zaak *Mayhew v King*.[108] Vervoersbedrijf Milbank en verzekeringstussenpersoon Towergate hadden een schikkingsovereenkomst gesloten op basis waarvan Towergate gehouden was Milbank schadeloos te stellen in verband met claims van een zekere Mayhew (die door een truck van Milbank was aangereden), waarvoor de verzekeraar van Milbank weigerde een schadeloosstelling af te geven. De hier bedoelde gehoudenheid van Towergate was evenwel geclausuleerd:

> 'In the event that Milbank is placed in liquidation, administration or a receiver is appointed or a voluntary arrangement is proposed for the purposes of Part 1 of the Insolvency Act 1986, at any time prior to the date upon which any payment by Towergate […] is due to be made, Milbank's right to indemnity from Towergate will cease with immediate effect and Towergate will automatically be released from all and any further obligation under the terms of this agreement.'

105 Strikt genomen verklaart art. 35 lid 1 Fw dat de *levering* in een voorkomend geval niet meer rechtsgeldig kan plaatsvinden, maar naar mag worden aangenomen wordt hier *overdracht* bedoeld. Zie S.C.J.J. Kortmann, noot onder HR 14 juli 2000, *NJ* 2001, 685 (*Lagero*).
106 Zie de MvT bij art. 35 (oud) Fw, Van der Feltz I, p. 398.
107 Zie de MvT bij het huidige art. 35 Fw, Kortmann & Faber 1995, p. 82.
108 Zie [2010] EWHC 1121 (Ch).

De *High Court* achtte dit beding strijdig met een oude *common law* regel die in de huidige tijd bekendstaat als de *anti-deprivation rule.*[109] De regel komt er in de kern op neer dat 'there cannot be a valid contract that a man's property shall remain his until his bankruptcy, and on the happening of that event shall go over to someone else, and be taken away from his creditors'.[110] Contractuele constructies die in strijd komen met de *anti-deprivation rule* zijn 'contrary to public policy' en dus nietig.[111] In hoger beroep werd de beslissing van de *High Court* in de zaak *Mayhew v King* in stand gelaten.[112]

In het Amerikaanse § 541(c)(1)(B) BC is onder meer bepaald dat 'an interest of the debtor in property becomes property of the estate […] notwithstanding any provision in an agreement […] that is conditioned on the insolvency or financial condition of the debtor [or] on the commencement of a case under this title […], and that effects or gives an option to effect a forfeiture, modification, or termination of the debtor's interest in property.' Het begrip 'property' heeft in dit verband een grote reikwijdte en omvat mede geldvorderingen[113] en andere contractuele rechten.[114] In 2009 oordeelde het *Ninth Circuit Court of Appeals* in *In re Dumont* dat § 541(c)(1)(B) BC 'renders ineffective any agreement or nonbankruptcy law that attempts to nullify bankruptcy estate's right to property on the ground that a bankruptcy filing occurred'.[115] Ook naar Amerikaans recht blijven bedingen waarvan de werking tot gevolg heeft dat een aan de debiteur toekomend vorderingsrecht komt te vervallen op het moment dat hij insolvent raakt, dus zonder effect.

Ik zou in grote lijnen hetzelfde willen aannemen voor het Nederlandse recht. Men neme het geval dat A aan B een rentevrije geldlening verstrekt van € 10.000, ineens terug te betalen na verloop van vijf jaar. Teneinde te voorkomen dat de door B verschuldigde geldsom bij een eventueel faillissement van A in de boedel valt, spreken zij af dat indien A's faillissement tijdens de looptijd van de lening wordt uitgesproken, de schuld komt te vervallen. Een dergelijke afspraak kan naar mijn mening niet aan de curator van A worden tegengeworpen op de gronden vermeld in § 8.5.2.[116] In de relatie A-B kan het beding evenwel worden gerespecteerd. In theorie zou B dus na afloop van het faillissement A kunnen aanspreken voor het bedrag dat hij aan de curator van A heeft moeten voldoen, voor zover althans uit de tussen hen bestaande afspraken niet anders voortvloeit.

---

109 Deze benaming is afkomstig van Neuberger J in *Money Markets International Stockbrokers Ltd v London Stock Exchange Ltd* [2002] 1 WLR 1150.
110 Zie *Ex p Jay, In re Harrison* (1880) 14 Ch D 19, 26 (Cotton LJ).
111 Zie Goode 2011, p. 2; Worthington 2011, p. 26.
112 Zie [2011] EWCA Civ 328.
113 Zie *In re Ralar Distributors, Inc.*, 4 F.3d 62, 67 (1st Cir.1993); *In re Jack Raley Const., Inc.*, 17 F.3d 291, 293 (9th Cir.1994).
114 Zie *Cinicola v. Scharffenberger*, 248 F.3d 110, 121 (3d Cir.2001).
115 Zie *In re Dumont*, 581 F.3d 1104, 1115 (9th Cir.2009).
116 Vgl. Rb. Rotterdam 2 juni 1931, *NJ* 1932, p. 984, waarin een beding dat de aanspraken van de failliete huurder jegens de verhuurder uit hoofde van een waarborgsom bij een beëindiging van de huur door de curator deed vervallen, nietig werd geacht.

Wat nu indien A aan B toezegt hem op zijn 21e verjaardag een bedrag van € 10.000 te zullen *schenken*, op voorwaarde dat B op dat moment niet in staat van faillissement verkeert. Kan die voorwaarde aan de curator van B worden tegengeworpen? Een dergelijke voorwaarde is vanzelfsprekend minder bezwaarlijk dan die in het eerste voorbeeld, nu de door A toegezegde betaling niet de tegenprestatie vormt voor een reeds vóór faillissement door B verrichte prestatie. B is in het geheel geen tegenprestatie verschuldigd. Ik neig ertoe de hier bedoelde afspraak om deze reden geoorloofd te achten. Een partij die om niet verkrijgt, geniet binnen ons rechtssysteem nu eenmaal minder bescherming dan degene die een tegenprestatie verricht.[117] Hetzelfde dient dan te gelden voor de schuldeisers van die partij. De curator van B kan A dus níet op B's 21e verjaardag tot betaling aanspreken.

Hoe dient tegen deze achtergrond te worden geoordeeld over een geval als aan de orde in de hiervoor genoemde zaak *Mayhew v King*? Stel dat A een aanrijding veroorzaakt met B en partijen overeenkomen dat A de door B geleden en nog te lijden schade tot een zeker maximumbedrag zal vergoeden, maar dat B's aanspraken komen te vervallen indien hij in staat van faillissement wordt verklaard. Waarom kan die afspraak níet aan de curator van B worden tegengeworpen? Mijns inziens is in dit kader doorslaggevend dat B weliswaar niet gehouden is om ten laste van zijn vermogen een tegenprestatie te verrichten, maar zijn vermogen wél is aangetast en de door A verschuldigde prestatie voor díe aantasting de compensatie vormt.

Duurverbintenissen

De zaak wordt minder duidelijk wanneer een *duurverbintenis* in het geding is. Illustratief is een procedure tussen de curatoren van Megapool en LaSer, die diende voor de Rechtbank Amsterdam.[118] Wat was het geval? Tussen Megapool en LaSer bestond een overeenkomst op grond waarvan consumenten in staat werden gesteld om bij de financiering van aankopen bij Megapool gebruik te maken van een door LaSer ter beschikking te stellen kredietfaciliteit. Consumenten kregen daartoe een kaart (de Megacard) waarmee zij hun aankopen konden doen. Indien bij een aankoop van die kaart gebruik werd gemaakt, werd het aankoopbedrag direct door LaSer aan Megapool voldaan. De consument diende dan vervolgens de koopsom binnen een termijn van zes maanden aan LaSer te voldoen. Werd het aankoopbedrag níet binnen die termijn voldaan, dan was de consument verplicht bij LaSer een geldlening af te sluiten met een looptijd van maximaal drie jaar. In dat geval ontving Megapool van LaSer maandelijks een provisie ten belope van een percentage van het uitstaande saldo (de 'uitloopprovisie'). Het recht van Megapool op de uitloopprovisie kwam te vervallen zodra het contract zou worden beëindigd. Partijen hadden de bevoegdheid het contract tussentijds te beëindigen indien de andere partij surseance of faillissement had

117 Vgl. de MvT bij art. 35b Fw, waarin de regel dat aan een door de *schuldenaar* gedane gift onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling die op de dag van de faillietverklaring nog niet was vervuld of verschenen, de begiftigde generlei aanspraak tegen de boedel kan ontlenen, mede op deze grond wordt verdedigd. Vgl. voorts art. 42 Fw.

118 Zie Rb. Amsterdam 22 april 2009, *JOR* 2010, 46.

aangevraagd, in staat van faillissement was verklaard, buiten faillissement aan zijn crediteuren een akkoord aanbood en steeds indien bepalingen uit de overeenkomst niet werden nagekomen en de tekortkoming niet binnen veertien dagen zou zijn opgeheven.

Op 5 april 2004 heeft Megapool surseance van betaling aangevraagd. Nog diezelfde dag is het contract door LaSer met onmiddellijke ingang beëindigd, waarna zij de provisiebetalingen aan Megapool heeft gestaakt. Op 8 april 2004 is het faillissement van Megapool uitgesproken. De curatoren hebben vervolgens in rechte doorbetaling van de uitloopprovisie gevorderd, waarbij zij zich onder meer op het standpunt stelden dat het beding dat het recht van Megapool op de uitloopprovisie bij beëindiging van de overeenkomst kwam te vervallen, nietig zou zijn wegens strijd met de openbare orde of de goede zeden. Ter onderbouwing wezen zij er mede op dat het verval van het recht op de provisie ná datum faillissement niet door de beugel van art. 3:276 BW kon. De rechtbank volgde de curatoren hierin niet:

> 'De bepalingen in de overeenkomst staan een verhaalsrecht van schuldeisers op de goederen van Megapool niet in de weg. Vanwege de gevolgen van de beëindiging van de Overeenkomst behoren tot die goederen nu eenmaal niet de Uitloopprovisie die zonder faillissement verschuldigd zou zijn geweest. Aan art. 3:276 Burgerlijk Wetboek kan niet de strekking worden toegekend dat dit een beding verbiedt waarbij een verbintenis in het leven wordt geroepen onder de ontbindende voorwaarde van faillissement.'

Hoe hierover te oordelen? Vooropgesteld zij, dat voor zover de rechtbank met de laatste zin van de geciteerde overweging bedoelt te zeggen – en daar lijkt het op – dat op een beding dat een verbintenis in het leven roept onder de ontbindende voorwaarde van faillissement in beginsel niets valt af te dingen, deze overweging mijns inziens in zoverre onjuist is. Indien de partijen A en B in het hiervoor gegeven voorbeeld hun afspraak dat de vordering van A op B in geval van faillissement van A komt te vervallen, zouden vormgeven door een verbintenis onder ontbindende voorwaarde van faillissement in het leven te roepen, heb ik weinig twijfel dat B ook deze afspraak niet aan de curator van A kan tegenwerpen.

Maar hoe zit dit in het concrete geval? Het verval van het recht op de provisie was in het algemeen gekoppeld aan een *beëindiging* van de overeenkomst (van een verbintenis onder ontbindende voorwaarde van faillissement was géén sprake), terwijl Laser niet alleen bevoegd was het contract tussentijds te beëindigen in verband met een surseance of faillissement, maar steeds indien sprake was van een tekortkoming in de nakoming die niet binnen veertien dagen was opgeheven. Dit verval kon zich dus ook buiten een insolventiescenario voordoen, hetgeen in het kader van de vraag of het beding jegens de curator kan worden ingeroepen een relevante omstandigheid is.[119] Toch legde het contract nog steeds additionele nadelen op het bord van de schuldeisers van Megapool die Megapool zelf buiten faillissement níet had, nu Laser immers het recht had de overeenkomst – en daarmee

119 In dezelfde zin: Eggens 1927, p. 61; Verstijlen 2006a, p. 138. Zie ook § 8.5.2.

het recht van Megapool op de uitloopprovisie – te beëindigen zonder dat van enige tekortkoming sprake was. De curatoren hadden tegen die *ipso facto* beëindiging evenwel met een beroep op art. 6:248 lid 2 BW kunnen ageren indien zij bereid en in staat waren geweest om de overeenkomst na te komen.[120] Nu dit laatste kennelijk niet het geval was, komt de uitkomst van de procedure mij juist voor.

Wat echter indien het verval van het recht op de provisie louter zou zijn gekoppeld aan de beëindiging van de overeenkomst in verband met het faillissement van Megapool, of – om het punt helemaal op de spits te drijven – de verbintenis tot provisiebetaling zou zijn aangegaan onder de ontbindende voorwaarde van faillissement? Voor de Rechtbank Amsterdam zou dit vermoedelijk geen verschil hebben gemaakt, nu zij in haar vonnis uitdrukkelijk rept van een verbintenis onder ontbindende voorwaarde van faillissement. Maar is dat terecht? Wat is hier het principiële verschil met de situatie dat de vordering van A op B in geval van faillissement van A komt te vervallen? En waarom zou bijvoorbeeld een licentie- of leasecontract in geval van faillissement in beginsel wél *ipso facto* mogen eindigen c.q. worden beëindigd? Wordt de curator ook in dit laatste geval niet beroofd van contractuele (gebruiks)rechten die bij gebreke van een beëindiging van de overeenkomst in potentie ten behoeve van de schuldeisers lonend zouden kunnen worden gemaakt?

In Engeland wordt voor de toepassing van de *anti-deprivation rule* onderscheid gemaakt tussen *determinable interests* en *defeasible interests*, waarbij alleen de laatste onder het bereik van de regel vallen. Dit onderscheid wordt door de *Supreme Court* in de geruchtmakende *Perpetual Trustee*-zaak uit 2011 als volgt toegelicht:

> 'A determinable interest is an interest the quantum of which is limited by the stipulated event, so that the occurence of that event marks the end of the duration of the interest, whereas a defeasible interest is one which is granted outright and then forfeited.'[121]

De grens tussen tussen *determinable interests* en *defeasible interests* is lang niet altijd scherp te trekken en is daarmee voer voor debat. Recentelijk heeft Worthington geprobeerd de *anti-deprivation rule* in dit opzicht nader af te bakenen op een wijze die naar haar oordeel met alle relevante jurisprudentie in overeenstemming is.[122] Zij komt tot de volgende tweedeling:

> 'If the proprietary interest in question can *only* and must *necessarily* be defined in a time-limited way, then it is legitimate to define the time limitation in any way the parties choose, including by reference to the insolvency of the interest-holder. Leases, licences, rights to interest payments and dividend payments, rights to income and annuities all fall into this category. Within this category,

120 Zie HR 13 mei 2005, *NJ* 2005, 406, m.nt. PvS (*BaByXL*). Zie voorts nader § 7.2.

121 Zie *Belmont Park Investments PTY Limited v BNY Corporate Trustee Services Limited and Lehman Brothers Special Financing Inc*, [2011] UKSC 38, nr. 87.

122 De hier bedoelde publicatie van Worthington dateert van vóór het arrest van de *Supreme Court* in de genoemde *Perpetual Trustee*-zaak, waarin de *anti-deprivation rule* centraal stond. Uit dit arrest volgt dat in ieder geval één aspect van het door Worthington gesignaleerde onderscheid nuancering behoeft. Naar het oordeel van de *Supreme Court* is níet beslissend of het desbetreffende beding reeds bij aanvang ('from the outset') is gemaakt of eerst in een later stadium is overeengekomen. Zie *Belmont Park Investments PTY Limited v BNY Corporate Trustee Services Limited and Lehman Brothers Special Financing Inc*, [2011] UKSC 38, nr. 105.

> a party can agree to receive (by gift or by contract) such assets in a way that is time limited from the outset, including a time limitation that determines on the party's insolvency. Only in these cases it is true to say that the limitation marks the bounds of the right, so the right terminates, or is determined, on the insolvency trigger, and the insolvent's estate is not illegitimately deprived of an asset it would otherwise have for distribution.'
>
> 'By contrast, with all other proprietary rights, the insertion of a time limitation effects a forfeiture; it does not simply define the term of the interest. In this category are houses, shares, patents, debts, royalties, and so on. In this category, if a time limitation is inserted, and if it is triggered by the right-holder's insolvency, then the limitation is void. It will be regarded as designed to ensure that the asset – or some part of it – will 'remain [the insolvent's] until his bankruptcy, and on the happening of that event shall go over to someone else, and be taken away from his creditors.' This offends the insolvency-deprivation rule, and the arrangement is void. The courts can run a blue pencil through the provision.'[123]

Vertaald naar het Nederlandse recht en toegespitst op de in deze paragraaf aan de orde gestelde problematiek lijkt het door Worthington uit de rechtspraak gedestilleerde onderscheid neer te komen op een onderscheid tussen verbintenissen die alleen bij wijze van *duurverbintenis* kunnen worden aangegaan en die waarbij dat níet het geval is. Ik zou dit onderscheid voor het Nederlandse recht niet willen volgen. Naar mijn mening valt niet goed in te zien waarom het enkele feit dat een verbintenis alleen als duurverbintenis kan worden aangegaan, zou rechtvaardigen dat partijen overeen kunnen komen dat de uit die verbintenis voortvloeiende aanspraken komen te vervallen of de daaraan ten grondslag liggende overeenkomst eindigt c.q. kan worden beëindigd indien de schuldeiser van die verbintenis failleert. Ook in Engeland wordt aan de wenselijkheid van het in de rechtspraak gemaakte onderscheid tussen *determinable interests* en *defeasible interests* getwijfeld. Zo schreef Goode naar aanleiding van het arrest van de *Court of Appeal* in de *Perpetual Trustee*-zaak:

> 'The difference between a determinable interest, limited to last until bankruptcy, and an interest forfeitable on bankruptcy as a condition subsequent, turning as it does on fine verbal distinctions, has rightly been characterised as "little short of disgraceful to our jurisprudence" when applied to "a rule professedly founded on considerations of public policy" […]. Similarly, a contract right, a lease and a licence are all assets of a company and may be extremely valuable. Why should their contractual termination on liquidation or administration not be characterised as the withdrawal of an asset from the company's general creditors, contrary to the anti-deprivation rule? However, the principle that a termination clause is not an attempt to remove an asset from the company but simply a delineation of the quantum of the asset or the duration of the transferee's entitlement seems too well established to be dislodged otherwise than by legislation.'[124]

123 Worthington 2010, p. 37. Zie ook Worthington 2011, p. 34-36. Instemmend: Davies 2011, p. 236.
124 Zie Goode 2011, p. 6.

In het arrest van de *Supreme Court* in de *Pepetual Trustee*-zaak worden deze beschouwingen van Goode instemmend geparafraseerd.[125]

Terug naar het Nederlandse recht. Ten aanzien van verbintenissen die een duurkarakter dragen en waarbij de daaruit voortvloeiende aanspraken van de gefailleerde de tegenprestatie vormen voor prestaties die reeds door hem zijn verricht (of die anderszins een compensatie vormen voor een reductie van zijn vermogen), zie ik in dit kader geen relevant verschil met verbintenissen die een dergelijk karakter ontberen. Het voortbestaan van de daaruit voortvloeiende aanspraken kan niet met werking jegens de curator afhankelijk worden gemaakt van het faillissement van de schuldeiser daarvan, ongeacht of die aanspraken op datum faillissement als bestaand of toekomstig moeten worden aangemerkt. Indien bijvoorbeeld A met B overeenkomt dat hij hem als tegenprestatie voor in het verleden door B verleende diensten voor een periode van vijf jaar maandelijks een bedrag van € 500 zal betalen, maar het recht van B komt te vervallen zodra hij failleert, kan de curator van B naar mijn mening A desondanks maandelijks tot afdracht aanspreken. Zou in het hiervoor gegeven voorbeeld uit het faillissement van Megapool de verbintenis tot betaling van de uitloopprovisie zijn aangegaan onder de ontbindende voorwaarde van faillissement, dan zou LaSer het verval van het recht van Megapool op die provisie mijns inziens níet aan de curator hebben kunnen tegenwerpen, omdat dit recht de tegenprestatie leek te vormen voor prestaties die reeds door Megapool waren verricht (*i.e.* het bezorgen van de desbetreffende cliënten aan LaSer).

Indien het gaat om aanspraken die de tegenprestatie vormen voor prestaties die nog door de gefailleerde dienen te worden verricht, is het verval van die aanspraken als gevolg van het intreden van een aan het faillissement gerelateerde ontbindende voorwaarde allicht minder bezwaarlijk.[126] Niettemin zou ik menen dat ook hier het beding in beginsel – uitzonderingen daargelaten[127] – níet aan de curator zou moeten kunnen worden tegengeworpen, zodat de curator steeds de mogelijkheid heeft van zijn keuzerecht gebruik te maken, zoals dat ingevolge § 365(e)(1) BC eveneens het geval is in de Verenigde Staten.[128] Hoewel de Hoge Raad *ipso facto*-beëindigingsbedingen in het BaByXL-arrest lijkt te sanctioneren, kan mijns inziens uit ditzelfde arrest worden afgeleid dat de curator die bereid en in staat is de overeenkomst gestand te doen, daartoe in beginsel op grond van art. 6:248 lid 2 BW in de gelegenheid moet worden gesteld.[129]

---

125 Zie *Belmont Park Investments PTY Limited v BNY Corporate Trustee Services Limited and Lehman Brothers Special Financing Inc*, [2011] UKSC 38, nr. 87-88.

126 Vgl. *Lomas v JFB Firth Rixson Inc* [2010] EWHC 3372 (Ch), nr. 108.

127 Zie voor voorbeelden van situaties waarin een *ipso facto* beëindiging naar mijn mening wél gerechtvaardigd kan zijn § 7.2.

128 In *Matter of Superior Toy & Mfg. Co., Inc.*, 78 F.3d 1169, 1174 (7th Cir.1996) oordeelde het *Seventh Circuit Court of Appeals* in algemene zin: 'Section 365(e) invalidates bankruptcy clauses […]. [T]he parties no longer can contract freely to terminate their arrangement upon bankruptcy'. Zie nader § 7.2.

129 Zie § 7.2.

Met het faillissement vergelijkbare condities
In § 8.5.2 is reeds aangestipt dat het toepassingsbereik van het Amerikaanse § 365(e)(1) BC niet is beperkt tot clausules waarin een koppeling met de procedure zélf is aangebracht. § 541(c)(1)(B) BC is daartoe evenmin beperkt. Beide bepalingen treffen 'any provision in an agreement […] that is conditioned on the insolvency or financial condition of the debtor'.

Hetzelfde zou ik willen aannemen voor het Nederlandse recht. Niet alleen bedingen die het verval van contractuele aanspraken rechtstreeks koppelen aan de intrede van het faillissement, maar al die clausules die op enigerlei wijze zijn geconditioneerd op de insolventie van de schuldenaar kunnen mijns inziens níet aan de curator worden tegengeworpen.

8.5.3.3 Overdracht onder voorwaarde van faillissement

Ten slotte besteed ik nog aandacht aan de situatie dat de schuldenaar partij is bij een overdracht onder de voorwaarde dat zijn faillissement intreedt. In dit kader zijn twee varianten denkbaar: (i) een overdracht *aan* de schuldenaar onder *ontbindende* voorwaarde en (ii) een overdracht *door* de schuldenaar onder *opschortende* voorwaarde van faillissement. Omwille van de eenvoud en vanwege de grotere relevantie voor de praktijk beperk ik mij hierna in eerste instantie tot de *tweede* variant.

De overdracht onder *opschortende* voorwaarde van faillissement staat in de rechtspraktijk sinds enige tijd nadrukkelijk in de belangstelling. De toegenomen aandacht voor deze rechtsfiguur lijkt in overwegende mate te kunnen worden verklaard door het eind 2006 door de Hoge Raad gewezen Nebula-arrest en de (potentiële) consequenties daarvan voor de positie van partijen die van de schuldenaar in goeden doen een contractueel gebruiksrecht hebben verkregen, zoals de huurder, de lessee en de houder van een licentie.[130] Waar voordien in de literatuur min of meer *communis opinio* was dat de hier bedoelde partijen in de regel weinig van het faillissement van hun contractuele wederpartij te vrezen hadden indien zij hun eigen verplichtingen stipt bleven nakomen,[131] bestaat daarover thans in veel gevallen op zijn minst grote onzekerheid.[132] Teneinde die onzekerheid het hoofd te bieden wordt in de praktijk gezocht naar constructies die enerzijds de gebruiksgerechtigde in faillissement een sterkere – goederenrechtelijke – positie verschaffen en anderzijds zo min mogelijk afbreuk doen aan de positie van diens wederpartij buiten faillissement. De constructie die bij uitstek aan de hier bedoelde belangen van beide partijen recht doet, is de overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement. Naast gevallen waarin wordt beoogd te bewerkstelligen dat het gebruik ondanks een faillissement zal kunnen worden gecontinueerd, laten zich

130 Zie HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. PvS.
131 Zie § 5.2.1.
132 Zie over de positie van de huurder en de licentiehouder in het post-Nebula tijdperk respectievelijk § 5.3.1 en § 5.3.2.

ook andere situaties denken waarin een dergelijke constructie nuttig kan zijn. Men denke bijvoorbeeld aan de situatie dat een belangrijk bedrijfsonderdeel is geoutsourcet naar een derde en het bedrijf zich tegen een faillissement van die derde wil wapenen door zich de relevante systemen voorwaardelijk te laten overdragen. Voor een overdracht onder de opschortende voorwaarde van faillissement kunnen kortom diverse goede – en *bona fide* – redenen bestaan.

In Engeland is de overdracht van activa onder de voorwaarde van het intreden van een insolventieprocedure in beginsel in strijd met de in § 8.5.3.2 besproken *anti-deprivation rule.* Een belangrijke voorwaarde voor toepasselijkheid van deze regel is evenwel dat sprake moet zijn van 'a deliberate intention to evade the insolvency laws'.[133] In de woorden van de *Supreme Court* in zijn arrest in de *Perpetual Trustee*-zaak:

> 'The policy behind the anti-deprivation rule is clear, that the parties cannot, on bankruptcy, deprive the bankrupt of property which would otherwise be available for creditors. It is possible to give that policy a common sense application which prevents its application to bona fide commercial transactions which do not have as their predominant purpose, or one of there main purposes, the deprivation of the property of one of the parties on bankruptcy.'[134]

In de hier bedoelde zaak hadden de *administrators* van *Lehman Brothers Special Financing* zich met een beroep op de *anti-deprivation rule* verzet tegen de werking van een contractueel beding (*flip clause*) dat in geval van een *event of default* een aan haar toekomend zekerheidsrecht (*charge*) van rang deed wisselen met een in eerste instantie lager gerangschikt zekerheidsrecht van *Perpetual Trustee.* Eén van die *events of default* betrof de toepassing van een procedure onder het Amerikaanse *Chapter 11.* De *Court of Appeal* achtte de clausule toelaatbaar en de *Supreme Court* ging daarin mee. Hij overwoog daartoe dat sprake was van 'a complex commercial transaction entered into in good faith' en dat bovendien

> '[t]here has never been any suggestion that those provisions were deliberately intended to evade insolvency law. That is obvious in any event from the wide range of non-insolvency circumstances capable of constituting an Event of Default under the Swap Agreement.'[135]

In de Verenigde Staten worden de in deze paragraaf aan de orde gestelde clausules door § 541(c)(1)(B) BC geheel in de ban gedaan.[136] Dat geldt ook voor de *flip clause* die voorwerp was van geschil in de *Perpetual Trustee*-zaak. In *In re Lehman Brothers Special Financing Inc v. BNY Corporate Trustee Services Ltd*

133 Zie *Belmont Park Investments PTY Limited v BNY Corporate Trustee Services Limited and Lehman Brothers Special Financing Inc*, [2011] UKSC 38, nr. 74-79 en de daar vermelde verwijzingen.
134 Zie *Belmont Park Investments PTY Limited v BNY Corporate Trustee Services Limited and Lehman Brothers Special Financing Inc*, [2011] UKSC 38, nr. 104.
135 Zie *Belmont Park Investments PTY Limited v BNY Corporate Trustee Services Limited and Lehman Brothers Special Financing Inc*, [2011] UKSC 38, nr. 108-109.
136 Zie over deze bepaling nader § 8.5.3.2.

oordeelde de *Bankruptcy Court* dat zij níet afdwingbaar was wegens strijd met § 365(e)(1) en § 541(c)(1)(B) BC.[137]

In Nederland ligt de kwestie aanzienlijk minder duidelijk. Richtinggevende jurisprudentie is niet voorhanden. De literatuur is verdeeld. In haar preadvies voor de KNB uit 2009 schrijft Thiele dat 'niet volledig zeker' is of een overdracht onder opschortende voorwaarde van het faillissement van de vervreemder werkt. Naar haar oordeel kan niet worden uitgesloten dat het fixatiebeginsel roet in het eten zal gooien.[138] Van Engelen ziet een overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement stranden op de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder.[139] Volgens Reehuis zal een overdracht onder opschortende voorwaarde van een faillissementsaanvraag een overdracht tot zekerheid zijn, zodat deze op de voet van art. 3:84 lid 3 BW geen werking heeft.[140] Naar mag worden aangenomen zal hij niet anders oordelen over een overdracht onder de voorwaarde dat het faillissement intreedt. Keukens en Wibier zijn er daarentegen van overtuigd dat het fiduciaverbod in het licht van de wijze waarop de Hoge Raad hieraan invulling heeft gegeven in het Sogelease-arrest in de regel géén probleem zal hoeven op te leveren.[141] Zij zien evenwel een reëel probleem in de regeling van de faillissementspauliana en onder bepaalde omstandigheden tevens in art. 3:40 BW.[142] De visie van Keukens en Wibier wordt bestreden door Winters. Hij stelt dat met een overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement niets mis is indien daaraan een 'zakelijke reden' ten grondslag ligt. Vindt de overdracht plaats met het uitsluitende motief om de verkrijger te bevoordelen boven de andere schuldeisers, dan is zijns inziens een vernietiging van de transactie met behulp van de faillissementspauliana niet de geëigende weg, maar staan de curator andere middelen ter beschikking, zoals een beroep op art. 3:40 BW en de door de schuldeisers onderling in acht te nemen redelijkheid en billijkheid.[143]

Wie heeft gelijk? Van strijd met het fixatiebeginsel is mijns inziens in ieder geval géén sprake, zoals dat bijvoorbeeld ten aanzien van een overdracht onder opschortende voorwaarde van betaling van de koopprijs waarbij de voorwaarde ná de intrede van het faillissement wordt vervuld, evenmin het geval is.[144] Ook het feit dat de vervreemder als gevolg van de intrede van het faillissement (relatief) beschikkingsonbevoegd wordt, staat er niet aan in de weg dat de overdracht wordt geëffectueerd. Noodzakelijk, maar ook voldoende is dat sprake is van beschikkingsbevoegdheid op het moment dat de *voorwaardelijke* overdracht tot stand

137 Zie *In re Lehman Brothers Special Financing Inc v. BNY Corporate Trustee Services Ltd*, Case no. 09-1242 (Bankr. S.D.N.Y 2010). Zie in het bijzonder de conclusie, waarin *Judge* Peck constateert dat zijn beslissing BNY in een lastig parket brengt vanwege het feit dat zij diametraal staat op die van het Engelse *Court of Appeal* in de *Perpetual Trustee*-zaak (zie [2009] EWCA Civ 1160) en partijen om die reden oproept 'to work in a cooperative way to identify means to reconcile the conflicting judgments'.
138 Zie Thiele 2009, p. 107.
139 Zie Van Engelen 2009, p. 306, voetnoot 33.
140 Zie Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 127.
141 Zie HR 19 mei 1995, *NJ* 1996, 119, m.nt. WMK (*Sogelease*).
142 Zie Keukens & Wibier 2011, p. 380-382.
143 Zie Winters 2011, p. 623-625.
144 Zie § 2.3.2.

komt.[145] Met Keukens en Wibier meen ik dat een overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement níet per definitie in strijd is met de regel van art. 3:84 lid 3 BW.[146] Integendeel; in veel gevallen – zoals die genoemd aan het begin van deze paragraaf – zal van een schending van het fiduciaverbod géén sprake zijn. De overdracht strekt er in die gevallen immers niet zozeer toe om de schuldeiser een zekerheid te verschaffen waarop hij zich bij voorrang kan verhalen, als wel om hem in staat te stellen het gebruik van het goed te continueren, hetgeen niet door middel van de vestiging van een pand- of hypotheekrecht kan worden gerealiseerd.[147]

Wat resteert, is de principiële vraag die Keukens en Wibier enerzijds en Winters anderzijds verdeeld houdt: is een overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement in relatie tot de schuldeisers van de vervreemder een geoorloofde constructie of niet? In dit kader dient naar mijn mening tussen een drietal situaties te worden onderscheiden: (i) de overdracht vindt plaats om niet of tegen een te lage vergoeding, (ii) de overdracht vindt plaats tegen een reële vergoeding die reeds (gedeeltelijk) vóór datum faillissement is voldaan en (iii) de overdracht vindt plaats tegen een reële vergoeding, waarvan de verschuldigdheid evenzeer tot het moment van de faillietverklaring is opgeschort.

Situatie (i)

Omtrent de *eerste* situatie kan mijns inziens weinig twijfel bestaan. Waar het in verband met het faillissement ontstaan van een additionele schuld of vervallen van een vorderingsrecht niet aan de curator kan worden tegengeworpen, moet hetzelfde gelden voor een overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement, indien die overdracht plaatsvindt om niet of tegen een vergoeding die niet correspondeert met de waarde van de desbetreffende goederen. Ook dit betreft geen transactie met een reële economische betekenis. Zij dient er slechts toe de verkrijger een voordeel toe te spelen over de rug van de gezamenlijke schuldeisers. Het intreden van de voorwaarde kan dan ook niet aan de schuldeisers worden tegengeworpen op de gronden vermeld in § 8.5.2. De curator kan de relevante goederen ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers te gelde maken, zonder daarbij te worden gehinderd door eventuele aanspraken van de door de schuldenaar beoogde verkrijger.[148]

Situatie (ii)

Minder evident is de *tweede* situatie, waarin door de verkrijger een reële vergoeding voor de voorwaardelijk overgedragen goederen is betaald, welke vergoeding zich met de intrede van het faillissement echter niet meer in het actieve vermogen van de schuldenaar bevindt. In § 8.5.2 kwam aan de orde dat uit de memorie van toelichting bij het in 1992 ingevoerde art. 35b Fw kan worden afgeleid dat de

145 Vgl. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, p. 97-98, nr. 125.
146 In deze zin ook: Winters 2011, p. 623.
147 Zie HR 19 mei 1995, *NJ* 1996, 119, m.nt. WMK (*Sogelease*), r.o. 4.3.3.
148 Ook Winters zal naar ik aanneem van mening zijn dat de transactie in een geval als hier bedoeld niet aan de curator kan worden tegengeworpen, nu daaraan – in de woorden van Winters – geen 'zakelijke reden' ten grondslag ligt; zie Winters 2011, p. 625.

wetgever ervan uitgaat dat in situaties waarin een rechtshandeling wordt aangegaan onder opschortende voorwaarde van faillissement, maar op een moment dat het faillissement nog in geen velden of wegen te bekennen is, de regeling van art. 42 Fw géén rol speelt. Dergelijke rechtshandelingen zijn dan in beginsel geldig.[149] Ten aanzien van onder een dergelijke voorwaarde door de schuldenaar gedane giften achtte de wetgever om deze reden een nadere regeling noodzakelijk. Hij meende dat het jegens de schuldeisers niet redelijk is dat aan een dergelijke rechtshandeling ondanks het faillissement gevolg wordt gegeven, terwijl het jegens de begunstigde niet onredelijk is hem de gift te onthouden, nu 'in ons recht in het algemeen hij die om niet verkrijgt, veelal minder bescherming [geniet] dan degene die een tegenprestatie verricht of heeft verricht'.[150]

De onderhavige situatie is evenwel van een geheel andere orde. Van een gift is geen sprake; het contract is in evenwicht. Weliswaar is de (reële) tegenprestatie op datum faillissement niet meer (integraal) beschikbaar en bevinden de voorwaardelijk overgedragen goederen zich nog in het vermogen van de schuldenaar, maar in dit opzicht verschilt een transactie als hier bedoeld niet wezenlijk van een transactie waarbij een door de schuldenaar onder eigendomsvoorbehoud geleverde machine met een waarde van € 50.000 ná datum faillissement uit de boedel verdwijnt doordat de schuldeiser in kwestie het restant van de koopsom ten belope van € 5.000 voldoet. Het enige relevante verschil lijkt dan te zijn dat in het eerste geval de voorwaarde aan het faillissement is gekoppeld en in het tweede niet. Maakt die koppeling aan het faillissement de transactie hier per definitie dubieus, zoals dat naar Amerikaans recht het geval is? Of is – evenals naar Engels recht – van belang of de partijen in de gegeven omstandigheden *bona fide* intenties hadden, in die zin dat niet zozeer werd beoogd om de positie van één van hen als schuldeiser in het faillissement van de ander te verstevigen, maar bijvoorbeeld om diens eigen bedrijfsvoering veilig te stellen?

Na enig wikken en wegen kom ik tot het oordeel dat de koppeling met het faillissement de transactie per definitie kwestieus maakt, dus ongeacht de intenties van de daarbij betrokken partijen.[151] Door enerzijds de tegenprestatie aan de schuldenaar ten goede te laten komen op een moment dat hij nog in goeden doen is en anderzijds de werking van de overdracht uit te stellen tot een moment waarop er onvoldoende middelen zullen zijn om alle schuldeisers te voldoen, nemen de partijen op de koop toe dat indien de overdracht wordt geëffectueerd, de schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden zullen worden benadeeld. De transactie is inherent benadelend; zodra zij effectief wordt, is de benadeling gegeven. Om deze reden kan zij mijns inziens ook in dit geval niet aan de schuldeisers worden tegengeworpen, op de gronden vermeld in § 8.5.2.

149 Vgl. HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 578, m.nt. PvS (*Van Dooren q.q./ABN AMRO I*), r.o. 3.6: 'In de bedoelde artikelen [42 en 47 Fw] liggen […] mede regels besloten ten aanzien van hetgeen in de periode vóór het faillissement tussen de aanstaande gefailleerde en zijn schuldeisers geoorloofd is.'

150 Zie Kortmann & Faber 1995, p. 88.

151 Vgl. Keukens & Wibier 2011, p. 379-382. Vgl. voor het Engelse recht: Worthington 2010, p. 31; Worthington 2011, p. 30, nr. 6. Anders: Winters 2011, p. 625.

Situatie (iii)

Of het voor de praktijk veel uitmaakt dat de sub (ii) hiervoor besproken constructie niet faillissementsbestendig is, zal afhangen van de vraag of de *derde* variant werkt. Ook daarover kan men enige aarzeling hebben. Kennelijk had de schuldenaar goede redenen om zijn goederenrechtelijke aanspraken niet prijs te geven, zelfs niet tegen ontvangst van een reële vergoeding. Is het dan aanvaardbaar dat hij die aanspraken wél op voorhand prijsgeeft voor de situatie dat hij er toch niet meer zelf over kan beschikken? Ik meen van wel. Indien de onttrekking van de activa aan de boedel door de vervulling van de voorwaarde op adequate wijze wordt gecompenseerd door middel van een betaling aan de curator, bestaat geen goede reden daaraan de door partijen beoogde werking te onthouden.[152] Waar de schuldeisers door de transactie niet worden benadeeld, is het feit dat de schuldenaar buiten faillissement niet tot die transactie bereid was irrelevant. Indien het de verkrijger erom te doen is een reeds aan hem toekomend gebruiksrecht ook na faillissement te kunnen handhaven of zich er anderszins van te verzekeren dat zijn eigen bedrijfsvoering niet in gevaar komt, is het uitstellen van de voldoening van de tegenprestatie dus de geëigende weg, bijvoorbeeld door terzake een verbintenis onder dezelfde voorwaarde aan te gaan. Het komt mij voor dat dit in een dergelijke situatie ook de meest voor de hand liggende route is. Waarom zou immers reeds op voorhand worden betaald voor een transactie die wellicht nooit zal plaatsvinden?

In Engeland wordt aangenomen dat indien de verkrijger de boedel voor de desbetreffende activa 'fair value' of 'market value' betaalt, van schending van de *anti-deprivation rule* géén sprake is.[153] Voor het Nederlandse recht zou ik willen verdedigen dat dit niet steeds afdoende is. Indien de werking van de voorwaardelijke overdracht bijvoorbeeld de voortzetting van de onderneming of een overdracht *going concern* frustreert, zal niet zozeer de marktwaarde, als wel de door de boedel misgelopen waarde door de verkrijger moeten worden vergoed.

Volgens Keukens en Wibier heeft de hele constructie van overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement in het hier bedoelde geval weinig zin, omdat een dergelijke deal naar hun oordeel ook moeiteloos met de curator kan worden gesloten.[154] Een partij wier eigen voortbestaan in belangrijke mate van de betreffende goederen afhankelijk is, zal er in de regel echter niet op willen vertrouwen dat de curator – zonder vertraging – zijn medewerking verleent. Belangrijker is dat zij niet steeds direct van de intrede van een faillissement op de hoogte zal zijn en dus het risico loopt dat de curator de activa aan een derde verkoopt, zonder dat dit achteraf nog valt te redresseren. Door middel van een overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement, kunnen deze risico's worden gemitigeerd.

---

152 In dezelfde zin: Winters 2011, p. 623.

153 Zie *Whitmore v Mason* (1861) 2 J&H 204; *Borland's Trustee v Steel Bros & Co Ltd* [1901] 1 Ch 279. Zie ook Worthington 2010, p. 35; Worthington 2011, p. 37; Davies 2011, p. 234.

154 Zie Wibier & Keukens 2011, p. 626.

Overdracht onder ontbindende voorwaarde van faillissement
Ten aanzien van een overdracht *aan* de schuldenaar onder de *ontbindende* voorwaarde van faillissement geldt het voorgaande mijns inziens *mutatis mutandis.* De totstandkoming van de overdracht is niet strijdig met het fixatiebeginsel, zij stuit door de werking van art. 3:84 lid 4 BW evenmin op de beschikkingsonbevoegdheid van de oorspronkelijke verkrijger en is niet *per se* een verboden overdracht in de zin van art. 3:84 lid 3 BW.[155] Een dergelijke transactie kan evenwel alleen aan de curator worden tegengeworpen indien de boedel op adequate wijze wordt gecompenseerd, zodat van benadeling van schuldeisers geen sprake is.

Met het faillissement vergelijkbare condities
In § 8.5.3.2 kwam reeds aan de orde dat de werking van het Amerikaanse § 541(c)(1)(B) BC niet is beperkt tot clausules waarin een koppeling met de procedure zélf is aangebracht. Zij treft 'any provision in an agreement […] that is conditioned on the insolvency or financial condition of the debtor'.

Naar ik meen, dient ook naar Nederlands recht te worden aangenomen dat een voorwaardelijke overdracht in een voorkomend geval niet kan worden geëffectueerd indien de voorwaarde niet de intrede van het faillissement betreft, maar bijvoorbeeld de aanvraag van het faillissement of het nemen van een aandeelhoudersbesluit daartoe,[156] of een bepaalde vermogenspositie die feitelijk een faillissementstoestand impliceert.[157]

Vestiging/rangwisseling beperkt recht
In het voorafgaande werd steeds gerept van een *overdracht* onder de voorwaarde van faillissement. Hetzelfde geldt evenwel indien geen overdracht, maar de *vestiging* van een beperkt recht aan de orde is. Ook kan worden gedacht aan de situatie dat twee hypotheekhouders onder de voorwaarde van het faillissement van één van hen een rangwisseling in de zin van art. 3:262 lid 1 BW tot stand brengen.[158]

155 Anders: Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 123.
156 In dezelfde zin: Keukens & Wibier 2011, p. 382.
157 Zie ook § 8.5.2.
158 Vgl. de *flip clause* die centraal stond in *Belmont Park Investments PTY Limited v BNY Corporate Trustee Services Limited and Lehman Brothers Special Financing Inc*, [2011] UKSC 38. Ook een voorwaardelijke rangwisseling met een ander beperkt recht is denkbaar; vgl. art. 3:262 lid 2 BW.

Samenvatting

Dit proefschrift is een studie naar de plaats van de overeenkomst in het insolventierecht. Centraal staat de invloed die het insolventierecht uitoefent op overeenkomsten die de schuldenaar is aangegaan vóórdat ten aanzien van hem een wettelijke insolventieprocedure van toepassing is verklaard, waarbij de focus ligt op de regeling van het faillissement. Met het onderzoek is beoogd vragen te beantwoorden die zich in de praktijk omtrent de overeenkomst in het insolventierecht kunnen voordoen, althans een kader te scheppen aan de hand waarvan eventueel opkomende vragen kunnen worden beantwoord. Tevens is beoogd een bijdrage te leveren aan de discussie omtrent de herziening van ons insolventierecht op dit terrein. Ter inspiratie is gebruikgemaakt van rechtsvergelijking, waarbij in het bijzonder aandacht is besteed aan het recht van België en de Verenigde Staten. Om dezelfde reden zijn ook de relevante bepalingen uit het op 1 november 2007 verschenen voorontwerp Insolventiewet in het onderzoek betrokken.

Hoofdstuk 2

Na enige inleidende bespiegelingen in hoofdstuk 1, zijn in hoofdstuk 2 de belangrijkste karakteristieken van het faillissement geanalyseerd: het doel van het faillissement, de *paritas creditorum*, de rechtspositie van de curator en de gevolgen van zijn handelen en nalaten, het belang van de gezamenlijke schuldeisers, het boedelbelang en de positie van de schuldenaar. Hierbij is onder meer bepleit om het belang van de boedel te hanteren als synoniem voor het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Bijzondere aandacht is besteed aan het fixatiebeginsel, aan de rechtsverhouding tussen de schuldeisers en aan de opmars van de maatschappelijke belangen in het faillissementsrecht, omdat zij een belangrijke rol spelen bij de beantwoording van tal van vragen die met het onderwerp van deze studie verband houden.

Het fixatiebeginsel ligt besloten in het systeem van de Faillissementswet en strekt ertoe de verhaalsrechten van de schuldeisers ten behoeve van wie het faillissement in het leven is geroepen, te beschermen. Hiertoe worden zowel de activa als de passiva per datum faillissement gefixeerd. Op beide aspecten van het fixatiebeginsel bestaan diverse uitzonderingen. Controversieel is de vraag of een uitzondering op de fixatie van het passief dient te worden aanvaard voor vorderingen die ná de intrede van het faillissement ontstaan uit een daarvóór reeds bestaande rechtsverhouding, zoals een door de schuldenaar vóór datum faillissement gesloten duurovereenkomst. Ik heb verdedigd dat deze vraag

ontkennend dient te worden beantwoord en het fixatiebeginsel voor de hier bedoelde categorie verbintenissen dus onverkort geldt.

Zowel uit de wetsgeschiedenis als uit de jurisprudentie van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat de schuldeisers in faillissement in een door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding tot elkaar komen te staan. In zijn algemeenheid impliceert dit dat zij zich onderling zullen moeten onthouden van onoorbaar gedrag waardoor hun eigen positie verbetert ten detrimente van de gezamenlijke schuldeisers. Nu een contractuele wederpartij van de schuldenaar vaak ook schuldeiser zal zijn, zal haar opstelling in faillissement in de regel tevens met de hier bedoelde norm in overeenstemming moeten zijn.

Een relatief nieuw fenomeen in het faillissementsrecht is de opmars van de maatschappelijke belangen, zoals de continuïteit van de onderneming en behoud van de daaraan verbonden werkgelegenheid. In een reeks van arresten heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de curator ook dergelijke belangen in zijn afwegingen heeft te betrekken en daaraan onder omstandigheden voorrang mag geven boven het belang van een *individuele* schuldeiser. In de praktijk wordt niet zelden ook het belang van de *gezamenlijke* schuldeisers aan de in het geding zijnde maatschappelijke belangen ondergeschikt gemaakt. Ik heb evenwel betoogd dat daarvoor binnen de huidige wettelijke en jurisprudentiële kaders in beginsel géén ruimte bestaat. Het is bovendien maar zeer de vraag of het wenselijk is dat op enigerlei wijze inbreuk wordt gemaakt op het belang van de schuldeisers ten gunste van maatschappelijke belangen. Niet goed valt in te zien waarom het gerechtvaardigd zou zijn dat een publieke zaak wordt behartigd ten laste van een willekeurige groep schuldeisers.

Hoofdstuk 3

In hoofdstuk 3 is het insolventierecht geconfronteerd met het contractenrecht. Daarbij zijn vier uitgangspunten geïdentificeerd die deze confrontatie beheersen: (i) de continuïteit van het contract, (ii) de toepasselijkheid van het gemene recht, (iii) de onmogelijkheid van de wederpartij om nakoming van haar op het contract gebaseerde aanspraken af te dwingen buiten de verificatievergadering om en (iv) het keuzerecht van de curator en daarmee samenhangend de mogelijkheid die de wederpartij heeft om de curator te dwingen zijn keuze binnen een redelijke termijn te maken. Hierna is het onder (ii) genoemde uitgangspunt nader geanalyseerd.

Na enige algemene verbintenisrechtelijke kanttekeningen is de aloude – thans in art. 6:40 sub a BW neergelegde – regel dat een schuldenaar van een verbintenis die in staat van faillissement is verklaard niet langer bevoegd is een aan die verbintenis verbonden tijdsbepaling in te roepen, onder de loep genomen. Daarbij kwam in beeld dat de regeling min of meer als een vanzelfsprekendheid in ons recht lijkt te zijn geïntroduceerd en gehandhaafd, zonder dat nadrukkelijk is stilgestaan bij de vraag wat haar doel is en waardoor zij wordt gerechtvaardigd. Ik pleit ervoor de regeling af te schaffen, omdat zij naar huidig recht géén of nauwelijks toegevoegde waarde heeft, niet past bij de saneringsfunctie die het faillissement mede heeft gekregen en een bedreiging vormt voor het keuzerecht van de curator.

Aansluitend is aandacht besteed aan de toepasselijkheid van het gemene recht in de situatie dat ten tijde van de faillietverklaring (nog) slechts één van de partijen is gehouden te presteren. Daarbij kwam aan de orde dat indien de prestatieplicht op de *wederpartij* rust, de invloed van het faillissement betrekkelijk gering is. Dat is wezenlijk anders in het geval dat alleen de *schuldenaar* tot een prestatie gehouden is, omdat de wederpartij dan wordt geconfronteerd met de sub (iii) genoemde regel dat de schuldenaar noch diens curator kan worden gedwongen die prestatie te verrichten. De schuldenaar kán bovendien in de regel niet nakomen en de curator zal daartoe in de hier bedoelde gevallen zelden bereid zijn, zodat de wederpartij dan is aangewezen op de indiening van haar contractuele aanspraken ter verificatie. Hierbij kan worden gedacht aan een vordering tot nakoming, maar ook aan een vordering tot vervangende schadevergoeding of tot ongedaanmaking c.q. waardevergoeding na ontbinding, in alle gevallen eventueel gecombineerd met een vordering tot aanvullende schadevergoeding, zo daartoe gronden bestaan. Handhaving van de vordering tot *nakoming* blijkt voor de wederpartij evenwel veelal – niet steeds – de geëigende weg te zijn.

Tot slot is de situatie dat ten tijde van de faillietverklaring op beide partijen een prestatieplicht rust geanalyseerd. Daarbij is tevens aandacht besteed aan de op dit geval toegesneden regeling van art. 37 Fw, op grond waarvan de wederpartij de curator een redelijke termijn kan stellen waarbinnen hij dient te beslissen of hij de overeenkomst wil nakomen of niet. Is de curator niet bereid het contract na te komen, dan verliest hij het recht om nakoming te vorderen (lid 1). Opteert hij voor nakoming, dan dient hij voor die nakoming zekerheid te stellen (lid 2). Onderzocht is wat art. 37 Fw toevoegt aan de mogelijkheden die het gemene recht de wederpartij biedt om de met die bepaling nagestreefde doelstellingen te bereiken. Die toegevoegde waarde blijkt, althans in theorie, groot te zijn in het geval dat de curator zich tot nakoming bereid verklaart en juist uiterst gering in het geval hij daarvan afziet. Het hoofdstuk is afgesloten met een analyse van de vraag wat voor de wederpartij de meest verkieslijke route is indien de curator gestanddoening weigert, waarbij onder meer is gewezen op de potentiële risico's die aan een (algehele) ontbinding van de overeenkomst verbonden zijn.

Hoofdstuk 4

Hoofdstuk 4 is gewijd aan de regeling van art. 37 Fw en daarnaast aan tal van andere onderwerpen die niet zozeer door art. 37 Fw worden bestreken, maar daarmee wel in meer of mindere mate in verband staan.

Van art. 37 Fw kunnen verschillende functies worden onderscheiden. Sommige daarvan hebben evenwel in de loop der tijd aan belang ingeboet of zijn zelfs geheel verloren gegaan. Zo werd door art. 37 (oud) Fw, althans de toelichting bij die bepaling, gewaarborgd dat de wederpartij niet behoefde te presteren, om vervolgens ter zake van de tegenprestatie met hooguit een percentage te worden afgescheept. Met de intrede van de algemene opschortingsrechten in ons burgerlijk recht heeft de wederpartij van de gefailleerde art. 37 Fw op dit punt niet langer nodig. De voornaamste functie die de regeling in de huidige tijd – waarin boedelfaillissementen schering en inslag zijn – nog heeft, is dat zij de wederpartij de zekerheid biedt dat zij in geval van gestanddoening daadwerkelijk nakoming of

vervangende schadevergoeding krijgt en niet achterblijft met een onverhaalbare vordering op de boedel.

Art. 37 Fw is bij gelegenheid van de invoering van het huidige BW op een tweetal punten inhoudelijk gewijzigd. De voornaamste wijziging betreft de consequenties die aan een weigering van de curator om de overeenkomst gestand te doen, verbonden zijn. Onder art. 37 (oud) Fw leidde die weigering tot een partiële ontbinding *ex nunc*, onder het huidige art. 37 Fw tot het verlies van het recht van de curator om nakoming te vorderen. De gedachte hierachter lijkt te zijn dat het huidige Burgerlijk Wetboek de wederpartij de mogelijkheid biedt om op eenvoudige wijze een ontbinding van het contract te bewerkstelligen met exact dezelfde gevolgen als een ontbinding ingevolge art. 37 (oud) Fw, zodat niet langer aanleiding bestaat die gevolgen automatisch te doen intreden. Aan de wederpartij kan de keuze worden gelaten welke consequenties zij aan de negatieve verklaring van de curator wil verbinden.

De regeling van het huidige art. 37 Fw is eerst bestudeerd van het perspectief van de wederpartij, waarbij aandacht is besteed aan haar toepassingsvoorwaarden en aan de vraag hoe zij zich verhoudt tot de regelingen die zijn vervat in de artikelen 38 t/m 40 Fw. Verdedigd is dat alleen in een geval dat wordt bestreken door de regeling van art. 38a Fw ruimte bestaat voor een beroep op de algemene regeling van art. 37 Fw. In situaties die worden bestreken door de artikelen 38, 39 en 40 Fw is voor een beroep op art. 37 Fw géén plaats.

Aansluitend is de regeling van art. 37 Fw bestudeerd vanuit het perspectief van de curator, voor wie zij uitdrukking geeft aan het hem toekomende *keuzerecht.* Dit keuzerecht ligt evenwel reeds besloten in het wettelijk systeem en is dan ook niet beperkt tot overeenkomsten die onder het toepassingsgebied van art. 37 Fw zijn begrepen. Onderzocht is welke factoren bij het maken van een keuze een rol spelen, welke formaliteiten de curator in acht moet nemen en zijn persoonlijke aansprakelijkheid ingeval diens keuze verkeerd uitpakt.

Indien de curator ervoor kiest een overeenkomst gestand te doen, verbindt hij de boedel tot nakoming van de daaruit voortvloeiende verplichtingen. Die verplichtingen krijgen dus de status van boedelschuld. Dit geldt zowel voor alle verplichtingen die ná de bereidverklaring van de curator ontstaan, als voor alle op dat moment reeds bestaande verplichtingen, ook voor zover zij dateren van vóór de faillietverklaring. Tevens is de curator gehouden voor de nakoming van al deze verplichtingen zekerheid te stellen. Deze vergaande consequenties van een bereidverklaring van de curator zijn vanuit dogmatisch perspectief bezwaarlijk en hebben een negatieve invloed op de mogelijkheden die de curator heeft om lopende overeenkomsten uit te voeren. Daarmee komen diens mogelijkheden om de onderneming te continueren en waarde voor de schuldeisers te realiseren onder druk te staan. Ten aanzien van beide aspecten van de regeling van art. 37 Fw zijn om deze redenen voorstellen tot wijziging gedaan. Hiernaast is verdedigd dat de curator ook uit eigen beweging kan verklaren dat hij een overeenkomst gestand doet en dat diens bereidheid daartoe niet *per se* uitdrukkelijk kenbaar behoeft te worden gemaakt, maar ook uit de omstandigheden kan worden afgeleid.

Indien de curator zich níet tijdig tot nakoming bereid verklaart nadat hem daarom door de wederpartij is verzocht, verliest hij het recht om nakoming te

vorderen. Geanalyseerd is wat de potentiële consequenties hiervan zijn, welke analyse uitmondt in het voorstel om het verlies van de nakomingsvordering te schrappen en de gevolgen van een niet-tijdige bereidverklaring uitsluitend te laten beheersen door het gemene recht. Een verklaring dat het contract niet gestand wordt gedaan kan door de curator eveneens buiten het kader van art. 37 Fw worden afgegeven, zowel uitdrukkelijk als stilzwijgend. Is de curator niet tot nakoming bereid, dan resteert de wederpartij in de regel weinig anders dan haar contractuele aanspraken ter verificatie in te dienen, waarvoor de artikelen 26 en 37a Fw de grondslag vormen. Ook ten aanzien van art. 37a Fw is een voorstel tot wijziging gedaan.

Hierna is aandacht besteed aan overeenkomsten waaruit verbintenissen voortvloeien die uitsluitend door de gefailleerde *persoonlijk* kunnen worden nagekomen, het geval waarop ook de regeling van art. 37 lid 3 Fw betrekking heeft. Omtrent de positie van de wederpartij bij een dergelijke overeenkomst bestaat veel onduidelijkheid. Ik heb bepleit dat de wederpartij de schuldenaar ook tijdens het faillissement tot nakoming behoort te kunnen aanspreken en die nakoming in rechte en met behulp van executiemaatregelen moet kunnen afdwingen, met dien verstande dat geen verhaal op de boedel mogelijk is. De schuldeiser van een persoonlijk door de gefailleerde na te komen verbintenis moet naar mijn mening evenwel níet bevoegd worden geacht haar vordering te kapitaliseren en te verifiëren. Zou verificatie worden toegelaten, dan zou dit betekenen dat de vermogenspositie van de schuldenaar als gevolg van diens faillissement aanzienlijk zou kunnen verslechteren. Mijns inziens bestaat hiervoor geen rechtvaardiging. Hetzelfde geldt voor de hiermee gepaard gaande aantasting van de positie van de gezamenlijke schuldeisers. Schiet de schuldenaar in de nakoming tekort of bestaat daartoe gegronde vrees, dan kan de wederpartij haar daaruit voortvloeiende schadevergoedingsvordering wél via de verificatievergadering geldend maken.

Het hoofdstuk is afgesloten met een analyse van de werking van art. 37 Fw in de bijzondere situatie dat beide contractpartijen in staat van faillissement verkeren.

Hoofdstuk 5

In hoofdstuk 5 is één aspect van het keuzerecht van de curator nader uitgelicht, namelijk diens recht om te kiezen voor *niet-nakoming.* Centraal stonden het Nebula-arrest van de Hoge Raad en de potentiële consequenties daarvan.[1] Uit dit inmiddels befaamde arrest vloeit voort dat de curator in beginsel ten aanzien van *alle* door de schuldenaar vóór datum faillissement aangegane verbintenissen een *recht op wanprestatie* heeft. Dit impliceert dat de curator steeds het recht heeft te kiezen voor niet-nakoming, met als gevolg dat de wederpartij voor de voldoening van haar aanspraken is aangewezen op het verificatieproces, ook indien de verbintenis de schuldenaar tot een dulden of een niet-doen verplicht. Zijn tot de boedel behorende goederen in gebruik of bewaring gegeven, dan kan de curator in rechte staking van het gebruik en/of afgifte vorderen, ook indien het contract

1 Zie HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. PvS.

hierin niet voorziet, en is de wederpartij veroordeeld tot de verificatievergadering. Schendt de curator een op de schuldenaar rustende verplichting tot een niet-doen, dan roept hij daarmee als regel géén boedelschulden in het leven. Alle verbintenisrechtelijke aanspraken worden via het proces van verificatie en uitdeling afgewikkeld, ongeacht of zij op een positieve of een negatieve prestatie betrekking hebben.

De Hoge Raad laat in het Nebula-arrest evenwel ruimte voor uitzonderingen indien dit uit de wet voortvloeit. Ten aanzien van de twee meest belangwekkende gebruiksovereenkomsten – huur en de licentieovereenkomst – en ten aanzien van de kwalitatieve verplichting in de zin van art. 6:252 BW is onderzocht of de wet c.q. het wettelijk systeem tot het maken van een uitzondering noopt. Met betrekking tot huur is verdedigd dat dit alleen het geval is bij huurovereenkomsten ten aanzien waarvan de regel 'koop breekt geen huur' dwingendrechtelijk is voorgeschreven. Dit betreft in beginsel alle huur die betrekking heeft op woon- of bedrijfsruimte.[2] Geraakt de verhuurder van woon- of bedrijfsruimte in staat van faillissement, dan kan de curator de huurder dus niet diens huurrecht ontnemen, behoudens het uitzonderlijke geval dat de curator bij een eventuele verkoop niet aan de regel 'koop breekt geen huur' gebonden zou zijn, bijvoorbeeld vanwege een beslag dat ouder is dan de huur en is opgegaan in het algemene faillissementsbeslag. Bij huur van roerende zaken, ongebouwd onroerend goed en vermogensrechten zijn de belangen van de huurder minder beschermenswaardig en bestaat onvoldoende grond de curator een recht op wanprestatie te onthouden. Door middel van licenties verschafte gebruiks- en exploitatierechten behoeven naar mijn mening – enige bijzondere dwanglicenties daargelaten – evenmin door de curator te worden gerespecteerd, ongeacht van welk IE-recht de licentie is afgeleid en of aan de licentie een bepaalde mate van derdenwerking toekomt. Vanwege het grote belang van licenties voor ondernemingen is bepleit een wettelijke regeling in het leven te roepen, op grond waarvan de licentie aan de curator kan worden tegengeworpen indien de licentienemer aan de boedel een marktconforme vergoeding betaalt, ongeacht wat het contract op dit punt bepaalt. Ten aanzien van de kwalitatieve verplichting is geconcludeerd dat onvoldoende grond bestaat de curator daaraan gebonden te achten, ook niet indien de schending van de verplichting tot gevolg zou hebben dat de bedongen rechtsovergang op voorhand illusoir wordt.

Aan het slot van dit hoofdstuk is aandacht besteed aan de vraag of het wenselijk is een verdergaande regeling in het leven te roepen, op grond waarvan overeenkomsten door dan wel op instigatie van de schuldenaar of de curator kunnen worden *beëindigd*. Betoogd is dat deze vraag bevestigend dient te worden beantwoord en dat een dergelijk insolventierechtelijk beëindigingsrecht vorm zou dienen te krijgen door aan de curator de bevoegdheid toe te kennen om door de schuldenaar gesloten overeenkomsten te beëindigen, steeds indien hij meent dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers of de schuldenaar daarmee is gediend. Vanwege de ingrijpende aard van een dergelijke bevoegdheid dient de

2 Zie art. 7:226 lid 4 BW.

rechter-commissaris voor de uitoefening ervan machtiging te verlenen, nadat hij ook de schuldenaar en de wederpartij in de gelegenheid heeft gesteld hun standpunt ten aanzien van de beoogde beëindiging naar voren te brengen.

Hoofdstuk 6
In hoofdstuk 6 is de invloed van het faillissement op overeenkomsten en bedingen waaruit géén verbintenissen voortvloeien geanalyseerd. Aan de orde kwamen diverse overeenkomsten van procesrechtelijke aard, de goederenrechtelijke overeenkomst, schuld- en contractsoverneming en de overeenkomst van afstand van een vorderingsrecht.

Beargumenteerd is dat de curator niet de mogelijkheid heeft zich aan de werking van forumkeuzebedingen, arbitragebedingen en bindendadviesclausules te onttrekken en uiteengezet is hoe dergelijke afwijkende procesgangen in het verificatieproces dienen te worden ingepast. Daarnaast is betoogd dat de curator níet gebonden is aan een mediationafspraak, daargelaten of buiten faillissement wél plaats is voor mediation indien één van de partijen die afspraak niet wil nakomen. Rechtskeuzebedingen binden de curator wel. Hetzelfde geldt voor door de schuldenaar gemaakte bewijsafspraken, zoals afspraken die de leverancier onder eigendomsvoorbehoud beogen te beschermen tegen de gevolgen van oneigenlijke vermenging en de in de praktijk door banken veelvuldig gehanteerde boekenclausule.

Ten aanzien van zowel de schuld- als contractsoverneming geldt dat op het moment dat aan alle wettelijke vereisten is voldaan, in beginsel direct het beoogde rechtsgevolg intreedt, waarmee het contract is uitgewerkt. In een nadien uitgesproken faillissement van één van de betrokken partijen heeft de curator dan niet de mogelijkheid die reeds ingetreden rechtstoestand ongedaan te maken. Is echter nog niet aan alle voorwaarden voldaan of is de schuld- of contractsoverneming onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling aangegaan, dan kan de vraag opkomen wat een tussentijds faillissement van één van de betrokkenen voor de beoogde schuld- of contractsoverneming betekent. Het antwoord op deze vraag blijkt afhankelijk te zijn van de positie die de gefailleerde bij de schuld- of contractsoverneming inneemt en van wat benodigd is om de schuld- of contractsoverneming te effectueren. In sommige gevallen staat het faillissement niet aan effectuering ervan in de weg, in andere gevallen blijkt het fixatiebeginsel roet in het eten te gooien.

Ten aanzien van een overeenkomst van afstand van een vorderingsrecht die is aangegaan onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling is verdedigd dat niets aan het intreden van de beoogde rechtstoestand in de weg staat, indien de voorwaarde wordt vervuld respectievelijk het overeengekomen tijdstip aanbreekt nadat het faillissement van de schuldeiser van de vordering is ingetreden. Heeft de gefailleerde bij voorbaat van een *toekomstig* vorderingsrecht afstand gedaan, dan verhindert het fixatiebeginsel dat de afstand wordt geëffectueerd op het moment dat de vordering ontstaat.

Hoofdstuk 7
In hoofdstuk 7 stonden de opschortings- en beëindigingsbevoegdheden van de wederpartij van de gefailleerde centraal.

Contractuele clausules die de overeenkomst bij faillissement van één van de partijen van rechtswege doen eindigen of de wederpartij de bevoegdheid bieden het contract in dat geval eenzijdig te beëindigen, komen in de praktijk veel voor. In het BaByXL-arrest heeft de Hoge Raad dergelijke clausules gesanctioneerd, zij het geclausuleerd.[3] Verdedigd is dat de bedoelde clausulering zo moet worden geïnterpreteerd dat indien op datum faillissement géén sprake is van een tekortkoming zijdens de schuldenaar en de curator zich met inachtneming van de in art. 37 Fw gestelde vereisten bereid verklaart de overeenkomst gestand te doen, een beëindiging in beginsel – uitzonderingen daargelaten – strijdig is met de eisen van de redelijkheid en billijkheid, zoals verwoord in art. 6:248 lid 2 BW. Indien deze analyse juist is, is de toegevoegde waarde van *ipso facto*-beëindigingsbedingen in faillissement naast het gemeenrechtelijke instrumentarium dat de wederpartij ten dienste staat beperkt.

Aansluitend is het probleem van de dwangcrediteuren geanalyseerd. Dwangcrediteuren zijn schuldeisers die prestaties leveren die voor de voortzetting van de onderneming van belang zijn en die de curator ertoe weten te bewegen om ter verkrijging van die prestaties schulden die op datum faillissement reeds bestaan buiten de rangregeling om te voldoen, in de regel door zich vanwege het onbetaald blijven van die schulden te beroepen op een opschortingsrecht of te dreigen de overeenkomst te ontbinden. Gebleken is dat de curator naar huidig recht zeer beperkte middelen heeft om de machtspositie van de wederpartij in voorkomende gevallen te doorbreken. De in art. 37b Fw neergelegde doorleveringsplicht heeft nauwelijks toegevoegde waarde, omdat zij beperkt is tot nutsleveranciers, die bovendien hun traditionele machtspositie in faillissement vanwege de liberalisering van de energiemarkt reeds in belangrijke mate zijn kwijtgeraakt.

In de afgelopen decennia zijn van de zijde van de wetgever diverse nadere initiatieven ontplooid om het probleem van de dwangcrediteuren het hoofd te bieden, maar géén daarvan heeft (vooralsnog) de eindstreep gehaald. Het voorontwerp Insolventiewet bevat een uitvoerige regeling op grond waarvan vrijwel alle leveranciers van goederen of diensten tijdelijk een beroep op een opschortings- of beëindigingsrecht wordt ontnomen en een beëindiging die kort vóór de insolventverklaring heeft plaatsgehad, onder omstandigheden kan worden teruggedraaid. Uiteengezet is welke belangrijke innovaties deze regeling in zich bergt en welke verbeteringen daarin nog zouden kunnen worden aangebracht. In ieder geval zou de voorgestelde wetgeving naar mijn mening moeten worden uitgebreid met een regeling op grond waarvan de bewindvoerder de mogelijkheid heeft om in voorkomende gevallen met een beroep op de rechtbank of – beter nog – de rechter-commissaris, een gedwongen contractsoverneming ten gunste van de doorstartende partij te bewerkstelligen.

Mede naar aanleiding van de voorstellen van de Commissie insolventierecht is vervolgens aandacht besteed aan de controversiële vraag naar de wenselijkheid van de inperking van de opschortings- en beëindigingsmogelijkheden van de

3 Zie HR 13 mei 2005, *NJ* 2005, 406, m.nt. PvS.

financier. Betoogd is dat de keuze van de commissie om kredietverschaffers van de toepassing van de doorleveringsplicht uit te sluiten én daarvoor evenmin een andere regeling voor de financiering van de boedel in de plaats te stellen, een ongelukkige is. Tot slot zijn enige gedachten geventileerd omtrent de invoering van een op Amerikaanse leest geschoeide wettelijke regeling van het boedelkrediet.

Hoofdstuk 8

In het laatste hoofdstuk zijn enkele veel voorkomende contractuele bedingen onder de loep genomen. Achtereenvolgens kwamen aan de orde: bedingen van onmiddellijke opeisbaarheid bij faillissement, acceleratiebedingen, schadefixerende en zuivere boetebedingen en bedingen die afbreuk doen aan het verhaalsrecht van de schuldeisers, waarbij is onderscheiden tussen bedingen die in verband met het faillissement leiden tot een vergroting van het passief en bedingen die in dat verband een afname van het actief tot gevolg hebben. Meer dan eens bleek dat de contractsvrijheid moet wijken indien zij wordt geconfronteerd met het faillissement en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, in het bijzonder indien het desbetreffende beding er juist op is gericht om uitwerking te krijgen bij insolventie van één van de partijen bij het contract.

Summary

This dissertation is a study of the place of contracts in insolvency law. It centres on how insolvency law affects contracts entered into by a debtor before a statutory insolvency procedure is declared applicable to him, with a focus on bankruptcy proceedings. The study sets out to answer questions that can arise in this regard, or in any event to create a framework for answering such questions. It is also intended to make a contribution to the debate on the revision of this aspect of Dutch insolvency law. I have used comparative law as a source of inspiration, paying particular attention to the law of Belgium and the United States. For the same purpose I have also considered the relevant provisions from the draft Insolvency Bill, which was published on 1 November 2007.

Chapter 2
After some introductory observations in the opening chapter, chapter 2 analyses the main characteristics of bankruptcy: the purpose of bankruptcy, the principle of equality of creditors (*paritas creditorum*), the legal status of the trustee in bankruptcy and the consequences of his acts and omissions, the interests of the creditors as a group (*gezamenlijke schuldeisers*), the interests of the bankrupt estate and the position of the debtor. I advocate, among other things, that the interests of the bankrupt estate should be treated as synonymous with those of the creditors as a group. I pay special attention to the fixation principle, to the legal relationship between creditors and to the growing importance of public interests in bankruptcy law, as all three factors play an important role in answering numerous questions related to the subject matter of this study.

The fixation principle is an intrinsic part of the system of the Dutch Bankruptcy Act (BA) (*Faillissementswet*) and is designed to protect the rights of recourse of the creditors for whom the bankruptcy has been initiated. For this purpose, both the assets and the liabilities are deemed to be 'fixed' as of the date of the bankruptcy. There are exceptions to the fixation principle on both the assets and liabilities side. A controversial issue is whether an exception to the fixation of liabilities applies in relation to claims that arise after the bankruptcy takes effect and are based on a pre-existing legal relationship, such as a continuing performance contract concluded by the debtor before the date of the bankruptcy. The position I take is that this question must be answered in the negative and that the fixation principle therefore applies in full to this category of obligations.

It can be inferred from the legislative history of the BA and from the case law of the Supreme Court (*Hoge Raad*) that relations between creditors in a bankruptcy are governed by the principles of reasonableness and fairness. In general, this implies that they must refrain among themselves from improper practices designed to improve their own position in the bankruptcy to the detriment of that of the creditors as a group. As a contractual counterparty of the debtor will also often be a creditor, its actions in bankruptcy proceedings must also as a rule comply with the standard referred to here.

A relatively new phenomenon in bankruptcy law is the growing importance attached to social considerations, such as business continuity and the preservation of jobs. In a series of judgments the Supreme Court has held that the trustee in bankruptcy should take such interests into account in his decisions and in certain circumstances may even give them priority over the interests of an *individual* creditor. In practice, however, the interests of the creditors *as a group* are not infrequently also subordinated to these social considerations. I argue that, in principle, the current framework of statute law and case law does not provide scope for this. Moreover, it is highly debatable whether it is even desirable for the interests of the creditors to be subordinated in this way to social considerations. It is hard to see why a public interest should be served at the expense of an arbitrary group of creditors.

Chapter 3
Chapter 3 addresses the relationship between insolvency law and contract law. The confrontation between these categories of law is governed by four principles: (i) the continuity of a contract, (ii) the applicability of general contract law, (iii) the impossibility for a counterparty to enforce its contractual entitlements other than through the creditors' meeting, and (iv) the right of the trustee in bankruptcy to choose whether or not to perform a contract and the corresponding scope for the counterparty to compel the trustee to make this choice within a reasonable period. Next I go on to analyse the principle referred to at (ii).

After some general comments on the law of obligations I discuss the time-honoured rule (now laid down in Article 6:40 (a) of the Dutch Civil Code) that an obligor who is declared bankrupt is no longer competent to invoke a time clause attached to the obligation. Research shows that this rule seems to have been introduced into Dutch law and preserved more or less as something that is self-evident, without express consideration of the object of the rule and whether it is justified. I recommend that the rule be abolished as it has little or no added value in current law, is at odds with the restructuring function which is now one of the aims of bankruptcy proceedings, and also poses a threat to the right of the trustee in bankruptcy to choose whether or not to perform a contract.

I then go on to consider the applicability of general contract law in situations where only one of the parties is bound (or still bound) to perform at the time of the declaration of bankruptcy. If it is the *counterparty* who is under the obligation to

perform, the influence of a bankruptcy is relatively small. However, the position is very different where only the debtor is subject to a duty to perform, because the counterparty is then confronted with the rule referred to at (iii), namely that neither the debtor nor his trustee in bankruptcy can be forced to perform an obligation. Moreover, the debtor is generally speaking unable to perform and the trustee in bankruptcy will seldom be prepared to do so in the cases referred to here. Consequently, the counterparty is then dependent on presenting his contractual entitlements to the bankruptcy trustee for validation. An example would be a claim for performance, a claim for damages in lieu of performance or, after rescission, a claim for the reversal of any performance (*vordering tot ongedaanmaking na ontbinding*), in all cases combined with a claim for additional damages if grounds for this exist. Enforcement of a claim for *performance* is often (but not always) the appropriate course of action for the counterparty.

Finally, I analyse the situation where both parties are subject to a duty of performance on the date of the declaration of bankruptcy. I also consider the arrangement under section 37 BA which is intended to cater for this situation and under which the counterparty can give the trustee in bankruptcy a reasonable period within which to decide whether or not he will perform the contract. If the trustee in bankruptcy is not prepared to perform, he loses the right to claim performance (subsection 1). If he does decide to perform the contract he is required to provide security for that performance (subsection 2). I examine what section 37 BA adds to the possibilities available to the counterparty under general contract law to attain the objectives of this provision. The added value appears, at any rate in theory, to be considerable in cases where the trustee in bankruptcy declares himself willing to perform the contract and minimal in cases where he declines to do so.

The chapter concludes with an analysis of the best course of action for the counterparty if the trustee in bankruptcy refuses to perform the contract. In particular, I point to the potential risks associated with a rescission of the contract.

Chapter 4

Chapter 4 deals with the provisions of section 37 BA and also with numerous other subjects not necessarily covered by section 37 but to some extent connected with it.

Various functions of section 37 BA can be identified. However, some of them have become less important over time or have altogether ceased to be relevant. For example, the old section 37, or in any event the explanatory notes on it, guaranteed that the counterparty was not required to perform the contract and then be fobbed off with at most a certain percentage of the consideration. As a result of the introduction of the general right in Dutch civil law to suspend performance, the counterparty of a bankrupt no longer needs section 37 BA for this purpose. The main function of this rule at the present time – assets in the bankrupt estate are often insufficient to even pay all the estate creditors – is that it gives the

counterparty the certainty that if it continues to perform the contract it will actually receive the agreed performance or damages in lieu of performance and will not be left with an unrecoverable claim against the bankrupt estate.

When the current Dutch Civil Code was introduced, section 37 BA was amended in two respects. The main change concerned the consequences of a refusal by the trustee in bankruptcy to perform the contract. Under the old section 37 this refusal led to a partial rescission (termination *ex nunc*), whereas under the present section 37 it means that the trustee in bankruptcy cannot claim performance. The idea behind this is that the current Dutch Civil Code gives the counterparty the possibility of bringing about a rescission of the contract in a simple manner, with exactly the same consequences as the automatic partial rescission under the old section 37 BA. Hence there is no longer any reason for these consequences to take effect automatically. It can now be left to the counterparty to choose what consequences it wishes to attach to a declaration by the trustee that he will not perform the contract.

In considering the rule under the current section 37 BA I first examine it from the perspective of the counterparty, with particular reference to the conditions for its application and the question of how it relates to the rules set out in sections 38-40 BA. I argue that only a case covered by the special provisions of section 38a BA provides grounds for invoking the general provisions of section 37. In situations covered by sections 38, 39 and 40 BA there is no scope for invoking section 37.

I next go on to consider section 37 BA from the perspective of the trustee in bankruptcy, for whom it reflects his right to choose whether or not to perform the contract. However, this right has been incorporated into the statutory system and is therefore not limited to agreements covered by the scope of section 37 BA. I discuss what factors play a role in the choice made by the trustee, what formalities the trustee must observe and to what extent he is personally liable if the choice turns out to be wrong.

If the trustee in bankruptcy chooses to perform a contract, he binds the estate to perform the resulting obligations. These obligations therefore obtain the status of an estate debt. This applies both to all obligations arising after the trustee indicates his willingness to perform the contract and to all obligations already existing at that time, even in so far as they predate the declaration of bankruptcy. The trustee in bankruptcy is also obliged to provide security for the performance of all these obligations. These far-reaching consequences of a declaration on the part of the trustee that the contract will be performed are objectionable in terms of principle and adversely affect his capacity to perform contracts in existence at the time of the declaration of bankruptcy. This in turn makes it more difficult for the trustee to continue the business and obtain the best result for the creditors as a group. I therefore make suggestions for amendments to deal with both these aspects of section 37 BA. I also argue that the trustee can declare of his own volition that he

will perform a contract and that his willingness to do so need not necessarily be declared explicitly but may also be inferred from the circumstances.

If the trustee in bankruptcy does not declare in time that he is prepared to perform the contract after having been requested to do so by the counterparty, he loses the right to claim performance. I analyse what the potential consequences of this would be and suggest on the basis of my findings that the loss of the right to claim performance should be dropped and that the consequences of a late declaration of willingness to perform should be governed exclusively by general contract law. It should also be possible for a declaration that the contract will not be performed to be made by the trustee outside the framework of section 37 BA, both expressly and tacitly. If the trustee is not willing to perform the contract, the counterparty usually has little option but to file its contractual claims for verification, the basis for which is set out in sections 26 and 37a BA. I also make a proposal for the amendment of section 37a BA.

I then examine contracts from which obligations arise that must be performed by the bankrupt *in person*, which is also the subject of section 37 (3) BA. The position of the counterparty under such a contract is often very unclear. I advocate that the counterparty should be able to hold the debtor accountable even during the bankruptcy and should be able to enforce such personal performance in law and with the help of enforcement measures, subject to the proviso that no recovery is possible against the bankrupt estate. The obligee of a personal obligation to be performed by the bankrupt should, in my view, however not be deemed competent to capitalise and verify these claims. If verification were to be allowed, this could substantially worsen the financial position of the debtor as a consequence of the bankruptcy. In my view, there is no justification for this. The same applies to the corresponding worsening of the position of the creditors as a group. If the debtor fails to perform the obligations properly or there are good reasons to believe that this will happen, the counterparty may enforce its resulting claim for compensation through the creditors' meeting.

The chapter closes with an analysis of the operation of section 37 BA in the extraordinary situation in which both contracting parties are declared bankrupt.

Chapter 5

Chapter 5 examines one particular aspect of the trustee's right of choice, namely his right to opt for *non-performance.* The discussion centres on the judgment of the Dutch Supreme Court in the Nebula case and its potential consequences.[1] The essence of this renowned judgment is that a trustee in bankruptcy has a right to default on *all* obligations entered into by the debtor before the date of bankruptcy. It follows that the trustee always has the right to choose not to perform the contract, and that in consequence the counterparty is dependent on the verification

1 See Dutch Supreme Court 3 November 2006, *NJ* 2007, 155, with note by PvS.

process. This applies even if the obligation requires the debtor to allow something or refrain from doing something. If goods belonging to the bankrupt estate are held by a third party pursuant to a right of use or in custody, the trustee in bankruptcy may in law terminate such use or custody even if the contract does not make provision for this, and the counterparty is then reliant on the verification meeting. If the trustee in bankruptcy breaches an obligation of the debtor to refrain from taking action, the counterparty does not as a rule acquire a claim against the estate. All claims under the law of obligations are settled through the process of verification and distribution, regardless of whether they concern an obligation to do or refrain from doing something.

In the Nebula judgment, however, the Supreme Court left scope for exceptions where this is a consequence of the law. As regards the most notable user agreements – contracts of lease and hire and licence agreements – and as regards obligations attached to the ownership or use of immovable property as set out in Article 6:252 of the Dutch Civil Code (*kwalitatieve verplichtingen*), I examine whether the law or the statutory system necessitates an exception. In the case of a lease agreement I argue that an exception is only justified for agreements which under mandatory law are subject to the rule that 'lease goes before sale'. This concerns in principle all agreements relating to the leasing of residential or business premises.[2] If a landlord of residential or business premises is declared bankrupt, the trustee cannot deprive the tenant of his rights under the tenancy, other than in the exceptional case where, in the event of a sale, the trustee would not be bound by the rule 'lease goes before sale', for example on account of an attachment that predates the tenancy and has been subsumed by the general attachment considered to result from the bankruptcy proceedings themselves. Where movable property or property rights are hired out or unbuilt immovable property is leased, the interests of the hirer or lessee, as the case may be, are less deserving of protection and there are insufficient grounds to deprive a trustee of the right not to perform the contract. Nor, in my view, do rights of use and exploitation granted by licence (with the exception of certain compulsory licences) need to be respected by the trustee, irrespective of the nature of the intellectual property rights from which the licences are derived and irrespective of whether the licence is entitled to a degree of third-party effect. Owing to the major importance of licences to businesses, I recommend that a statutory provision be introduced under which a licence can be raised as a defence against the trustee in bankruptcy if the holder of the licence pays a market rate to the bankrupt estate, irrespective of what is determined by the contract in this respect. As regards an obligation attached to the ownership or use of immovable property as set out in Article 6:252 of the Dutch Civil Code, I conclude that there are insufficient grounds for holding the trustee bound by this, even where infringement of the obligation would mean that the stipulated transmission of rights is illusory from the outset.

2 See Article 7:226 (4) Dutch Civil Code.

At the end of the chapter I consider the question of whether it would be desirable to introduce a more far-reaching provision under which contracts could be *terminated* at the instigation of either the debtor or the trustee in bankruptcy. My conclusion is that this question should be answered in the affirmative and that a right of termination of this kind under insolvency law should take the form of a power for the trustee in bankruptcy to terminate agreements concluded by the debtor in all cases where he considers that this would serve the interests of the creditors as a group or the debtor. Owing to the far-reaching nature of such a power, the authorisation of the supervisory judge for the exercise of this power should be required after he has given the debtor and the counterparty the opportunity to express their views on the proposed termination.

Chapter 6

In chapter 6 I examine the influence of bankruptcy on contracts and clauses from which no obligations arise. These include various contracts of a procedural law nature, debt assumption agreements (*schuldoverneming*), contract transfer agreements (*contractsoverneming*) and contracts for the waiver of a claim. I argue that the trustee in bankruptcy does not have the possibility of evading the operation of forum selection clauses, arbitration clauses and 'binding opinion' clauses. I also explain how such divergent procedures should be incorporated into the verification process. In addition, I argue that the trustee in bankruptcy is not bound by a mediation agreement, disregarding the question of whether there is scope for mediation at all if one of the parties does not wish to mediate. Choice-of-law clauses are binding on the trustee. The same is true of agreements made by the debtor establishing evidentiary presumptions, such as agreements which are intended to protect a seller who has supplied goods subject to a reservation of title from the consequences of 'commixtion' (*oneigenlijke vermenging*) and the records clause frequently applied by banks (creating a rebuttable presumption that the bank's records are correct).

As regards both debt assumption and contract transfer agreements I show that, in principle, once all statutory requirements have been fulfilled the intended legal consequence takes effect immediately, and the agreement ceases to have any further effect. Where one of the parties is subsequently declared bankrupt, the trustee in bankruptcy no longer has the possibility of reversing the legal position as it has already taken effect. However, if not all the conditions have yet been fulfilled or if the debt assumption or contract transfer agreement was entered into subject to a condition precedent or a time clause, the question may arise of how a bankruptcy of one of the parties occurring in the meantime affects the debt assumption or contract transfer. I conclude that the answer to this question is dependent on the position taken by the bankrupt in, and the requirements necessary to effect, the debt assumption or contract transfer. In some cases the bankruptcy does not affect the debt assumption or contract transfer and in other cases the fixation principle bars their completion.

Where a contract to waive a claim has been entered into subject to a condition precedent or time clause, I argue that there is nothing to prevent the intended legal situation coming into effect if the condition is fulfilled or, as the case may be, if the agreed date occurs after that on which the creditor becomes bankrupt. If the bankrupt has waived a *future* claim, the fixation principle prevents the effectuation of the waiver at the moment when the claim arises.

Chapter 7

Chapter 7 focuses on the powers of the counterparty of a bankrupt to suspend performance and terminate contracts. Contractual clauses that purport to terminate the contract automatically in the event of bankruptcy or give the counterparty the power in such cases to terminate the contract unilaterally are common in practice. In its judgment in the BaByXL case the Supreme Court authorised such clauses, albeit subject to certain qualifications.[3] I argue that these qualifications should be interpreted as meaning that if on the date of bankruptcy there has been no breach on the part of the debtor and the trustee in bankruptcy declares pursuant to the requirements of section 37 BA that he is prepared to perform the contract, termination of the contract would, in principle and with certain exceptions, be contrary to the requirements of reasonableness and fairness as set out in Article 6:248(2) Dutch Civil Code. If this analysis is correct, the added value of *ipso facto* termination clauses in bankruptcy over and above the instruments available to the counterparty under general law is limited.

I then go on to analyse the problem posed by creditors who are in a preferential position by virtue of their position of power in practice. Such creditors supply goods or services that are essential to the continuation of the business and manage to induce the trustee in bankruptcy to pay debts already existing on the date of bankruptcy outside the debt ranking rules in order to secure the continued supply of these goods or services. Generally, they do this by invoking a right to suspend performance because the debts have remained unpaid or by threatening to terminate the contract. Under the law as it stands the trustee in bankruptcy has only very limited means of breaking the counterparty's position of power in such cases. The obligation to continue to supply as contained in section 37b BA is of little value in practice since it is limited to utility suppliers, which have anyway already largely lost their position of power in bankruptcies owing to the liberalisation of the energy market.

In recent decades various other initiatives have been taken by the legislator to tackle the problem of these essential suppliers, but none of them has (yet) come to fruition. The draft Insolvency Bill contains a detailed arrangement under which virtually all suppliers of goods or services would, after the declaration of insolvency, be temporarily deprived of their right to suspend delivery or terminate the contract, while termination that takes place shortly before the declaration of

3 See Dutch Supreme Court 13 May 2005, *NJ* 2005, 406, with note by PvS.

insolvency would, in certain circumstances, be capable of being reversed. I explain what important innovations this arrangement contains and how it could be improved still further. In my view, the proposed legislation should in any event be extended to include a scheme under which the administrator would have the possibility in appropriate cases of applying to the court or – better still – to the supervisory judge to arrange for mandatory contract transfer in favour of the party relaunching the business.

Partly in response to the proposals of the Insolvency Law Committee, I then examine the controversial issue of whether it would be desirable to limit the suspension and termination rights of a lender. I argue that the committee's decision to exclude lenders from the application of the duty to continue supplying goods and services and not to replace it by another arrangement for the financing of the bankrupt estate is unfortunate. Finally, I explain my views on the introduction of a statutory scheme for estate credit along the lines of the American system.

Chapter 8

The last chapter deals with some common contractual clauses. I discuss the following in succession: clauses that cause debts to become immediately due and payable in the event of bankruptcy, acceleration clauses, liquidated damages and penalty clauses, and clauses that detract from the creditor's right of recourse. I distinguish in this connection between clauses that entail an increase in the liabilities and those that result in a decrease in the assets in the event of a bankruptcy. I show that in some situations freedom of contract has to give way when confronted with the bankruptcy rules and the underlying principles, in particular if the relevant clause is intended to be implemented precisely in cases where one of the parties to the contract becomes insolvent.

Literatuurlijst

A

Van der Aa 2007
M.J. van der Aa, *De afkoelingsperiode in faillissement* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2007.

Aarts 1990
C.C.J. Aarts, *Het retentierecht* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1990.

Van Aalst 1996
W.J. van Aalst, 'Energiebedrijf en curator', *TvI* 1996/6, p. 147-148.

Adriaanse, Kuijl & Verdoes 2009
J.A.A. Adriaanse, J.G. Kuijl & T. Verdoes, 'Staatssteun is altijd perverse bonus: *waarom ondernemingen gewoon failliet moeten kunnen gaan*', *TvI* 2009/3, p. 73-78.

Aerts 2006
W. Aerts, 'Bestrijding van faillissementsfraude: de stand van zaken', *TvI* 2006/3, p. 75-78.

Van Andel 2003
W.J.M. van Andel, 'Jurisprudentie inzake boedelschulden: wanneer keert de wal het schip?', *JOR plus* 2003/1, p. 34-44.

Van Andel 2008
W.J.M. van Andel, 'Afkoelen en warmhouden', *WPNR* 2008/6790, p. 506-511.

Andrew 1988
M.T. Andrew, 'Executory Contracts in Bankruptcy: understanding 'Rejection', 59 *U. Colo. L. Rev.* 845.

Van Apeldoorn 2009
J.C. van Apeldoorn, *Insolventieprocedures en grondrechten* (diss. Tilburg), Den Haag: BJu 2009.

Van Apeldoorn 2010
J.C. van Apeldoorn, EHRM 14 januari 2010, applic. no. 54522/00, *TvI* 2010, 28, p. 179-184.

Van Apeldoorn 2011
J.C. van Apeldoorn, 'De ondernemende curator en het ontstaan van boedelschulden', in: J.G. Princen & A. van der Schee (red.), *De ondernemende curator*, Insolad Jaarboek 2011, Deventer: Kluwer 2011, p. 3-15.

Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010
Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Vermogensrecht algemeen. Zekerheidsrechten, 14e druk, bewerkt door mr. A.I.M. van Mierlo & mr. A.A. van Velten, Deventer: Kluwer 2010.

Asser-Hartkamp 4-II 1993
Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten, 9e druk, bewerkt door mr. A.S. Hartkamp, Deventer: Kluwer 1993.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012
Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte, 14e druk, bewerkt door mr. A.S. Hartkamp & mr.drs. C.H. Sieburgh, Deventer: Kluwer 2012.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009
Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte, 13e druk, bewerkt door mr. A.S. Hartkamp & mr.drs. C.H. Sieburgh, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010
Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht, 13e druk, bewerkt door mr. A.S. Hartkamp & mr.drs. C.H. Sieburgh, Deventer: Kluwer 2010.

Asser-Van Schaick 5-IV 2004
Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Verbruikleen, altijddurende rente, bruikleen, bewaarneming, borgtocht, vaststellingsovereenkomst, kansovereenkomst, spel en weddenschap, 6e druk, bewerkt door mr. A.C. van Schaick, Deventer: Kluwer 2004.

B

Baird 2006
D.G. Baird, *The Elements of Bankruptcy*, 4th Edition, New York: Foundation Press 2006.

Bakels 1993
F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993.

Bakels 2011
F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten*, Mon. BW B-58, Deventer: Kluwer 2011.

Bakkerus 2000
S.O.H. Bakkerus, *Bancaire aansprakelijkheid* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht deel 8, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Barkhuysen & Emmerik 2005
T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht*, Preadviezen 2005, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2005, p. 5-101.

Bartels & Heyman 2004
S.E. Bartels & H.W. Heyman, 'De Vormerkung en de gelijke behandeling van schuldeisers', *WPNR* 2004/6600, p. 938-941.

Bebchuck & Fried 1996
L. Bebchuck & J. Fried, 'The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy', *Yale Law Journal* 1996, 105, p. 857-891.

Beekhoven van den Boezem 2008
F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'De faillissementsprocedure wordt maatschappelijk relevant: hoera?', *TvI* 2008/2, p. 71-79.

Beekhoven van den Boezem & Van der Weijden 2012
F.E.J. Beekhoven van den Boezem & R.J. van der Weijden, 'Rechtsgevolgen van opzegging van duurovereenkomsten', in: N.E.D. Faber, J.J. van Hees & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Serie Onderneming en Recht deel 72, Deventer: Kluwer 2012, p. 49-62.

Berends 2011
A.J. Berends, *Insolventie in het internationaal privaatrecht*, 2e druk, Deventer: Kluwer 2011.

Beversluis 2009
J.R. Beversluis, *Enige aspecten van de kwalitatieve verbintenis* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Bodifee 1997
H.J. Bodifee, 'Faillissement en licentie', *TvI* 1997/6, p. 170-176.

Boekraad 1997
G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht deel 9, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Boekraad & Harmsen 1999
G.A.J. Boekraad & C.M. Harmsen, 'Het faillissement van de paritas creditorum', in: S.C.J.J. Kortmann & T.H.D. Struycken (red.), *Privaatrecht in de 21e eeuw. Herijking van het faillissementsrecht*, Kluwer 1999, p. 51-65.

Boekraad & Verstijlen 2000
G.A.J. Boekraad & F.M.J. Verstijlen, 'De rechtsgeleerdheid moet het natuurlijk overwicht van curatoren niet onderschatten… Interview met de curatoren en de rechter-commissaris in het faillissement van Fokker', *TvI* 2000/Fokkernummer, p. 4-13.

Boekraad 2007
G.A.J. Boekraad, 'Het recht op wanprestatie van de faillissementscurator. Naar aanleiding van het Nebula-arrest (HR 3 november 2006, RvdW 2006, 1033)', *MvV* 2007/3, p. 46-53.

Boerma 2008
F.H.E. Boerma, 'Doorstart vanuit het perspectief van de rechter-commissaris', in: A.A.M. Deterink e.a. (red.), *Doorstart*, Insolad Jaarboek 2008, Deventer: Kluwer 2008, p. 179-192.

Borgers 1996
M.J. Borgers, 'Nieuwe (?) normen voor de faillissementscurator. Een beschouwing naar aanleiding van Hoge Raad 19 april 1996, RvdW 1996, 89C', *AA* 1996/9, p. 543-549.

Borst 2009
F.C. Borst, 'De failliete verhuurder', *TvHB* 2009/5, p. 187-191.

Bos 2002
T.M. Bos, 'Internationaal privaatrecht, Faillissement en Beslag (1998-2001)', Overzicht der Nederlandse Rechtspraak, *WPNR* 2002/6480, p. 230-237.

Brijs 2005
S. Brijs, 'Artikel 46 Faillissementswet: is de curator van de failliete verhuurder een tovenaar?', noot onder Cass. 24 juni 2004, *R.W.* 2005-06, p. 54-59.

Brijs 2009
S. Brijs, 'De wet betreffende de continuïteit van ondernemingen', *TRV* 2009, p. 667-708.

Broeders 2010
M.A. Broeders, 'Zwarte zwanen bestaan. Het faillissement van Lehman Brothers', *Ondernemingsrecht* 2010/14, p. 581-589.

McBryde e.a. 2003
W.W. McBryde, A. Flessner & S.C.J.J. Kortmann (red.), *Principles of European Insolvency Law*, Deventer: Kluwer Legal Publishers 2003.

Van Buggenhout & Van de Mierop 2005
Chr. van Buggenhout & I. van de Mierop, 'Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil', *T.B.H.* 2005, p. 253-257.

C

Colle & Van den Brande 2002
Ph. Colle & B. van den Brande, 'Het eigendomsvoorbehoud verbintenisrechtelijk bekeken en tegenwerpelijkheid van het beding in de verschillende samenloopsituaties', in: *De koop/ La vente*, Brugge 2002, p. 163-196.

Collier on Bankruptcy 2006
Collier on Bankruptcy, 15th Edition Revised, LexisNexis 2006.

Countryman 1973
V. Countryman, 'Executory Contracts in Bankruptcy: Part I', 57 *Minn. L. Rev.* 439 1972-1973.

Crivits & Persyn 2009
R. Crivits & C. Persyn, 'Voortgezette arbeidsovereenkomsten bij faillissement', *NjW* 2009, p. 430-436.

D

Davies 2011
J. Davies, 'The nature and Scope of the Anti-Deprivation Rule in the English Law of Corporate Insolvency', *ICR* 2011/2 en 3, p. 155-160 en p. 231-236.

Dekkers-Verbeke 2007
R. Dekkers & A. Verbeke, *Handboek Burgerlijk Recht. Deel III. Verbintenissen – Bewijsleer – Gebruikelijke contracten*, 3e druk, Antwerpen: Intersentia 2007.

Diephuis X
G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, *deel X*, Groningen: J.B. Wolters 1886.

Diephuis XI
G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, *deel XI*, Groningen: J.B. Wolters 1888.

Van Dijck 2006
G. van Dijck, *De faillissementspauliana: revisie van een relict* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

Dirix 1998
E. Dirix, 'Posities van schuldeisers en hun zekerheidsrechten', in: H. Braeckmans, E. Dirix & E. Wymeersch (red.), *Faillissement en Gerechtelijk Akkoord: het nieuwe recht*, Antwerpen: Kluwer 1998, p. 365-419.

Dirix 2003
E. Dirix, 'Faillissement en lopende overeenkomsten', *R.W.* 2003-04, p. 201-211.

Dirix & De Corte 2006
E. Dirix & R. De Corte, *Zekerheidsrechten*, Mechelen: Kluwer Belgium 2006.

Dirix 2008
E. Dirix, 'Insolventierecht en gemeenrecht', in: *Liber amicorum E. Wymeersch*, Antwerpen 2008, p. 411-427.

Dirix 2009
E. Dirix, 'Wilsautonomie en zakelijke zekerheidsrechten', in: *XXXIVste Postuniversitaire cyclus W. Delva. Bijzondere overeenkomsten*, Mechelen: Kluwer 2009, p. 141-186.

Dirix 2010a
E. Dirix, 'Lopende overeenkomsten bij faillissement en gerechtelijke reorganisatie', in: *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2010, p. 147-173.

Dirix 2010b
E. Dirix, 'Arbitragebeding en ontoereikende faillissementsboedel', noot onder Gent 21 februari 2006, *R.W.* 2009-10, p. 281-283.

Dirix & Jansen 2010
E. Dirix & R. Jansen, 'De positie van de schuldeisers en het lot van lopende overeenkomsten', in: K. Byttebier e.a. (red.), *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2010, p. 157-195.

Domingus 2002
Ch.A.M. Domingus, 'Enkele rechtsgevolgen van het faillissement van octrooi- of merkhouder als licentiegever', *TvI* 2002, p. 293-302.

Van Dooren 2011
R.A.L.M. van Dooren, 'De ondernemende curator en garanties', in: J.G. Princen & A. van der Schee (red.), *De ondernemende curator*, Insolad Jaarboek 2011, Deventer: Kluwer 2011, p. 77-89.

Drion 2009
C.E. Drion, 'Het probleem van Jansen', *NJB* 2009/43, 2191, p. 2805.

E

Van Eeghen 1996
L.J. van Eeghen, 'Verkenning van belangen bij doorstart na faillissement', *TVVS* 1996/4, p. 93-98.

Van Eeghen 1999
L.J. van Eeghen, 'Boedelverontreiniging', *TvI* 1999, p. 194-204.

Van Eeghen 2006
L.J. van Eeghen, *Het schemergebied vóór faillissement* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Eggens 1927
J. Eggens, 'Nieuwe rechtspraak (1)', *WPNR* 1927/2979, p. 60-61.

Van Elst 2008
S.M. van Elst, 'Doorstart en Intellectuele eigendom', in: A.A.M. Deterink e.a. (red.), *Doorstart*, Insolad Jaarboek 2008, Deventer: Kluwer 2008, p. 111-133.

Van Emden 2010
E.L.A. van Emden, 'Faillissement en ontruimingsbescherming', *TvHB* 2010/3, p. 98-100.

Van Engelen 2008
Th.C.J.A. van Engelen, 'Zekerheidsrechten op intellectuele-eigendomsrechten: een heikel avontuur', *MvV* 2008, nr. 7/8, p. 147-157.

Van Engelen 2009
Th.C.J.A. van Engelen, 'Licenties in faillissement na het Nebula-arrest: schuifelen tussen de scherven', *IER* 2009/6, p. 299-308.

Epstein I
D.G. Epstein, S.H. Nickles & J.J. White, *Bankruptcy, Volume I*, West Publishing Co. 1992.

Epstein & Nickles 1998
D.G. Epstein & S.H. Nickles, 'The National Bankruptcy Review Commission's section 365 Recommendations and the "Larger Conceptual Issues"', 102 *Dick. L. Rev.* 679 1997-1998.

F

Faber 2005
N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht deel 33, Deventer: Kluwer 2005.

Farnsworth on Contracts III 2004
E.A. Farnsworth, *Farnsworth on Contracts*, *Volume III*, 3th Edition, New York: Aspen Publishers 2004.

Van der Feltz I
S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Heruitgave Geschiedenis van de wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling, deel I, bewerkt door Mr. G.W. Baron van der Feltz, Haarlem 1896*, Serie Onderneming en Recht deel 2-I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Van der Feltz II
S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Heruitgave Geschiedenis van de wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling, deel II, bewerkt door Mr. G.W. Baron van der Feltz, Haarlem 1896*, Serie Onderneming en Recht deel 2-II, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Fikkers 1992
H.A.G. Fikkers, *Recht van reclame*, Deventer: Kluwer 1992.

Folmer e.a 2008
F.C. Folmer, T.J. de Graaf & A.M.E. Verschuur, 'Overdracht, licenties en derdenwerking in het intellectuele-eigendomsrecht', *MvV* 2008, nr. 7/8, p. 168-178.

Franken 1999
M.J.M. Franken, 'De dwangsom in het insolventierecht. Een (te) rijk geschakeerde lappendeken', *TvI* 1999/5, p. 102-112.

Franken 2008
M.J.M. Franken, 'Verificatie van vorderingen', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus*, Serie Onderneming en Recht deel 44, Deventer: Kluwer 2008, p. 575-594.

Franken 2011
M.J.M. Franken. 'De curator en het (pand)recht op onderhanden werk', in: J.G. Princen & A. van der Schee (red.), *De ondernemende curator*, Insolad Jaarboek 2011, Deventer: Kluwer 2011, p. 39-59.

Frédéricq 1963
S. Frédéricq, '*De invloed van het faillissement op gesloten overeenkomsten*', Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963.

G

Van Galen 1996
R.J. van Galen, 'Drie typen schulden bij faillissement', *WPNR* 1996/6225 en 6226, p. 393-397 en p. 413-417.

Van Galen 1997
R.J. van Galen, 'De rangorde onder boedelschulden in faillissement, *WPNR* 1997/6266 en 6267, p. 255-258 en p. 275-279.

Van Galen & Van Apeldoorn 1998
R.J. van Galen & J.C. van Apeldoorn, Grensoverschrijdende aspecten van insolventieprocedures buiten verdrag, in: R.J. van Galen, J.C. van Apeldoorn & A.J. Berends, *Grensoverschrijdende insolventieprocedures*, Preadviezen 1998, uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, Deventer: Kluwer 1998, p. 3-156.

Van Galen 2000
R.J. van Galen, 'De crediteurencommissie in faillissement', *TvI* 2000/Fokkernummer, p. 19-25.

Van Galen 2001
R.J. van Galen, 'Enkele procedurele opmerkingen over het faillissement', *WPNR* 2001/6463, p. 905-911.

Van Galen 2006
R.J. van Galen, 'Toezicht op de curator in faillissement', in: M.J. Kroeze e.a. (red.), *Verantwoording aan Hans Beckman*, Deventer: Kluwer 2006, p. 137-149.

Van Galen 2007
R.J. van Galen, Rechtspraak Faillissementsrecht, Faillissement Nebula (HR 3 november 2006, zaaknr. C05/165HR, LJN: AX8838), *Ondernemingsrecht* 2007/7, p. 292-294.

Van Gangelen & Gispen 2010
B.J.S.M. van Gangelen & G.H. Gispen, 'De separatist kan de actio pauliana instellen tijdens het faillissement van de zekerheidsgever', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Bancaire zekerheid. Liber amicorum mr. J.H.S.G.K. Timmermans*, Serie Onderneming en Recht deel 58, Deventer: Kluwer 2010, p. 215-223.

Geinger e.a. 1996
H. Geinger, C. Van Buggenhout & C. Van Heuverswijn, 'Overzicht van rechtspraak. Het faillissement en het gerechtelijk akkoord 1990-1995', *TPR* 1996, p. 909-1140.

Gispen 2005
G.H. Gispen, 'In het belang van de boedel', *TvI* 2005/4, p. 97-98.

Goode 2011
R. Goode, 'Perpetual Trustee and flip clauses in swap transactions', *L.Q.R.* 2011, 127, p. 1-13.

Grégoire 2000
M. Grégoire, 'Questions liées à l'invocation d'une clause de réserve de propriété', in: *Mélanges P. van Ommeslaghe*, Brussel 1999, p. 464-495.

Grimme 1995
A. Grimme, 'De doorfinancieringsplicht van de bank', *AA* 1995/1, p. 7-11.

Groenewegen & Loesberg 2005
J.L.M. Groenewegen & E. Loesberg, 'Artikel 39 Faillissementswet op de helling?', noot bij HR 13 mei 2005, RvdW 2005, 72 (Tiethoff en Douma q.q./Amstel Lease Maatschappij N.V.), *TvI* 2005/5, 36, p. 159-162.

H

Haak 2009
F. Haak, 'Contractsoverneming als quasi-zekerheidsrecht', *WPNR* 2009/6804, p. 559-564.

Haanebrink 1885
P.H. Haanebrink, *De actie tot ontbinding van de artt. 1302 en 1303 B.W. in verband met het faillissement* (diss. Utrecht), 1885.

Haas 2009
D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming* (diss. Amsterdam), Deventer: Kluwer 2009.

Haas 2010
D. Haas, 'De aard van de verbintenis tot persoonlijke dienstverlening: minder bijzonder dan gedacht', *RM Themis* 2010/4, p. 162-170.

Van Hees 1997
J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht deel 8, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Van Hees 2000
J.J. van Hees, 'Het fixatiebeginsel in faillissement', in: J.B. Huizink, J.B. Wezeman & J.W. Winter (red.), *A-T-D* (Van Schilfgaarde-bundel), Deventer: Kluwer 2000, p. 129-143.

Van Hees 2004
A. van Hees, 'Het doel van het faillissement en de taak van de curator', *TvI* 2004/5, p. 200-203.

Van Hees 2008
J.J. van Hees, 'Verificatie van vorderingen en de renvooiprocedure', in: J.A. van de Hel, M.C.A. van den Nieuwenhuijzen & J.H. Verdonschot (red.), *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 119-128.

Van Hees & Slaski 2008
J.J. van Hees & A. Slaski, 'De wederkerende wederkerige overeenkomst', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus*, Serie Onderneming en Recht deel 44, Deventer: Kluwer 2008, p. 281-301.

Van Hees 2012
J.J. van Hees, 'Overeenkomsten en faillissement: een onvolkomen regeling', in: N.E.D. Faber, J.J. van Hees & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Serie Onderneming en Recht deel 72, Deventer: Kluwer 2012, p. 3-20.

Van den Heuvel 1981
L.H. van den Heuvel, *Rechten van werknemers bij faillissement*, Preadvies voor de Vereniging voor Arbeidsrecht 1981, Alphen aan den Rijn: Samson Uitgeverij 1981.

Hoekstra 2005
G.D. Hoekstra, 'De spanning tussen het maatschappelijk belang en het gezamenlijk belang bezien in het licht van de creditors' bargain', *TvI* 2005/2, p. 33-43.

Holtius 1850
A.C. Holtius, *Het Nederlandsche faillitenregt*, Utrecht: C. Van der Post, Jr 1850.

Van Hoogenbemt 2006
H. van Hoogenbemt, 'De werknemers en de insolventie van hun werkgever', in: *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006, p. 657-702.

Hoyng 1988
W.A. Hoyng, 'De octrooilicentie in faillissement', in: *Recht vooruit, Opstellen verzameld ter gelegenheid van 150 jaar BW*, Deventer: Kluwer 1988, p. 73-96.

Huizink 2009
J.B. Huizink, *Insolventie*, 6e druk, Deventer: Kluwer 2009.

Huls 2000
N.J.H. Huls, 'Naar een economische faillissementsfilosofie', in: *Faillissement, Justitiële verkenningen*, jaargang 26, 2000/2, p. 20-30.

Hürner & Ouchinsky 2009
T. Hürner & N. Ouchinsky, 'Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008', *Rev.dr.Ulg* 2009, p. 213-252.

Huydecoper 2002
Jhr. J.L.R.A. Huydecoper, 'Faillissement van de gebruiker van (andermans) octrooien of knowhow', *TvI* 2002, p. 286-293.

Huydecoper 2007
Jhr. J.L.R.A. Huydecoper, 'Andere zwaarwegende belangen', in: M.L.S. Kalff, R. Mulder & S.H. de Ranitz (red.), *De Integere Curator*, Insolad Jaarboek 2007, Deventer: Kluwer 2007, p. 1-12.

Huydecoper 2008a
Jhr. J.L.R.A. Huydecoper, 'Welke kant gaat het met het IE-recht op (en waar zijn we nu)?', *WPNR* 2008/6749, p. 268-277.

Huydecoper 2008b
Jhr. J.L.R.A. Huydecoper, 'Insolventie en rechten van intellectuele eigendom', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus*, Serie Onderneming en Recht deel 44, Deventer: Kluwer 2008, p. 653-664.

Huydecoper 2008c
Jhr. J.L.R.A. Huydecoper, 'Knowhow en het vermogensrecht', *MvV* 2008, nr. 7/8, p. 158-162.

I

INSOLAD Praktijkregels 2011
INSOLAD Praktijkregels voor curatoren, laatstelijk geamendeerd op 8 september 2011, raadpleegbaar via www.insolad.nl.

J

Jackson 1986
T.H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Washington, D.C.: Beard Books 2001 (reprinted).

Jager & Weening 2008
C.J. Jager & R.E. Weening, 'Licentie in faillissement', *VrA* 2008/2, p. 49-68.

Jansen & Storme 2010
R. Jansen & M. Storme, 'Tegenwerpelijke verbintenissen bij samenloop? Wat niet bezwaart, moet niet worden gelicht!', noot onder Gent 16 april 2009, *R.W.* 2009-10, p. 1479-1483.

Janssen & Schollen 2005
M.A.J.G. Janssen & M.J.W. Schollen, 'Opzegging en ontbinding van de huurovereenkomst in faillissement', *Journaal* IF&Z 2005, p. 263-270.

Janssen & Versteeg 2008
M.A.J.G. Janssen & R.J. Versteeg, 'Verkoop van vorderingen door een curator in het kader van een doorstart', in: A.A.M. Deterink e.a. (red.), *Doorstart*, Insolad Jaarboek 2008, Deventer: Kluwer 2008, p. 135-160.

De Jong 2006
G.T. de Jong, *Niet-nakoming van verbintenissen*, Mon. BW B-33, Deventer: Kluwer 2006.

K

Kanda & Levmore 1994
H. Kanda & S. Levmore, 'Explaining Creditor Priorities', *Virginia Law Review* 1994, 80, p. 2103-2111.

Keijsers & Hartendorp 2003
P. Keijsers & R.C. Hartendorp, 'De gevolgen van de voorgenomen wijziging van de Faillissementswet voor de levering en transport van gas en elektriciteit in een geliberaliseerde markt', *NTvE* 2003/3, p. 105-111.

Keirse & Verstijlen 2004
A.L.M. Keirse & F.M.J. Verstijlen, 'Curator qualitate qua, lever ieder het zijne! Over de aansprakelijkheid van de curator bij het negeren van een eigendomsvoorbehoud', noot bij HR 19 december 2003, C02/196HR, *LJN* AN7817, *RvdW* 2004, 8 (*Curatoren Mobell/ Interplan*), *NTBR* 2004/8, nr. 73, p. 396-404.

Keirse 2006
A.L.M. Keirse, 'Er gaat niets boven Groningen, zo evenmin een goederenrechtelijke overeenkomst', in: A.L.M. Keirse e.a. (red.), *Recht in regio. Bijdragen gebundeld ter gelegenheid van de BW-dag 2006 te Groningen*, Den Haag: BJu 2006, p. 55-65.

Keukens & Wibier 2011
W.M.T. Keukens & R.M. Wibier, 'Overdracht onder voorwaarde van faillissement: voorwaardelijke wetenschap van benadeling!', *WPNR* 2011/6884, p. 379-382.

Knijp 1998
G.J. Knijp, 'Duurovereenkomst en faillissement', *NbBW* 1998/4, p. 45-47.

Van Koppen 1998
F.P. van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering* (diss. Tilburg), 1998.

Korthals Altes 1985
A. Korthals Altes, 'Ontbinding en faillissement', *Kwartaalbericht Nieuw BW*, 1985/3, p. 105-107.

Kortmann 1993
S.C.J.J. Kortmann, 'De curator, de bewindvoerder en de organen van de vennootschap en onderneming', in: D.H. Beukenhorst e.a., *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu*, Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht' 1993, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 98-158.

Kortmann 1994
S.C.J.J. Kortmann, 'De afkoelingsperiode van art. 63a Fw: ondoordachte wetgeving', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Financiering en aansprakelijkheid*, Serie Onderneming en Recht deel 1, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 149-161.

Kortmann & Faber 1995
S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Wetswijzigingen*, Serie Onderneming en Recht deel 2-III, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Kortmann & Faber 1996a
S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, 'Honderd jaar Faillissementswetgeving', *TvI* 1996/5, p. 123-133.

Kortmann & Faber 1996b
S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, 'De faillissementscurator: vertegenwoordiger of niet?', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus*, Serie Onderneming en Recht deel 6, Deventer: Kluwer 1996, p. 139-172.

Kortmann e.a. 1998
S.C.J.J. Kortmann, J.J. van Hees & N.E.D. Faber, 'Continuïteit van ondernemingen in moeilijkheden', preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, *TvP* 1998, p. 1253-1331.

Kortmann 2000
S.C.J.J. Kortmann, 'Fiscaal privilege, bodemrecht en bodemvoorrecht: recht of onrecht?', in: S.C.J.J. Kortmann (red.), *Faillissement en Fiscus*, Insolad Jaarboek 2000, Deventer: Kluwer 2001, p. 75-88.

Kortmann & Faber 2001
S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, 'Pand, hypotheek en fixatiebeginsel', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid*, Insolad Jaarboek 2001, Deventer: Kluwer 2001, p. 139-153.

Kortmann & Faber 2007
S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Voorontwerp Insolventiewet*, Serie Onderneming en Recht deel 2-IV, Deventer: Kluwer 2007.

Kortmann 2011
L.P. Kortmann, 'De curator vs. source code escrow 2.0', in: J.G. Princen & A. van der Schee (red.), *De ondernemende curator*, Insolad Jaarboek 2011, Deventer: Kluwer 2011, p. 157-170.

Kraijenbrink & De Wit 2003
S.T. Kraijenbrink & B. de Wit, 'Automatic Termination van groothandelsovereenkomsten in elektriciteit en gas: een verplichte keuze?', *NTvE* 2003/3, p. 100-104.

L

Land IV
N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, Vierde Deel*, 2e druk, bewerkt door Jhr. W.H. de Savornin Lohman, Haarlem: De erven F. Bohn 1907.

Langman 1984
H. Langman, 'Het boedelkrediet bij surséance van betaling', *de NV* 1984/1, p. 9-12.

Lazic 1999
V. Lazic, 'Arbitration and insolvency proceedings: claims of ordinary bankruptcy creditors', *EJCL* 1999, vol. 3.3, p. 1-34.

Van Lembergen 2005
W. van Lembergen, 'Heeft pandvestiging op huurgelden nog zin?', *R.W.* 2005-06, p. 41-48.

Lemstra & Van der Weide 2008
J.H. Lemstra & J.H. van der Weide, 'Kloeke Curatoren', in: A.A.M. Deterink e.a. (red.), *Doorstart*, Insolad Jaarboek 2008, Deventer: Kluwer 2008, p. 161-177.

Lennarts 2000
M.L. Lennarts, 'Air Holland: de vliegers gevlogen met medeneming van de opleidingskosten', *TvI* 2000/4, p. 136-142.

Leuftink 1995
A.L. Leuftink, *Surséance van betaling*, Deventer: Kluwer 1995.

Leunen 1998
Ch.-A. Leunen, 'Lopende overeenkomsten en het vernieuwde recht van de onderneming in moeilijkheden', *TPR* 1998, p. 475-506.

De Liagre Böhl 1981
E.W.J.H. de Liagre Böhl, 'Het nieuwe faillissementsrecht', *Advocatenblad* 1981, p. 277-283.

De Liagre Böhl 1991
E.W.J.H. de Liagre Böhl (m.m.v. E.A. Brood & J.T. Dantuma), *Sanering en faillissement*, Vademecum Ondernemingsrecht, Deventer: Kluwer 1991.

Loesberg 1999
E. Loesberg, 'De curator en de werknemer (DGA): vriend en/of vijand?', in: A.M. Luttmer-Kat e.a. (red.), *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, Insolad Jaarboek 1999, Deventer: Kluwer 2000, p. 15-32.

Loesberg 2008
E. Loesberg, 'Wederkerige overeenkomsten in het Voorontwerp Insolventiewet', in: J.A. van de Hel, M.C.A. van den Nieuwenhuijzen & J.H. Verdonschot (red.), *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 241-252.

Loesberg 2012
E. Loesberg, 'Gevolgen voor lopende huurcontracten van de faillietverklaring van de verhuurder: de huurder als "separatist" in het faillissement van de verhuurder', in: N.E.D. Faber, J.J. van Hees & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Serie Onderneming en Recht deel 72, Deventer: Kluwer 2012, p. 109-119.

Luttikhuis 2004
A.P.K. Luttikhuis, 'Begrip 'de gezamenlijke schuldeisers' gedateerd', *TvI* 2004/3, p. 84-95.

Luttikhuis 2007
A.P.K. Luttikhuis, *Corporate recovery. De weg naar effectief insolventierecht* (diss. Tilburg), 2007.

Luttikhuis & Timmermans 2007
A.P.K. Luttikhuis & R.E. Timmermans, *Insolventierecht in cijfers en modellen: Schuldeisers-benadeling en conclusies*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

M

Maeijer 1990
J.M.M. Maeijer, 'Rechtspersoonlijkheid, persoonlijkheidsrechten en vatbaarheid voor beslag van het auteursrecht, *BIE* 1990/12, p. 352-355.

De Man
B. de Man, 'Ontbindingsclausule huurovereenkomst geldig in surseance en faillissement', *MvV* 2005/9, p. 175-178.

De Marez Oyens 1883
J.C. de Marez Oyens, *De beginselen van het hedendaagsche faillietenrecht, naar aanleiding der "Konkursordnung für das Deutsche Reich" van 1 October 1879*, 's-Gravenhage: Gebrs. Belinfante 1883.

Marotzke 2001
W. Marotzke, *Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht*, 3e druk, Berlin: Luchterhand 2001.

Marotzke 2006
W. Marotzke, in: *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*, Heidelberg: CFM 2006.

Meulder 2008
A. Meulder, 'La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation: régime unique ou multiple? L'arrêt du 10 avril 2008: charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur?', *T.B.H.* 2008/10, p. 861-869.

Meeter 1990
F. Meeter, *Het rapport van de Commissie-Mijnssen*, NIBE-Bankjuridische reeks deel 5, 1990.

Meeter 1996
F. Meeter, 'Wettelijke doorfinancieringsregeling', *TvI* 1996/4, p. 85-86.

Meijers 1919
E.M. Meijers, 'Een in de rechtspraak opgeworpen vraag', *WPNR* 1919/2596-2598, p. 361-363, p. 369-372 en p. 381-384.

Meijer 2008
G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (diss. Rotterdam), 2008.

Melissen 2011
W.A.H. Melissen, 'Toezicht op de ondernemende curator', in: J.G. Princen & A. van der Schee (red.), *De ondernemende curator*, Insolad Jaarboek 2011, Deventer: Kluwer 2011, p. 291-303.

Van Mierlo 1994
A.I.M. van Mierlo, 'Warmhouden, afkoelen en bevriezen tijdens surséance', *WPNR* 1994/6145, p. 513-515.

Van Mierlo & Van de Hel-Koedoot 2010
A.I.M. van Mierlo & M. van de Hel-Koedoot, 'Faillissement en arbitrage', *Ondernemingsrecht* 2010/6, p. 39-43.

Molengraaff 1898
W.L.P.A. Molengraaff, *De Faillissementswet*, 1e druk, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1898.

Molengraaff-Star Busmann 1951
W.L.P.A. Molengraaff, *De Faillissementswet*, bewerkt door C.W. Star Busmann, 4e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951.

Molkenboer 1981
G.J.A.M. Molkenboer, 'Wederkerige overeenkomst en faillissement', *Advocatenblad* 1981, p. 494-495.

Mooij e.a. 2012
L.W. Mooij, R.H.W.A. Verhoeven & J.T. Jol, 'Van boedelkrediet tot noodkrediet', in: N.E.D. Faber, J.J. van Hees & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Serie Onderneming en Recht deel 72, Deventer: Kluwer 2012, p. 291-306.

De Moor & Schoorlemmer 2005
R.R.M de Moor & W. Schoorlemmer, *Vereenvoudigde afwikkeling van faillissementen*, Deventer: Kluwer 2005.

Mouthaan 2006
M. Mouthaan, 'Zekerheid 'zonder moeite' in internationale verhoudingen (art. 6:51 lid 2 BW)', *NTBR* 2006/2, p. 53-56.

N

Neppelenbroek 2011
E.D.C. Neppelenbroek, 'De softwaregebruikslicentie bij de overdracht van het auteursrecht en in het faillissement van de licentiegever', *TvI* 2011/5, p. 152-165.

Van Nieuwenhoven Helbach-Huydecoper & Van Nispen 2002
E.A. van Nieuwenhoven Helbach, *Industriële eigendom, Deel 1. Bescherming van technische innovatie*, bewerkt door jhr. J.L.R.A. Huydecoper & C.J.J.C. van Nispen, Deventer: Kluwer 2002.

Nieuwenhuis 2007
J.H. Nieuwenhuis, 'They still rule us from their graves', *WPNR* 2007/6693, p. 1-6.

Van Nievelt 1907
C. van Nievelt, *De invloed van het faillissement op het voortbestaan van overeenkomsten* (diss. Leiden), Leiden: Eduard IJdo 1907.

Nijenhuis & Verhagen 1994
A. Nijenhuis & H.L.E. Verhagen, 'Netting: een beschouwing naar Nederlands recht', *NV* 1997, p. 96-103.

Van Nispen tot Sevenaer 1928
Jhr. C.M.O. van Nispen tot Sevenaer, 'Het gevolg van de ontbinding eener wederkeerige overeenkomst, ten aanzien van de rechten van voorrang en terughouding', *WPNR* 1928/3061, p. 529-533.

Van Nispen 2002
C.J.J.C. van Nispen, 'Beslag op en executie van rechten van intellectuele eigendom', *TvI* 2002, p. 270-274.

O

Van Oostrom-Streep 2006
N.C. van Oostrom-Streep, *De kwalitatieve verplichting* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Ophof 1992
H.P.J. Ophof, *De Actio Pauliana: Terug van weggeweest of ook: 'wegwezen'?* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 1992.

Van Opstall 1952
S.N. van Opstall, 'De gevolgen van het faillissement voor de wederkerige overeenkomst krachtens welke roerend goed in eigendom werd overgedragen aan den schuldenaar', in: *Rechtskundige opstellen, op 7 december 1952 door oud-leerlingen aangeboden aan Prof. Mr. R.P. Cleveringa*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1952, p. 240-267.

Van Opstall 1963
S.N. van Opstall, 'Het ontwerp voor het zesde boek van het nieuwe Burgerlijk Wetboek: afdeling 6.1.6', *WPNR* 1963/4754-4757, p. 61-67, 73-78, 85-89 en 97-102.

Van Opstall 1966
S.N. van Opstall, 'Zakelijke rechten en kwalitatieve verbintenissen', *WPNR* 1966/4919-4926, p. 383-388, 395-399, 407-411, 419-422, 431-434, 443-446, 455-459 en 467-473.

Van Opstall 1973
S.N. van Opstall. 'Wat is een verbintenis?', *WPNR* 1973/5234-5236, p. 437-434, 449-455 en 463-468.

Opzoomer V
C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard*, vijfde deel, Amsterdam: J.H. Gebhard & Comp. 1879.

P

Parl. Gesch. Boek 3
C.J. van Zeben en J.W. du Pon (m.m.v. M.M. Olthof), Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6)
W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen, Deventer: Kluwer 1990.

Parl. Gesch. Boek 6
C.J. van Zeben en J.W. du Pon (m.m.v. M.M. Olthof), Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6)
W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Deventer: Kluwer 1990.

Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6)
W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Boek 7. Bijzondere overeenkomsten. Titels 1, 7, 9 en 14, Deventer: Kluwer 1991.

Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6)
W.H.M. Reehuis en E.E. Slob (m.m.v. J.B. Rijpkema), Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de Rechterlijke Organisatie en de Faillissementswet. Aanpassing van de overige wetten, Deventer: Kluwer 1992.

Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012
Pitlo, Het Nederlands burgerlijk recht, Deel 3, *Goederenrecht*, 13e druk, bewerkt door W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, Deventer: Kluwer 2012.

Polak 1963
N.J. Polak, *De invloed van het faillissement op gesloten overeenkomsten*, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963.

Polak 1964
N.J. Polak, 'Pacht en faillissement', in: J. van Andel e.a. (red.), *Pacht en grondgebruik*, Deventer – Antwerpen: Kluwer 1964, p. 203-214.

Polak 1972
Mr. M. Polak's handboek voor het Nederlandse Handels- en Faillissementsrecht. Deel I, derde gedeelte. Faillissement en surséance van betaling, 7e druk, bewerkt door N.J. Polak, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1972.

Polak/Pannevis 2011
N.J. Polak, *Insolventierecht*, 12e druk, bewerkt door M. Pannevis, Deventer: Kluwer 2011.

Praktijkboek Insolventierecht 2
M.A.L.M. Willems e.a. (red.), *Lopende overeenkomsten en de afkoelingsperiode*, Praktijkboek Insolventierecht Deel 2, Deventer: Kluwer 2007.

Praktijkboek Insolventierecht 6
M.A.L.M. Willems e.a. (red.), *Capita selecta Insolventierecht*, Praktijkboek Insolventierecht Deel 6, Deventer: Kluwer 2007.

Q

Quaedvlieg 1995
A.A. Quaedvlieg, 'Intellectuele-eigendomslicenties in 'Boek 9 Fw", *NTBR* 1995/9-10, p. 226-235.

R

De Ranitz 1996
Jhr. S.H. de Ranitz, 'Crediteurenbelang versus "andere belangen"', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus*, Serie Onderneming en Recht deel 6, Deventer: Kluwer 1996, p. 187-199.

De Ranitz 1999
Jhr. S.H. de Ranitz, 'De curator als onderhandelaar', in H.C.F. Schoordijk e.a., *Rond de tafel. De juridische kaders van het onderhandelen* (Bogaerts en Groenenbundel), Deventer: Kluwer 1999, p. 49-60.

De Ranitz 2008
Jhr. S.H. de Ranitz, 'De voortzetting van de onderneming tijdens insolventie, nu en straks', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus*, Serie Onderneming en Recht deel 44, Deventer: Kluwer 2008, p. 179-193.

Ren 2011
Y. Ren, *A Comparative Study of the Corporate Bankruptcy Reorganization law of the U.S. and China* (diss. Groningen), 2011, raadpleegbaar via http://irs.ub.rug.nl/ppn/334565847.

Rijckenberg 2009
C. Rijckenberg, 'Fixatie en schuldeisers', in: I. Spinath, J.E. Stadig & M. Windt (red.), *Curator en crediteuren*, Insolad Jaarboek 2009, Deventer: Kluwer 2009, p. 131-151.

S

Sagaert & Jansen 2008
V. Sagaert & R. Jansen, 'Het Voorontwerp van Insolventiewet: enkele aantekeningen vanuit Belgisch perspectief', in: J.A. van de Hel, M.C.A. van den Nieuwenhuijzen & J.H. Verdonschot (red.), *Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 319-330.

Sagaert 2010
V. Sagaert, 'Het eigendomsvoorbehoud: een nieuwe communautaire splijtzwam?', *NTBR* 2010/8, 35, p. 293-294.

Sanders 2001
P. Sanders, Het Nederlandse arbitragerecht, 4e druk, Deventer: Kluwer 2001.

Schainck 2009
P.R.W. Schainck, 'Enkele IE-bespiegelingen door de bril van een faillissementscurator', *IER* 2009/6, p. 294-298.

Schelhaas 2004
H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2004.

Schelhaas 2007
H.N. Schelhaas, 'Contractuele rechtszekerheid in de praktijk', in: B. Wessels (red.), *Contracten maken*, Deventer: Kluwer 2007, p. 141-158.

Schimmelpenninck 2008
R.J. graaf Schimmelpenninck, 'Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen', *TvI* 2008/3, p. 134-142.

Scholten 1914
G. Scholten, *Wanprestatie als ontbindende voorwaarde bij wederkeerige overeenkomsten* (diss. Amsterdam), Amsterdam: Scheltema en Holkema's Boekhandel 1914.

Schoordijk 1979
H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979.

Schoordijk 1991
H.C.F. Schoordijk, 'Dogmatiek loont', *NJB* 1991/11, p. 443-444.

Schoordijk 1992
H.C.F. Schoordijk, Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht (recensie diss. Rank-Berenschot), *NJB* 1992/37, p. 1202-1206.

Slaski 2009
A. Slaski, 'De gebondenheid van de curator aan overeenkomsten', in: I. Spinath, J.E. Stadig & M. Windt (red.), *Curator en crediteuren*, Insolad Jaarboek 2009, Deventer: Kluwer 2009, p. 111-130.

Slaski 2011
A. Slaski, 'Hoeveel energie is er nodig voor een boedelschuld?', *TvI* 2011/3, p. 95-98.

Smelt 2006
A.A.J. Smelt, *Goederen met een negatieve waarde in het vermogensrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

Smelt 2008
A.A.J. Smelt, 'Bestuursdwang, bestuurlijke dwangsom en bestuurlijke boete bij faillissement', *TvI* 2008/6, p. 257-266.

Snijders 1980
W. Snijders, 'Botsende rechten op levering van éénzelfde goed', in: *Recht door zee* (Schadee-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980, p. 185-192.

Snijders 1994
W. Snijders, 'Het nieuwe art. 37 F, een belangrijke verandering', in: T. Hartlief, A.H.T. Heisterkamp & W.H.M. Reehuis (red.), *CJHB* (Brunner-bundel), Deventer: Kluwer 1994, p. 357-360.

Snijders 2003
W. Snijders, 'Concursus creditorum en de verdelende rechtvaardigheid in het privaatrecht', in: M.W. Hesselink, C.E. du Perron & A.F. Salomons (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: BJu 2003, p. 269-287.

Snijders 2008
W. Snijders, 'Parlementaire geschiedenis: zin en onzin', *WPNR* 2008/6774, p. 843-849.

Soedira 2011
A.D.W. Soedira, *Het akkoord* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht deel 60, Deventer: Kluwer 2011.

Spinath 2007
I. Spinath, 'Een alternatief: het zuivere schuldeisersbelang', in: M.L.S. Kalff, R. Mulder & S.H. de Ranitz (red.), *De Integere Curator*, Insolad Jaarboek 2007, Deventer: Kluwer 2007, p. 99-106.

Spoor e.a. 2005
J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht*, 3e druk, Deventer: Kluwer 2005.

Stein/Rueb 2011
P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, 18e druk, verzorgd door A.S. Rueb, Deventer: Kluwer 2011.

Stollenwerck 1991
A.H.N. Stollenwerck, 'De Faillissementswet en het NBW', in: W.C.L van der Grinten e.a. (red.), *Onderneming en nieuw burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 471-483.

Storme 2011
M.E. Storme, 'Eigendomsvoorbehoud en samenloop buiten faillissement: Hof van Cassatie lijdt aan fantoompijn', *R.W.* 2011-12, p. 254-266.

Strikwerda 2008
L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, 9e druk, Deventer: Kluwer 2008.

Streefkerk 2006
C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten*, Mon. BW B-32b, Deventer: Kluwer 2006.

Strijbos 1985
J.F.M. Strijbos, *Opzegging van duurovereenkomsten* (diss. Nijmegen), Deventer: 1985.

Struycken 2007
T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Serie Onderneming en Recht deel 37, Deventer: Kluwer 2007.

T

Tabb & Brubaker 2006
C.J. Tabb & R. Brubaker, *Bankruptcy Law: Principles, Policies and Practice*, 2nd ed., LexisNexis 2006.

Thiele 2009
A.C.F.G. Thiele, 'Collectieve zekerheidsarrangementen; onzekere zekerheid?', in: R.W. Clumpkens e.a., *Zekerhedenrecht in ontwikkeling*, Preadviezen 2009, uitgebracht voor de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 71-113.

Thole 1987
E.P.M. Thole, 'Een failliet bedrijf kan niet meer op de kleintjes letten', *NJB* 1987, p. 1281-1285.

Thole 1991
E.P.M. Thole, *Software, een 'novum' in het vermogensrecht* (diss. Utrecht), Antwerpen-Deventer: Kluwer 1991.

Timmermans 2011
J.H.S.G.K. Timmermans, 'De Curator en het Boedelkrediet', in: J.G. Princen & A. van der Schee (red.), *De ondernemende curator*, Insolad Jaarboek 2011, Deventer: Kluwer 2011, p. 61-76.

Tison 2009
M. Tison, 'De Wet Continuïteit Ondernemingen en kredietverlening', in: *Liber amicorum A. Cuypers*, Brussel 2009, p. 261-274.

Tjittes 1995
R.P.J.L. Tjittes, 'Het retentierecht van de advocaat', *TvI* 1995/2, p. 26-31.

V

Van Velten 2009
A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Ars Notariatus deel 120, 3e druk, Deventer: Kluwer 2009.

Verburg 2012
L.G. Verburg, 'Het beëindigen van de relatie met de bestuurder en de commissaris van een gefailleerde NV of BV', in: N.E.D. Faber, J.J. van Hees & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Serie Onderneming en Recht deel 72, Deventer: Kluwer 2012, p. 149-171.

Verdaas 1999
A.J. Verdaas, 'De aangekondigde doorfinancieringsplicht: overbodig en ondoordacht', *Ondernemingsrecht* 1999/7, p. 182-185.

Verdaas 2002
A.J. Verdaas, 'De opzegbaarheid van duurovereenkomsten: een pleidooi voor de contractsvrijheid (I) en (II)', *WPNR* 6501 en 6502, p. 599-606 en p. 626-631.

Verhoeven & Zijderveld 2011
F. Verhoeven & C.R. Zijderveld, 'De waardering van schuldvorderingen in faillissement', *FIP* 2011/8, p. 226-230.

Verougstraete 2010
I. Verougstraete, 'Rechten en garanties van de schuldeisers – De lopende overeenkomsten', in: P. Lambrecht & C. Gheur (red.), *La loi relative à la continuité des entreprises – De Wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen*, Louvain-la-Neuve: Anthemis – Intersentia 2010, p. 143-169.

Verschoof & Van der Dussen 1986
R.J. Verschoof & E.A. van der Dussen, 'Afsluitingsbevoegdheid van nutsbedrijven in faillissementssituaties', *NJB* 1986/39, p. 1243-1248.

Verschoof 1992
R.J. Verschoof, *Het nieuwe faillissementsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

Verschoof 1998
R.J. Verschoof, *Schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen*, NIBE Bankjuridische Reeks deel 36, Amsterdam 1998.

Verschoof 2012
R.J. Verschoof, 'Het toezicht van de rechter-commissaris, in het bijzonder op overeenkomsten', in: N.E.D. Faber, J.J. van Hees & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Serie Onderneming en Recht deel 72, Deventer: Kluwer 2012, p. 21-48.

Verstijlen 1995
F.M.J. Verstijlen, 'Van verrijking en verhaal binnen (boedel)faillissement', *NTBR* 1995/4, p. 93-96.

Verstijlen 1996a
F.M.J. Verstijlen, 'Enige beschouwingen naar aanleiding van A.L. Leuftink, Surséance van betaling', *TvI* 1996/2, p. 36-43.

Verstijlen 1996b
F.M.J. Verstijlen, 'De faillissementscurator tegenover milieurechtelijke normen', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus*, Serie Onderneming en Recht deel 6, Deventer: Kluwer 1996, p. 273-289.

Verstijlen 1998a
F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Verstijlen 1998b
F.M.J. Verstijlen, 'De aangekondigde doorleverings- en doorfinancieringsverplichting', *NJB* 1998/37, p. 1678-1681.

Verstijlen 1999
F.M.J. Verstijlen, 'De curator als maatschappelijk werker', in: S.C.J.J. Kortmann & T.H.D. Struycken (red.), *Privaatrecht in de 21e eeuw. Herijking van het faillissementsrecht*, Kluwer 1999, p. 13-25.

Verstijlen 2004
F.M.J. Verstijlen, 'Tien jaar insolventierecht: professionalisering, socialisering en dreigende denaturering', *TvI* 2004/5, p. 181-186.

Verstijlen & Vriesendorp 2004
F.M.J. Verstijlen & R.D. Vriesendorp, 'Enige opmerkingen over Polak-Wessels, Insolventierecht (I) en (II)', *WPNR* 6602 en 6603, p. 991-997 en p. 1018-1024.

Verstijlen 2005
F.M.J. Verstijlen, 'De bewijsovereenkomst in het goederen- en insolventierecht', in: R.J.C. Flach e.a. (red.), *Amice* (Rutgers-bundel), Zwolle: Kluwer 2005, p. 337-345.

Verstijlen 2006a
F.M.J. Verstijlen, 'De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement', in: W.J.M. van Andel & F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement*, Preadviezen 2006, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2006, p. 87-160.

Verstijlen 2006b
F.M.J. Verstijlen, 'Paritas creditorum, voorrang en preferentie', preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, *TvP* 2006/2, p. 1157-1236.

Verstijlen 2007
F.M.J. Verstijlen, 'Het eigendomsvoorbehoud in nevelen', *WPNR* 2007/6725, p. 824-829.

Verstijlen 2008a
F.M.J. Verstijlen, 'De rechter-commissaris in het voorontwerp Insolventiewet: rechter of commissaris?', *TvI* 2008/1, p. 18-23.

Verstijlen 2008b
F.M.J. Verstijlen, 'De spookprocedure van de boedelinsolventie', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder, een octopus*, Serie Onderneming en Recht deel 44, Deventer: Kluwer 2008, p. 559-574.

Verstijlen 2008c
F.M.J. Verstijlen, 'De bewijsovereenkomst in het goederenrecht', *WPNR* 2008/6742, p. 129-137.

Verstijlen 2008d
F.M.J. Verstijlen, 'Nebula geen panacee voor elke contractuele onwelgevalligheid van de curator', *TvI* 2008/1, p. 26.

Verstijlen & Smelt 2008
F.M.J. Verstijlen & A.A.J. Smelt, 'Boedelschulden in het voorontwerp Insolventiewet', *TvI* 2008/2, p. 89-100.

Verstijlen & Hoekstra 2009
F.M.J. Verstijlen & G.D. Hoekstra, 'De separatist in het voorontwerp voor een Insolventiewet en de *creditors' bargain*', *NJB* 2009/5, 229, p. 294-301.

Verstijlen & Visser 2009
F.M.J. Verstijlen & I. Visser, 'Vormerkung en faillissement. De werking van art. 7:3 BW in een faillissement van de verkoper', *TvI* 2009/5, p. 155-164.

Verstijlen 2011
F.M.J. Verstijlen, 'Alles (te) rustig aan het wetgevingsfront', *TvI* 2011/2, p. 62-63.

Verweij 1997
J.H. Verweij, *De bestuurlijke dwangsom* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Völlmar 1939
H.F.A. Völlmar, *De Faillissementswet*, 2e druk, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1939.

Völlmar 1961
H.F.A. Völlmar, *Het Nederlandse handels- en faillissementsrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1961.

Vonck 2010
F.J. Vonck, 'Goederenrechtelijke verplichtingen tot een doen in faillissement', *TvI* 2010/2, p. 48-56.

Voorduin V
J.C. Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken*, deel V, Utrecht: Robert Natan, Akademie-Boekhandelaar 1838.

Vos 2009
P. Vos, *Kredietopvraging en insolventierisico*, 2e druk, Deventer: Kluwer 2009.

De Vries 1997
G.J.P. de Vries, *Recht op nakoming en op schadevergoeding en ontbinding wegens tekortkoming*, 2e druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

De Vries 2000
G.J.P. de Vries, 'Ontbinding en beëindiging van niet-wederkerige overeenkomsten op grond van wanprestatie', *NTBR* 2000/9-10, p. 493-499.

Vriesendorp 1985
R.D. Vriesendorp, *Het eigendomsvoorbehoud* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1985.

Vriesendorp 1996
R.D. Vriesendorp, 'Fokker en de aangekondigde doorfinancieringswetgeving', *TvI* 1996/2, p. 25-26.

Vriesendorp 1999
R.D. Vriesendorp, 'Voorrang hebben, voorrang krijgen', *TvI* 1999/2, p. 29-30.

Vriesendorp 2000
R.D. Vriesendorp, 'De rechter-commissaris bij insolventies; onpartijdige rechter of betrokken commissaris?', in: *Faillissement, Justitiële verkenningen*, jaargang 26, 2000/2, p. 55-64.

Vriesendorp 2001
R.D. Vriesendorp, 'Zeker een goed verhaal', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid*, Insolad Jaarboek 2001, Deventer: Kluwer 2001, p. 3-11.

Vris 2009
J.L. Vris, 'An introduction to DIP financing', in: *Nuts and Bolts of Corporate Bankruptcy* 2009, 12, p. 1-34.

W

Waalkens 1884
W.C. Waalkens, *Iets over den invloed van het faillissement op het recht om ontbinding van wederkeerige overeenkomsten te vorderen* (diss. Groningen), Groningen: P. Noordhoff 1884.

De Wal 1883
R.J. de Wal, *Een vermeende en een werkelijke toepassing van art. 1307 Burgerlijk Wetboek* (diss. Leiden), Leiden: Gebroeders Van der Hoek 1883.

De Weggheleire 2011
J. de Weggheleire, 'Opschortingsbedingen – Over de rechtsgeldigheid en tegenwerpelijkheid van contractuele clausules inzake de exceptie van niet-uitvoering en het retentierecht', *R.W.* 2011-12, 16, p. 718-738.

De Weijs 2007
R.J. de Weijs, 'Naar een flexibele benadering van wetenschap van benadeling onder de pauliana', *WPNR* 2007/6726, p. 848-857.

De Weijs 2010
R.J. de Weijs, *Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung en Transaction Avoidance in Insolvencies* (diss. Amsterdam), Deventer: Kluwer 2010.

Wentink 1995
B.C. Wentink, *De licentie in het vermogensrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Wessels 1988
B. Wessels, *Natuurlijke verbintenissen* (diss. Amsterdam), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Wessels 1997
B. Wessels, 'Bescherming van het Fokker erfgoed als maatschappelijk belang?', *TvI* 1997/6, p. 169-170.

Wessels 2007
B. Wessels, 'Toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel', *MvV* 2007, p. 262-265.

Wessels 2009
B. Wessels, 'Belangenstrijd in het insolventierecht' (afscheidsrede VU 2008), in: B. Wessels, *Insolventierechtelijke incidenten*, Den Haag: BJu 2009, p. 61-89.

Wessels Insolventierecht II 2012
B. Wessels, *Insolventierecht II. Gevolgen van faillietverklaring (1)*, 3e druk, Deventer: Kluwer 2012.

Wessels Insolventierecht III 2010
B. Wessels, *Insolventierecht III. Gevolgen van faillietverklaring (2)*, 3e druk, Deventer: Kluwer 2010.

Wessels Insolventierecht IV 2010
B. Wessels, *Insolventierecht IV. Bestuur en beheer na faillietverklaring*, 3e druk, Deventer: Kluwer 2010.

Wessels Insolventierecht V 2011
B. Wessels, *Insolventierecht V. Verificatie van schuldvorderingen*, 3e druk, Deventer: Kluwer 2011.

Wessels Insolventierecht VI 2010
B. Wessels, *Insolventierecht VI. Het akkoord*, 3e druk, Deventer: Kluwer 2010.

Wessels Insolventierecht VII 2010
B. Wessels, *Insolventierecht VII. Vereffening van de boedel*, 3e druk, Deventer: Kluwer 2010.

Wessels Insolventierecht VIII 2011
B. Wessels, *Insolventierecht VIII. Surseance van betaling*, 3e druk, Deventer: Kluwer 2011.

Westbrook 1989
J.L. Westbrook, 'A Functional Analysis of Executory Contracts', 74 *Minn. L. Rev.* 227 1989.

Wibier 2007
R.M. Wibier, *Alternatieven voor zekerheid op bankrekeningen* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2007.

Wibier 2008
R.M. Wibier, 'Het *Nebula*-arrest en het Voorontwerp Insolventiewet: (n)iets nieuws onder de zon', *NTBR* 2008/10, p. 445-452.

Wibier 2009
R.M. Wibier, *Overgang van vorderingen en schulden en afstand van vorderingen*, Mon. BW B-44, Deventer: Kluwer 2009.

Wibier & Keukens 2011
R.M. Wibier & W.M.T. Keukens, Naschrift (bij reactie B. Winters), *WPNR* 2011/6895, p. 626-627.

Winter 1996
J. Winter, Rechtspraak Faillissementsrecht (HR 20 september 1996, rek.nr. 8851), *TVVS* 1996/12, p. 357-358.

Winter 1998
J.W. Winter, 'Afkoelen, doorleveren en doorfinancieren naar huidig, komend en wenselijk (Nederlands) recht', *TvI* 1998/5, p. 91-100.

Winters 2011
B. Winters, 'Overdracht onder voorwaarde van faillissement (in beginsel) niet paulianeus', *WPNR* 2011/6895, p. 623-625.

Van der Wiel 2002
B.T.M. van der Wiel, 'De bewijsovereenkomst', *WPNR* 2002/6480, p. 221-229.

De Wilde 2005
A. de Wilde, *Boedelschulden in het insolventierecht* (diss. Leuven), Antwerpen – Oxford: Intersentia 2005.

De Wilde 2006
A. de Wilde, 'Beheer van het insolventievermogen', in: E. Alofs e.a., *Insolventierecht*, Kluwer Belgium 2006.

Wolfsbergen 1927
A. Wolfsbergen, 'Verhooging der vordering bij faillissement van den schuldenaar', *NJB* 1927/3, p. 41-42.

Worthington 2010
S. Worthington, 'Insolvency Deprivation, Public Policy and Priority Flip Clauses', *ICR* 2010/1, p. 28-39.

Worthington 2011
S. Worthington, 'Making Sense of Arguments about the Anti-Deprivation Rule', *ICR* 2011/1, p. 26-39.

Y

Ynzonides 1991
M. Ynzonides, 'De invloed van faillietverklaring op arbitrage', *WPNR* 1991/6008, p. 389-396.

Z

Van Zanten 2007
T.T. van Zanten, 'Het recht van de curator op wanprestatie', *TvI* 2007/2, p. 40-51.

Van Zanten 2008a
T.T. van Zanten, 'Wederkerige overeenkomsten in het Voorontwerp', *TvI* 2008/2, p. 58-71.

Van Zanten 2008b
T.T. van Zanten, 'Het voorontwerp Insolventiewet; doelstellingen, karakteristieken en hoofdrolspelers', *Bb* 2008/28, p. 114-119.

Van Zanten 2009
T.T. van Zanten, 'Dwangcrediteuren, *paritas creditorum* en de continuïteit van de onderneming', in: I. Spinath, J.E. Stadig & M. Windt (red.), *Curator en crediteuren*, Insolad Jaarboek 2009, Deventer: Kluwer 2009, p. 91-110.

Van Zanten & Verstijlen 2011
T.T. van Zanten & F.M.J. Verstijlen, 'Beëindiging van de huurovereenkomst in het faillissement van de huurder. Over schadevergoeding, bankgaranties en het gelijk van Vlielander Hein', *TvI* 2011/3, p. 85-94.

Zenner 1998
A. Zenner, *Dépistage, faillites et concordats*, Brussel: Larcier 1998.

Zenner & Peeters 2004
A. Zenner & I. Peeters, 'Tegenwerpelijkheid van samenloopvermijdende contractuele waarborgmechanismen', *R.W.* 2004-05, p. 481-505.

Zenner & Verougstraete 2004
A. Zenner & I. Verougstraete, 'Voortzetting van lopende overeenkomsten door de curators, verbrekingsvergoedingen en boedelschulden', *T.B.H.* 2004/6, p. 517-523.

Zenner 2009
A. Zenner, *Wet Continuïteit Ondernemingen. De eerste commentaar*, Antwerpen – Oxford: Intersentia 2009.

Zetteler & Vermaire 2012
E.L. Zetteler & R.M. Vermaire, 'Doorlevering tijdens faillissement', in: N.E.D. Faber, J.J. van Hees & N.S.G.J. Vermunt (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Serie Onderneming en Recht deel 72, Deventer: Kluwer 2012, p. 89-108.

Jurisprudentieregister

Verwezen wordt naar de paragrafen. Vetgedrukte paragrafen bieden veelal een meer uitvoerige beschouwing.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 14 januari 2010, *RvdW* 2010, 740, *EHRC* 2010, 34, m.nt. B. Katan (*Kotov t. Rusland*) 2.5.3

NEDERLAND

Hoge Raad

HR 16 december 1881, *W.* 4721 4.3
HR 30 maart 1906, *W.* 8356 (*Van Heijst q.q./Capelle en Hanlo*) 5.3.2.2
HR 16 november 1906, *W.* 8458 4.5.2.3
HR 31 december 1908, *W.* 8790 4.3, 4.4.1
HR 31 december 1909, *W.* 8957 (*Op den Ende/De Haan Hugenholtz q.q.*) 2.3.1, 6.4.3
HR 25 juli 1911, *W.* 9255 3.3.3.2
HR 14 november 1913, *NJ* 1913, p. 1265 (*Telders q.q./Didier en Bakker*) 5.3.2.2, 6.2.3
HR 16 maart 1917, *NJ* 1917, p. 455 (*Kastelijn q.q./Nijenhuis*) 4.3, 4.4.2.6.2, 4.7.4.2.3
HR 1 november 1918, *NJ* 1918, p. 1202 4.7.4.2.1
HR 5 januari 1923, *NJ* 1923, p. 359 (*Petkovic/Modderman q.q.*) 2.3.1, 2.3.3.2, 2.3.3.3
HR 26 april 1923, *NJ* 1923, 833 (*Van Noord/Langeveld q.q.*) 4.4.2.5
HR 8 januari 1925, *NJ* 1925, p. 297 4.4.2.6.4
HR 10 mei 1928, *NJ* 1928, p. 1384, m.nt. EMM 4.7.4.2.1
HR 12 februari 1931, *NJ* 1931, p. 854, m.nt. EMM 2.3.3.2, 4.7.4.2.1
HR 31 maart 1933, *NJ* 1933, p. 1333 (*Hofstede/Snijder*) 6.2.3
HR 29 december 1933, *NJ* 1934, 343, m.nt. PS (*Fijn van Draat q.q./De Nederlanden*) 2.3.3.2
HR 27 augustus 1937, *NJ* 1938, 9 4.6.2.2
HR 10 juni 1938, *NJ* 1939, 1 5.2.1
HR 28 november 1941, *NJ* 1942, 205 (*Fire over England II*) 5.3.2.2
HR 10 december 1943, *NJ* 1944, 159 4.3
HR 3 december 1948, *NJ* 1949, 358, m.nt. PhANH 4.3

HR 5 mei 1950, *NJ* 1951, 1 4.3
HR 27 juni 1952, *NJ* 1953, 564, m.nt. PhANH (*Loorbach q.q./Van Streun*) 2.4, 4.3, 4.4.2.6.4
HR 23 maart 1956, *NJ* 1956, 252 4.5.2.3
HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514, m.nt. LEHR (*Erba I*) 4.4.5.4
HR 17 april 1959, *NJ* 1961, 573 (*Bloemsma q.q./Staat*) 2.5.3
HR 24 april 1959, *NJ* 1959, 580, m.nt. LEHR 4.5.2.3
HR 6 december 1968, *NJ* 1969, 310, m.nt. KW (*Jongbloed/Jongbloed*) 4.4.2.2.2
HR 27 november 1970, *NJ* 1971, 127 4.7.4.4
HR 8 november 1974, *NJ* 1975, 243 m.nt. B. Wachter 4.5.2.3
HR 5 december 1975, *NJ* 1976, 269, m.nt. GJS (*Stichting Algemeen Sociaal Fonds voor de Grafische Bedrijven/Hoek q.q.*) 4.4.5.5
HR 27 februari 1976, *NJ* 1976, 319, m.nt. PZ 4.4.2.2.1
HR 4 februari 1977, *NJ* 1978, 66 (*Dreyfus/Keulen q.q.*) 2.3.1, 3.3.4.2.2, 4.7.4.2.4
HR 30 juni 1978, *NJ* 1978, 693, m.nt. GJS en WHH (*Theunissen/Verstappen*) 4.2
HR 11 januari 1980, *NJ* 1980, 563, m.nt. BW (*ABC/Emmerig q.q.*) 4.5.2.3
HR 24 oktober 1980, *NJ* 1981, 265, m.nt. WMK 2.3.3.2
HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 640, m.nt. CJHB (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*) 2.2.1.2, 2.2.1.6, 2.4, 4.5.2.2, 5.2.4, 5.3.1.2.2, **7.3.2**, 7.3.3, 7.4.1, 7.5.1, 7.5.2.2, 7.5.2.3
HR 23 oktober 1981, *NJ* 1982, 173, m.nt. BW (*Gemeente Heiloo/OCNH*) 3.2
HR 26 maart 1982, *NJ* 1982, 615, m.nt. WMK (*SOS/ABN*) 2.3.3.2, 4.5.3.2
HR 26 november 1982, *NJ* 1983, 442, m.nt. BW (*Bouchar/Dekkers q.q.*) 4.5.5, 4.5.6, 4.5.7
HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597, m.nt. BW (*Peeters q.q./Gatzen*) 2.2.1.4
HR 14 december 1984, *NJ* 1985, 288, m.nt. G (*Floritex*) 2.3.3.2, 4.4.2.5
HR 1 februari 1985, *NJ* 1985, 698, m.nt. JCS (*Piscator*) 6.2.1
HR 10 mei 1985, *NJ* 1985, 791, m.nt. G 4.4.4, 4.5.5
HR 22 november 1985, *NJ* 1986, 275, m.nt. PAS (*Van Delft/Drukkerij Van Boxtel*) 6.2.1
HR 8 juli 1987, *NJ* 1988, 104, m.nt. G (Loeffen q.q./Mees en Hope I) 2.4, 4.7.4.4
HR 30 januari 1987, *NJ* 1987, 530, m.nt. G (*WUH/Emmerig q.q.*) 2.3.3.2, 4.4.2.4, 5.2.1, 5.3.1.1
HR 18 december 1987, *NJ* 1988, 340, m.nt. G (*OAR/ABN*) 2.3.1
HR 27 mei 1988, *NJ* 1988, 964, m.nt. G (*AMRO/Den Hollander q.q.*) 4.6.1.1, 4.7.1.2.1

HR 12 mei 1989, *NJ* 1989, 613 (*Reco/Staat*) 2.3.3.2, 4.5.2.2, 5.2.1, 7.3.2
HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286, m.nt. Ma (*Beklamel*) 4.6.5
HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 323, m.nt. JBMV (*Timmermans/Heutink q.q.*) 6.2.3
HR 13 oktober 1989, *NJ* 1989, 897 (*Hutter/De Groof*) 4.8.2.1, 4.8.2.2
HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 661, m.nt. PvS (*Tiethoff q.q./NMB*) 2.4, 4.4.2.4, 4.7.4.4, **5.2.1**, 5.2.4, 5.3.1.1, 7.3.3
HR 5 januari 1990, *NJ* 1990, 325 (*Dubbeld/Laman*) 8.4.3
HR 12 januari 1990, *NJ* 1990, 662, m.nt. PvS (*Papierfabrieken Van Gelder*) 2.3.3.2, 2.5.3, 4.4.5.5, 4.6.1.3
HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 305, m.nt. PvS (*De Ranitz q.q./Ontvanger*) 2.3.3.2, 4.4.2.5, 4.6.1.1
HR 21 juni 1991, *NJ* 1991, 742, m.nt. PAS (*Mattel/Borka*) 4.6.1.1
HR 28 juni 1991, *NJ* 1991, 727 (*Brandwijk-Guis/Jurgens q.q.*) 4.5.2.3
HR 22 juli 1991, *NJ* 1991, 748 (*ADB/Planex*) 5.3.1.2.1
HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174, m.nt. Ma (*Nimox*) 6.2.1
HR 10 januari 1992, *NJ* 1992, 744, m.nt. HJS (*Ontvanger/NMB*) 5.2.1
HR 31 januari 1992, *NJ* 1992, 686, m.nt. PvS (*Van der Hoeven/Comtu*) 4.7.1.2.3
HR 12 mei 1992, *NJ* 1992, 630 2.3.3.1, 4.5.2.3
HR 10 augustus 1992, *RvdW* 1992, 195 4.3
HR 12 november 1993, *NJ* 1994, 229, m.nt. WMK (*Frima q.q./Blankers*) 4.7.4.2.2
HR 17 december 1993, *NJ* 1994, 348, m.nt. JCS (*Esmil/Enka*) 6.2.1
HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 640, m.nt. WMK (*Middendorf/Kouwenberg q.q.*) 5.3.1.2.5, **7.3.3**
HR 3 juni 1994, *NJ* 1995, 340, m.nt. HJS onder *NJ* 1995/342 (*De Nederlandse Antillen/Komdeur q.q.*) 3.3.3.2
HR 24 juni 1994, *NJ* 1995, 368, m.nt. HJS (*INB/Klützow en Trijzelaar*) 4.5.2.2, 7.3.2
HR 4 november 1994, *NJ* 1995, 627, m.nt. PvS (*NCM/Knottenbelt q.q.*) 4.7.4.2.2, 4.7.4.4
HR 23 december 1994, *NJ* 1996, 628, m.nt. WMK onder *NJ* 1996/629 (*Notaris M./curatoren THB*) 2.2.1.4
HR 17 februari 1995, *NJ* 1996, 471, m.nt. WMK (*Mulder q.q./CLBN*) 2.3.1
HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472, m.nt. WMK (*Sigmacon II*) 2.5.1, 2.5.4, 7.3.2
HR 19 mei 1995, *NJ* 1996, 119, m.nt. WMK (*Sogelease*) 8.5.3.3
HR 16 juni 1995, *NJ* 1996, 553, m.nt. HJS (*K. en L./Jukema q.q.*) 2.2.1.6

HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727, m.nt. WMK (*Maclou*) 2.5.1, 2.5.4, 4.5.7, 7.3.2
HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 397, m.nt. PvS (*Hendriks /Slot q.q.*) 5.2.1
HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 640 m.nt. SCJJK (*Verhees/Octrooibureau Zuid*) 8.4.1, 8.4.3
HR 29 november 1996, *NJ* 1998, 17, m.nt. HJS (*Warnas/Mettler*) 3.3.4.2.2, 4.4.2.6.2
HR 23 januari 1998, *NJ* 1999, 97, m.nt. JBMV (*Jans/FCN*) 4.4.2.2.3
HR 29 mei 1998, *NJ* 1999, 98, m.nt. JBMV (*Mooijman/Netjes*) 4.4.2.2.3
HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 745, m.nt. PvS (Aerts q.q./ABN AMRO) 2.3.1
HR 16 oktober 1998, *NJ* 1998, 896 (*Van der Hel q.q./Edon*) 2.2.1.2, 2.4, 4.5.2.2, 7.2, 7.3.1, **7.3.2**, 7.3.3
HR 16 oktober 1998, *JOR* 1997, 17, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Van der Hel q.q./Edon*) 7.3.2
HR 16 april 1999, *NJ* 2001, 1, m.nt. PV (*Brown q.q./Ultrafin*) 3.2, **6.2.1**, 6.2.3, 8.4.2
HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 307, m.nt. JBMV (*Meissner von Hohenmeiss/Arenda*) 4.4.2.2.3
HR 21 januari 2000, *NJ* 2000, 237 (*Stet/Braaksma*) 5.3.1.2.1
HR 14 april 2000, *NJ* 2000, 438 (*Van Ravenstein/Erven Alves*) 4.4.2.2.1
HR 16 juni 2000, *NJ* 2000, 578, m.nt. PvS (*Van Dooren q.q./ABN AMRO I*) 4.4.5.4, 8.5.3.3
HR 14 juli 2000, *NJ* 2001, 685 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Lagero*) 6.3, 8.5.3.1
HR 6 oktober 2000, *NJ* 2000, 691 (*Verzicht/Van Eijndhoven*) 3.3.5.2.2
HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 272, m.nt. PvS (*Bakker q.q./Katko*) 8.5.2
HR 5 januari 2001, *NJ* 2001, 612, m.nt. DA (*Brooke Holland/Overes q.q.*) 6.2.3
HR 7 september 2001, *NJ* 2001, 562, m.nt. PvS (*Y en R/Spliet q.q.*) 2.5.1
HR 19 oktober 2001, *JOL* 2001, 556 (*Warnas/Mettler*) 3.3.4.2.2, **4.4.2.6.2**, 4.4.2.6.3, 4.7.1.2.1
HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 95, m.nt. SCJJK onder *NJ* 2005/96 (*Lunderstädt/De Kok c.s.*) 2.4, 2.5.1, 2.5.3, 5.2.1
HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96, m.nt. SCJJK (*Sobi/Hurks II*) 2.5.3, 5.2.1
HR 11 januari 2002, *NJ* 2003, 255 (*Schwarz/Gnjatovic*) m.nt. J. Hijma 4.6.2.4.4
HR 26 april 2002, *NJ* 2004, 210 (*Sparrow/Van Beukering*) m.nt. J. Hijma 3.3.4.2.1, 4.6.2.4.3

HR 26 april 2002, *NJ* 2005, 180, m.nt. SCJJK
(*Deutsche Hypothekenbank c.s./De Liagre Böhl q.q.*) 5.2.1
HR 17 januari 2003, *NJ* 2004, 281, m.nt. HJS (*Oryx/Van Eesteren*) 7.8.3
HR 21 maart 2003, *LJN*: AF0194 (*Intramed/Micromais c.s.*) 5.3.2.2
HR 13 juni 2003, *NJ* 2004, 196,
m.nt. WMK (*ProCall*) 2.2.1.4, 4.4.2.5, 5.3.1.2.6
HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 293,
m.nt. PvS (*Mobell/Interplan*) 2.5.1, 2.5.4, 6.2.1
HR 5 maart 2004, *NJ* 2004, 316,
m.nt. PAS (*Vagobel/Geldnet*) 5.2.1, 5.3.1.2.1, 5.3.1.2.4
HR 18 juni 2004, *NJ* 2004, 617, m.nt. PvS
(*Van Galen q.q./Circle Vastgoed*) 2.3.3.2, 4.4.5.4, 4.7.4.2.2, 5.4
HR 22 april 2005, *NJ* 2006, 56,
m.nt. SCJJK (*Reuser q.q./Postbank*) 5.3.1.2.4
HR 13 mei 2005, *NJ* 2005, 406,
m.nt. PvS (*BaByXL*) 1.2, 3.2, 4.4.5.4, 4.5.8, 4.6.4.1, 4.7.4.2.2, **7.2**, 8.2, 8.4.2, 8.5.2, 8.5.3.2
HR 13 mei 2005, *JOR* 2005, 222,
m.nt. W.J.M. van Andel (*BaByXL*) 4.4.5.4
HR 13 mei 2005, *AA* 2005, 11, p. 943 (*BaByXL*) 8.4.2
HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 75 6.2.1
HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155,
m.nt. PvS (*Nebula*) 1.2, 1.6, 3.2, 3.3.4.2.1, 4.4.1, 4.4.2.2.2, 4.5.2.1, 4.5.2.2, 4.6.2.4.4, 4.6.4.2, 4.7.2, 5.1, **5.2.1**, 5.3.1.1, 5.3.1.2.1, 5.3.2.3.2, 5.6, 7.3.3, 8.5.3.3
HR 3 november 2006, *JOR* 2007, 76,
m.nt. S.C.J.J. Kortmann & S.E. Bartels (*Nebula*) 5.2.1
HR 3 november 2006, *AA* 2007, 3,
m.nt. R.D. Vriesendorp (*Nebula*) 5.2.1, 5.3.2.2, 5.4, 8.4.2
HR 8 december 2006, *NJ* 2006, 659
(*Ontvanger/Roelofsen*) 4.6.5
HR 27 april 2007, *NJ* 2007, 262 (*Intrahof/Bart Smit*) 8.4.2
HR 22 juni 2007, *NJ* 2007, 520, m.nt. PvS (*ING/Verdonk q.q.*) 2.5.2
HR 26 oktober 2007, *NJ* 2008, 282,
m.nt. PAS (*Bloch/Kura Hulanda*) 5.2.4, 5.3.1.1, 5.3.1.2.1
HR 5 september 2008, *NJ* 2010, 272
(*Van der Leest/Gemeente Veghel*) 8.4.1
HR 17 oktober 2008, *NJ* 2009, 92, m.nt. PvS (*Singulus*) 4.4.2.6.5
HR 6 februari 2009, *NJ* 2009, 344,
m.nt. A.I.M. van Mierlo (*ABN AMRO/Notaris X*) 4.4.1
HR 10 juli 2009, *NJ* 2010, 496 (*Claassen/IKG*) 4.4.2.2.3
HR 10 juli 2009, *NJ* 2011, 43, m.nt. JH (*Vos/TSN*) 4.7.4.2.2
HR 9 oktober 2009, *NJ* 2009, 596,
m.nt. PvS (*Bovast/Rosenberg Polak q.q.*) 5.3.1.2.2

HR 4 december 2009, *JOR* 2010, 175,
m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Greenwold/Groen c.s.*) 2.5.3
HR 22 december 2009, *NJ* 2010, 273, m.nt. PvS
(*Van Dooren q.q./ABN AMRO III*) 8.5.2
HR 9 juli 2010, *NJ* 2010, 417 (*Nissan/Nieuwkoop*) 3.3.5.2.2
HR 22 oktober 2010, *NJ* 2011, 113, m.nt. PvS
(*Mulder q.q. & Hijmans q.q./TenneT*) 4.4.2.4, **4.6.4.1**
HR 3 december 2010, *NJ* 2010, 653 (*ING/Nederend q.q.*) 4.7.4.2.2
HR 14 januari 2011, *NJ* 2011, 114, m.nt. PvS
(*Aukema q.q./Uni-Invest*) 1.2, 3.2, 4.4.5.4, 4.7.4.2.2, 8.4.2, 8.5.2
HR 14 januari 2011, *JOR* 2011, 101,
m.nt. J.J. van Hees (*Aukema q.q./Uni-Invest*) 4.4.5.4, 4.7.4.2.2, 8.4.2, 8.5.2
HR 28 oktober 2011, *LJN*: BQ9854
(*Gemeente/SNU & Stedin*) 4.6.1.3, 7.6.3
HR 16 december 2011, *JOR* 2012, 65,
m.nt. I. Spinath (*Prakke/Gips*) 2.2.1.5
HR 20 januari 2012, *JOR* 2012, 98,
m.nt. S. van Dongen (*AgfaPhoto Finance/Foto Noort*) 4.4.2.2.3, 4.7.2
HR 6 april 2012, *LJN*: BU3784 (*ASR/Achmea*) 2.3.3.3

Raad van State
Vz. AG RvS 1 november 1993, *AB* 1994, 262 8.4.3
ABRvS 9 mei 2007, *JB* 2007, 126 (*Thielen q.q./Maasdriel*) 2.5.3

Gerechtshoven

Hof Amsterdam
Hof Amsterdam 26 mei 1910, *W.* 9091 4.4.1, 4.6.1.1, 4.6.5
Hof Amsterdam 28 april 1916, *NJ* 1916, p. 1063 4.6.1.1, 4.7.4.2.3
Hof Amsterdam 5 maart 1980, *NJ* 1982, 386 4.3
Hof Amsterdam 15 juli 1993, *NJ* 1994, 399 4.4.5.3, 7.3.3
Hof Amsterdam 28 december 1995, *JOR* 1996, 36,
m.nt. J.J. van Hees 7.3.2, 7.3.3
Hof Amsterdam (OK) 21 november 1996,
JOR 1996, 137, m.nt. S.C.J.J. Kortmann 4.6.4.1
Hof Amsterdam 27 november 1997, *Prg* 1998, 4916 7.6.3
Hof Amsterdam 15 januari 2004, *JOR* 2004, 89,
m.nt. J.J. van Hees 4.7.4.3
Hof Amsterdam 17 maart 2005, *JOR* 2005, 161,
m.nt. W.J.M. van Andel 4.7.1.3, 5.2.1
Hof Amsterdam 5 juli 2007, *IEPT* 20070705 5.3.2.3.1
Hof Amsterdam 5 augustus 2010, *LJN*: BN3401 6.2.1

Hof Arnhem
Hof Arnhem 8 januari 1913, *NJ* 1913, p. 147 3.3.3.2
Hof Arnhem 22 oktober 1985, *NJ* 1985, 537 7.6.3
Hof Arnhem 8 april 1997, *JOR* 1997, 61, m.nt. S.C.J.J. Kortmann 2.4, 4.4.2.4, 4.6.1.2, 4.6.2.4.1, 7.3.1, **7.3.2**, 7.3.3
Hof Arnhem 20 februari 2007, *JOR* 2007, 129 4.4.4, 4.7.4.3
Hof Arnhem 11 september 2007, *JOR* 2007, 316, m.nt. S.M. Bartman 2.5.2
Hof Arnhem 24 februari 2009, *LJN*: BH7545 5.3.2.1, 5.3.2.2
Hof Arnhem 1 november 2011, *LJN*: BU3293 4.7.4.4
Hof Arnhem 20 maart 2012, *LJN*: BW0215 4.7.4.4

Hof Den Bosch
Hof Den Bosch 22 mei 1917, *NJ* 1918, p. 131 4.3, 4.4.2.6.2
Hof Den Bosch 9 oktober 1990, *KG* 1990, 377 4.4.2.4, 4.4.5.4
Hof Den Bosch 1 februari 1994, *NJ* 1994, 761 4.5.2.3
Hof Den Bosch 17 juli 2001, *JOR* 2001, 266 4.6.3, 4.7.4.1
Hof Den Bosch 29 november 2005, *JOR* 2006, 13 4.7.4.2.2
Hof Den Bosch 16 augustus 2011, *LJN*: BS8956 4.7.4.2.2

Hof Den Haag
Hof Den Haag 28 januari 1908, *W.* 8684 4.4.1
Hof Den Haag 6 april 1936, *NJ* 1936, 682 4.4.2.6.1, 4.4.3
Hof Den Haag 6 april 1939, *NJ* 1939, 729 4.6.4.1
Hof Den Haag 9 december 1997, *JOR* 1998, 138 4.5.7
Hof Den Haag 26 mei 1998, kenbaar uit *JOR* 1999, 38 4.5.7
Hof Den Haag 30 juni 1998, *JOR* 1998, 155 4.7.4.4
Hof Den Haag 25 november 2008, *JOR* 2009, 89, m.nt. E. Loesberg 4.6.1.1, 4.7.1.2.2, 4.7.1.2.3, 4.7.4.2.2
Hof Den Haag 24 maart 2009, *LJN*: BH9022 2.5.3

Hof Leeuwarden
Hof Leeuwarden 30 mei 1934, *NJ* 1935, p. 512 4.4.2.2.1
Hof Leeuwarden 11 oktober 2006, *LJN*: AZ0121 6.2.1

Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba
Hof NA 27 september 2002, *NJ* 2004, 92 5.3.1.1

Rechtbanken

Rechtbank Alkmaar
Rb. Alkmaar 25 februari 1926, *NJ* 1927, p. 24 8.5.2
Rb. Alkmaar 4 april 2002, *JOR* 2002, 108, m.nt. J.J. van Hees 4.7.4.3

Rb. Alkmaar, sector Kanton, 16 mei 2007, *LJN*: BB2734 4.4.5.4, 7.3.3
Vzr. Rb. Alkmaar 9 februari 2012, *LJN*: BV3515 2.4

Rechtbank Almelo
Pres. Rb. Almelo 27 november 1996, *JOR* 1997, 11, m.nt. S.C.J.J. Kortmann 7.3.2, 7.3.3
Vzr. Rb. Almelo 15 februari 2005, *NJF* 2005, 220 4.6.2.3
Rb. Almelo 20 januari 2009, *LJN*: BH1798 4.5.5, 4.7.2, 4.7.3
Vzr. Rb. Almelo 10 januari 2012, *JOR* 2012, 96 4.4.5.4
Rb. Almelo 4 april 2012, *LJN*: BW2517 4.7.1.2.2, 4.7.1.2.3

Rechtbank Amsterdam
Rb. Amsterdam 28 januari 1929, *W.* 11965 3.3.3.1
Rb. Amsterdam 30 januari 1931, *NJ* 1932, 568 3.3.3.1
Rb. Amsterdam 8 januari 1932, *W.* 12443 3.3.3.1
Rb. Amsterdam 4 november 1966, *NJ* 1966, 445 4.5.6
Rb. Amsterdam 14 januari 1982, *NJ* 1982, 252 7.3.2
Pres. Rb Amsterdam 24 februari 1983, *KG* 1983, 100 4.6.4.1
Rb. Amsterdam 3 mei 1989, *NJ* 1990, 621 2.2.1.5, 2.3.3.1
Rb. Amsterdam 31 januari 1996, *JOR* 1996, 27 4.4.2.6.3
Rb. Amsterdam 16 oktober 2002, *NJ* 2003, 87 6.2.1
Vzr. Rb. Amsterdam 28 februari 2003, *JOR* 2003, 98 3.2
Rb. Amsterdam 25 januari 2006, *JOR* 2006, 220 8.3, 8.4.2
Vzr. Rb. Amsterdam 16 maart 2006, *JOR* 2006, 138 4.5.3.2, 4.5.7, 4.6.3
Vzr. Rb. Amsterdam 16 augustus 2007, *JOR* 2007, 258, m.nt. W.J.M. van Andel 5.2.1, 5.3.1.2.1, 5.3.2.2
Rb. Amsterdam 2 april 2008, *LJN*: BE9581 5.4, 8.4.3
Rb. Amsterdam 11 juni 2008, *JOR* 2008, 286 4.6.2.4.4, 5.2.1, 5.4
Vzr. Rb. Amsterdam 9 april 2009, *LJN*: BJ5559 7.3.1, 7.3.2, 7.5.1
Rb. Amsterdam 22 april 2009, *JOR* 2010, 46 8.5.3.2
Vzr. Rb. Amsterdam 8 februari 2011, *JOR* 2011, 164, m.nt. N.S.G.J. Vermunt 3.2, 4.4.2.3.1, 4.4.3
Rb. Amsterdam 23 februari 2011, *JOR* 2011, 305 2.5.3

Rechtbank Arnhem
Pres. Rb. Arnhem 23 juni 1995, *KG* 1995, 287 7.3.2
Pres. Rb. Arnhem 24 augustus 1995, *KG* 1995, 350 7.3.2, 7.3.3, 7.5.3.2
Pres. Rb. Arnhem 6 maart 1997, *JOR* 1997, 56 4.4.2.4, 4.4.5.4
Rb. Arnhem 14 januari 2004, *LJN*: AO3003 6.2.1
Rb. Arnhem 21 juli 2004, *JOR* 2004, 333, m.nt. J.J. van Hees 4.7.2
Rb. Arnhem 7 december 2005, *JOR* 2006, 299 4.4.2.2.3
Rb. Arnhem, sector Kanton, 16 januari 2006, *Prg* 2006, 25 4.4.5.4
Rb. Arnhem 3 oktober 2007, *JOR* 2008, 135 4.7.4.4

Rechtbank Breda
Rb. Breda 2 december 1941, *NJ* 1942, 219 4.6.4.1

Rechtbank Den Bosch
Rb. Den Bosch 24 oktober 1952, *NJ* 1954, 54 4.5.2.3
Rb. Den Bosch 23 december 1983, *NJ* 1985, 307 4.7.4.2.2
Rb. Den Bosch 29 juni 1984, *NJ* 1987, 111 4.6.4.1
Rb. Den Bosch 1 november 1985, *NJ* 1989, 116 6.2.1
Vzr. Rb. Den Bosch 31 oktober 2005, *JOR* 2006, 56, m.nt. P.M. Veder 7.5.3.1
Rb. Den Bosch 28 december 2005, *JOR* 2006, 137 4.4.1, 4.6.4.1, 4.7.3
Rb. Den Bosch 9 februari 2007, *JOR* 2007, 127 2.5.1
Rb. Den Bosch 2 april 2008, *LJN*: BC8623 4.6.3

Rechtbank Den Haag
Rb. Den Haag 27 november 1900, *W.* 7586 4.4.2.6.4
Rb. Den Haag 3 mei 1927, *NJ* 1928, p. 991 4.4.2.6.6
Pres. Rb. Den Haag 31 mei 1994, *KG* 1994, 356 7.3.2
Pres. Rb. Den Haag 3 juli 2001, *JOR* 2001, 194 5.2.1
Rb. Den Haag 23 april 2003, *BIE* 2004, 6 5.3.2.3.1
Rb. Den Haag 14 juli 2004, *JOR* 2004, 261 4.4.2.2.1, 4.4.2.4, 4.7.4.2.2
Rb. Den Haag 9 november 2005, *JOR* 2005, 310 4.7.4.4
Rb. Den Haag 23 mei 2007, *LJN*: BA5762 2.5.3
Rb. Den Haag 15 december 2010, *LJN*: BO8353 6.2.1

Rechtbank Dordrecht
Rb. Dordrecht 29 januari 1992, rolnr. 2604/1990 (n.g.) 4.6.2.2
Vzr. Rb. Dordrecht 21 december 2006, *JOR* 2007, 75, m.nt. S.C.J.J. Kortmann & S.E. Bartels onder HR 3 november 2006, *JOR* 2007, 76 (*Nebula*) 5.2.1
Vzr. Rb. Dordrecht 14 juni 2007, *JOR* 2008, 133, m.nt. W.J.M. van Andel 5.2.1, 5.3.1.2.1, 5.3.1.2.4, 5.3.1.2.5
Rb. Dordrecht 5 augustus 2010, *JOR* 2011, 94 4.7.4.4
Rb. Dordrecht 11 augustus 2010, *LJN*: BN3863 5.3.2.3.1

Rechtbank Groningen
Rb. Groningen 12 juni 1931, *NJ* 1931, p. 1173 4.4.2.6.1, 4.4.3, 4.6.2.8
Vzr. Rb. Groningen 9 februari 2007, *LJN*: AZ9787 5.2.1
Rb. Groningen 21 oktober 2009, *JOR* 2010, 280 8.4.2, 8.4.3
Rb. Groningen 28 december 2011, *LJN*: BU9962 7.6.3

Rechtbank Haarlem
Rb. Haarlem 9 december 1980, *NJ* 1982, 611 4.5.2.3
Pres. Rb. Haarlem 8 maart 1996, *TvI* 1996, 4 4.4.5.4

Pres. Rb. Haarlem 25 februari 2000, *JOR* 2000, 65, m.nt. E. Loesberg 4.4.5.5
Vzr. Rb. Haarlem 12 september 2003, *TvS* 2004, 4, p. 19-23 7.5.2.1, 7.5.4
Rb. Haarlem, sector Kanton, 9 april 2009, *LJN*: BC9832 5.2.1, 5.3.1.2.4
Rb. Haarlem 3 augustus 2011, *JOR* 2011, 353 8.4.3

Rechtbank Heerenveen
Rb. Heerenveen 18 februari 1880, *W.* 4476 4.3
Rechtbank Leeuwarden
Rb. Leeuwarden 14 mei 1925, *NJ* 1926, 950 4.6.1.1, 4.6.2.3
Pres. Rb. Haarlem 9 augustus 1982, rolnr. KG 272/1982 (n.g.) 7.3.2
Pres. Rb. Leeuwarden 19 augustus 1992, *KG* 1992, 366 5.3.1.2.1
Vzr. Rb. Leeuwarden 28 april 2006, *JOR* 2006, 248, m.nt. W.J.M. van Andel 4.5.2.3
Rb. Leeuwarden 16 mei 2007, *LJN*: BA7936 4.7.4.4

Rechtbank Maastricht
Pres. Rb. Maastricht 8 november 1996, *JOR* 1997, 14 7.3.2
Rb. Maastricht 12 mei 2004, *JOR* 2004, 184, m.nt. W.J.M. van Andel 4.4.2.3.2, 4.6.2.4.5
Rb. Maastricht 9 november 2005, *Prg* 2005, 214 6.2.1
Rb. Maastricht, sector Kanton, 23 juli 2009, *JOR* 2010, 77 5.3.1.1, 5.3.1.2.2

Rechtbank Middelburg
Rb. Middelburg 31 juli 2002, *JOR* 2003, 18, m.nt. J.J. van Hees 4.4.5.4

Rechtbank Roermond
Rb. Roermond 29 april 1999, *JOR* 2002, 20, m.nt. N.E.D. Faber 8.4.3
Pres. Rb. Roermond 3 oktober 2001, *JOR* 2001, 267, m.nt. E. Loesberg 4.4.5.1, 4.4.5.3, 4.4.5.4, 4.4.5.5
Rb. Roermond 25 februari 2004, *JOR* 2005, 44 4.5.5

Rechtbank Rotterdam
Rb. Rotterdam 28 december 1914, *NJ* 1915, 414 3.3.3.1
Rb. Rotterdam 28 april 1916, *NJ* 1916, p. 896 8.5.2
Rb. Rotterdam 20 april 1921, *W.* 10756 4.4.1
Rb. Rotterdam 23 mei 1923, *NJ* 1924, p. 31 8.4.2, 8.5.2
Rb. Rotterdam 2 juni 1931, *NJ* 1932, p. 984 8.5.3.2
Pres. Rb. Rotterdam 29 januari 1998, *KG* 1998, 94 4.5.1, 4.6.2.6, 4.9
Pres. Rb. Rotterdam 29 mei 1998, 99 180 / KG ZA 98-718 4.6.2.3
Rb. Rotterdam 11 juni 1998, *JOR* 1998, 170 4.6.2.3, 4.6.2.4.3
Rb. Rotterdam 22 april 1999, *JOR* 1999, 211, m.nt. G.A.J. Boekraad 4.6.1.1

Rb. Rotterdam 4 februari 2009, *LJN*: BH2202 6.2.1
Rb. Rotterdam 17 november 2010, *LJN*: BO5199 5.2.1

Rechtbank Utrecht
Rb. Utrecht 26 november 1924, *NJ* 1925, p. 1063 4.4.2.6.2
Rb. Utrecht 18 januari 1940, *NJ* 1941, 563 4.8.2.1
Pres. Rb. Utrecht 27 augustus 1982, rolnr. KG. 305/1982 (n.g.) 7.3.2
Rb. Utrecht 16 juli 1997, *JOR* 1998, 31, m.nt. N.E.D. Faber 8.4.3
Rb. Utrecht 4 september 2002, *TvA* 2004, 14,
m.nt. A.I.M. van Mierlo 6.2.1
Rb. Utrecht 11 februari 2006, *JOR* 2006, 112, m.nt. W.J.M. van Andel 2.4
Rb. Utrecht 21 maart 2007, *LJN*: BA1590 2.5.1

Rechtbank Winschoten
Rb. Winschoten 3 mei 1933, *W.* 12713 4.4.2.2.1

Rechtbank Zutphen
Rb. Zutphen 17 oktober 2007, *LJN*: BC0953 6.2.1

Rechtbank Zwolle
Rb. Zwolle 18 april 1934, *W.* 12854 3.3.3.1
Rb. Zwolle 24 juli 1968, *NJ* 1969, 172 4.4.2.6.4

Rechtbank Zwolle-Lelystad
Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 7 juli 2008, *JOR* 2008, 316,
m.nt. N.S.G.J. Vermunt 7.3.2, 7.5.4

Kantongerechten
Ktg. Amsterdam 7 september 1967, *NJ* 1968, 60 4.6.4.1
Ktg. Enschede 12 februari 1998, *JOR* 1998, 97,
m.nt. S.C.J.J. Kortmann 4.4.5.4
Ktg. Den Haag 31 augustus 2000, *JOR* 2000, 227,
m.nt. J.J. van Hees 2.3.3.1

Arbitrage en bindend advies
Bindend Advies Raad van Arbitrage voor
Metaalnijverheid en –Handel d.d. 21 oktober 1961,
Arbitrale Rechtspraak, nr. 500, p. 234-242 6.2.1
Scheidsgerecht Amsterdamse Graanhandel d.d.
5 juli 1974, *NJ* 1975, 227 6.2.1
Arbitraal vonnis d.d. 12 april 1976, *NJ* 1977, 193 4.4.2.6.1, 4.4.3
Arbitraal vonnis in hoger beroep d.d.
7 maart 1977, *NJ* 1978, 30, m.nt. PZ 4.4.2.6.1, 4.4.2.6.2, 4.4.3,
4.6.2.6, 4.6.4.1

BELGIE

Arbitragehof
Arbitragehof 10 december 2003, *R.W.* 2005-06, p. 52-53 5.2.2

Hof van Cassatie
Cass. 17 april 1970, *Arr. Cass.* 1970, 754 8.4.3
Cass. 2 mei 1997, *R.W.* 1997-98, 503 4.6.1.3
Cass. 6 september 2002, *Arr. Cas.* 2002, nr. 421 4.6.1.3
Cass. 24 juni 2004, *R.W.* 2005-06, 2 1.4, 5.2.2
Cass. 28 januari 2005, *R.W.* 2006-07, 476 4.6.1.2
Cass. 10 april 2008, *NjW* 2008, 494 1.4, 5.2.2
Cass. 16 januari 2009, *NjW* 2009, 448 (*Sabena*) 1.4, 4.6.1.2, 4.6.1.3
Cass. 7 mei 2010, *R.W.* 2011-12, p. 271-271 6.2.3

Hoven van beroep
Hof Luik 29 juni 1990, *J.T.* 1991, 132 7.3.2
Hof Brussel 11 mei 2005, *NjW* 2006, 801 5.2.2
Hof Gent 21 februari 2006, *R.W.* 2009-10, p. 279-281 6.2.1
Hof Gent 16 april 2009, *R.W.* 2009-10, p. 1474-1479 5.4
Hof Antwerpen 6 juni 2011, *R.W.* 2011-12, p. 747-753, m.nt. J. de Weggheleire 7.3.2

Rechtbanken
Kh. Brussel 7 februari 1995, *T.B.H* 1996, 451 4.8.1
Kh. Turnhout 18 april 1995, *R.W.* 1996-97, 160 4.6.1.3
Kh. Ieper 29 juni 1998, *R.W.* 1999-2000, p. 21-22 7.2
Kh. Charleroi 16 februari 2001, *T.B.H.* 2002, 69 7.6.3
Beslagr. Gent 6 juni 2006, *R.W.* 2006-07, p. 1531-1534 6.2.1
Kh. Antwerpen 29 maart 2010, AR/09/6178 5.2.2

DUITSLAND

Bundesgerichtshof
BGH 16 januari 1986, *NJW* 1986, 1176 4.7.1.1
BGH 11 november 1993, *NJW* 1994, 449 8.5.2

VERENIGD KONINKRIJK

Supreme Court
Belmont Park Investments PTY Limited v BNY Corporate Trustee Services Limited and Lehman Brothers Special Financing Inc, [2011] UKSC 38 8.5.3.2, 8.5.3.3

Courts of Appeal
Perpetual Trustee [2009] EWCA Civ 1160 8.5.3.3
Mayhew v King [2011] EWCA Civ 328 8.5.3.2

High Courts
Whitmore v Mason (1861) 2 J&H 204 8.5.3.3
Ex p Jay, In re Harrison (1880) 14 Ch D 19, 26 (Cotton LJ) 8.5.3.2
Borland's Trustee v Steel Bros & Co Ltd [1901] 1 Ch 279 8.5.3.3
Money Markets International Stockbrokers Ltd v London Stock Exchange Ltd [2002] 1 WLR 1150 8.5.3.2
Lomas v JFB Firth Rixson Inc [2010] EWHC 3372 (Ch) 8.5.3.2
Mayhew v King [2010] EWHC 1121 (Ch) 8.5.3.2

VERENIGDE STATEN VAN AMERIKA

Circuit Courts of Appeals
Lubrizol Enterprises, Inc. v. Richmond Metal Finishers, Inc., 756 F.2d 1043 (4th Cir.1985) 5.2.3, 5.3.2.4
Richmond Leasing Co. v. Capital Bank, N.A., 762 F.2d 1303, 1310 (5th Cir.1985) 4.6.2.9
In re Snowshoe Co., Inc. 789 F.2d 1085, 1088 (4th Cir.1986) 7.8.2
In re Blehm Land & Cattle Company, 859 F.2d, 137, 141 (10th Cir.1988) 7.8.2
In re Whittaker, 882 F.2d 791, 793 (3d Cir.1989) 7.3.2
In re Saybrook Manufacturing Co., Inc., 963 F.2d 1490, 1492 (11th Cir.1992) 7.8.2
In re Carpet Center Leasing Co., Inc., 991 F.2d 682 (11th Cir. 1993), amended 4 F.3d 940 (11th Cir.1993), cert. denied 510 U.S. 1118, 114 S.Ct. 1069, 127 L.Ed.2d 388 (1994) 7.8.2
In re Ralar Distributors, Inc., 4 F.3d 62, 67 (1st Cir.1993) 8.5.3.2
In re Jack Raley Const., Inc., 17 F.3d 291, 293 (9th Cir.1994) 8.5.3.2
United States v. Dewey Freight System, Inc., 31 F.3d 620, 624 (8th Cir.1994) 4.6.4.1
Summit Investment and Development Corp. v. Leroux, 69 F.3d 608 (1st Cir.1995) 4.8.1, 7.2
Matter of Superior Toy & Mfg. Co., Inc., 78 F.3d 1169, 1174 (7th Cir.1996) 8.5.3.2
Cinicola v. Scharffenberger, 248 F.3d 110, 121 (3d Cir.2001) 8.5.3.2
In re Qualitech Steel Corp., 276 F.3d 245, 248 (7th Cir.2001) 7.8.2
In re American HomePatient, Inc., 414 F.3d 614, 618 (6th Cir.2005) 4.7.4.2.4
In re Upland Partners, 208 Fed. Appx. 533 (9th Cir. 2006) 7.8.2
Giant Eagle, Inc. v. Phar-Mor, Inc., 528 F.3d 455, 456 (6th Cir.2008) 4.7.4.2.4
In re Dumont, 581 F.3d 1104, 1115 (9th Cir.2009) 8.5.3.2

Bankruptcy Courts

Burger King Corp. v. Rovine Corp., 6 B.R. 661 (Bankr. W.D. Tenn. 1980) 5.2.3
In re Cascade Oil Company, Inc., 51 B.R. 877, 883 (Bankr. D. Kan. 1985) 7.8.2
In re Dunes Casino Hotel, 69 B.R. 784 (Bankr. D.N.J. 1986) 7.8.2
In re Monroe Well Serv., Inc., 83 B.R. 317. 18 C.B.C.2d 607 (Bankr. E.D. Pa. 1988) 7.3.2
In re Ames Dept. Stores inc., 115 B.R. 34, 37 (Bankr. S.D. N.Y. 1990) 7.8.2
In re Poff Construction, Inc., 141 B.R. 104 (W.D. Va. 1991) 7.8.2
In re Sobiech, 125 B.R. 110, 115 (Bankr. S.D.N.Y. 1991), *aff'd* 131 B.R. 917 (S.D.N.Y. 1991) 7.8.2
In re 495 Central Park Avenue Corp., 136 B.R. 626, 630 (Bankr. S.D.N.Y. 1992) 7.8.2
In re Plabell Rubber Products, Inc., 137 B.R. 897, 899-901 (Bankr. N.D. Ohio 1992) 7.8.2
In re Matusalem 158 B.R. 514 (Bankr. S.D. Fla 1993) 5.3.2.4
In re Tarrant, 190 B.R. 704 (Bankr. S.D. Ga. 1995) 7.3.2
In re Hubbard Power & Light, 202 B.R. 680, 685 (Bankr. E.D.N.Y. 1996) 7.8.2
In re Marrs-Winn Company, Inc., 193 B.R. 491, 496 (C.D.Ill.) *aff'd* 103 F.3d 584 (7th Cir.1996) 7.8.2
In re Lodge America, Inc., 259 B.R. 728, 732 (D. Kan. 2001) 7.8.2
In re One Stop Realtour Place, Inc., 268 B.R. 430 (Bankr. E.D. Pa. 2001) 7.3.2
In re Enron Corp., 330 B.R. 387 (Bankr. S.D.N.Y. 2005) 4.7.4.2.4
In re Exide Technologies, 340 B.R. 222 (Bankr. D. Del. 2006) 5.3.2.4
In re Lehman Brothers Special Financing Inc v. BNY Corporate Trustee Services Ltd, Case no. 09-1242 (Bankr. S.D.N.Y 2010) 8.5.3.3
In re General Growth Props., Inc., Case No. 09-11977 (ALG), 2011 BL 189724 (Bankr. S.D.N.Y. July 20, 2011) 8.2

Trefwoordenregister

Niet alle vindplaatsen zijn vermeld. Verwezen wordt naar de paragrafen waarin het onderwerp in het bijzonder aan de orde komt. Vetgedrukte paragrafen bieden veelal een meer uitvoerige beschouwing.

A

Aanneming van werk | 4.4.2.2.1, 4.4.2.3.2
Aansprakelijkheid van de curator | **2.5.4**, 4.4.5.4, **4.5.7**, 4.6.2.6, **4.6.5**, 6.2.3
Aanvullende schadevergoeding | 3.3.4.2.3, **4.7.1.2.3**, **4.7.4.2.2**
Acceleratiebeding | 8.3
Afkoelingsperiode | **4.4.2.6.5**, 7.3.2, 7.6.1, 7.6.3
Afstand van een vorderingsrecht | 6.5
Arbeidsovereenkomst | **4.4.5.5**, 4.6.1.3
Arbitragebeding | 6.2.1

B

Beding van onmiddellijke opeisbaarheid bij faillissement | 3.3.3.3, **8.2**, 8.3
Beëindigingsovereenkomst | 4.7.4.2.2
Beëindigingsvergoeding | 4.6.1.3
Belang
  van de continuïteit van de onderneming | 1.1, 1.5, 2.5.1, 2.5.3, 7.1, 7.2, 7.3.2, 7.3.3, 7.5.4, 7.6.2, 7.6.3, 7.7
  van de boedel | **2.2.1.5**, 2.2.1.6, 2.5.2, 2.5.4, 4.4.5.3, 4.5.2.2, 4.5.2.3, 4.8.1, 7.3.2, 7.3.3
  van de gezamenlijke schuldeisers | **2.2.1.4**, **2.2.1.5**, 2.2.1.6, 2.5.1, 2.5.3, 2.5.4, 5.3.1.2.2, 5.3.1.2.3, 5.3.1.2.6, 5.3.2.4, 5.5, 5.6
  van de schuldenaar | 2.2.1.5, **2.2.1.6**, 4.8.1
  van een doelmatige afwikkeling van het faillissement | 2.5.1, 6.2.1
Bewaarneming | 4.4.2.2.1, 5.1, 5.2.1, 5.3.2.3.1
Bewijsovereenkomst | 6.2.3
Bindendadviesclausule | 6.2.1
Boedel | 2.2.1.5
Boedelfaillissement | 4.2.5, **4.6.1.1**, 5.3.1.2.1, 5.3.1.2.6, 5.5
Boedelkrediet | 4.6.2.2, **7.8**
Boedelschuld | 2.2.1.3, 2.3.3.1, 4.4.5.3, **4.6.1**, 4.6.4, 4.6.5, 4.7.4.2.2, 4.7.4.4, 5.3.1.2.6, 5.4, 5.5, 7.5.2.3, 8.4.3
Boedelschuldeiser | 2.2.1.4, 2.2.1.5, 4.5.3.2, 4.6.1.1, 5.3.1.2.6
Boekenclausule | 6.2.3
Boete(beding) | 2.3.3.3, 4.6.1.3, 4.6.2.5, 5.4, 8.3, **8.4**, 8.5.2
Boeterente | 8.5.2
Bruikleen | 4.4.2.2.1, 5.2.1, 5.2.2

C

Commissie uit schuldeisers | **4.5.6**, 4.5.7, 7.8.3
Continuïteit van het contract | 3.2

Contractdwang | 7.6.3
Contractsoverneming | 4.4.2.2.4, 6.4.1, **6.4.3**
Contractsvrijheid | 1.1, 7.6.3, 7.7, 8.1, 8.4.3, 8.5.2
Crediteurencommissie *(zie commissie uit schuldeisers)*

D
Doel van het faillissement | 2.2.1.1
Doorfinancieringsplicht | 7.6.4, **7.7**
Doorleveringsplicht | 7.3.2, 7.4, **7.5**, **7.6**
Droite de suite | 5.2.1, 5.2.2, 5.3.1.2.1, 5.3.2.2, 5.3.2.4
Duurovereenkomst | **4.4.2.4**, 4.6.1.1, 4.6.1.2, 4.6.1.3, 4.6.2.4.2, 4.7.4.2.2, 5.2.1, 7.3.1, 7.3.2
Dwangcrediteur | **7.3**, 7.4.2, 7.5.1, 7.6.3
Dwanglicentie | 5.3.2.3.3
Dwangsom | 4.8.2.1, 8.4.3

E
Eenzijdige overeenkomst | 3.3.4.1, **4.4.2.2.1**, 4.4.2.2.2, 4.5.2.2
Eigendomsvoorbehoud | 2.3.2, 4.3, **4.4.2.3.3**, 4.7.4.1, 6.2.3
Escrow | 5.1, 5.2.1, 5.3.2.3.1
Exceptio non adimpleti contractus | 4.6.1.2, 4.6.2.7, 7.3, 7.6.1

F
Fabrieksgarantie | 4.4.2.3.2
Fiduciaverbod | 8.5.3.3
Fixatiebeginsel | **2.3**, 3.3.4.2.2, 4.7.4.2.2, 4.7.4.4, 5.2.1, 6.4.2, 6.4.3, 6.5, 8.2, 8.3, 8.5.3.3
Flip clause | 8.5.3.3
Forumkeuzebeding | 6.2.1

G
Garantie(verbintenis) | **4.4.2.3.2**, 4.6.2.4.5
Gelijke behandeling van schuldeisers | 2.2.1.2, 2.4
Gevolgschade | 3.3.4.1
Gezamenlijke schuldeisers | 2.2.1.4 *(zie ook belang)*
Gift | 6.5, 8.5.2, 8.5.3.3
Goederenrechtelijke overeenkomst | 4.4.2.2.4, **6.3**
Groothandelovereenkomst *(zie wholesale-contract)*

H
Huur
faillissement huurder | **4.4.5.4**, 7.6.3
faillissement verhuurder | 5.2.1, 5.2.3, **5.3.1**
Huurkoop | 4.4.5.3

I
Imprévision-regeling | 3.3.2
Indeplaatsstelling | 7.6.3
Ingebrekestelling | **3.3.2**, 3.3.3.3, 3.3.5.2.2
Ipso facto-beëindigingsclausule | 3.2, **7.2**, **7.5.2.2**, 4.8.1, 7.6.2, 7.8.2, 8.4.2, 8.5.2, 8.5.3.2

K
Keuzerecht | 3.2, 3.3.3.3, 4.2, **4.5**, 5.1, 5.2.4, 7.1, 8.2, 8.5.3.2
Knowhowlicentie | 5.3.2.3.2
Koopovereenkomst | 4.4.2.3.2, 4.7.4.1
Kwalitatief recht | 4.4.2.2.2
Kwalitatieve verplichting | 4.4.2.2.2, 5.3.2.2, **5.5**
Kwijtschelding | 6.5

L
Lastgeving | 4.4.2.2.1
Liberatoire overeenkomst | 4.4.2.2.4, **6.5**
Licentie(overeenkomst) | 4.6.4.2, **5.3.2**

M
Maatschappelijke belangen | 2.2.1.5, **2.5**, 7.3.2
Machtiging rechter-commissaris | 4.5.4, **4.5.5**, 4.5.7
Mediationclausule | 6.2.1
Meerpartijenovereenkomst | **4.4.2.2.3**, 4.7.1.5
Monopolist | 7.3.1, 7.3.2, 7.5.1, 7.5.3.1

N
Nakoming
door een derde | 3.3.2
door de curator | 3.3.5.2.1, **4.6**, 4.7.1.3
door de wederpartij | 3.3.4.1, 4.4.2.6.1, 4.7.4.4
Natuurlijke verbintenis | 4.4.5.3, **4.7.1.2.3**
Negatieve boedel *(zie boedelfaillissement)*
Negatieve hypotheekverklaring | 7.8.3
Negatieve prestatie/verbintenis | 4.6.2.4.4, 4.6.4.2, 5.1, 5.2.1
Negative pledge | 7.8.3
Niet-obligatoire overeenkomst | 3.3.1, **4.4.2.2.4**, **6.1**, **6.2**, **6.3**, **6.4**, **6.5**
Nutsleverancier | 7.3.1, 7.3.2, 7.3.3, 7.4.2, **7.5**, 7.6.2

O
Obligatoire overeenkomst | 3.3.1
Omzettingsverklaring | 3.3.2
Ontbinding | **3.3.4.2**, 3.3.5.2.2, **3.3.5.3**, **4.3**, 4.4.2.2.1, 4.4.2.2.3, **4.4.2.6.2**, 4.4.5.3, 4.7.1.1, 4.7.1.2.1, 4.7.1.2.3, 4.7.1.5, 4.7.4.1, 4.7.4.2.1, 4.7.4.2.2, 5.6, 7.1, **7.2**, **7.3**, **7.5.2.1**, **7.5.2.2**, 8.4.2
Ontbindingsverklaring | **3.3.2**, 4.7.4.2.4
Ontruimingsbescherming | 5.3.1.2.1, 5.3.1.2.4
Onvolmaakt wederkerige overeenkomst | 3.2, **4.4.2.2.1**, 4.4.2.2.2
Onzekerheidsexceptie | **3.3.5.2.1**, 4.6.2.7, 4.6.2.9, 7.5.2.3
Opzegging | 4.6.1.1, 4.6.1.3, **4.6.4.2.2**, 5.3.1.2.1, 5.4, 7.6.3, 7.7
Overdracht onder voorwaarde van faillissement | 8.5.3.3
Overmacht | **3.3.2**, 3.3.4.1, 3.3.4.2.1

P
Pacht
faillissement pachter | 4.4.5.4
faillissement verpachter | 5.2.1, 5.2.2, **5.3.1.2.1**
Pari passu-clausule | 7.8.3
Paritas creditorum | 2.2.1.2
Persoonlijke verbintenissen | 4.8
Prijsfluctuaties | **3.3.4.2.2**, 3.3.5.3, 4.7.4.2.4
Procesrechtelijke overeenkomst | 4.4.2.2.4, **6.2**
Publiekrechtelijke overeenkomst | 4.4.2.2.4

R
Rechtskeuzebeding | 6.2.2
Rechtspositie van de curator | 2.2.1.3, 2.5.3
Rechtsverhouding tussen de schuldeisers | 2.4
Redelijke termijn | 4.4.4
Regresvordering | 2.3.3.3, 8.5.2
Resolutio ex nunc | 4.3
Resolutio ex tunc | 4.3
Retentierecht | **5.2.1**, **5.3.1.2.5**, 5.3.1.2.6, 5.3.2.2, **7.3.3**
Royalty's | 5.3.2.1, 5.3.2.4

S
Schenking (onder last) | 4.4.2.2.2
Schuldeisersverzuim | 3.3.5.2.2, **4.4.2.6.3**, 4.7.1.2.1
Schuldoverneming | 4.4.2.2.4, 6.4.1, **6.4.2**

Softwarelicentie | 5.3.2.3.1
Source code escrow | 5.2.1, **5.3.2.3.1**
Stilzwijgende gestanddoening | 4.6.4
Stilzwijgende niet-gestanddoening | 4.7.3

T
Termijncontract | 4.4.5.2

V
Vaststellingsovereenkomst | 6.2.3
Verbintenis
onder opschortende voorwaarde | **3.3.3.1**, 3.3.5.2.2, 5.3.2.3.1, 5.3.2.4, 6.4, 6.5, 8.5.2, 8.5.3.3
onder opschortende tijdsbepaling | **3.3.3**, 3.3.5.2.2, 6.4, 6.5, 8.2
Verbruikleen | 4.4.2.2.1, 5.2.1
Verificatie
vordering tot nakoming | 3.3.4.2, 3.3.5.3, 4.7.1.4, **4.7.4.3**, 4.8.2.2, 5.4
vordering tot schadevergoeding | 3.3.4.2.1, 4.3, 4.4.5.3, 4.7.1.4, 4.7.4.2.1, **4.7.4.2.2**, 4.7.4.2.3, 4.7.4.2.4, 4.8.2.2, 5.4, 8.3, **8.4.2**
vordering tot ongedaanmaking/waardevergoeding | 3.3.4.2.1, 4.7.4.2.1, **4.7.4.2.2**
Verlies van het recht om nakoming te vorderen | 3.3.5.2.2, 4.4.5.3, **4.7.1**
Verrekening | 3.3.4.2.2, 3.3.5.3, 4.5.3.2, **4.7.4.2.2**, **4.7.4.4**, 5.3.1.2.2
Vertragingsschade | 3.3.4.1, 4.7.4.2.2
Vervangende schadevergoeding | 3.3.4, 3.3.5.2, 3.3.5.3, 4.4.2.6.3, 4.6.2.1, 4.6.2.4.3, 4.6.2.5, 4.7.1.2.3, **4.7.1.3**, **4.7.1.4**, **4.7.4.2**, 5.4
Verzuim | **3.3.2**, 3.3.4.1, **3.3.5.2.2**, **4.4.2.6.3**, 4.7.1.1
Voorontwerp Insolventiewet | 1.2, 1.3, 1.5, 2.5.3, 3.2, 3.3.3.3, 4.3, 4.4.2.4, 4.4.2.6.5, 4.4.4, 4.4.5.3, 4.4.5.4, 4.4.5.5, 4.5.4, 4.5.5, 4.5.6, 4.5.8, 4.6.1.2, 4.6.2.3, 4.6.2.6, 4.6.2.9, 4.6.3, 4.7.1.5, 4.7.2, 4.7.4.2.2, 4.7.4.2.3, 4.7.4.3, 4.8.1, 5.2.1, 5.3.1.2.6, 5.3.2.4, 5.4, 5.5, 5.6, 6.2.1, 7.4.3, 7.6, 7.7, 7.8.3, 8.2, 8.4.2, 8.5.2

W
Waardering | 3.3.3.2, **4.7.4.2.4**, 8.2, 8.3
Wederkerige overeenkomst | 3.2, 3.3.1, 3.3.5.1, **4.4.2.2**, 4.5.2.2, 4.6.1.2, 4.6.2.7, 8.2
Wholesale-contract | 7.5.3.3

Z
Zekerheidstelling | 3.3.5.2.1, 4.2, **4.6.2**, 4.6.5, 7.5.4, 7.6.3

Dankwoord

Veel dank ben ik verschuldigd aan

Frank Verstijlen
Professor Erik Dirix, professor Loes Lennarts, professor Mark Wissink
Teun Struycken, Grietje de Jong, Marianne Evers, Anne Marie Verschuur, Stan Brijs, Ruud Jansen
Jan van Rijswijk, Daan Lunsingh Scheurleer, Marc Blom, Stijn Franken
De medewerkers van het CIP Amsterdam, Rotterdam en Brussel van NautaDutilh N.V.
Sandra Dixon

en bovenal aan mijn ouders, mijn schoonouders, mijn echtgenote en mijn kinderen.

Curriculum vitae

Thijs Tiemen van Zanten werd op 9 februari 1978 geboren te Zwolle. Hij behaalde in 1996 zijn gymnasiumdiploma (bèta) aan het Gymnasium Celeanum te Zwolle. Van 1996-2003 studeerde hij aan de Universiteit Utrecht, eerst farmacie (1996-1999) en aansluitend Nederlands recht (1999-2003). Na voltooiing van zijn studie Nederlands recht trad hij op 1 november 2003 in dienst bij Dirkzwager advocaten & notarissen te Arnhem, waar hij tot 1 september 2005 als advocaat werkzaam was. Sinds die datum werkt hij als advocaat bij de sectie bankrecht van NautaDutilh N.V. te Amsterdam.

Recht en Praktijk Financieel Recht
Onder redactie van prof. mr. D. Busch, prof. mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol en mr. F.M.A. 't Hart
FR1. M. Nelemans, Het verbod van marktmanipulatie
FR2. G.R. Boshuizen en B.H. Jager, Verzekerd van toezicht – 2e druk
FR3. B. Bierens, Revindicatoire aanspraken op giraal geld
FR4. E.L.A. van Emden, E.A.L. van Emden, Bankgarantie – 6e druk
FR5. K. Frielink, M. van Eersel, Toezicht trustkantoren in Nederland – 2e druk
FR6. L.J. Silverentand (red.), Hoofdlijnen Wft
FR7. R.E. van Esch, Giraal betalingsverkeer/Elektronisch betalingsverkeer, – 3e druk
FR8. J.M. van Poelgeest, Kredietverstrekking aan consumenten
FR9. E. van den Ing, Markttoegang financiële dienstverleners Wft

Recht en Praktijk – Informatie- en Communicatietechnologie
ICT1. J. Borking, Privacyrecht is code
ICT2. H. Struik, P.C. van Schelven, en W.A.J. Hoorneman

Recht en Praktijk – Intellectuele Eigendom
IE1. S.J. Schaafsma, Intellectuele eigendom in het conflictrecht

Recht en Praktijk – Ondernemingsrecht
Onder redactie van prof.mr. W.J.M.van Veen, mr. J.A.M. ten Berg
ONR1.W.J.M. van Veen en J.W. Bellingwout, De Arubaanse vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (VBA)
ONR2. H. de Groot, Bestuurdersaansprakelijkheid – 5e druk
ONR3. W.J.M. van Veen (red.), De Europese naamloze vennootschap (SE) – 2e druk

Recht en Praktijk – Personen- en Familierecht
PFR1. L.H.M. Zonnenberg, Het verrekenbeding

Recht en Praktijk – Staats- en Bestuursrecht
SB1. M.K.G. Tjepkema, Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel
SB2. Willem Braams, Arjen van Rijn, Martijn Scheltema (red.), Klimaat en recht
SB3. M. Schreuder-Vlasblom, Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure
SB4. R. Ortlep, De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht

Recht en Praktijk – Contracten- en Aansprakelijkheidsrecht
Onder redactie van prof. mr. R.P.J.L Tjittes, mr. R.J.Q. Klomp
CR1. B. Wessels, R.H.C. Jongeneel, M.L. Hendrikse, Algemene voorwaarden
CR2. B. Wessels, T.H.M. van Wechem, Contracteren in de internationale praktijk
CR3. A.H. Lamers, Contracteren door intermediairs in de muziekindustrie
CR4. C.M.D.S. Pavillon, Open normen in het Europees consumentenrecht
CA5. K.J.O. Jansen, Informatieplichten

Recht en Praktijk – Vastgoedrecht
VG1. B.A.M. Janssen, Wie heeft de leiding?
VG2. D.L. Rodrigues Lopes, Pacht
VG3. M.F.A. Evers, Huurrecht bedrijfsruimten
VG4. H.J. Rossel, Huurrecht algemeen

Recht en Praktijk – Verzekeringsrecht (voorheen Serie Verzekeringsrecht)
Onder redactie van prof.mr. J.H. Wansink en prof.mr. N. van Tiggele – van der Velde
VR1. M.L. Hendrikse, J.G.J. Rinkes, Juridische aspecten van elektronisch verzekeren
VR2. M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen, J.G.J. Rinkes, Verzekeringsrecht praktisch belicht

Recht en Praktijk
Verschenen delen onder redactie van prof. mr. R.P.J.L. Tjittes

1. Bedrijfsopvolging in de middenstand
2. Bedrijfsopvolging in de landbouw
3. Opvolging in het vrije beroep
4. Familierechtelijke betrekkingen
5. Samenwerkingsvormen in landbouw en middenstand
6. Bouw- en woningrecht
6a. Beheer en bemiddeling bij onroerend goed
6b. Huurrecht bedrijfsruimten
6c. Huurprijzenwet woonruimten
7a. Zekerheidsrechten (hypotheek)
6b. Zekerheidsrechten (pand en borgtocht)
8. Wet op het consumentenkrediet
9. De Kamers van Koophandel in de praktijk
10a. Het kort geding (A. Algemeen deel)
10b. Het kort geding (B. Bijzonder deel)
11. Het nieuwe merkenrecht
12. De kantonrechter (Burgerlijke Zaken)
13. Burenrecht, mandeligheid, erfdienstbaarheden
14. Kansspelen en cadeau-acties
15. Collectief ontslag
16. Schade- en sommenverzekeringsrecht
17. De gerechtsdeurwaarder
18. De surséance van betaling en het akkoord
19. Bestemmingsplan en privaatrecht
20. Overzicht van het Nederlandse milieurecht
21. Handleiding bij scheiding
22. Onteigening
23. BV en NV
24. Vergoeding van verkeersschade
25. Het Nieuwe Verenigingsrecht
26. Overheidsvergunning en Onrechtmatige daad
27. Consumentenrecht
28. De handelsnaam
29. Kringen van belanghebbenden
30. Handleiding Hinderwet
31. Pacht
32. De directeur, bestuurder en werknemer
33. Vervoerrecht
34. Huurbescherming bij woonruimte
35. Kopers en economische eigenaars van onroerend goed
36. Recht en computer
37. Het nieuwe BW in 400 trefwoorden
38. Exoneratieclausules
39. Overdracht van een onderneming
40. Bescherming van het uiterlijk van produkten
41. Het eigendomsvoorbehoud
42. Auteursrecht
43. De betaalcheque
44. De commissaris, aanbevolen gedragsregels
45. Het Nederlandse arbitragerecht
46. Alimentatierekenen
47. Arbeidsverhoudingen in het Nederlands IPR
48. De commanditaire vennootschap in de praktijk
49. Retentierecht
50. Produktaansprakelijkheid
51. De achtergestelde vordering in het bijzonder de achtergestelde lening
52. Algemene voorwaarden getoetst
53. Schenking
54. Voordeelstoerekening
55. De agentuurovereenkomst
56. Onrechtmatige daad in groepsverband volgens NBW

57. Aansprakelijkheid voor de tenuitvoerlegging van vernietigde of terzijde gestelde rechterlijke beslissingen
58. Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed
59. Kadaster, openbare registers en derden-bescherming
60. Overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek
61. De nieuwe civiele kantongerechtsprocedure
62. Recht en reclame
63. Franchising
64. De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase
65. Onderhandelen en privaatrecht
66. Herziening scheidingsprocesrecht
67. Bestuurdersaansprakelijkheid
68. Recht en elektronische handel
69. Bevrijdende verjaring
70. Rechtsverwerking in drievoud
71. Bestuur en toezicht
72. Buiten-contractuele aansprakelijkheid bodemverontreiniging
73. Grenzen aan het stakingsrecht
74. Contracteren in de internationale praktijk
75. Privacyregulering in theorie en praktijk
76. Ontbinding
77. De hoedanigheid van contractpartijen
78. Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht
79. Verzekering en aansprakelijkheid
80. De toezegging in het privaatrecht
81. Kollektieve akties in het privaatrecht
82. Gerechtelijke bewaring
83. Vrij verkeer van vonnissen
84. Enige beschouwingen over zinvol commissariaat
85. Moderne biotechnologie en recht
86. Softwarerecht
87. Surséance van betaling
88. Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen
89. De vereniging in de praktijk
90. Milieuschade en financieel verslag
91. Dwaling bij de totstandkoming van overeenkomsten
92. Contracteren in de internationale praktijk/Deel II
93. Verrekening
94. Geld, geldschuld en betaling
95. Bank & Aansprakelijkheid
96. Insolventie en rechtspersoon
97. Levering van roerende zaken van roerende zaken door middel van zakenrechtelijk waardepapier
98. Aansprakelijkheidsverzekering op claims made grondslag
99. Onverschuldigde betaling
100. De Wet op de Europese ondernemingsraden
101. Het Haagse Trustverdrag
102. Contracteren in de internationale praktijk/Deel III
103. Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid
104. Distributieovereenkomsten
105. Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering
106. Sponsoring van verenigingen en stichtingen
107. Passieve legitimatie uit cognossement
108. Handboek handelsregister
109. De commissionair in effecten
110. Schade en loss occurence-verzekeringen
111. Gids geregistreerd partnerschap
112. Toerekening van een onrechtmatige daad
113. Productaansprakelijkheid
114. Vermogensrecht voor ongehuwde samenlevers
115. Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht
116. Het kort geding in internationaal perspectief
117. Scheepsvoorrechten
118. Nieuwe risico's en vragen van aansprakelijkheid en verzekering
119. Notariële aansprakelijkheid
120. Garanties in de rechtspraktijk
121. Natrekking, vermenging en zaaksvorming
122. Juridische aspecten van geografische aanduidingen
123. Samenloop van CMR-Verdrag en EEX-Verordening
124. Grenzen van rechtsobjecten
125. Regres
126. Onoverdraagbaarheid van vorderingen krachtens partijbeding
127. Schadebeperkingsplicht
128. De rechtsverhouding tussen procespartijen
129. Capita Zeerecht
130. De Europese naamloze vennootschap (SE)
131. Het verschoningsrecht van getuigen in civiele zaken
132. Toezicht en aansprakelijkheid
133. Insolventie in het internationaal privaatrecht
134. Contractdwang
135. Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van redelijkheid en billijkheid
136. Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen
137. Nieuw verzekeringsrecht praktisch belicht
138. Het civiele hoger beroep
139. Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht
140. Zorgplichten in de effectenhandel
141. Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen
142. Mobiliteit van goederen in het IPR
143. Algemene voorwaarden
144. Contractsoverneming
145. Onrechtmatige overheidsbesluiten

146. De positie van het zeeschip in het internationaal privaatrecht
147. De Europese coöperatieve vennootschap (SCE)
148. Gewogen rechtsmacht in het IPR
149. De overeenkomst van Internet Service Providers met consumenten
150. Toegang tot het recht bij massaschade
151. Ontbinding, schadevergoeding en nakoming
152. Toepasselijkheid van algemene voorwaarden
153. Levering van roerende zaken
154. De afkoelingsperiode in faillissement
155. Huurrecht algemeen
156. Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees Gemeenschapsrecht
157. De kwaliteitsrekening
158. Alternatieven voor zekerheid op bankrekeningen
159. Forumkeuze in het Nederlandse internationaal privaatrecht
160. Wsnp en goede trouw
161. Conformiteit bij koop
162. De bevrijdende verjaring
163. IPR-bewijsrecht en bewijsverkrijging
164. Schadevaststelling en de rol van de deskundige
165. Het deskundigenadvies in de civiele procedure
166. De gewone rechter en de bestuursrechtspraak
167. De grenzen van het recht op nakoming
168. Sport en Mededingingsrecht
169. Van geschil tot oplossing
170. Bedrijfsovername en milieurecht
171. De Wbp en de vennootschap
172. Onrechtmatige wetgeving
173. Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden
174. Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht