

Aflevering **JOR** 2016 afl. 4  
Rubriek Financiering, zekerheden en insolventie  
College Gerechtshof 's-Hertogenbosch  
Datum 12 januari 2016  
Rolnummer 200.159.920/01  
Rechter(s) mr. Van Schaik-Veltman  
mr. Veldhuijzen van Zanten  
mr. Wervelman  
Molenparc BV,  
appellante in principaal appel,  
geïntimeerde in voorwaardelijk incidenteel appel,  
advocaat: mr. G.J.A. van Dinter,  
Partijen tegen  
mr. H.E.C. Savelkoul, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van  
NBO BV,  
geïntimeerde in principaal appel,  
appellant in voorwaardelijk incidenteel appel,  
advocaat: mr. K. Roordink.  
[Noot](#) *mr. F.F.A. Smetsers*  
Voortzetting onderneming tijdens faillissement, Verklaring curator tot  
gestanddoening overeenkomst, Zekerheidstelling door curator ex art. 37 lid 2  
Trefwoorden Fw ziet op nog niet uitgevoerde deel van de overeenkomst, Geen zekerheid kan  
worden verlangd voor aanspraken die verband houden met vóór  
faillietverklaring uitgevoerde deel overeenkomst, Geen retentierecht,  
Voldoende waarborgen verschaft voor uitvoering overeenkomst  
Fw - 26  
Regelgeving Fw - 37  
Fw - 37a

**JOR 2016/110 Gerechtshof 's-  
Hertogenbosch, 12-01-2016,  
200.159.920/01,  
ECLI:NL:GHSHE:2016:47  
Voortzetting onderneming tijdens  
faillissement, Verklaring curator tot  
gestanddoening overeenkomst,  
Zekerheidstelling door curator ex art. 37**

# **lid 2 Fw ziet op nog niet uitgevoerde deel van de overeenkomst, Geen zekerheid kan worden verlangd voor aanspraken die verband houden met vóór faillietverklaring uitgevoerde deel overeenkomst, Geen retentierecht, Voldoende waarborgen verschaft voor uitvoering overeenkomst**

## **»Samenvatting**

Het gaat in deze zaak in de kern om de vraag of de curator (tijdig) voldoende zekerheid in de zin van art. 37 lid 2 Fw heeft verstrekt voor de nakoming van de overeenkomst waartoe hij zich bereid verklaarde. Indien door de curator tijdig voldoende zekerheid is gesteld, kan appellante (in principaal appel) zich van haar kant niet meer op een opschortingsrecht beroepen en kan zij de overeenkomst niet wegens een onvoldoende zijn van de zekerheid ontbinden. De zekerheid die de curator ingevolge art. 37 lid 2 Fw dient te verstrekken is zekerheid voor de nakoming van de door de gefailleerde nog niet nagekomen verplichtingen uit de overeenkomst. Gezien art. 37 lid 1 Fw gaat het hierbij om verplichtingen uit een wederkerige overeenkomst die zowel door de schuldenaar als door zijn wederpartij niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen. Op de desbetreffende bepaling kan appellante in beginsel alleen een beroep doen voor de nakoming van het nog niet uitgevoerde deel van de overeenkomst en niet om langs die weg ook voor vorderingen die zij slechts als concurrente vorderingen in het faillissement zou kunnen indienen, zekerheid te verkrijgen. Het laatste zou strijdig zijn met de beginselen van het faillissementsrecht, in het bijzonder de paritas creditorum en het fixatiebeginsel, omdat daarmee zonder wettelijke basis een voorrang zou worden verkregen. Aanspraken op schadevergoeding en/of boete die wederpartij in verband met het door beide partijen al uitgevoerde deel van de overeenkomst vóór het faillissement heeft verkregen, zijn concurrente vorderingen die zij op de voet van art. 26 Fw in het faillissement moet indienen en die niet zonder meer kunnen worden gerekend tot de ter verdere uitvoering van de overeenkomst nog niet nagekomen verplichtingen waarvoor op de voet van art. 37 lid 2 Fw van de curator zekerheidstelling mag worden verlangd. Ook de rentevordering van appellante voor de te late afname van de bouwgrond betreft een dergelijke concurrente vordering tot schadevergoeding ter zake het wel uitgevoerde deel van de overeenkomst. Indien appellante zich op grond van enige tekortkoming van gefailleerde van dien aard op ontbinding van de overeenkomst zou beroepen (gezien het verzoek van appellante aan de curator om de overeenkomst gestand te doen was dit ten tijde van het faillissement niet meer het geval), zou dat gezien art. 37a Fw niet anders zijn. Voor eventuele toekomstige aanspraken van appellante jegens de gefailleerde die hun oorsprong vinden in het vóór het faillissement al uitgevoerde gedeelte van de overeenkomst geldt hetzelfde. Dit laat onverlet dat appellante zich voor de hiervoor bedoelde vorderingen op een retentierecht op de te leveren grond zou kunnen beroepen en

op die grond mede zekerheid voor die vorderingen kon verlangen. Bij verkoop en levering van onroerend goed is de nakoming van de betalingsverplichting echter al gewaarborgd doordat de notaris niet tot een transport zal overgaan als de koopsom niet onder hem is gedeponereerd. Bovendien heeft de curator aan de notaris een bankgarantie verstrekt voor een maximaal bedrag voor die koopsom. Met de concerngarantie voor door gefailleerde betwiste claims die in rechte komen vast te staan en de garantstelling voor de volledige nakoming van alle verplichtingen die op gefailleerde rusten of voortvloeien uit de koopovereenkomst tussen gefailleerde en wederpartij, heeft de curator in de gegeven omstandigheden ook voor het overige aan wederpartij ruimschoots voldoende zekerheid verstrekt ten behoeve van de verdere uitvoering van de overeenkomst. Door appellante zijn voorsnog onvoldoende feiten of omstandigheden aangevoerd op grond waarvan zou moeten worden geoordeeld dat de afgegeven garantstelling nietig zou zijn en dat, indien dat al het geval zou zijn, zodanige nietigheid aan appellante zou kunnen worden tegengeworpen. Evenmin zijn door appellante voldoende feiten en omstandigheden aangevoerd waarom die garantstelling anderszins zinledig zou moeten worden geacht.

[beslissing/besluit](#)

## »Uitspraak

(...; red.)

### ***7. De verdere beoordeling***

7.1.1. In het incidenteel arrest van 20 januari 2015 heeft het hof al een aantal feiten tot uitgangspunt genomen. Voor de overzichtelijkheid zal het hof deze feiten voor zover ook thans relevant hierna opnieuw opnemen. Het gaat in deze zaak om het volgende:

a. Tussen [NBO] B.V. (verder: NBO) als koper en Molenparc als verkoper zijn afspraken gemaakt over de koop en overdracht van bouwgrond in het project [project] te [plaats], bestemd voor de bouw van onder meer appartementen en winkels, alsmede over de omliggende grond, bestemd voor onder meer een parkeerterrein. De koopprijs voor de bouwgrond bedroeg € 5.022.817,45 en is door NBO bij gelegenheid van de notariële levering (prod. 4 inl. dagv.) van die bouwgrond op 2 mei 2012 aan Molenparc voldaan.

b. Aan de eigendomsoverdracht door Molenparc aan NBO van de bouwgrond is een kort geding voorafgegaan waarin NBO bij vonnis van de voorzieningenrechter van 16 april 2012 tot medewerking aan die eigendomsoverdracht werd veroordeeld (prod. 16 inl. dagv.). In dit vonnis van 16 april 2012 heeft de voorzieningenrechter onder de feiten onder meer vermeld (r.o. 2.3) dat Molenparc bij de tussen haar en NBO gemaakte afspraken haar contractpositie uit de door haar met de gemeente Sittard-Geleen (verder: de gemeente) op 26 mei 2011 gesloten exploitatieovereenkomst voor wat betreft de verticale/opstalexploitatie voor het exploitatiegebied [project] met instemming van de gemeente aan NBO heeft overgedragen.

c. Ten aanzien van de omliggende grond zijn NBO en Molenparc overeengekomen (prod. 3 inl. dagv.) dat NBO deze tijdens de bebouwing van de bouwgrond mocht gebruiken en vervolgens bouwrijp aan Molenparc zou opleveren, waarna Molenparc deze omliggende grond woonrijp zou maken (dat wil zeggen voorzien van infrastructuur, groen en een

parkeerterrein zoals bepaald in de exploitatieovereenkomst van Molenparc met de gemeente) en in die staat aan NBO zou overdragen. De koopsom van de omliggende grond is bepaald op € 514.193,05 inclusief omzetbelasting.

d. In artikel 8 van de akte van 2 mei 2012 is onder meer bepaald:

“(…)

3. Koper is aansprakelijk voor alle schade (..) welke voortvloeit en/of samenhangt met het hiervoor genoemde gebruik van de omliggende grond (...)

4. Indien door koper en/of haar opdrachtnemers schade is toegebracht als hiervoor in artikel 8 lid 3 omschreven zal verkoper koper daarvan schriftelijk in kennis stellen onder vermelding van de aard en omvang van de schade alsmede de daaraan verbonden (herstel)kosten. In dat geval is koper, nadat koper door verkoper in de gelegenheid is gesteld de schade te herstellen binnen een redelijke termijn, gehouden op eerste verzoek een “first demand” bankgarantie te stellen conform het model “NVB beslaggarantie 1999” met dien verstande dat artikel 2 a van dat model wordt vervangen door de tekst “een afschrift van een beslissing van een Nederlandse rechter met betrekking tot de vordering, gewezen in een procedure tussen de begunstigde en de debiteur”.

5. De hiervoor genoemde omliggende gronden zullen uiterlijk drie (3) maanden voor de oplevering van de partijen genoegzaam bekende commerciële ruimten in het bijzonder de door Plus gehuurde ruimte volledig ontruimd en vrij van ieder gebruiksrecht aan verkoper worden opgeleverd en aan haar ter beschikking worden gesteld (...) teneinde verkoper in staat te stellen de omliggende gronden woonrijp te maken (...).”

e. Op 21 november 2012 heeft NBO de omliggende grond doorverkocht aan [koper] B.V. (verder: [koper]). De koopprijs van deze nog te leveren omliggende grond is door [koper] reeds aan NBO voldaan.

f. Bij uitspraak van de rechtbank Limburg, zittingsplaats Roermond, van 25 februari 2014 is NBO in staat van faillissement verklaard, met benoeming van de curator als zodanig.

g. Molenparc heeft de curator verzocht om de nakoming van de koopovereenkomst onder zekerheidsstelling gestand te doen. Bij brief van 4 maart 2014 (prod. 8 incl. dagv.) heeft de curator zich op de voet van artikel 37 lid 2 Fw tot nakoming bereid verklaard. Bij die brief was een garantstelling van [VWB-V] Bouw- en Vastgoedontwikkeling B.V. (verder: [VWB-V]) en [koper] gevoegd.

h. Voormelde garantstelling hield, kort samengevat, in:

a. een first demand concerngarantie van [VWB-V] voor de betaling van de koopsom van € 432.095,= te vermeerderen met btw aan Molenparc, in te roepen per datum van de notariële levering.

b. een voorwaardelijke concerngarantie namens [VWB-V] voor de betaling van rente over de koopsom, spandoeken en dwangsom, in te roepen als die door NBO betwiste claims bij nader onderzoek dan wel in rechte komen vast te staan.

c. een garantverklaring van [koper] voor de volledige nakoming van alle verplichtingen die op NBO rusten of voortvloeien uit de koopovereenkomst tussen (zo begrijpt het hof) NBO en Molenparc.

d. door de garantstellingen verkrijgt Molenparc een rechtstreekse aanspraak jegens [VWB-V] en [koper]. De garantstellingen houden een derdenbeding als bedoeld in art. 6:253 BW in ten behoeve van Molenparc.

Onder e. van de garantstelling is voorts het uitgangspunt genoemd dat NBO na de levering van de omliggende grond aan NBO meewerkt aan doorlevering van die grond aan [koper] en dat de op de levering vallende kosten voor rekening van [koper] komen.

i. Molenparc heeft zich bij brief van 7 maart 2014 (prod. 9 inl. dagv.) op het standpunt gesteld dat er geen sprake was van genoegzame zekerheid. Zij heeft aan de curator een nadere termijn gesteld – tot 12 maart 2014 – en zich daarbij beroepen op (handhaving van) een (eerder al ingeroepen) opschortingsrecht, eigendomsrecht en retentierecht.

j. Bij brief van 11 maart 2014 (prod. 10 inl. dagv.) heeft de curator zich op het standpunt gesteld dat de zekerheid voldoende was en heeft hij Molenparc gesommeerd om te bevestigen dat zij bereid is de koopovereenkomst met betrekking tot de omliggende grond na te komen.

k. Tussen Molenparc en NBO is vervolgens overeengekomen dat de omliggende grond op 2 juli 2014 bouwrijp aan Molenparc ter beschikking zou worden gesteld, waarna Molenparc tot het woonrijp maken daarvan zou kunnen overgaan. Op 15 en 17 juli 2014 hebben Aannemersbedrijf [aannemersbedrijf] B.V. (verder: Aannemersbedrijf [aannemersbedrijf]) en Molenparc het proces-verbaal van oplevering van 2 juli 2014 van de omliggende grond ondertekend.

l. Bij brief van 11 september 2014 heeft de curator Molenparc verzocht te bevestigen dat zij meewerkt aan de overdracht van de omliggende grond op 2 oktober 2014. Daarbij heeft de curator aangekondigd dat de eerder geboden zekerheden worden versterkt doordat in plaats van de verstrekte concerngaranties bankgaranties worden aangeboden.

m. Molenparc heeft haar werkzaamheden tot het woonrijp maken van de omliggende grond op 19 september 2014 gestaakt. Zij heeft, nadat de curator het geding in eerste aanleg aanhangig had gemaakt, bij brief van 1 oktober 2014 de koopovereenkomst met betrekking tot de omliggende grond buitengerechtelijk ontbonden.

n. Op 24 december 2014 heeft de juridische levering van de omliggende grond plaatsgevonden waartoe Molenparc bij het beroepen vonnis in kort geding is veroordeeld. Deze levering vond plaats nadat bij vonnis van 24 december 2014 in een kort geding tussen Molenparc en Wing Holding enerzijds en BBOM B.V. en BBOM Holding B.V. (verder gezamenlijk: BBOM c.s.) een door BBOM c.s. ten laste van Molenparc onder de curator gelegd conservatoir beslag op de vordering van Molenparc tot betaling van de koopsom was opgeheven (prod. 30 mva).

o. Op 14 januari 2015 is de Plus supermarkt in [centrum] Centrum geopend (prod. 38 akte curator d.d. 10 maart 2015).

7.1.2. De curator heeft in het kort geding in eerste aanleg, na wijziging van eis, veroordeling van Molenparc gevorderd tot, kort samengevat, (a) oplevering in woonrijpe toestand van de omliggende grond met uitzondering van een werkstrook rond het gebouw van 7 meter breedte (welke strook volgens Molenparc door NBO niet bouwrijp was opgeleverd), op straffe van verbeurte van een dwangsom, en (b) primair medewerking aan een eigendomsoverdracht van de omliggende grond aan NBO, op straffe van verbeurte van een dwangsom, en subsidiair bepaling dat het door de voorzieningenrechter te wijzen vonnis in de plaats treedt van de akte van levering.

7.1.3. Bij het bestreden vonnis heeft de voorzieningenrechter Molenparc veroordeeld om op straffe van verbeurte van dwangsommen van € 10.000,- per dag met een maximum van € 1.000.000,=:

a. binnen 30 dagen na betekening van het vonnis aan de curator ter oplevering aan te bieden de in woonrijpe toestand gebrachte (geheel vrij van de door Molenparc geplaatste hekken) omliggende grond, waaronder begrepen het aanleggen van 122 parkeerplaatsen, met uitzondering van de werkstrook rond het gebouw van ca. 7 meter breedte;

b. binnen 60 dagen na betekening van het vonnis ten overstaan van de in het vonnis genoemde notaris haar medewerking te verlenen aan de eigendomsoverdracht van de omliggende grond (geheel vrij van de door Molenparc geplaatste hekken), tegen betaling door de curator van de koopsom ad € 514.193,05 inclusief BTW.

Molenparc werd voorts veroordeeld in de kosten van het geding en de nakosten.

7.1.4. Molenparc is van het vonnis van de voorzieningenrechter in hoger beroep gegaan. Zij heeft in het principaal appel tegen het beroepen vonnis zestien grieven aangevoerd. De grieven 1 tot en met 4 zijn gericht tegen de door de voorzieningenrechter in onderdeel 2 van het vonnis vastgestelde feiten. Met de grieven 5 tot en met 15 komt Molenparc op tegen een aantal door de voorzieningenrechter aan zijn beslissing ten grondslag gelegde rechtsoverwegingen. Grief 16 is een concluderende grief houdende het standpunt van Molenparc dat de voorzieningenrechter ten onrechte tot de beslissingen onder 5.1 tot en met 5.3 van het beroepen vonnis is gekomen. Het hof zal de grieven in het principaal appel niet alle afzonderlijk bespreken.

7.1.5. De curator heeft in voorwaardelijk incidenteel appel de juistheid van r.o. 4.6 van het vonnis van de voorzieningenrechter bestreden voor zover die rechtsoverweging het oordeel zou inhouden dat door de curator meer zekerheid zou moeten worden gesteld dan ingevolge art. 37 lid 2 Fw vereist. De curator heeft voorts zijn vordering vermeerderd met een vordering tot veroordeling van Molenparc tot betaling van een bedrag van € 40.000,= wegens verbeurde dwangsommen en van een bedrag van € 88,78 per dag wegens doorbelaste en betaalde rente over de koopsom over de periode vanaf 12 juni 2013 tot en met 24 december 2014, althans een door het hof te bepalen periode, een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente van art. 6:119 BW.

## ***Het principaal appel***

### ***De grieven 1 t/m 4***

7.2.1. Het hof heeft hiervoor in r.o. 7.1.1 een nieuwe opsomming van de feiten gegeven waarvan in dit hoger beroep wordt uitgegaan. De door Molenparc in de grieven 1 t/m 4 aangevoerde bezwaren tegen de weergave van de door de rechtbank tot uitgangspunt genomen feiten zijn daarmee ten dele niet meer aan de orde. Afgezien daarvan kunnen de grieven 1 t/m 4 kunnen niet tot vernietiging van het vonnis leiden. De rechtbank heeft terecht in de brief van 17 juni 2011 en het addendum van 21 oktober 2011 de grondslag gelegen geacht voor de tussen Molenparc en NBO tot stand gekomen overeenkomst en voor de verdere afspraken verwezen naar de notariële akte van levering van 2 mei 2012. Het hof merkt op dat Molenparc in de toelichting op grief 1 voor de verplichtingen van NBO ook zelf verwijst naar het bindend aanbod en het addendum daarop.

7.2.2. In de grieven 2 en 3 merkt Molenparc op zichzelf terecht op dat zij krachtens art. 18 van de koopovereenkomst tussen de gemeente en haar gehouden was tot afrastering van het terrein gedurende bouwactiviteiten en dat zij een in het kader van die verplichting geplaatste afrastering heeft aangewend voor haar beroep op een retentierecht. Naar het oordeel van het hof is het echter voldoende duidelijk dat de curator met zijn vordering ‘vrij van de door Molenplaats geplaatste’ en de rechtbank met toewijzing van die hekken slechts hebben beoogd dat Molenparc de door haar geplaatste (en voor het retentierecht aangewende) hekken zou verwijderen. Enige blijk dat de curator daarmee niet aan de door NBO overgenomen verplichtingen van Molenparc jegens de gemeente zou willen voldoen, is daarin niet gelegen. Voormelde vordering en veroordeling sluiten niet uit dat, voor zover ingevolge die verplichting nog een afrastering zou zijn vereist, de curator zijnerzijds voor voldoening aan die verplichting zorgt.

7.2.3. Ook grief 4 berust op een onwelwillende lezing door Molenparc van de desbetreffende overweging van de voorzieningenrechter. De aanduiding curator/NBO/Aannemersbedrijf [aannemersbedrijf] B.V. duidt onmiskenbaar op niet meer dan dat in het midden kan blijven met wie de uiteindelijke afspraken feitelijk precies zijn gemaakt. Duidelijk is dat het ging om afspraken ingevolge de koopovereenkomst tussen Molenparc en NBO, bij de uitvoering waarvan later, ten gevolge van het faillissement van NBO, de curator en Aannemersbedrijf [aannemersbedrijf] als belanghebbende en gemachtigde van NBO/de curator waren betrokken.

## ***Grief 5***

7.3. Ook deze grief faalt. De voorzieningenrechter heeft terecht in het belang van de curator om aan de leveringsverplichting van NBO jegens [koper] te voldoen een voldoende spoedeisend belang voor de vorderingen van de curator in dit kort geding gelegen geacht. Gezien de door Molenparc kenbaar gemaakte weigerachtigheid tot nakoming harerzijds van de overeenkomst, staat aan het spoedeisend belang niet in de weg dat ten tijde van het instellen van de vorderingen de precieze termijn waarop Molenparc contractueel tot eigendomsoverdracht gehouden zou zijn wellicht nog niet exact was vast te stellen. Het door de curator – door Molenparc niet gemotiveerd betwist – gestelde voornemen van Plus Vastgoed B.V. om per 15 januari 2015 de supermarkt te openen, gaf de curator een voldoende belang bij de door hem gevorderde termijn van nakoming.

## ***De grieven 6 tot en met 16***

7.4.1. Naar de voorzieningenrechter in r.o. 4.3 van het beroepen vonnis terecht heeft overwogen gaat het in dit kort geding in de kern om de vraag of de curator (tijdig) voldoende zekerheid in de zin van art. 37 lid 2 Fw heeft verstrekt voor de nakoming van de overeenkomst waartoe hij zich bereid verklaarde. De voorzieningenrechter heeft eveneens terecht geoordeeld (r.o. 4.11) dat, indien door de curator tijdig voldoende zekerheid is gesteld, Molenparc zich van haar kant niet meer op een opschortingsrecht kan beroepen en zij de overeenkomst niet wegens een onvoldoende zijn van de zekerheid kan ontbinden.

7.4.2. Het verschil van mening tussen partijen over de toereikendheid van de door de curator aangeboden zekerheid is voor een belangrijk deel terug te voeren op het feit dat de overeenkomst die door NBO nog niet geheel was nagekomen een complex van verplichtingen over en weer van de partijen bij de overeenkomst inhield. Aan de overeenkomst, inhoudende de overname van het ontwikkelproject [project], was al voor een belangrijk deel uitvoering gegeven. In feite resteerde nog slechts de verplichting van Molenparc tot levering in woonrijpe staat van de omliggende grond en de daar tegenover staande verplichting van NBO tot betaling van de koopprijs van die grond.

7.4.3. Het standpunt van Molenparc komt erop neer dat door de curator niet alleen zekerheid dient te worden gesteld voor dat onderdeel van de overeenkomst dat nog dient te worden uitgevoerd (de overdracht van de omliggende grond en de betaling van de koopprijs voor die grond) maar ook voor vorderingen die Molenparc ingevolge het al wel uitgevoerde deel van de overeenkomst jegens NBO kan doen gelden (zoals schade ontstaan bij het gebruik van de grond waarvoor de koper ingevolge art. 8 sub 3 van de leveringsakte van 2 mei 2012 aansprakelijk is en het stellen van een 'first demand' bankgarantie als voorzien in art. 8 sub 4 van de leveringsakte). Verder mag Molenparc, naar zij stelt, ook voor toekomstige schulden zekerheid verlangen. Het hof overweegt dienaangaande als volgt.

7.4.4. De zekerheid die de curator ingevolge art. 37 lid 2 Fw dient te verstrekken is zekerheid voor de nakoming van de door NBO nog niet nagekomen verplichtingen uit de overeenkomst. Gezien art. 37 lid 1 Fw gaat het hierbij om verplichtingen uit een wederkerige overeenkomst die zowel door de schuldenaar als door zijn wederpartij niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen. Op de desbetreffende bepaling kan Molenparc naar het voorlopig oordeel van het hof in beginsel alleen een beroep doen voor de nakoming van het nog niet uitgevoerde deel van de overeenkomst en niet om langs die weg ook voor vorderingen die zij slechts als concurrente vorderingen in het faillissement van NBO zou kunnen indienen zekerheid te verkrijgen. Het laatste zou naar het voorlopig oordeel van het hof strijdig zijn met de beginselen van het faillissementsrecht, in het bijzonder de paritas creditorum en het fixatiebeginsel, omdat daarmee zonder wettelijke basis een voorrang zou worden verkregen. Aanspraken op schadevergoeding en/of boete die Molenparc in verband met het door beide partijen al uitgevoerde deel van de overeenkomst vóór het faillissement van NBO heeft verkregen zijn concurrente vorderingen die Molenparc op de voet van art. 26 Fw in het faillissement moet indienen en die niet zonder meer kunnen worden gerekend tot de ter verdere uitvoering van de overeenkomst nog niet nagekomen verplichtingen waarvoor op de voet van art. 37 lid 2 Fw van de curator zekerheidstelling mag worden verlangd. Ook de rentevordering van Molenparc voor de te late afname van de bouwgrond betreft een dergelijke concurrente vordering tot schadevergoeding ter zake het wel uitgevoerde deel van de overeenkomst. Indien Molenparc zich op grond van enige tekortkoming van NBO van dien aard op ontbinding van de overeenkomst zou beroepen (gezien het verzoek van Molenparc aan de curator om de overeenkomst gestand te doen was dit ten tijde van het faillissement niet meer het geval) zou dat, gezien art. 37a Fw niet

anders zijn. Voor eventuele toekomstige aanspraken van Molenparc jegens NBO die hun oorsprong vinden in het vóór het faillissement al uitgevoerde gedeelte van de overeenkomst geldt hetzelfde.

7.4.5. Dit laat onverlet dat Molenparc zich voor de hiervoor bedoelde vorderingen op een retentierecht op de te leveren grond zou kunnen beroepen en op die grond mede zekerheid voor die vorderingen kon verlangen. Het hof zal dit bij de verdere beoordeling betrekken.

7.5.1. Het hof deelt het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter dat bij verkoop en levering van onroerend goed de nakoming van de betalingsverplichting al is gewaarborgd doordat de notaris niet tot een transport zal overgaan als de koopsom niet onder hem is gedeponeerd. Bovendien heeft de curator aan de notaris een ING bankgarantie verstrekt voor een maximaal bedrag van € 522.834,95 voor die koopsom (prod. 20 antw. in inc.).

7.5.2. Het hof deelt eveneens het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter dat door de eiswijziging van de curator in dit kort (oplevering van de 7 m brede grondstrook 'as is') de discussie tussen partijen òf van Molenparc wel of niet een woonrijpe oplevering van die strook grond mocht worden verlangd voor de toewijzing van de vordering van de curator verder niet relevant is. Naar het voorlopig oordeel van het hof is op grond van de overwegingen van de voorzieningenrechter bovendien voldoende duidelijk dat daarmee de veroordeling in 5.1. voor wat betreft het aanleggen van 122 parkeerplaatsen in die zin gelezen moet worden dat die veroordeling geen betrekking heeft op parkeerplaatsen die door de gevorderde (op)levering 'as such' niet door Molenparc kunnen worden gerealiseerd. Door partijen is ook niet gesteld dat voormelde bepaling tot problemen bij de inmiddels gerealiseerde oplevering en eigendomsoverdracht heeft geleid.

7.5.3. Met de concerngarantie van [VWB-V] voor door NBO betwiste claims die in rechte komen vast te staan en de garantstelling van [koper] voor de volledige nakoming van alle verplichtingen die op NBO rusten of voortvloeien uit de koopovereenkomst tussen NBO en Molenparc heeft de curator naar het oordeel van het hof in de gegeven omstandigheden ook voor het overige aan Molenparc ruimschoots voldoende zekerheid verstrekt ten behoeve van de verdere uitvoering van de overeenkomst. Door Molenparc zijn vooralsnog onvoldoende feiten of omstandigheden aangevoerd op grond waarvan zou moeten worden geoordeeld dat de door [VWB-V] afgegeven garantstelling nietig zou zijn en dat, indien dat al het geval zou zijn, zodanige nietigheid aan Molenparc zou kunnen worden tegengeworpen. Uit het enkele feit dat in de doelomschrijving van [VWB-V] het stellen van garanties voor derden niet is genoemd kan nog niet worden geconcludeerd dat de garantstelling in strijd met de statuten is gegeven. Evenmin zijn door Molenparc voldoende feiten en omstandigheden aangevoerd waarom die garantstelling anderszins zinledig zou moeten worden geacht. Het feit dat [koper] een project BV is, is daarvoor niet voldoende. De omstandigheid dat Molenparc het te haren behoeve opgenomen derdenbeding niet wil accepteren is een omstandigheid die voor haar rekening komt.

7.5.4. Op grond van het voorgaande verwerpt het hof ook de grieven 6 t/m 16.

7.6. Aangezien geen van de grieven doel treft zal het vonnis van de voorzieningenrechter waarvan beroep worden bekrachtigd. Het hof zal daarbij volledigheidshalve de veroordeling onder 5.1 aanvullen in de hiervoor in r.o. 6.5.2 aangegeven zin.

## ***Het voorwaardelijk incidenteel appel en de vermeerdering van eis***

7.7.1. De grief in het voorwaardelijk incidenteel appel kan onbesproken blijven nu aan de voorwaarden waaronder deze is ingesteld niet is voldaan.

7.7.2. Het hof acht de eisvermeerdering, gelet op de aard daarvan, in deze kort geding procedure in strijd met een goede procesorde en zal deze daarom buiten beschouwing laten.

### ***Verder***

7.8.1. Molenparc zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van het principaal appel worden verwezen. Over de proceskosten zal de wettelijke rente worden toegewezen als door de curator gevorderd.

7.8.2. In het voorwaardelijk incidenteel appel kan een kostenveroordeling achterwege blijven. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat Molenparc voor haar reactie op de eisvermeerdering geen afzonderlijke proceshandeling heeft verricht.

## ***8. De uitspraak***

Het hof:

*op het principaal en het (voorwaardelijk) incidenteel appel:*

bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter van 22 oktober 2014 onder de aanvulling van het dictum in 5.1 in die zin dat, voor zover het aantal door Molenparc aan te leggen parkeerplaatsen ten gevolge van de uitzondering van de werkstrook van 7 meter breedte minder dan 122 heeft bedragen, voor het genoemde aantal van 122 dat mindere aantal dient te worden gelezen;

laat de in hoger beroep gedane vermeerdering van eis van de curator buiten beschouwing;

veroordeelt Molenparc in de proceskosten van het principaal appel (...; *red.*);

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

### **»Annotatie**

1. Op het moment dat het faillissement van een contractspartij wordt uitgesproken ontstaat een onduidelijke situatie: is de failliet verklaarde partij (beter gezegd: diens curator) nog in staat, bevoegd en/of verplicht om het contract na te komen? Indien het gaat om een wederkerige overeenkomst die ten tijde van de faillietverklaring zowel door de gefailleerde als door zijn wederpartij in het geheel niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen, biedt art. 37 Fw de mogelijkheid om duidelijkheid te verkrijgen. Verklaart de curator zich binnen een aan hem gestelde termijn niet tot nakoming bereid, dan verliest hij het recht om nakoming van de overeenkomst te vorderen. Verklaart hij zich wel bereid, dan geldt dat beide partijen

de overeenkomst moeten nakomen. Op basis van lid 2 van dit artikel is de curator dan wel verplicht om bij die verklaring “voor deze nakoming” zekerheid te stellen.

2. Het doel van de verplichting tot zekerheidstelling is tweërlei: 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. Zie hierover onder meer T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, par. 4.6.2.1. In het hier geannoteerde arrest staat de vraag centraal welke eisen aan deze te stellen zekerheid mogen worden gesteld.

3. De kaders van het tweede lid van art. 37 Fw zijn minder helder dan die van het eerste lid. De wettekst geeft geen uitsluitel over de aard en omvang van de door de curator te stellen zekerheid. Op basis van art. 6:51 BW geldt de algemene regel dat, wanneer uit de wet voortvloeit dat iemand verplicht is tot het stellen van zekerheid, de aangeboden (persoonlijke en/of zakelijke) zekerheid zodanig moet zijn, dat de vordering en (indien van toepassing) de daarop vallende rente en kosten behoorlijk gedekt zijn (lid 1). Ook dient de zekerheid dusdanig te zijn dat de schuldeiser daarop zonder moeite verhaal zal kunnen nemen (lid 2). Maar wat betekent dit nu concreet? Wat is “de vordering” in de zin van art. 6:51 BW? En wat dient onder “nakoming van deze overeenkomst” te worden verstaan, zoals art. 37 lid 2 Fw vermeldt?

4. Er is beperkte (lagere) rechtspraak en literatuur beschikbaar over (onderdelen van) dit vraagstuk. Zo is door lagere rechters bepaald dat de verplichting tot zekerheidstelling betrekking heeft op de nakoming van de overeenkomst en *niet* op de schade van niet-nakoming daarvan (Rb. Rotterdam 11 juni 1998, «JOR» 1998/170 (*Smit q.q./3B Promotion*)). Ook is de curator volgens lagere rechtspraak niet gehouden om zekerheid te verschaffen voor de nakoming van een langlopende hoofdverplichting (in dit geval: het verschaffen van huurgenot), nu er (in die casus althans) geen reëel risico was dat de curator de hoofdverplichting niet zou nakomen. Het was in die zaak voldoende dat zekerheid werd verschaft voor de nakoming van de *nevenverplichtingen*, zoals het plegen van onderhoud (zie Rb. Gelderland 24 januari 2014, «JOR» 2015/112 (*Pasman q.q./Flynth c.s.*)). Van Zanten beschrijft dat uit de tekst van art. 37 Fw lijkt te volgen dat ook zekerheid moet worden verschaft voor verplichtingen uit de overeenkomst die op het moment van faillietverklaring reeds bestonden. Hij geeft echter ook aan dat dat een onlogische en onwenselijke uitkomst zou zijn, die bovendien in strijd is met het systeem van de Faillissementswet, nu de rangorde van de crediteuren hiermee wordt doorbroken. Van Zanten concludeert dat de wederpartij naar zijn mening in beginsel geen genoegen hoeft te nemen met zekerheidstelling voor een lager bedrag dan de waarde van haar vordering tot nakoming. (Zie T.T. van Zanten, t.a.p., par. 4.6.2.4.)

5. In het hier besproken arrest gaat het hof in algemenere termen in op dit vraagstuk. De casus is als volgt: NBO en Molenparc hebben een overeenkomst gesloten ter zake aankoop door NBO van bouwgrond (voor winkels en appartementen) en omliggende grond (voor onder meer parkeerplaatsen). De overdracht van de *bouwgrond* heeft al in 2012 plaatsgevonden en staat niet meer ter discussie. De omliggende grond zou gedurende de bouw door NBO mogen worden gebruikt en veel later (drie maanden voordat de winkels opgeleverd zouden worden) door Molenparc aan NBO worden overgedragen. De koopsom stond vast. Op 21 november 2012 verkoopt NBO de omliggende grond door aan Jongen Molenbeek BV, maar er vindt (uiteraard) nog geen (door)levering plaats.

6. Op 25 februari 2014 gaat NBO failliet. Molenparc verzoekt de curator vervolgens op basis van art. 37 Fw om aan te geven of hij de overeenkomst onder zekerheidsstelling gestand doet. De curator verklaart zich daartoe bereid en biedt de navolgende zekerheid aan: (a) een “first demand” concerngarantie van een derde voor de volledige koopsom, (b) een voorwaardelijke concerngarantie van diezelfde derde voor de betaling van rente, bepaalde kosten en dwangsommen, (c) een garantverklaring van koper Jongen Molenbeek voor de volledige nakoming van alle verplichtingen van NBO (uit de koopovereenkomst met Molenparc) en (d) de bepaling dat deze garanties als derdenbeding op basis van art. 6:253 BW rechtstreeks door Molenparc kunnen worden ingeroepen. De concerngaranties worden daarna overigens nog vervangen voor bankgaranties. Molenparc geeft aan dat de geboden zekerheid onvoldoende is, stelt de curator een termijn om dit te herstellen en handhaaft haar beroep op haar eigendomsrecht, retentierecht en opschortingsrecht. Molenparc gaat uiteindelijk tot ontbinding van de koopovereenkomst over. De curator vordert vervolgens in kort geding (onder meer) medewerking aan de eigendomsoverdracht, zulks onder verbeurte van forse dwangsommen. Molenparc voert uiteraard verweer, maar delft het onderspit. De voorzieningenrechter veroordeelt Molenparc om binnen 60 dagen na betekening van het vonnis medewerking te verlenen aan de eigendomsoverdracht.

7. In hoger beroep voert Molenparc zestien grieven aan. Die worden noch door het hof, noch in deze annotatie integraal behandeld. Het hof stelt allereerst vast dat, indien door de curator tijdig voldoende zekerheid is gesteld, Molenparc zich niet meer op een opschortingsrecht kan beroepen. Vervolgens gaat het hof in op het standpunt van Molenparc dat de curator niet alleen zekerheid dient te stellen voor het deel van de overeenkomst dat nog dient te worden uitgevoerd (aan de zijde van de curator: betaling van de koopsom), maar dat hij ook zekerheid dient te stellen voor het al wél uitgevoerde deel. Daaronder zou volgens Molenparc kunnen vallen de vergoeding van eventuele schade die zou kunnen zijn ontstaan in de bouwperiode (toen NBO de omliggende grond gebruikte), evenals toekomstige vorderingen voortvloeiende uit het al uitgevoerde gedeelte van de overeenkomst.

8. Het hof maakt korte metten met het standpunt van Molenparc. Naar het voorlopig oordeel van het hof, het is immers een kort geding, kan Molenparc alleen een beroep doen op art. 37 lid 2 Fw voor de nakoming van het *nog niet uitgevoerde* deel van de koopovereenkomst. Dat betekent dus dat voor schadevergoedingsvorderingen, rentevorderingen en aanspraken op boetes die hun oorsprong vinden in het al vóór faillissement uitgevoerde gedeelte van de overeenkomst, geen zekerheid kan worden verlangd, ook al zijn zij nog toekomstig. Indien ook voor andere vorderingen dan de vordering tot nakoming zekerheid zou moeten worden verstrekt, zou dat volgens het hof een doorbreking van de paritas creditorum en het fixatiebeginsel betekenen. Molenparc zou immers, indien zij zekerheid zou krijgen voor dergelijke vorderingen, een niet op de wet gebaseerde voorrang krijgen boven andere concurrente crediteuren. Wel kan Molenparc haar retentierecht inroepen voor de vorderingen waarvoor niet op de voet van art. 37 lid 2 Fw zekerheid kan worden verlangd. Het hof overweegt tot slot dat (a) het feit dat de koopsom bij de notaris in depot is gestort, (b) er een bankgarantie ter hoogte van de koopsom is gesteld en (c) er bovendien concerngaranties zijn afgegeven, betekent dat de curator meer dan voldoende zekerheid heeft gesteld in de zin van art. 37 lid 2 Fw. De curator wordt dan ook in het gelijk gesteld.

9. Deze beslissing lijkt een afwijking van de “heersende opvatting”, zoals Verstijlen en Van Zanten die eerder hebben beschreven. Die opvatting luidde dat de verplichting tot

zekerheidstelling ook betrekking kan hebben op ten tijde van de faillietverklaring reeds bestaande verplichtingen. Zie hierover F.M.J. Verstijlen, 'De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement', in: W.J.M. van Andel en F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement* (Preadviezen uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2006, 104 en T.T. van Zanten, t.a.p., par. 4.6.2.4.1. Beide schrijvers merkten echter al op dat die opvatting strijd met de beginselen van het faillissementsrecht (paritas creditorum en het fixatiebeginsel) met zich zou brengen. Dat is nu dus door het Bossche hof bevestigd.

mr. F.F.A. Smetsers, advocaat bij Van Iersel Luchtman advocaten te Breda