

Hof Arnhem-Leeuwarden,

25-2-2014, zaaknr. 200.107.979, [ECLI:NL:GHARL:2014:1423](#) (Faillissement tijdens bouw)

Mr. P.H. van Ginkel, mr. H.L. Wattel en mr. M.B. Beekhoven van den Boezem.

Fw: art. 37, art. 26; BW: art. 6:212

Aannemer gaat tijdens bouw failliet. Niet gestand doen wederkerige overeenkomst. Betalingsverplichting reeds verricht maar nog niet afgeronde werkzaamheden?:

Met gastnoot B.M.E Cox, Red.N.C. Ogg ^[1], Red.

4 De motivering van de beslissing in hoger beroep

4.1 De zaak gaat om het volgende.

Appellanten heeft in juli 2009 een aannemingsovereenkomst gesloten met failliet bedrijf (verder: failliet bedrijf). Op de overeenkomst zijn de GIW garantie- en waarborgregeling en de Algemene Voorwaarden voor de aannemingsovereenkomst voor eengezinshuizen, vastgesteld door het GIW op 1 januari 2007, van toepassing. failliet bedrijf nam bij deze overeenkomst op zich een woning op een perceel in (woonplaats appellanten) te bouwen voor een aannemingsom van € 369.955,-. Deze som is in artikel 4 lid 1 van de overeenkomst betaalbaar gesteld in zeven termijnen gelijk aan 10% of 20% van de aannemingsom, waarbij de termijnen afhangen van de voortgang van de bouw; de laatste termijn van 10% is opeisbaar 'bij oplevering van de woning, te voldoen vóór de oplevering'.

Appellanten heeft als zekerheid voor de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van de aannemingsovereenkomst 10% van de aanneemsom, dus € 36.995,- bij een notaris gedeponereerd. De overeenkomst bepaalt in artikel 3 lid 2 dat de opdrachtgever de notaris machtigt om de waarborgsom aan de aannemer over te maken, indien en zodra de laatste 10% van de aanneemsom is vervallen. Failliet bedrijf is tijdens de bouw, op 27 januari 2010, failliet verklaard met aanstelling van mr. Daniëls tot curator. Op dat moment was de woning nog niet gereed. appellanten had toen ruim € 200.000,- (te weten: de bedragen van de eerste drie termijnen inclusief meerwerk) aan failliet bedrijf betaald. De vierde termijnfactuur van 18 december 2009, € 40.243,90 bedragend, was al wel verzonden, maar nog niet betaald. De vierde termijn is ingevolge artikel 4 van de aannemingsovereenkomst verschuldigd zodra de dakpannen zijn gelegd. De dakpannen waren ten tijde van de faillietverklaring nog niet (alle) gelegd. De curator heeft desgevraagd laten weten dat hij de overeenkomst niet gestand zal doen (art. 37 lid 1 Fw).

Appellanten heeft de woning vervolgens door een andere aannemer laten afbouwen voor ruim € 176.000,-. De bouw heeft als gevolg van het faillissement vertraging opgelopen. De aan [appellanten] toekomstige vergoeding wegens overschrijding van het aantal werkbare dagen (geregeld in artikel 11 lid 5 van de Algemene Voorwaarden; verder: de bouwtijdclaim) bedraagt € 10.543,86. Artikel 11 lid 5 van die voorwaarden bepaalt dat deze schadevergoeding kan worden verrekend met de nog verschuldigde termijn(en).

Appellanten heeft zijn schadevorderingen op failliet bedrijf na de faillietverklaring aan Woningborg gecedeerd.

4.2 Appellanten gezamenlijk vorderen bij dagvaarding:

1. veroordeling van de curator om mee te werken aan het omgaand vrijgeven van de waarborgsom van € 36.995,- die bij de notaris in depot staat ten behoeve van appellanten althans Woningborg op straffe van verbeurte van een dwangsom;

2. veroordeling van de curator tot betaling aan Woningborg/appellanten van de wettelijke rente over € 36.995,- vanaf 30 september 2010, althans vanaf de dag van dagvaarding, tot de dag dat de waarborgsom wordt vrijgegeven, en van buitengerechtigde kosten van € 1.000,-.

De curator vordert in reconventie (primair):

1. Woningborg en appellanten te veroordelen om te gehengen en gedogen dat de waarborgsom van € 36.995,- vermeerderd met de tot de datum van betaling daarop gegenereerde rente door de notaris op de boedelrekening wordt betaald;

2. Woningborg en appellanten hoofdelijk te veroordelen om op de boedelrekening te betalen € 55.794,- verminderd met hetgeen op basis van een beoordeling door de rechtbank aan de curator uit het depot betaald dient te worden, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 juni 2011 tot de dag der algehele voldoening.

De curator stelt zich daarbij op het standpunt dat appellanten nog € 55.794,- aan failliet bedrijf verschuldigd is; dit is het saldo van een door failliet bedrijf in opdracht van de curator gemaakte berekening, van de waarde van het werk (en de materialen op de bouwplaats) ten tijde van de faillietverklaring, waarop in mindering zijn gebracht de eerste drie door appellanten betaalde termijnen (productie10 bij dagvaarding).

4.3 De rechtbank heeft bij het bestreden vonnis, zakelijk weergegeven:

in conventie de curator veroordeeld om mee te werken aan het omgaand vrijgeven van een bedrag van € 3.045,65 met de daarop gekweekte rente, ten laste van de waarborgsom van € 36.995,- die bij de notaris in depot staat, op straffe van verbeurte van een dwangsom en Woningborg/appellanten veroordeeld in de proceskosten;

in reconventie Woningborg/[appellanten] veroordeeld te gehengen en gedogen dat van de waarborgsom van € 36.995,- een bedrag van € 33.949,35 met de daarop gekweekte rente aan de curator wordt betaald door middel van overmaking op de boedelrekening en Woningborg/appellanten veroordeeld in de proceskosten.

4.4 Het gaat hier om een geval waarbij een wederkerige overeenkomst ten tijde van de faillietverklaring zowel door de schuldenaar (failliet bedrijf) als zijn wederpartij (appellanten) slechts gedeeltelijk is nagekomen en de curator zich niet bereid heeft verklaard de overeenkomst gestand te doen in de zin van art. 37 lid 1 Fw. De grieven 2 en 4 van appellanten gezamenlijk komen onder meer op tegen de overwegingen van de rechtbank met betrekking tot de (rechts)gevolgen van deze niet-gestanddoening. Met de eerste grief betoogt appellanten gezamenlijk dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat in de overeenkomst niet is voorzien in de mogelijkheid van tussentijdse beëindiging vanwege het faillissement van de aannemer en dat de betalingsverplichting van de opdrachtgever, ook in geval van faillissement, beperkt blijft tot de aannemingstermijnen die volgens de overeenkomst verschuldigd zijn.

4.5 Het hof bespreekt de vierde grief eerst. Appellanten gezamenlijk wijzen er in de toelichting op deze grief terecht op dat de niet-gestanddoening geen (gedeeltelijke) ontbinding van de overeenkomst tot gevolg heeft, zoals de rechtbank heeft aangenomen. Dat was wel het geval onder het oude, tot de invoering van het NBW geldende artikel 37 Fw. De wederpartij van de failliet kon dan als concurrent schuldeiser in het faillissement opkomen. De wetgever heeft blijkens de Memorie van Toelichting op het huidige artikel 37 Fw. bewust met dit systeem gebroken. Op grond van het huidige art. 37 Fw. blijft de overeenkomst in geval van niet-gestanddoening door de curator in stand en is ook de curator daaraan gebonden. De wederpartij heeft de mogelijkheid de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden en schadevergoeding te vorderen. Het staat echter vast dat appellanten de overeenkomst niet heeft ontbonden. De bouwclaim van appellanten, door appellanten gezamenlijk gesteld op € 10.543,86,

moet dan worden gezien als een vordering tot betaling van vervangende schadevergoeding. De vierde grief slaagt.

4.6 Het hof stelt verder vast dat de vierde termijn ten tijde van de faillietverklaring niet opeisbaar was, omdat de dakpannen niet (alle) waren gelegd. Artikel 37 lid 1 Fw. bepaalt dat de curator in geval van niet-bereidverklaring zijnerzijds het recht verliest nakoming van de overeenkomst te vorderen. Deze bepaling brengt naar het oordeel van het hof, en anders dan appellanten gezamenlijk met de eerste en de tweede grief betogen, echter niet mee dat de curator geen vergoeding kan vragen van door de gefailleerde vóór de faillietverklaring verrichte, onbetaald gebleven werkzaamheden. Een redelijke, in het systeem van de Faillissementswet passende uitleg van deze bepaling brengt naar het oordeel van het hof mee dat de onbevoegdheid van de curator om nakoming te vorderen geen betrekking heeft op een vordering die de tegenprestatie vormt van de door de failliet vóór diens faillietverklaring verrichte werkzaamheden. Het hof vindt daarvoor tevens een aanknopingspunt in artikel 7:763, slotzin, BW. Deze bepaling is in dit geval weliswaar niet van toepassing, nu zich niet arbeidsongeschiktheid of dood van de aannemer voordoet en ook geen sprake is van beëindiging van de overeenkomst in de zin van dat artikel, maar het hof ziet geen goede grond om de curator een vordering tot vergoeding van de verrichte arbeid en gemaakte kosten te onthouden. Anders zou de opdrachtgever, appellanten, in strijd met het beginsel van gelijkheid van de schuldeisers worden bevoordeeld ten opzichte van andere schuldeisers en zou appellanten ongerechtvaardigd worden verrijkt ten koste van failliet bedrijf (de boedel). Het hof merkt nog op dat de in de overeenkomst opgenomen termijnregeling op dit punt betekenis mist, omdat deze regeling er slechts toe strekt (in overeenstemming met art. 7:767 BW) om de opdrachtgever alleen te verplichten tot het doen van betalingen die overeenstemmen met de voortgang van het werk. De eerste en de tweede grief falen.

4.7 Appellanten gezamenlijk komen met de derde grief ook op tegen de beslissing in rechtsoverweging 13 van het vonnis dat de vordering van de curator op € 55.794,- kan worden vastgesteld. Deze grief slaagt eveneens. Appellanten gezamenlijk hebben de vordering wel degelijk gemotiveerd betwist. Zij hebben in de conclusie van repliek onder meer erop gewezen dat er voor de vordering geen enkel objectief bewijsstuk (van bij voorbeeld een onafhankelijke bouwkostencalculator) in het geding is gebracht. Bovendien hebben appellanten gezamenlijk hun verweer in hoger beroep nader toegelicht, hetgeen hun vrijstond. Het hof stelt vast dat de overgelegde berekening van (een medewerker van) failliet bedrijf]eenzijdig, buiten aanwezigheid van appellanten, is opgesteld, terwijl een opname van het werk korte tijd na de faillietverklaring in aanwezigheid van appellanten had moeten plaatsvinden. Die opname is nu uiteraard niet meer mogelijk. Nu appellanten gezamenlijk de aan de vordering ten grondslag gelegde feiten gemotiveerd hebben betwist, zal in beginsel de curator op grond van de hoofdregel van art. 150 Rv. bewijs van die feiten moeten bijbrengen, dus in concreto van hetgeen failliet bedrijf vóór de faillietverklaring op grond van de overeenkomst voor appellanten heeft verricht, maar onbetaald is gebleven. Gelet op het verweer van appellanten gezamenlijk gaat het met name om de posten sonderingskosten, fabrieks- en bouwuren, verbruikte materialen, reizen en kilometers, opslag- en verkoopkosten en winst en risico. Het hof wenst van de curator te vernemen over welke (nadere) bewijsmiddelen hij beschikt, waartoe het hof een comparitie van partijen zal gelasten, die tevens kan worden benut om te bezien of partijen het alsnog eens kunnen worden. Het hof merkt nu al op dat het er voornamelijk vanuit gaat dat de vordering van de curator kan worden begroot op een bedrag gelijk aan de vierde termijn met aftrek van een bedrag voor de niet overeenkomstig die termijn verrichte werkzaamheden (te denken valt aan de niet gelegde dakpannen) en met bijtelling van een bedrag als vergoeding voor verrichte werkzaamheden en op de bouwplaats aangevoerde materialen en een in de overeenkomst besloten opslag voor kosten, pro rata berekend tot de datum van faillietverklaring, die niet

in die vierde termijn, maar wel in de volgende termijn begrepen kunnen worden geacht of als meerwerk voor vergoeding in aanmerking komen. Partijen dienen zich hierover tijdens de comparitie van partijen uit te laten.

4.8 Appellanten gezamenlijk, die ook in hoger beroep aanspraak maken op het volledig vrijgeven van de waarborgsom aan hen, keren zich kennelijk ook tegen rechtsoverweging 11, slot van het vonnis en het grotendeels afwijzen van hun vordering tot veroordeling van de curator om mee te werken aan het omgaand vrijgeven van de waarborgsom en het grotendeels toewijzen van de vordering van de curator tot het vrijgeven van de waarborgsom aan de boedel. De curator stelt zich met zijn tweede grief op zijn beurt op het standpunt dat de vordering van appellanten gezamenlijk geheel moet worden afgewezen en dat zijn vordering op dit punt geheel moet worden toegewezen. Appellanten gezamenlijk wijzen naar het oordeel van het hof terecht op hetgeen in de overeenkomst is bepaald ten aanzien van de termijnen en de waarborgsom. De strekking daarvan (en art. 7:767 BW) is het voorkomen van voorfinanciering door de opdrachtgever, waarop in zoverre een uitzondering is gemaakt dat mag worden bedongen dat 10% van de aanneemsom bij de notaris wordt gedeponereerd ter verzekering van de nakoming van de verplichtingen van de opdrachtgever. In art. 3 lid 2 van de onderhavige overeenkomst is bepaald dat de opdrachtgever ('de verkrijger') de notaris machtigt 10% van de aanneemsom aan de aannemer ('de ondernemer') over te maken, indien en zodra de laatste 10% van de aanneemsom is vervallen, mits de ondernemer ter gelegenheid van de aankondiging van de oplevering een zekerheid van 5% van de aanneemsom ten behoeve van de verkrijger heeft gesteld. Het staat vast dat dit stadium van het werk nooit is bereikt; de zevende en laatste termijn is immers eerst opeisbaar bij oplevering van de woning. De woning is niet opgeleverd en [appellanten] heeft de woning door een andere aannemer moeten laten afbouwen. De curator kan geen aanspraak op de waarborgsom maken, omdat dit zou neerkomen op een nakomingsvordering, die hem op grond van art. 37 lid 1 Fw. en de overeenkomst niet toekomt. De tweede grief van de curator, die van een andere opvatting uitgaat, faalt. Dat geldt ook voor het in de toelichting op deze grief verwoorde betoog dat de curator een onvoorwaardelijk recht heeft verkregen op de waarborgsom. Deze regeling moet naar het oordeel van het hof aldus worden bezien dat de notaris de waarborgsom voor beide partijen in depot hield, voor de opdrachtgever onder de ontbindende voorwaarde van voortijdige beëindiging van de overeenkomst of het werk, voor de aannemer onder de opschortende voorwaarde dat de slottermijn opeisbaar zou zijn. De eerste voorwaarde is vervuld, de tweede niet. De tweede grief van de curator faalt dan ook. De vordering van appellanten gezamenlijk tot veroordeling van de curator om mee te werken aan het omgaand vrijgeven van de waarborgsom van € 36.995,- die bij de notaris in depot staat, is kortom toewijsbaar. De vordering tot betaling van wettelijke rente over dit bedrag acht het hof niet toewijsbaar, omdat met het vrijgeven van het depot niet sprake is van de voldoening van een geldsom in de zin van art. 6:119 BW.

4.9 De curator voert in de toelichting op zijn eerste grief, zakelijk weergegeven, het volgende aan. Het oordeel van de rechtbank dat het door de curator van appellanten gevorderde bedrag tevens kan worden verrekend met datzelfde bedrag is onjuist. Zodoende zou immers, indien de curator de overeenkomst niet gestand doet, hetgeen hij tot de datum faillissement van de opdrachtgever te vorderen heeft meteen verrekend kunnen worden met datzelfde bedrag. Dat kan niet de bedoeling zijn, omdat de failliete boedel dan nog steeds verstoken blijft van activa waarop de boedel recht heeft. Tevens is onjuist dat een naar aanleiding van uitgevoerde werkzaamheden gevorderd bedrag dient te worden aangemerkt als schade; het gaat niet om schade, maar om een aan de failliet verschuldigd bedrag. Verder heeft de rechtbank in rechtsoverweging 14, slot, ten onrechte aangenomen dat Woningborg het voor schadevergoeding wegens meerkosten en voor de overschrijding van de bouwtijd gevorderde bedrag in verrekening kan brengen met de vordering van de curator groot € 55.794,-. Van verrekening kan geen sprake zijn, omdat

een door de curator wegens door failliet bedrijf verrichte werkzaamheden gevorderd bedrag geen schadevergoeding vormt, maar een aan de failliet verschuldigd bedrag. Hij voert verder aan dat art. 54 lid 2 Fw. zich tegen verrekening verzet, omdat appellanten de bouwtimeclaim na de faillietverklaring heeft gecedeerd aan Woningborg.

4.10 Het hof acht de berekening van de vorderingen van appellanten en de curator onder randnummer 58 van de dagvaarding (onder het door appellanten gezamenlijk gemaakte voorbehoud ten aanzien van de juistheid van de claim van de curator groot € 55.794,-) juist. In de eerste berekening ('beschikbaar voor afbouw') wordt immers rekening gehouden met de oorspronkelijke aannemingsom inclusief meer- en minderwerk, met het bedrag dat appellanten aan failliet bedrijf heeft voldaan en met de door appellanten voorlopig op € 55.794,- gestelde vordering van de curator voor verrichte werkzaamheden en aangevoerde materialen, die appellanten niet heeft voldaan. Bij voldoening is laatstgenoemd bedrag voor afbouw niet meer beschikbaar, zodat ook dit bedrag van invloed is op de hoogte van de afbouwschade. De vervolgens op € 187.010,15 berekende kosten van appellanten (in verband met door hem aan de andere aannemer betaalde afbouwkosten en de bouwtimeclaim) staan niet ter discussie. Uitgaande van een vordering van de curator van € 55.794,- resteert na verrekening dan een schuld van appellanten van € 33.949,35. Het hof merkt verder op dat de aangevochten overweging van de rechtbank voortborduurde op de door de rechtbank aangenomen, door het hof onjuist geachte (gedeeltelijke) ontbinding van de overeenkomst na niet-gestanddoening door de curator. Het hof verwijst hier korthedshalve naar rechtsoverwegingen 4.5 en 4.6. Tussen partijen is kennelijk niet in geschil dat de bouwtimeclaim en de schade als gevolg van de hogere afbouwkosten van appellanten in beginsel op de voet van art. 53 Fw. verrekenbaar zijn met de schuld aan de curator uit hoofde van de door [failliet bedrijf] verrichte werkzaamheden, naar het hof aanneemt omdat zowel de schuld als de vordering voortvloeien uit handelingen vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. Art. 54 lid 2 Fw. bepaalt dat na de faillietverklaring overgenomen vorderingen of schulden niet kunnen worden verrekend. Appellanten gezamenlijk stellen zich op het standpunt dat de bouwtimeclaim en de meerkosten in redelijkheid niet onder de cessie kunnen vallen, nu Woningborg en appellanten nimmer hebben beoogd door de cessie de mogelijkheid van verrekening te frustreren. Het hof stelt echter vast dat de bouwtimeclaim en de meerkosten in de akte van cessie als schadevordering aan Woningborg wordt overgedragen, zodat art. 54 lid 2 Fw. daarop van toepassing is. Het staat echter eveneens vast dat Woningborg beide vorderingen heeft terug gecedeerd aan appellanten (productie bij memorie van antwoord in het incidenteel appel). De curator betoogt in de akte uitlating dat deze retrocessie misbruik van recht in de zin van art. 3:13 BW oplevert. Het hof volgt zijn betoog niet. De enkele omstandigheid dat de GIW-regeling voor appellanten als een soort verzekering tegen het risico van faillissement van de aannemer zou kunnen worden aangemerkt, brengt niet mee dat de retrocessie een vorm van misbruik van recht oplevert. Zoals gezegd gaan beide partijen kennelijk ervan uit dat appellanten de bouwtimeclaim op de voet van art. 53 Fw. had kunnen verrekenen met zijn schuld aan failliet bedrijf. Dan valt niet goed in te zien waarom de retrocessie misbruik van recht oplevert, wanneer de curator appellanten gezamenlijk - in de procedure - tegenwerpt dat de cessie na faillietverklaring heeft plaats gehad en daarom geen verrekening kan plaats vinden. Het betoog van de curator ziet er ook aan voorbij dat Woningborg er een gerechtvaardigd belang bij heeft om haar kosten te beperken en dat appellanten met de retrocessie wordt geplaatst in de positie die hij zonder de cessie zou hebben gehad, dus de positie waarin hij zou kunnen verrekenen. Benadeling van andere schuldeisers (die art. 54 Fw. beoogt tegen te gaan) is dan ook niet aan de orde. De grief faalt.

4.11 De vijfde grief van appellanten gezamenlijk is gericht tegen de afwijzing van de door hen gevorderde buitengerechtelijke kosten, welke vordering de curator thans in elk geval wel betwist. Naar

het oordeel van het hof hebben appellanten gezamenlijk onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zij meer werkzaamheden hebben verricht dan die waarvoor de artikelen 237 tot en met 240 Rv. een vergoeding plegen in te sluiten, zoals de kosten van voorbereiding van gedingstukken en ter instructie van de zaak. De grief faalt. (*Enz., Enz., Red.*)

Noot

1. *Achtergrond*

In dit arrest van het Hof komt het vaak tot onduidelijkheid leidende art. 37 Fw aan de orde. De onduidelijkheid ontstaat met name bij wederkerige overeenkomsten die op het moment van een faillissement nog niet (volledig) zijn nagekomen. De centrale vraag hierbij is: heeft de wederpartij van de failliet of juist de curator het nakijken?

In deze zaak was een aannemer failliet gegaan vóórdat de bouw van een woning - waartoe de aannemer zich op grond van een aanneemovereenkomst had verplicht - was afgerond. De curator vorderde van de opdrachtgever een vergoeding voor de dakpannen die door de aannemer reeds vóór zijn faillietverklaring op het dak waren gelegd, maar welke werkzaamheden nog niet volledig waren afgerond. In de aanneemovereenkomst was bepaald dat de aannemer pas recht had op vergoeding op het moment dat deze termijn (lees: het leggen van de dakpannen) volledig was afgerond. Vast stond dat dit nog niet het geval was. De problemen ontstaan in zo'n situatie vanaf het moment dat de curator - geheel in overeenstemming met het bepaalde in art. 37 lid 1 Fw - verklaart niet meer bereid te zijn de aanneemovereenkomst gestand te doen. Wat zijn de juridische gevolgen van niet gestanddoening van een wederkerige overeenkomst? Dient de wederpartij van de failliet in zo'n geval nog een vergoeding te betalen voor reeds verrichte, maar nog niet volledig afgeronde, werkzaamheden? En indien dat het geval is: wat is dan de grondslag voor deze betalingsverplichting? Voor het antwoord op deze vragen is het nuttig nader in te gaan op de geschiedenis van voornoemd wetsartikel.

2. *Art. 37 Fw en de invoering van het huidige BW*

Art. 37 Fw (oud) is ter gelegenheid van de invoering het huidige BW in 1992 gewijzigd. In de oude situatie was een wederkerige overeenkomst die ten tijde van de faillietverklaring nog niet volledig was nagekomen, van rechtswege ontbonden. Zo'n ontbinding werkte *ex nunc*: vanaf het moment van faillietverklaring. Dat betekende dat de ontbinding, zoals gebruikelijk, geen terugwerkende kracht had en dat prestaties die door de failliet en diens wederpartij vóór het faillissement waren verricht, keurig moesten worden afgerond en in evenwicht dienden te worden gebracht. Met de wijziging in 1992 werd beoogd te bewerkstelligen dat weer recht werd gedaan aan een grondbeginsel van het insolventierecht, namelijk dat een faillissement geen afbreuk mag doen aan bestaande overeenkomsten. ^[2]

In de oude situatie kon de curator eigenhandig de overeenkomst ontbinden, zelfs als de wederpartij van de failliet in het geheel niet was tekort geschoten in de nakoming van verplichtingen die op hem rustten. Ontbinding van rechtswege werd daarom verwijderd uit art. 37 Fw. Wat sinds 1992 resteert is de mogelijkheid voor de wederpartij om, op het moment dat de curator zich niet bereid verklaart de overeenkomst gestand te doen, te beslissen of hij deze tekortkoming van de failliet wil sanctioneren met ontbinding of niet. ^[3]

3. *Rechtsonzekerheid*

Wat met deze wijziging echter niet lijkt voorzien, is hoe moet worden omgegaan met situaties waarin de wederpartij van de failliet niet kiest voor ontbinding, maar voor het vorderen van nakoming. ^[4] In de onderhavige zaak vorderde de opdrachtgever vervangende schadevergoeding vanwege het feit dat als gevolg van het faillissement het aantal werkbare dagen waarbinnen de bouw gereed zou zijn, werd overschreden. Komt een vordering tot vervangende schadevergoeding voor vergoeding in aanmerking op

het moment dat de curator verklaard heeft de overeenkomst niet gestand te doen? Immers, een nakomingsvordering in de vorm van een vordering tot vervangende schadevergoeding staat niet genoemd in art. 37a Fw. Dit is aldus geen vordering die ter verificatie kan worden ingediend bij de curator.

Daarnaast lijkt met de wijziging van art. 37 Fw onduidelijkheid te zijn ontstaan over wat rechtens is ten aanzien van de door de failliet vóór de faillietverklaring verrichte prestaties, die door de wederpartij nog niet vergoed zijn. Dient de wederpartij deze prestaties nog te vergoeden op het moment dat de curator aangeeft de aanneemovereenkomst niet meer gestand te willen doen? De Rechtbank Den Haag spreekt in haar vonnis van 18 juli 2012 in dit verband van 'een leemte' in art. 37 Fw: hierover regelt het artikel in het geheel niets.^[5] In de literatuur wordt in dit verband een restrictieve uitleg van het artikel bepleit: het niet gestand doen van een wederkerige overeenkomst door een curator mag geen betrekking hebben op vorderingen tot vergoeding voor prestaties die door de failliet vóór de faillietverklaring zijn verricht.^[6]

In voornoemde uitspraak van de Rechtbank Den Haag komt de rechter ondanks de leemte tot het oordeel dat de wederpartij van de failliet de door de failliet vóór het faillissement verrichte werkzaamheden dient te vergoeden. De juridische grondslag hiervoor wordt gevonden in het leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking. Ook in de onderhavige zaak geeft het Hof aan dat in het geval van het niet toekennen van de vordering aan de curator, sprake zou zijn van ongerechtvaardigde verrijking aan de zijde van de wederpartij van de failliet. Betekent dit dat iedere curator in dergelijke procedures er te allen tijde verstandig aan doet om tenminste subsidiair de vordering te baseren op ongerechtvaardigde verrijking? Kan binnen het insolventierecht inderdaad toewijzing op grond van ongerechtvaardigde verrijking plaatsvinden en vormt deze grondslag daarmee in alle situaties de welkome invulling van de leemte in art. 37 Fw? Het is interessant om te bezien of deze momenteel in de rechtspraak gekozen oplossing in juridisch opzicht een gelukkige keuze is. Immers, valt niet tevens te verdedigen dat het niet voldoen door de wederpartij van de failliet aan een vordering van de curator om tot betaling voor het leggen van dakpannen over te gaan, rechtmatig is en er dus van ongerechtvaardigde verrijking geen sprake kan zijn? De bouwtermijn - in casu het leggen van de dakpannen - was nog niet afgerond, waardoor deze termijn nog niet opeisbaar was. Waarin zit in dat geval de ongerechtvaardigdheid wanneer de wederpartij van de failliet niet tot vergoeding over wenst te gaan?

4. Beginselen Faillissementswet

Om een antwoord te kunnen geven op voornoemde vragen, is het van belang eerst kort nader in te gaan op enkele basisbeginselen van het insolventierecht. Ten eerste het beginsel dat een faillissement geen invloed heeft op lopende overeenkomsten. Dit beginsel komt tot uiting in het hiervoor vermelde art. 37 Fw. Het tweede belangrijke beginsel betreft dat alle crediteuren gelijk zijn (de 'paritas creditorum'). Dit komt tot uitdrukking in art. 26 Fw. Op basis van dit voor het insolventierecht belangrijke beginsel kunnen vorderingen slechts geldend worden gemaakt door deze in te dienen bij de curator. Hierbij kan geen van de crediteuren aanspraak maken op een voorkeursbehandeling. Deze twee beginselen zijn in ondermeer het *NMB/Tiethoff q.q.*-arrest en het *Nebula*-arrest met elkaar in botsing gekomen,^[7] hetgeen heeft geleid tot een derde beginsel: het recht van de curator om te wanpresteren. Het feit dat het voortbestaan van een wederkerige overeenkomst niet wordt beïnvloed door het faillissement, betekent niet dat de wederpartij van de failliet de rechten uit de overeenkomst kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement was. De curator heeft dus het recht om te wanpresteren omdat een andere opvatting immers zou leiden tot een onaanvaardbare doorkruising van het beginsel van paritas creditorum. Is daarmee deze onaanvaardbare doorkruising van het beginsel van gelijkheid van schuldeisers als 'ongerechtvaardigd' te kwalificeren?

5. Ongerechtvaardigheid

Het antwoord op deze vraag lijkt in eerste instantie eenvoudig te zijn en met 'ja' te moeten worden beantwoord. Immers, indien een wettelijke norm wordt geschonden, betekent dit dat daarmee de onrechtmatigheid van de gedraging - in de zin van art. 6:162 lid 2 BW - in beginsel is gegeven. ^[8]

Art. 6:212 BW stelt dat voor de toepassing van het leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking vier cumulatieve vereisten van belang zijn. Daarbij is de eis van de ongerechtvaardigheid van de verrijking het meest interessant in het kader van het hier te bespreken arrest. De overige 3 vereisten blijven hier dus buiten beschouwing. Is met de kwalificatie als onrechtmatigheid van het handelen in strijd met het beginsel van *paritas creditorum* per definitie voldaan aan het vereiste van ongerechtvaardigheid zoals bedoeld in art. 6:212 BW?

Dit lijkt niet het geval te zijn. Waar een vordering op grond van art. 6:162 BW vooral betrekking heeft op herstel van het toegebracht nadeel, ziet een vordering op grond van art. 6:212 BW op het ongedaan maken van een ongerechtvaardigde vermogensverschuiving, een begrip dat veel neutraler is, aldus Damminga en Rijckenberg. ^[9] Hieruit zou geconcludeerd kunnen worden dat onrechtmatigheid en ongerechtvaardigheid niet (altijd) met elkaar overeenstemmen.

Met deze conclusie in het achterhoofd moeten we dus vaststellen dat 'ongerechtvaardigheid' niet per definitie gelijk kan worden gesteld aan 'ongegrond' of 'onrechtmatig'. Een op grond van bijvoorbeeld de wet onrechtmatige gedraging, kan desondanks als 'gerechtvaardigd' worden aangemerkt indien sprake is van een rechtvaardigingsgrond. Een rechtvaardigingsgrond kan worden gevonden in de wet ^{[10] [11]}, in een rechtshandling of op grond van een moreel oordeel. ^[12]

Juist zo'n eventuele rechtvaardigingsgrond zorgt ervoor dat toepassing van het leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking tot onzekere uitkomsten kan leiden die per geval verschillen. ^[13] In het besproken arrest concludeerde het Hof zonder daar al teveel woorden aan vuil te maken, dat appellanten in strijd met het beginsel van gelijkheid van schuldeisers, zouden worden bevoordeeld en ongerechtvaardigd verrijkt indien de vordering tot vergoeding van de verrichte arbeid en gemaakte kosten niet toegewezen zou worden (r.o. 4.6). Vanwege deze beperkte onderbouwing van het leerstuk door het Hof en vanwege de mogelijke toepasselijkheid van een rechtvaardigingsgrond met onzekere uitkomsten als gevolg, wordt het gebruik in het insolventierecht van het leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking in de juridische literatuur als een ongelukkige keuze aangemerkt. Er wordt betoogd dat het hanteren van dit leerstuk alleen lijkt te gebeuren om de leemte uit art. 37 Fw te verhelpen en zo als 'vangnet' te fungeren. ^[14]

Gaat het Hof in dit arrest inderdaad te kort door de bocht omdat hier sprake is van een rechtvaardigingsgrond? Gesteld kan worden dat er een contractuele afspraak tussen de wederpartij en de failliet bestaat waarin is bepaald dat pas betaald hoeft te worden als het leggen van de dakpannen volledig is afgerond. Van zo'n contractuele afspraak kan door een uitspraak van een rechter zoals in het onderhavige geval gebeurt, niet zomaar worden afgeweken. Immers: *pacta sunt servanda*. In de rechtspraak wordt een verrijking van een partij niet als ongerechtvaardigd aangemerkt indien deze verrijking op grond van een rechtshandeling door partijen is beoogd. ^[15] Dat beide prestaties mogelijk ongelijkwaardig zijn, is daarbij niet van belang. Er kan wel grond zijn voor een vordering op basis van ongerechtvaardigde verrijking indien als gevolg van de rechtshandeling een verrijking is opgetreden die door partijen *niet* was beoogd. ^[16] In het hier besproken arrest zou zulks kunnen worden gesteld: de curator heeft met de rechtshandeling van niet-gestanddoening van de overeenkomst, geen verrijking van de wederpartij van de failliet voor ogen gehad. Hier staat echter tegenover dat een rechtvaardigingsgrond kan zijn gelegen in de voornoemde contractuele afspraak in de

aanneemovereenkomst: een volledig afgeronde bouwtermijn (lees: het volledig dekken van het dak met pannen) laat pas een vordering ontstaan. Partijen hebben ook hier weliswaar niet beoogd om middels de rechtshandeling van niet-gestanddoening een partij te verrijken, maar zij hebben ook nadrukkelijk beoogd om pas betaling van de dakpannen te laten plaatsvinden op het moment dat deze werkzaamheden volledig zijn afgerond. Indien deze afronding om welke reden dan ook niet plaatsvindt, zijn de consequenties hiervan voor de failliet. Van ongerechtvaardigde verrijking zou in dat geval geen sprake hoeven te zijn. Zou het uitgangspunt dat pas betaling hoeft plaats te vinden op het moment dat de bouwtermijn volledig is afgerond worden losgelaten, dan zou daarmee tevens afbreuk worden gedaan aan de verbindende kracht van overeenkomsten. Gesteld kan worden dat de rechtvaardiging voor de verrijking van de wederpartij van de failliet in dat geval is gelegen in het civielrechtelijke beginsel van de verbindende kracht van overeenkomsten.

6. Conclusie

Als vaststaand kan worden aangenomen dat art. 37 Fw in dit soort situaties een leemte heeft, welke leemte tot gevolg kan hebben dat de betrokken partijen bij een faillissement benadeeld worden. Dit is in strijd met de uitgangspunten van het insolventierecht. Deze leemte lijkt door de wetgever onbedoeld te zijn gecreëerd aangezien hiervoor geen onderbouwing is te vinden in parlementaire geschiedenis. Het probleem van deze leemte wordt in de onderhavige uitspraak en in andere rechterlijke uitspraken tot op heden opgelost door aansluiting te zoeken bij het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking. Dit kan echter tot gevolg hebben dat wordt gehandeld in strijd met een algemeen uitgangspunt van het civiele recht: de verbindende kracht van overeenkomsten. Dit algemeen rechtsbeginsel kan als een rechtvaardigingsgrond worden beschouwd op grond waarvan de onrechtmatigheid (als zijnde het handelen in strijd met het in art. 26 Fw verwoorde beginsel van *paritas creditorum*) alsnog gerechtvaardigd wordt. Het moge duidelijk zijn dat ook het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking in deze situaties niet altijd tot een bevredigende oplossing leidt en dat de onduidelijkheid als gevolg de leemte in art. 37 Fw blijft bestaan. Er zou zich immers een situatie voor kunnen doen waarbij, wellicht vanwege een rechtvaardigingsgrond, geen sprake is van ongerechtvaardigde verrijking. Daarmee lijkt de ongerechtvaardigde verrijking niet bij uitstek geschikt om de leemte in voornoemd wetsartikel te vullen. Bovendien komt deze oplossing ietwat gekunsteld over, wanneer bedacht wordt dat in de situatie vóór 1992 het insolventierecht zélf een oplossing bood. Wij sluiten ons dan ook aan bij de heersende opvatting in de literatuur dat een aanpassing van art. 37 Fw wenselijk is om de rechtsonzekerheid die momenteel kan bestaan, te beëindigen.

B.M.E. Cox en N.C. Ogg

- 1 Bas Cox is jurist bij Cox en Partners Vastgoedjuristen en Noortje Ogg is advocaat bij ONS Advocaten.
- 2 In de memorie van toelichting op art. 37 Fw (oud) stond: 'Uit haren aard oefent de faillietverklaring op bestaande wederkerige overeenkomsten niet den minsten invloed uit; de verbintenissen van den gefailleerde en diens mede-contractant worden er niet door gewijzigd', S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, (*heruitgave van de*) *Geschiedenis van de Faillissementswet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 409.
- 3 W. Sniijders, 'Het nieuwe art. 37 Fw, een belangrijke verandering', in T. Hartlief e.a. (red), *CJHB* (Brunner-bundel), Deventer: Kluwer 1994, p. 357.
- 4 Vgl. W.J.M. van Andel en T.T. van Zanten, 'Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden', *TvI* 2013/26, onder 4.
- 5 Rb. Den Haag 18 juli 2012, *JOR* 2012/308, m.nt. J.J. van Hees.
- 6 Vgl. J.J. van Hees in zijn noot onder Rb. Den Haag 18 juli 2012, *JOR* 2012/308, sub 8 en 9. En ook: T.T. van Zanten in zijn noot onder het onderhavige arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden.

- 7 Vgl. o.a. HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 661 en HR 3 november 2006, *RvdW* 2006, 1033.
- 8 J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Kluwer 2009, p. 22.
- 9 Noot bij Rb. Amsterdam 17 december 2008, *JOR* 2009 afl.3.
- 10 Parl. Gesch. Boek 6, p. 829 e.v., p. 832 e.v.
- 11 Zie bijvoorbeeld art. 3:121 lid 2 BW.
- 12 J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Kluwer 2009, p.318.
- 13 J.J. van Hees in zijn noot onder Rb. Den Haag 18 juli 2012, *JOR* 2012/308, sub 10.
- 14 W.H. Boom en M.H. Wissink, *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking*, Kluwer 2002, p. 116.
- 15 HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 463, HR 26 maart 2004, *NJ* 2004, 309.
- 16 HR 23 september 2005, *NJ* 2006, 100.