

*Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift Juridisch up to Date. Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. (Lees onze disclaimer).*

## **Jutd 2012/0114 Over niet-nakomende curatoren, ongerechtvaardigde verrijking en redelijkheid en billijkheid**

Jutd 2012/0114 d.d. 11-10-2012

**Auteur(s):** Mr. F.F.A. Smetsers, Van Iersel Luchtman NV, Breda.

Op het moment dat een onderneming failliet gaat, zijn vele betrokkenen hiervan de dupe. Schulden blijven (meestal voorlopig en nog vaker definitief) onbetaald. Werknemers komen op straat te staan. De bedrijfsvoering van de gefailleerde onderneming komt stil te liggen. Overeenkomsten die door de gefailleerde zijn gesloten, zijn vaak nog niet volledig uitgevoerd. De contractspartij van de gefailleerde zal snel willen weten waar hij aan toe is: komt de curator de overeenkomst wel of niet na?

In dit artikel wordt een vonnis besproken van de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag van 18 juli 2012 (LJN BX6437), waarin de situatie aan de orde was dat de uitvoering van een aanneemovereenkomst nog niet was voltooid op het moment dat de bouwonderneming failliet ging. Alhoewel hetgeen in dit artikel wordt besproken in beginsel voor alle wederkerige overeenkomsten geldt (afgezien van enkele benoemde overeenkomsten, zoals de arbeidsovereenkomst en de huurovereenkomst), zal in dit artikel - zoals in de te bespreken casus - het faillissement van een bouwonderneming tot uitgangspunt worden genomen.

### **Wettelijk kader**

De hoofdregel in het faillissementsrecht is dat de geldigheid van overeenkomsten niet door het faillissement wordt beïnvloed. Partijen blijven dus ook na uitspraak van het faillissement aan de bepalingen van een overeenkomst gebonden. Artikel 37 Fw geeft een regeling hoe in faillissementssituaties dient te worden omgegaan met wederkerige overeenkomsten die op datum faillissement aan beide zijden nog niet of niet volledig zijn uitgevoerd. De eerste twee leden van dit artikel luiden als volgt:

1. *Indien een wederkerige overeenkomst ten tijde van de faillietverklaring zowel door de schuldenaar als door zijn wederpartij in het geheel niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen en de curator zich niet binnen een hem daartoe schriftelijk door de wederpartij gestelde redelijke termijn bereid verklaart de overeenkomst gestand te doen, verliest de curator het recht zijnerzijds nakoming van de overeenkomst te vorderen.*
2. *Indien de curator zich wel tot nakoming van de overeenkomst bereid verklaart, is hij verplicht bij die verklaring voor deze nakoming zekerheid te stellen.*

### **Artikel 37 Fw in de praktijk**

De regeling van artikel 37 Fw is bedoeld om aan de onduidelijke situatie die ontstaat door de faillietverklaring een einde te maken. Op basis van dit artikel kan - in ons voorbeeld - de wederpartij (hierna: de opdrachtgever) van de bouwonderneming aan de curator een termijn stellen om helderheid te verkrijgen of de curator de overeenkomst gestand zal doen en dus

tot het afbouwen van het bouwwerk zal overgaan. Als de curator verklaart de overeenkomst gestand te doen, moet hij volgens lid 2 zekerheid stellen. De te verstrekken zekerheid dient dekking te bieden voor de nakoming. De opdrachtgever moet er immers van verzekerd kunnen zijn dat de curator ook daadwerkelijk nakomt. Niet vereist is dat ook zekerheid wordt gesteld voor eventuele bijkomende schade. Als de curator verklaart de overeenkomst gestand te doen, geldt voor beide partijen dat zij ook verplicht zijn tot nakoming, zoals dat ook buiten een faillissementssituatie het geval is.

Verklaart de curator niet (binnen de aan hem gestelde termijn) dat hij de overeenkomst gestand doet, dan verliest de curator het recht om nakoming te vorderen. De opdrachtgever kan dan kiezen tussen (gehele of partiële) ontbinding en vervangende schadevergoeding.

Wat gebeurt er als de opdrachtgever geen termijn stelt aan de curator? Zoals hiervoor vermeld blijft de overeenkomst in een dergelijk geval in beginsel ongewijzigd van kracht. Beide partijen kunnen nakoming vorderen. In de praktijk zal de curator echter vaak niet kunnen nakomen, zodat uiteindelijk ontbinding van de overeenkomst door de opdrachtgever alsnog in de lijn der verwachting ligt. In de rechtspraak (onder meer rechtbank 's-Hertogenbosch 28 december 2005, LJN AX3037) is wel aangenomen dat termijnstelling niet vereist is, als anderszins is gebleken dat de curator de overeenkomst niet gestand doet.

Een bijzondere 'mengvorm' is de situatie waarin de curator de overeenkomst niet gestand doet, maar de opdrachtgever daarnaast ook niet tot ontbinding van de overeenkomst overgaat. De overeenkomst blijft dan in stand, maar de curator kan daarvan geen nakoming meer vorderen. In het geval de gefailleerde bouwonderneming van ons voorbeeld in de periode vóór faillissement werkzaamheden heeft verricht en op grond daarvan een vordering op de opdrachtgever heeft, geeft dat een uiterst bijzondere situatie. De opdrachtgever heeft dan immers geen belang bij ontbinding, omdat dan ex artikel 6:271 BW een ongedaanmakingsverbintenis ontstaat, en heeft er dus belang bij om stil te gaan zitten. (Overigens kan de curator wel iets ondernemen tegen dat stilzetten, namelijk door ex artikel 6:88 BW op zijn beurt duidelijkheid te verlangen welke actie de opdrachtgever wenst te ondernemen.)

In de in dit artikel besproken uitspraak was een situatie zoals hiervoor geschetst aan de orde.

### **Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag 18 juli 2012**

De casus luidt als volgt:

- Roos Bouw B.V. (hierna: Roos Bouw) dreef tot datum faillissement een bouwonderneming, die zich onder meer bezig hield met het bouwen van woningen.
- Roos Bouw heeft in september/oktober 2006 overeenkomsten van aanneming gesloten voor de bouw van 27 woningen.
- Op deze overeenkomsten is onder meer een garantie- en waarborgregeling van toepassing, op grond waarvan het risico van (onder meer) faillissement van de bouwonderneming is verzekerd bij Woningborg N.V (hierna: Woningborg).
- Op 18 september 2007 is Roos Bouw in staat van faillissement verklaard, met aanstelling van mr. Peters tot curator.
- Bij brief van 19 september 2007 verzoekt Woningborg namens de opdrachtgevers om op basis van artikel 37 Fw binnen een bepaalde termijn aan te geven of de

overeenkomsten door de curator gestand zouden worden gedaan. De curator maakt daarop kenbaar dat hij de overeenkomsten niet gestand zal doen.

- In de overeenkomst van aanneming staat vermeld dat de eerste termijn van 20% van de aanneemsom verschuldigd is 'na het gereedkomen van de ruwe begane grondvloer'. Deze vloeren zijn omstreeks juni 2007 gelegd. Roos Bouw heeft hiervoor op datum faillissement nog geen facturen gezonden.
- Woningborg bereikt enige tijd na faillissement overeenstemming met een andere aannemer, die de werkzaamheden zal gaan afronden.
- In de nieuwe aanneemovereenkomsten spreken Woningborg, de nieuwe aannemer en de opdrachtgevers af dat de opdrachtgevers de eerste termijnen (20% van de aanneemsommen) aan Woningborg zullen voldoen.
- De curator schrijft de opdrachtgevers aan en verzoekt tot betaling van 20% van de aanneemsommen over te gaan.
- Omdat de opdrachtgevers niet tot betaling overgaan, dagvaardt de curator op 30 september 2011 alle 51 opdrachtgevers in kort geding en vordert betaling van bedragen, gelijk aan 20% van de individuele aanneemsommen.

Indien, zoals in deze casus, de curator enerzijds niet nakomt en de opdrachtgever anderzijds niet tot ontbinding overgaat, ontstaat er een situatie, waarin de overeenkomst weliswaar nog van kracht is, maar de curator daarvan geen nakoming meer kan vorderen. Dit terwijl de bouwonderneming al wel een substantieel deel van de door haar te leveren prestatie heeft verricht en op basis van de overeenkomst ook tot vergoeding van de verrichte werkzaamheden moet worden overgegaan. De curator legde zich dan ook niet neer bij de weigering van de opdrachtgevers om dit deel van de aanneemsom te betalen.

### **De vordering van de curator**

De curator stelt primair dat Woningborg de overeenkomsten namens de opdrachtgevers heeft ontbonden (al dan niet partieel), zodat op basis van artikel 6:272 BW ongedaanmakingsverbintenissen ter hoogte van de eerste termijnen van de aanneemsommen zijn ontstaan. Voor zover (partiële) ontbinding niet aan de orde is, baseert de curator zijn vorderingen subsidiair op nakoming en meer subsidiair op ongerechtvaardigde verrijking.

De voorzieningenrechter dient zich in de procedure allereerst uit te laten over de vraag of sprake was van ontbinding van de overeenkomsten. Ontbinding van rechtswege is, sinds het artikel 37 Fw bij de invoering van het huidige BW is gewijzigd, niet meer aan de orde. Ook overigens bleek niet van het uitbrengen van een ontbindingsverklaring door of namens gedaagden. De voorzieningenrechter concludeert daarom dat een eventuele vordering van de curator niet kan worden gebaseerd op ontbinding en de daaruit voortvloeiende ongedaanmakingsverbintenis.

Tijdens de comparitie geeft de curator aan dat hij zijn vordering primair baseert op nakoming. Subsidiair doet hij een beroep op ongerechtvaardigde verrijking.

Gedaagden verweren zich primair met de stelling dat artikel 37 lid 1 Fw bepaalt dat de curator - indien hij niet binnen een bepaalde termijn verklaart de overeenkomst gestand te doen - het recht op nakoming verliest. De rechter overweegt vervolgens als volgt:

*'De wetgever lijkt geen rekening te hebben gehouden met de - onderhavige - situatie dat vóór het faillissement enkel de failliet een op geld waardeerbare prestatie heeft verricht waardoor er voor de wederpartij geen schade ontstaat door het faillissement, althans geen schade die in omvang de waarde van de door de failliete reeds verrichte prestatie overstijgt en de wederpartij derhalve geen belang heeft bij een keuze voor één van de voornoemde mogelijkheden. Dat de wetgever bedoeld heeft dat de uiterste consequentie van artikel 37 Fw is dat de curator in dat geval geen enkele vergoeding kan vorderen voor door de failliet vóór faillissement verrichte werkzaamheden, volgt niet uit de parlementaire geschiedenis. De rechtbank is van oordeel dat een dergelijke consequentie met het oog op de uitgangspunten van het faillissementsrecht niet kan worden aanvaard, aangezien daarmee feitelijk de paritas creditorum wordt doorbroken en de boedel verstoken blijft van baten waarop wel recht bestaat.'*

De rechter onderkent dus dat er sprake is van een leemte in de wet en beantwoordt vervolgens de vraag op welke wijze die leemte dient te worden opgevuld. De rechtbank verworpt allereerst de stelling dat in een geval als het onderhavige toch een recht op nakoming aan de curator dient te worden toegekend. De rechter wil niet tornen aan de duidelijke bepaling van artikel 37 lid 1 Fw, waarin dit recht op nakoming nu juist aan de curator wordt ontnomen. De rechter komt daarom toe aan de laatste overgebleven grondslag die door de curator was aangevoerd, namelijk ongerechtvaardigde verrijking.

### **Ongerechtvaardigde verrijking**

De rechter oordeelt uiteindelijk dat inderdaad van ongerechtvaardigde verrijking sprake is. De rechter loopt de vier vereisten af die nodig zijn om een vordering op deze grondslag toe kunnen wijzen. Ter ontkrachting van het eerste vereiste (verrijking van de opdrachtgevers) voeren de opdrachtgevers aan dat zij al een bedrag gelijk aan de eerste termijn (20% van de aanneemsommen) aan Woningborg hebben betaald. Zij zouden daarom niet zijn verrijkt. De rechter wijst deze stelling van de hand. Weliswaar hebben gedaagden de eerste termijn aan Woningborg betaald, maar dat is volgens de rechter een keuze die voor rekening van de opdrachtgevers dient te blijven. Er bestond volgens de rechter geen verplichting (uit hoofde van de garantie- en waarborgregeling) om de eerste termijn aan Woningborg te voldoen. Daarnaast werd tijdens de procedure ook duidelijk dat Woningborg aan de opdrachtgevers had toegezegd het betaalde te zullen vergoeden, indien de opdrachtgevers de eerste termijn nogmaals (aan de curator) zouden moeten voldoen. Volgens de rechter kan de onverplichte betaling aan Woningborg niet bijdragen aan de stelling dat de opdrachtgevers niet zijn verrijkt. Ten aanzien van het tweede vereiste (een verarming van de boedel) overweegt de rechter dat die verarming gelegen is in de werkzaamheden van gefailleerde vóór faillissement, waarvoor de boedel geen vergoeding heeft ontvangen. Daarom is er aan dat tweede vereiste ook voldaan. Het verweer van de opdrachtgevers dat zij de schade voor de boedel juist hebben beperkt wordt verworpen. Er bestaat tussen de verrijking en verarming voldoende causaal verband, zodat ook aan de derde voorwaarde is voldaan. Tot slot oordeelt de rechter ook dat de verrijking ongerechtvaardigd is. Anders dan de opdrachtgevers, is de rechter van mening dat de verrijking geen grondslag vindt in het feit dat de curator de overeenkomst niet gestand heeft gedaan. Artikel 37 Fw is volgens de rechter niet bedoeld om een vermogensverschuiving als de onderhavige te rechtvaardigen.

Op basis van het hiervoor genoemde veroordeelt de voorzieningenrechter de opdrachtgevers tot betaling van bedragen gelijk aan 20% van de aanneemsommen. Het verweer van de opdrachtgevers dat de waarde van de reeds verrichte prestaties niet gelijk

zou zijn aan 20% van de aanneemsommen, wordt door de rechter verworpen. Verrekening van deze vorderingen met vorderingen tot vergoeding van schade die de opdrachtgevers zouden hebben geleden falen, omdat de schade niet was onderbouwd en er geen verrekening was gevorderd.

### **Tussenconclusie**

Met de hiervoor besproken uitspraak heeft de voorzieningenrechter in Den Haag inderdaad een leemte ingevuld die door de wetgever ongemoeid is gelaten. Een onbillijk gevolg (opdrachtgevers mogen zonder betaling hun voordeel behouden) wordt op deze wijze voorkomen. Ongerechtvaardigde verrijking lijkt een juiste grondslag om onbillijke gevolgen in een situatie als de onderhavige te voorkomen of repareren. Het blijkt echter niet de enige.

### **Redelijkheid en billijkheid**

In een andere recente uitspraak (rechtbank Breda 1 augustus 2012, LJN BX3155) was ook een situatie zoals de hiervoor besprokene aan de orde. Ook hier ondernamen de opdrachtgevers geen actie naar aanleiding van de mededeling van de curator dat hij de overeenkomst niet gestand zou doen. In dit geval loste de rechtbank de kwestie op door op basis van artikel 6:2 BW te oordelen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, indien de aard en strekking van artikel 37 Fw zou meebrengen *'dat het gebod<sup>1</sup> aan de curator om zijnerzijds nakoming te verlangen onder de omstandigheden van dit geval tot in het oneindige zou voortbestaan (en) gedaagden nakoming van een bestaande verbintenis tot betaling van een geldsom met een beroep op artikel 37 Fw zouden kunnen voorkomen uitsluitend doordat zij nalaten enige actie op grond van wanprestatie in te stellen. Naar het oordeel van de rechtbank behoort dat gebod in dergelijke omstandigheden buiten werking te blijven.'*

Oftewel: de rechtbank is van mening dat het niet redelijk en billijk is, indien de curator niet toch nakoming kan vorderen. Ook langs deze weg krijgt de curator alsnog waar de boedel recht op heeft. En dat is niet meer dan terecht.

### NOOT 1 [\[terug\]](#)

In de uitspraak spreekt de rechter steeds over een 'gebod aan de curator om nakoming te verlangen'. Ik ga er vanuit dat hier 'verbod' wordt bedoeld.