

Actualia

contractspraktijk

Faillissement is niet (altijd) het bankroet van een contract

Mr. drs. J.H.M. Spanjaard en mr. M.P. Van Eeden-van Harskamp*

1. Inleiding

26 De laatste jaren is de Hoge Raad doende om het bouw-
werk van de inwerking van het faillissement op het con-
tractenrecht vorm te geven. Als een soort Sagrada Fami-
lia verrijst een kathedraal met een helder fundament en
talloze nisjes waarin de diverse onderwerpen van het
contractenrecht aan bod komen. Net als bij de kathedraal
in Barcelona is het bouwwerk een mooi samenspel
van gedegen materialen (het Burgerlijk Wetboek (BW)
en de Faillissementswet (Fw)) en architectuur (de uit-
spraken van de Hoge Raad).

Het fundament werd gelegd in het Berzona-arrest.¹ In
dit arrest liet de Hoge Raad zich uit over specifiek de
artikelen 37 en 26 Fw. Het gebouw werd – voor en na
het leggen van het fundament – vormgegeven in de
arresten Megapool/Laser Nederland,² BabyXL,³ Auke-
ma q.q./Uni-Invest,⁴ Romania⁵ en Hansteen/Verwiel

q.q.⁶ In 2018 voltooide de Hoge Raad het geraamte van
de kathedraal in zijn – op het terrein van het faillisse-
mentscontractenrecht – standaardarrest Credit Suisse/
Jongepier q.q.⁷

Aan het eind van 2019 voltooide de Hoge Raad een nis-
je: de verrekeningsclausule werd nader geduid en geijkt
tegen artikel 53 Fw.⁸ Dit arrest vormt de directe aanlei-
ding voor deze *Actualia contractspraktijk*. We grijpen de
aanleiding aan om het faillissementscontractenrecht
nader te beschrijven. We zijn selectief geweest in de
onderwerpkeuze – het onderwerp als geheel is voer voor
een heel boek. Onderwerpen als de pauliana en de boe-
delschuldenproblematiek, hoe belangrijk zij ook zijn in
de insolventiepraktijk, laten we gezien het beperkte
bestek van deze bijdrage onbesproken. Bovendien rich-
ten wij ons in dit artikel op het faillissement; de andere
insolventiefiguren surseance van betaling, schuldsane-
ring natuurlijke personen en de nog in de wet in te voe-
ren prepack laten wij in dit artikel buiten beschouwing.
De onderwerpen die thematisch behandeld worden zijn:

- artikel 37 Fw en de onaantastbaarheid van de over-
eenkomst (par. 3);
- het recht van de curator om passief tekort te schie-
ten (par. 3);
- artikel 20 Fw en de ‘over het graf’-clausule (par. 4);
- artikelen 39 en 40 Fw en de clausule tot vergoeding
van leegstandschade (par. 5);
- artikel 53 Fw en de contractuele verrekeningsuit-
breiding (par. 6).

* Mr. drs. J.H.M. Spanjaard is advocaat onder de naam family LAW advo-
catuur in Nieuwkoop en Aalsmeer en adviseur bij La Gro Geelkerken
Advocaten in Alphen aan den Rijn. Mr. M.P. van Eeden-van Harskamp
is wetenschappelijk docent Vermogensrecht aan de Erasmus Universiteit
in Rotterdam.

1. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, NJ 2014/407, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Berzona).
2. HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, NJ 2013/224 (Curatoren Megapool/Laser).
3. HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650, NJ 2005/406, m.nt. P. van Schilfgaarde (BabyXL).
4. HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534, NJ 2011/114, m.nt. P. van Schilfgaarde (Aukema q.q./Uni-Invest).
5. HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, NJ 2014/68, m.nt. P. van Schilfgaarde (Romania).

6. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278, NJ 2017/142, m.nt. F.J.M. Verstijlen (Hansteen/Verwiel q.q.).

7. HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, NJ 2018/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Credit Suisse/Jongepier q.q.).

8. HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1789, RvdW 2019/1170.

Wij trappen af met een klein overzicht van de belangrijkste actoren in het faillissement en veelgebruikt jargon.

2. Enkele actoren in het faillissement en aan faillissement eigen jargon

Na de faillietverklaring benoemt de rechtbank een rechter-commissaris in het faillissement en stelt zij een curator aan (art. 14 Fw). Publicatie van de faillietverklaring vindt kort nadien plaats in het sinds 2005 ingevoerde openbare register: het Centraal Insolventieregister (CIR)⁹ en in de Nederlandsche Staatscourant, die tegenwoordig ook alleen nog maar digitaal is te raadplegen.¹⁰ Door de faillietverklaring verliest de gefailleerde zijn beheers- en beschikkingsbevoegdheid (art. 23 Fw, waarin het zogenoemde fixatiebeginsel is neergelegd). Die bevoegdheid komt bij de curator te rusten. De curator is echter niet de vertegenwoordiger van de gefailleerde en treedt ook niet in de plaats van de gefailleerde. De gefailleerde blijft handelingsbekwaam en handelingsbevoegd, maar kan alleen geen verplichtingen meer aangaan met betrekking tot het vermogen dat tot de failliete boedel behoort.

De curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel (art. 68 lid 1 Fw). Dit komt er, kort gezegd, in de praktijk op neer dat de curator alle activa van de gefailleerde inventariseert, beheert en te gelde maakt (dus de bezittingen van de gefailleerde verkoopt) en dan de opbrengst volgens de wettelijke regels van rangorde verdeelt onder de schuldeisers van de gefailleerde. De curator vervult zijn functie dus ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Maar de curator moet daarbij ook rekening houden met maatschappelijke belangen, zoals de continuïteit van de onderneming van de gefailleerde en de werkgelegenheid.¹¹

Daarnaast rust op de curator een fraudesignalerende functie, die sinds 1 juli 2017¹² in de wet is verankerd (art. 68 lid 2 Fw):

‘De curator:

- a. beziet bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot;
- b. informeert hierover de rechter-commissaris vertrouwelijk; en

- c. doet, zo hij of de rechter-commissaris dit nodig acht, melding of aangifte van onregelmatigheden bij de bevoegde instanties.’

De curator verricht onderzoek naar de oorzaken van het faillissement en naar eventuele onregelmatigheden. Als daarvan blijkt, kan de curator verschillende acties nemen, zoals:

- het vernietigen van rechtshandelingen op grond van de faillissementspauliana (art. 42 e.v. Fw);
- het namens de gezamenlijke schuldeisers instellen van vorderingen op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW, de zogenoemde Peeters/Gatzen-vordering);¹³
- het instellen van vorderingen uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid (wanbeleid en/of falend toezicht) op grond van artikel 2:138/248 BW;
- het vorderen van een bestuursverbod (art. 106a Fw);
- het verzoeken van een enquêteprocedure (art. 2:346 lid 3 BW);
- het doen van strafrechtelijke aangifte van faillissementsfraude (o.a. bedrieglijke bankbreuk).

De rechter-commissaris is een gespecialiseerde rechter van de insolventieafdeling van de rechtbank en houdt toezicht op het functioneren van de curator. Een van de instrumenten daarvoor is de toestemming (in de wet ook wel verwoord met ‘machtiging’ of ‘goedkeuring’) die de curator voor bepaalde rechtshandelingen moet vragen, zoals:

- het voeren van een gerechtelijke procedure (art. 68 lid 3 Fw);
- het gestand doen van een wederkerige overeenkomst (art. 37 Fw, waarover hierna in par. 3 meer);
- het beëindigen van een huurovereenkomst (art. 39 Fw);
- het beëindigen van een arbeidsovereenkomst (art. 40 Fw);
- het aangaan van vaststellingsovereenkomsten of schikkingen (art. 104 Fw);
- het onderhands verkopen van goederen (art. 176 lid 1 Fw).

Deze door de curator verrichte rechtshandelingen zijn echter ook zonder toestemming van de rechter-commissaris rechtsgeldig, aldus artikel 72 Fw. De curator kan zich bij het uitvoeren van de overeenkomst, terwijl geen toestemming is gegeven, dus niet beroepen op het ontbreken van toestemming van het door de wet aangewezen orgaan (de rechter-commissaris).¹⁴ De curator

9. Zie <https://insolventies.rechtspraak.nl>.

10. Zie www.officielebekendmakingen.nl/staatscourant.

11. Aldus (onder meer) HR 24 februari 1995, NJ 1996/472, m.nt. W.M. Kleijn (Sigmacon II); HR 19 april 1996, NJ 1996/727, m.nt. W.M. Kleijn (Maclou).

12. Wet versterking positie curator (Stb. 2017, 124).

13. Naar het gelijknamige arrest: HR 14 januari 1983, NJ 1983/597, m.nt. B. Wachter (Peeters q.q./Gatzen).

14. Vgl. in dit kader HR 24 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1309, NJ 2016/300, JOR 2016/295, m.nt. SCJJ Kortmann (Vitesse/Gelderland II). In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat uit de Provinciewet voortvloeit dat de gedeputeerden zonder delegatie of goedkeuring achteraf door Provinciale Staten niet bevoegd waren de provincie door hun toezegging tot compensatie van huurverlaging voor het Gelredome-stadion te binden. Gelet op art. 72 Fw zal een ontbreken van de toestemming van de rechter-commissaris door de curator niet op grond van de Faillissementswet kunnen worden ingezet om aan binding aan een overeen-

is in geval van het ontbreken van een dergelijke toestemming wel aansprakelijk jegens de gefailleerde en de schuldeisers van de gefailleerde. Om die reden zal de curator in voorkomend geval in – bijvoorbeeld – de activaverkoopovereenkomst of de vaststellingsovereenkomst bedingen dat de betreffende overeenkomst wordt aangegaan onder voorbehoud van toestemming (of goedkeuring of machtiging) van de rechter-commissaris. Dit voorbehoud wordt doorgaans als een opschortende voorwaarde geformuleerd. Een dergelijk contractueel voorbehoud is afdwingbaar en brengt mee dat de contractuele wederpartij pas op de volmaaktheid van de overeenkomst mag vertrouwen als de rechter-commissaris zijn toestemming heeft gegeven.¹⁵

Ook houdt de rechter-commissaris toezicht door lezing van het verslag dat de curator in beginsel binnen een maand na de faillietverklaring en vervolgens steeds driemaandelijks uitbrengt (art. 73a Fw). Dit openbare verslag is in beginsel ook door derden te raadplegen in het Centraal Insolventieregister. De rechter-commissaris kan de gefailleerde in het kader van diens inlichtingplicht oproepen voor verhoor (art. 105 en 106 Fw) of laten gijzelen (art. 87 Fw) en getuigen horen of een onderzoek van deskundigen bevelen (art. 66 Fw).

Bij de behandeling en afwikkeling van het faillissement richt de curator zich naar de door de rechters-commissarissen in faillissementen (Recofa) opgestelde richtlijnen, de Recofa-richtlijnen, die regels bevatten voor de verdere behandeling van faillissementen en surseances van betaling.¹⁶ Ten aanzien van het functioneren van curatoren wordt in de praktijk voorts veel waarde gehecht aan de door de beroepsgroep INSO-LAD (Vereniging Insolventierecht Advocaten) opgestelde Praktijkregels, die laatstelijk zijn herzien in april 2019. Deze Praktijkregels zijn ‘best practice rules’ en beogen richting te geven; ze hebben uitdrukkelijk niet een dwingend karakter.¹⁷ De curator legt rekenschap af van zijn handelen in een faillissement door periodiek openbare verslagen te publiceren (art. 73a Fw).

3. Artikel 37 Fw, de onaantastbaarheid van de overeenkomst en het recht van de curator om tekort te schieten

De hoofdregel over het contractenrecht in faillissement wordt gevonden in artikel 37 Fw. Dit artikel bepaalt:

- ‘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.
- Indien de curator zich wel tot nakoming van de overeenkomst bereid verklaart, is hij verplicht bij die verklaring voor deze nakoming zekerheid te stellen.
- De vorige leden zijn niet van toepassing op overeenkomsten waarbij de gefailleerde slechts verbintenschappen op zich heeft genomen tot door hem persoonlijk te verrichten handelingen.’

Lid 1 bevat de hoofdregel: een wederkerige overeenkomst die door partijen niet of niet volledig is nagekomen, blijft in beginsel volledig van kracht. De schuldenaar raakt door zijn faillissement niet automatisch in verzuim, noch geldt het faillissement als een tekortkoming in de nakoming die niet meer voor herstel vatbaar is. Dit is door de Hoge Raad ook als zodanig bevestigd in zijn arresten *Nebula* en *Berzona*.¹⁸ Het faillissement en de daaraan gekoppelde vrees dat de overeenkomst tussen gefailleerde en de schuldeiser niet nagekomen wordt, kan in geval van een opeisbare vordering een opschortingsgrond uit hoofde van de artikelen 6:52 e.v. BW opleveren of een beroep op de onzekerheidsexceptie van artikel 6:263 BW rechtvaardigen.

In het *Nebula*-arrest ging het om het volgende. De juridisch eigenaar van een onroerende zaak, *Nebula*, ging failliet. Voor zijn faillissement verstreekte *Nebula* de economische eigendom aan een derde (voor het gemak hierna B). De juridische eigendom bleef bij *Nebula*; B verkreeg een verbintenisrechtelijk gebruiksrecht en het recht de juridische eigendom in de toekomst te verwerven.¹⁹ Kort na het faillissement van *Nebula* wil B aan derden (die noemen we C) de onroerende zaak verhu-

komst – bijvoorbeeld een activatransactie of een vaststellingsovereenkomst – te ontkomen.

15. Zie in dit kader expliciet ook HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1737, RvdW 2015/802 en AB 2015/448, m.nt. Van Ommeren (Hof van Twente). Nader over dit arrest: J.H.M. Spanjaard, Pas als hij het zegt!, *Contracteren* 2015/3, p. 88-92.

16. www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/recofa-richtlijnen-voor-faillissementen-en-surseances-van-betaling-2019.pdf.

17. Aldus het voorwoord bij de *INSOLAD* Praktijkregels, april 2019, www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels.

18. HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, NJ 2007/155, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Nebula*).

19. De economische eigendom heeft daarmee goederenrechtelijk geen betekenis, maar was in het verleden vooral een fiscale constructie om de verschuldigdheid van overdrachtsbelasting – die in de tijd waarin het arrest speelde bij overdracht van juridische eigendom verschuldigd was – te voorkomen.

ren. Op grond van zijn economische eigendom was B daartoe gerechtigd, meent hij. De curator van Nebula weigert aan de verhuur mee te werken en vordert dat C de onroerende zaak ontruimt en aan C oplevert. De Hoge Raad overwoog ten aanzien van het voortbestaan van overeenkomsten in faillissement:

‘3.5. (...) Zoals onder meer is gesteld in de memorie van toelichting op artikel 37 F. “oefent de faillietverklaring op bestaande wederkerige overeenkomsten niet de minste invloed uit; de verbintenissen van de gefailleerde en diens mede-contractant worden er niet door gewijzigd” (Van der Feltz, I, blz. 409). 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).’

Na het wijzen van dit arrest werd in de rechtsliteratuur wel verdedigd dat dit arrest niet alleen het recht gaf aan de curator om passief tekort te schieten – bijvoorbeeld onderhoudsverplichtingen niet uitvoeren en betalingen niet verrichten –, maar ook om actief tekort te schieten door actief huurovereenkomsten te beëindigen en ontruiming te vorderen.²⁰ Dit knelde volgens Van Zanten

20. Zie o.a.: S.C.J.J. Kortmann & S.E. Bartels, noot onder HR 3 november 2006, JOR 2007/76, sub 5; R.D. Vriesendorp, AA 2007/3, p. 238; G.A.J. Boekraad, Het recht op wanprestatie van de faillissementscurator, MvV 2007/3, p. 46-53; T.T. van Zanten, Het recht van de curator op wanprestatie, Tvl 2007/2, p. 47; N.C. van Oostrom-Streep, Verplichting tot een dulden en niet doen versus die tot een doen, ofwel: is het Nebula-arrest nu echt zo verrassend?, WPNR 2007/6720, p. 667-670; F.M.J. Verstijlen, Het eigendomsvoorbehoud in nevelen, WPNR 2007/6725, p. 824-829; R.M. Wibier, Het Nebula-arrest en het Voorontwerp Insolventiewet: (n)iets nieuws onder de zon, NTBR 2008/10, 56, p. 445-452; A. Slaski, De gebondenheid van de curator aan

met name in de licentiepraktijk in geval van het faillissement van de licentiegever.²¹ In dat geval zou de curator de licentieovereenkomst kunnen opzeggen en de in licentie gegeven vermogensrechten – bijvoorbeeld software – op kunnen eisen. Indien de licentievergoeding geheel vooruit betaald was, zou dit tot onverkwikkelijke situaties leiden: de licentienemer zou dan geen gebruik kunnen maken van de software en hij zou in het faillissement een vordering uit hoofde van toerekenbare tekortkoming nauwelijks kunnen opeisen. Creatieve beschermingsconstructies als een vruchtgebruik, overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement en depot in escrow bij een bewaarder werden afgetast.²²

In 2014 kreeg de Hoge Raad opnieuw met de problematiek te maken in een arrest dat doet denken aan de wijze waarop de Baron von Münchhausen zich uit een moeras bevrijdde.²³ ABN AMRO wil het faillissement van Berzona bewerkstelligen. Zij dient daartoe een faillissementsaanvraag in. Haar eigen vorderingen van € 11,8 miljoen dienen als hoofdvordering. De steunvorderingen bestaan uit vorderingen van huurders van Berzona om huurgenot te verschaffen. ABN AMRO ging namelijk uit van de gedachte dat de curator van Berzona na het uitspreken van het faillissement de huurovereenkomsten zou beëindigen en het gehuurde zou opeisen. In dat geval zouden de huurders een vordering op de boedel hebben.

De Hoge Raad greep de procedure aan om zijn regel uit Nebula te verduidelijken:

‘3.6.1 Wat betreft de door de Bank ingeroepen vordering van de huurders van Berzona tot het verschaffen van huurgenot moet, bij gebreke van andersluidende stellingen van de Bank, uitgangspunt zijn dat die huurders ten tijde van de faillissementsaanvraag van de Bank in het genot waren van het gehuurde. Daarvan uitgaande heeft het volgende te gelden.

3.6.2 Het faillissement heeft geen invloed op bestaande wederkerige overeenkomsten en leidt dan ook niet tot wijziging van de daaruit voortvloeiende verbintenissen (Van der Feltz I, p. 409). In beginsel heeft de curator echter, zoals blijkt uit art. 37 lid 1 Fw, de mogelijkheid om overeenkomsten niet gestand te doen en dus de daaruit voortvloeiende verbintenissen niet na te komen (vgl. HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, NJ 2007/155, Nebula). De uit die verbintenissen voortvloeiende vorderingen zijn in dat geval vorderingen die voor indiening in het faillissement in aanmerking komen, eventueel met toepassing van art. 133 Fw (HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291).

overeenkomsten, in: I. Spinath e.a. (red.), Curator en crediteuren, INSOLAD jaarboek 2009, Deventer: Kluwer 2009, p. 116; T.T. van Zanten, Geen Nebula, maar Berzona: de curator heeft toch geen recht op wanprestatie!, Tvl 2014/36.

21. Vgl. Van Zanten 2014.

22. Zie ook Van Zanten 2014.

23. Namelijk: door zich zittend op zijn paard aan zijn eigen haren omhoog te trekken.

3.6.3 De aan de curator ten dienste staande mogelijkheid om uit overeenkomst voortvloeiende verbintenissen (“passief”) niet na te komen, betreft verbintenissen die uit of ten laste van de boedel moeten worden voldaan, zoals een betaling, de afgifte van een zaak of de vestiging van een recht. De op deze prestaties gerichte vorderingen dienen – indien de curator het niet in het belang van de boedel oordeelt om deze te voldoen – in het faillissement geldend te worden gemaakt door indiening ter verificatie.

3.6.4 Het uitspreken van het faillissement heeft echter niet tot gevolg dat de curator ook (“actief”) een bevoegdheid of vordering toekomt die de wet of de overeenkomst niet toekent, zoals tot ontruiming of opeising van het gehuurde als de huurovereenkomst nog loopt. Dit zou immers in strijd komen met het beginsel dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten, dat bij de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 BW is bevestigd (Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 387-390).

3.6.5 In het arrest van 3 november 2006 (Nebula) ligt geen ander oordeel besloten. Dat arrest heeft slechts betrekking op de vraag of de curator gebonden is aan een huurovereenkomst die na het faillissement van de juridische eigenaar van de verhuurde zaak is aangegaan door de economisch eigenaar daarvan op grond van een hem daartoe door de juridische eigenaar verleende contractuele bevoegdheid. Die vraag is in dat arrest ontkennend beantwoord op de grond dat de mogelijkheid om door het aangaan van een huurovereenkomst te beschikken over zaken die behoren tot de boedel, een te vergaande inbreuk vormt op de gelijkheid van schuldeisers. Deze beslissing betreft een andere kwestie dan hier aan de orde.’

De kritiek op het arrest was niet mals. Met name Van Zanten verweet de Hoge Raad dat hij is omgegaan ten opzichte van Nebula en doet alsof hij dat niet doet. Hierdoor wordt de indruk gewekt, suggereert Van Zanten, dat de rechtspraak ten onrechte beschermingen heeft ingebouwd om een vermeende mogelijkheid voor de curator actief te wanpresteren tegen te gaan.²⁴ Van Wechem en Rinkes merken, onzes inziens terecht, op dat de Hoge Raad niet is omgegaan en dat in Nebula al het oordeel besloten lag dat alleen passief wanpresteren was toegestaan. Daarbij dient te worden bedacht dat de Hoge Raad een rechtsprekende instantie is en uiteindelijk altijd uitspraak doet in individuele gevallen die aan hem worden voorgelegd, hoe algemeen de oordelen ook dikwijls mogen lijken.²⁵

Toch zit tussen Nebula en Berzona een subtiel verschil: in Nebula stelt de Hoge Raad het primaat van de Faillissementswet voorop (‘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 duur-

overeenkomst wiens wederpartij failliet wordt verklaard, de rechten uit die overeenkomst kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement ware’), terwijl in Berzona het primaat bij het contract lijkt te liggen (‘Dit zou immers in strijd komen met het beginsel dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten, dat bij de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 BW is bevestigd (Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 387-390)’). Wij zien dit, mede tegen de achtergrond van de hiervoor geciteerde rechtsoverweging 3.6.5 uit Berzona, vooral als een accentverschil en niet zozeer een aardverschuiving.

De Hoge Raad bezegelde dit oordeel in *Credit Suisse/Jongepier q.q.* In dit arrest oordeelde hij:

‘3.5.2 De curator heeft, zoals blijkt uit art. 37 lid 1 Fw, in beginsel de mogelijkheid om wederkerige overeenkomsten niet gestand te doen en dus de daaruit voortvloeiende verbintenissen (“passief”) niet na te komen. Indien een verbintenis uit de boedel moet worden voldaan, dient de daarop betrekking hebbende vordering in dat geval op grond van art. 26 Fw ter verificatie in het faillissement te worden ingediend, waarbij in voorkomend geval art. 133 Fw moet worden toegepast. Indien de curator de overeenkomst niet gestand doet, kan de wederpartij deze ook ontbinden, na de weg van art. 37 lid 1 Fw te hebben gevolgd, en heeft zij daarnaast een vordering wegens het tekortschieten in de nakoming van de overeenkomst, die zij op grond van art. 37a Fw ter verificatie in het faillissement kan indienen.

3.5.3 De faillissementsstoestand geeft de curator niet de bevoegdheid om een door de schuldenaar voor het faillissement verrichte prestatie (“actief”) ongedaan te maken of een voortdurende prestatie voor zover deze bestaat uit een dulden of nalaten, te beëindigen, zoals door intrekking van een verleende licentie of opeising van een verhuurde zaak. Dit zou immers in strijd komen met het hiervoor in 3.5.1 vermelde uitgangspunt²⁶ (vgl. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, NJ 2014/407 (Berzona), rov. 3.6.4).’

De Hoge Raad vervolgde:

‘3.5.4 Het hiervoor in 3.5.2 en 3.5.3 overwogene geldt in beginsel ook voor verbintenissen die eerst tijdens faillissement ontstaan, maar voortvloeien uit een bestaande overeenkomst. Zoals hiervoor in 3.5.1 is vooropgesteld, geldt immers als uitgangspunt dat het faillissement geen verandering brengt in bestaande wederkerige overeenkomsten en de daaruit voortvloeiende verbintenissen. Het verifiëren van vorderingen die tijdens het faillissement ontstaan, mag echter niet in strijd komen met het fixatiebeginsel. Dat beginsel staat niet zonder meer eraan in de weg dat tijdens faillissement uit een bestaande overeenkomst nog nieuwe vorderingen ontstaan die voor verificatie in aanmerking komen. Dat beginsel brengt

24. Van Zanten 2014.

25. J.G.J. Rinkes & T.H.M. van Wechem, *Kroniek van het vermogensrecht*, NJB 2014/1826.

26. Namelijk: dat het faillissement geen invloed uitoefent op bestaande contractuele relaties.

echter wel mee dat verificatie van dergelijke nieuwe vorderingen uitsluitend mogelijk is indien en voor zover zij reeds besloten lagen in de rechtspositie van de schuldeiser zoals die bij het intreden van het faillissement bestond. Dat laatste is het geval indien de nieuwe vorderingen geen uitbreiding opleveren van de aanspraken die deze schuldeiser op grond van die rechtspositie op dat tijdstip al had. Het fixatiebeginsel houdt immers in dat de rechtspositie van een schuldeiser na het intreden van het faillissement niet te zijnen gunste mag worden gewijzigd.

3.5.5 Er is onvoldoende grond om het hiervoor in 3.5.4 overwogene te beperken tot vorderingen die voortvloeien uit een ten tijde van het intreden van het faillissement bestaande wederkerige overeenkomst. Weliswaar is in de parlementaire geschiedenis uitsluitend voor die overeenkomst uitgesproken dat deze geen invloed ondergaat van het faillissement, maar niet valt in te zien dat dit niet evenzeer heeft te gelden voor andere ten tijde van het intreden van het faillissement bestaande rechtsverhoudingen (zoals rechtsverhoudingen die zijn ontstaan uit een vóór het faillissement gepleegde onrechtmatige daad van de schuldenaar). Ook de rechtspositie die op grond van die rechtsverhoudingen bestaat, dient derhalve in het faillissement gerespecteerd te worden.’

Het lijkt dus duidelijk: het faillissement oefent geen invloed uit op bestaande overeenkomsten. Het leidt niet tot de automatische conclusie dat de schuldenaar door het uitspreken van zijn faillissement tekortschiet. De curator heeft daarentegen het recht passief tekort te schieten, waarbij de schuldeiser alleen maar lijkt te kunnen toekijken. Passief wanpresteren is het verzaken van de eigen verplichtingen. Daarbij kan gedacht worden aan het niet verrichten van onderhoud, het niet uitvoeren van updates²⁷ en het niet verrichten van betalingen. Onder passief wanpresteren valt niet het (actief) opzeggen of ontbinden van overeenkomsten, waar de overeenkomst of de wet een dergelijke opzegging of ontbinding niet toelaat. Echter, situaties waarin updates niet worden uitgevoerd of regulier onderhoud niet wordt uitgevoerd, waardoor de software of het gehuurde ‘vanzelf’ onbruikbaar wordt, kan de licentienemer of huurder zodanig ‘uitroken’ dat het doel van de curator – het einde van de licentie of de huur – alsnog wordt bereikt. Over de boeg van artikel 26 Fw kan de teleurgestelde licentienemer of huurder uitsluitend zijn schade ter verificatie aanmelden in het faillissement. Indien de algemene voorwaarden van de licentienemer of huurder dergelijke schade – veelal gevolgschade als gevolg van het niet in kunnen zetten van de licentie – exoneren, kan de curator deze exonering ook inroepen. Voor achterstallig onderhoud kan de huurder eventueel – na ingebrekestelling van de (curator van de) gefailleerde ver-

huurder – een aannemer inschakelen en dan de reparatiekosten als vordering in het faillissement indienen.

Als de schuldeiser de overeenkomst wil ontbinden, zal hij eerst moeten zorgen dat de boedel in verzuim raakt. Het hiervoor al geciteerde artikel 37 Fw bepaalt in dit kader dat de schuldeiser de curator een termijn kan stellen waarin deze zich dient uit te laten of hij de bestaande overeenkomst gestand gaat doen. De sanctie op niet bevestigend of niet tijdig reageren is evenwel niet het verzuim van de boedel in de nakoming van de overeenkomst. Daarvoor is meer nodig. Dit kan bijvoorbeeld worden vormgegeven door de brief waarin de curator gevraagd wordt om zich uit te laten over de gestanddoening van de overeenkomst, tevens in te kleden als uiting van de vrees van tekortschieten in de zin van artikel 6:80 lid 1 aanhef en onder c BW. Artikel 6:80 BW bepaalt dat in drie gevallen – (1) nakoming zonder tekortkoming is blijvend onmogelijk, (2) de schuldeiser moet uit een mededeling van de schuldeiser afleiden dat deze tekort zal schieten in de nakoming of (3) de schuldeiser heeft gegronde vrees dat de schuldenaar tekort zal schieten, confronteert de schuldenaar daarmee en maant deze aan zich bereid te verklaren zijn verplichtingen na te komen, waarop de schuldenaar niet of niet bevestigend antwoordt – de gevolgen van niet-nakoming intreden voordat de vordering opeisbaar is. Concreet betekent dit dat de schuldenaar dan in ieder geval de nakoming van zijn verplichtingen kan opschorten, de overeenkomst kan ontbinden en schadevergoeding kan vorderen.

In dat geval dient aan de brief te worden toegevoegd: ‘Er bestaat gegronde vrees dat X door het uitspreken van haar faillissement haar verplichtingen niet, althans niet stipt en volledig, zal nakomen. Bij deze verzoek ik u binnen voornoemde termijn van y dagen bereid te verklaren de overeenkomst na te komen.’

De curator kan na ontvangst van een dergelijk brief grosso modo op drie manieren reageren:

1. Hij reageert niet.
2. Hij reageert met de mededeling niet gestand te doen.
3. Hij verklaart de overeenkomst gestand te willen doen.

De curator kan overigens ook stilzwijgend door middel van verklaringen of gedragingen de overeenkomst al dan niet gestand doen.²⁸

In de gevallen 1 en 2 verliest de curator het recht nakoming van de overeenkomst te verlangen. Als de brief aan de curator tevens de aanzegging uit hoofde van artikel 6:80 lid 1 aanhef en onder c BW bevatte, heeft de schuldeiser het recht de overeenkomst te ontbinden en zijn vordering bij de curator in te dienen.

27. Het updaten van software zal in de regel niet meevallen, omdat daarvoor de broncode nodig is. Die zal de licentiegever doorgaans niet afgeven.

28. HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2744, NJ 2017/21, m.nt. F.J.M. Verstijlen (CTAC/Borsboom en Van Rootselaar q.q.).

Als de curator reageert als bedoeld in geval 3 kan de schuldeiser verlangen dat zekerheid wordt gesteld. Als de curator daarop afwerend reageert, verliest hij alsnog het recht nakoming te vorderen. Als de curator de zekerheid stelt, gaat de overeenkomst door als tevoren, inclusief de contractuele of wettelijke (uit Boek 6 BW te putten) regels over nakoming en niet-nakoming.

Bedacht dient te worden dat de artikelen 6:74 e.v. BW en 6:265 e.v. BW van regelend recht zijn. De schuldeiser kan het zich 'aan de voorkant' makkelijker maken door contractueel vast te leggen dat de overeenkomst met de schuldenaar in geval van insolventie²⁹ van de schuldenaar onmiddellijk kan worden ontbonden³⁰ of opgezegd of zelfs van rechtswege eindigt door de insolventie, zonder dat een ingebrekestelling nodig is.³¹ Een dergelijke bepaling is in het BabyXL-arrest³² zonder meer goedgekeurd en heeft dus effect.

Een dergelijke clausule laat er geen onduidelijkheid over bestaan dat de schuldeiser de overeenkomst mag opzeggen c.q. ontbinden. Dat voorkomt discussies met de curator of eerst van verzuim van gefailleerde of een *anticipatory breach* uit hoofde van artikel 6:80 BW sprake moet zijn. Het gebruik van een beëindigingsclausule geniet daarom onze voorkeur boven het ongeregeld laten van de rechtsgevolgen van de insolventie. Daarbij kan het om strategische of tactische redenen aantrekkelijk zijn de overeenkomst niet te beëindigen, bijvoorbeeld indien de overeenkomst samenhangt met andere overeenkomsten.³³ Een automatische beëindiging van de overeenkomst door de insolventie van de schuldenaar haalt daarom te veel keuzevrijheid van de schuldeiser weg. Wij suggereren daarom de navolgende beëindigingsclausule:

'In geval van beëindiging van de onderneming door B, een tekortkoming door B in de nakoming van verplichtingen uit deze overeenkomst of insolventie (zijnde alle in de Faillissementswet of in buitenlandse wetgeving genoemde procedures, waarbij een bewindvoerder of curator wordt aangesteld) van B heeft A het recht deze overeenkomst met onmiddellijke ingang op te zeggen/te ontbinden,

29. Ons containerbegrip voor de insolventiemaatregelen in Nederland: faillissement, surseance van betaling en toelating tot de Wet schuldsanering natuurlijke personen en na invoering van de Wet continuïteit ondernemingen I: de stille bewindvoering.
30. Art. 6:265 BW is van regelend recht. Partijen kunnen dan de insolventie als tekortkoming aanmerken of bepalen dat ontbinding in geval van insolventie is toegelaten, naast ontbinding in geval van tekortschieten.
31. Het omgekeerde is ook mogelijk. Par. 46 UAV 2012 bepaalt, evenals zijn voorganger par. 46 UAV 1989, dat in geval van faillissement van de aannemer aan de curator eerst gevraagd moet worden of deze de overeenkomst gestand wenst te doen, voordat de overeenkomst kan worden ontbonden en aan een andere aannemer de opdracht tot voltooiing van het bouwwerk wordt gegeven.
32. HR 13 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT2650, NJ 2005/406, m.nt. P. van Schilfgaarde.
33. Vgl. over samenhangende overeenkomsten: HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3162, NJ 2012/60, JOR 2012/98 m.nt. S. van Dongen (Agfaphoto/Foto Noort).

zonder dat een voorafgaande ingebrekestelling of andere voorafgaande verklaring noodzakelijk is.'

4. Artikel 20 Fw en de 'over het graf'-clausule

Daarmee is de beëindigingsclausule in het systeem van artikel 37 Fw ingebed. Kan de hoofdregel uit artikel 37 Fw – 'het faillissement heeft geen invloed op wederkerige overeenkomsten' – ook een-op-een worden toegepast op clausules die voorzien in schadevergoeding of het beëindigen van financiële verplichtingen door het intreden van het faillissement? Dergelijke clausules lijken in het vaarwater van artikel 20 Fw te komen.

Artikel 20 Fw luidt als volgt:

'Het faillissement omvat het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring, alsmede hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft.'

In samenhang met artikel 23 Fw bepaalt dit artikel dat het vermogen van gefailleerde op de dag van faillietverklaring met terugwerkende kracht tot 00.00 uur wordt bevroren en alles omvat wat er op dat moment is en wat er uit bestaande overeenkomsten of anderszins – bijvoorbeeld uit verkoop van de activa – blijkt.

Hiervoor is gesignaleerd dat overeenkomsten clausules kunnen bevatten op grond waarvan in geval van faillissement van de contractspartij de overeenkomst ofwel van rechtswege eindigt, ofwel door de andere contractspartij eenzijdig en al dan niet met onmiddellijke ingang kan worden beëindigd. Ook kunnen deze clausules behelzen dat vanwege het faillissement van de schuldenaar de andere (niet-gefailleerde) contractspartij haar prestatie niet meer verschuldigd is. Dergelijke clausules kunnen leiden tot een aantasting van de boedel, zoals omschreven in artikel 20 Fw, en daarmee tot benadeling van de schuldeisers. Deze zogenoemde insolventieclausules (of *ipso facto*-clausules; hiermee bedoelen wij niet de hiervoor besproken ontbindings-/opzeggingsbepalingen) gaan pas spelen na faillissement en hebben dus feitelijk alleen gevolgen voor de schuldeisers van de gefailleerde; daarom worden ze ook wel 'over het graf'-clausules genoemd. Als dergelijke clausules uitsluitend door de insolventie worden getriggerd en niet door, bijvoorbeeld, tekortkoming, zijn ze op grond van het arrest Curatoren Megapool/Laser nietig op de voet van artikel 3:40 BW.

De vraag is of deze clausules wel in stand (kunnen) blijven in faillissement. Deze vraag speelde in het arrest Curatoren Megapool/Laser.³⁴

Megapool was een retailketen van witgoed en huishoudelijke apparatuur. Op grond van een retailovereenkomst tussen Megapool en Laser konden consumenten voor aankopen van de producten van Megapool gebruikmaken van kredietfaciliteiten van Laser. Deze consu-

34. HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, NJ 2013/224.

menten kregen daarvoor een kaart, de Megacard, waarmee zij producten bij Megapool konden kopen. De koopsom van de producten die via die kaart werden gekocht, werd dan meteen door Laser aan Megapool voldaan en de consument diende die dan binnen zes maanden aan Laser te betalen. Als de consument dat naliet, was deze verplicht een geldlening daarvoor af te sluiten bij Laser en in dat geval ontving Megapool een uitlooppromissie van Laser, die was gebaseerd op een percentage van het uitstaande bedrag. In de retailovereenkomst tussen Megapool en Laser was met betrekking tot die uitlooppromissie een beëindigingsclausule opgenomen, inhoudende dat het recht op promissie vervalt bij beëindiging van de overeenkomst om een van de redenen genoemd in artikel 10.2. In artikel 10.2 was opgenomen dat partijen de overeenkomst tussentijds konden beëindigen indien de andere partij surseance of faillissement had aangevraagd, in staat van faillissement was verklaard, buiten faillissement aan haar crediteuren een akkoord aanbood en steeds indien bepalingen uit de overeenkomst niet werden nagekomen en de tekortkoming niet binnen veertien dagen nadien zou zijn opgeheven.

Na faillietverklaring van Megapool heeft Laser de retailovereenkomst met Megapool beëindigd met een beroep op artikel 10.2 van de overeenkomst en vervolgens geen promissiebetalingen meer verricht. De curatoren van Megapool vorderen vervolgens in rechte betaling van de uitlooppromissie. Volgens de curatoren leidt de beëindigingsclausule tot een onevenredige benadeling van de schuldeisers van Megapool en is deze daarom nietig c.q. is een beroep op de betreffende clausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

De Hoge Raad overweegt daarover als volgt:

‘3.4.2 Vooropgesteld wordt dat indien genoemd beding zo moet worden begrepen als de curatoren betogen, het een onaanvaardbare inbreuk kan opleveren op art. 20 Fw. Dat beding doet dan immers het recht op een prestatie vervallen enkel en alleen vanwege het in staat van faillissement raken van de schuldeiser of een daarop gebaseerde opzegging, met als gevolg dat de wederpartij die de tegenprestatie daarvoor al heeft ontvangen, zijn eigen prestatie niet meer behoeft te verrichten. Een dergelijk beding kan, afhankelijk van de context en de overige omstandigheden van het geval, nietig zijn wegens strijd met genoemd wetsartikel. Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat een beroep op zo'n beding in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

3.4.3 Laser heeft evenwel bestreden dat het beding zo moet worden begrepen als de curatoren betogen. Hetgeen zij daartoe heeft aangevoerd, komt erop neer dat het wegvallen van de uitlooppromissie redelijk is omdat deze mede de tegenprestatie vormde voor de bemiddelende en administratieve rol die Megapool speelde bij het sluiten van nieuwe kredietovereenkomsten. Door het wegvallen van die rol als gevolg van het faillissement van Megapool lijdt Laser aan-

merkelijke schade. Dit is niet alleen het geval omdat geen nieuwe kredietovereenkomsten meer via Megapool tot stand komen, maar ook omdat de investering die zij heeft gedaan in de relatie met Megapool (systemen en opleiding personeel Megapool) vervroegd moet worden afgeschreven en het risico is toegenomen op niet-betaling door klanten die ten gevolge van het faillissement van Megapool problemen ondervinden met de levering of garantie van de door hen aangeschafte producten.

3.4.4 De rechtbank en het hof hebben geoordeeld dat deze – door de curatoren betwiste – stellingen van Laser gegrond zijn (rov. 4.26-4.27 van het eindvonnis van de rechtbank en rov. 4.15.1 van het arrest van het hof). In hun oordeel ligt derhalve besloten dat de uitlooppromissie mede de tegenprestatie vormde voor de prestaties en voordelen die zijn weggevallen door het faillissement van Megapool. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk, zulks onder meer gelet op het feit dat de uitlooppromissie volgens de onderhavige beding vervalt bij ieder einde van de overeenkomst.³⁵ 3.4.5 Van een beding als hiervoor in 3.4.2 bedoeld, waardoor een prestatie niet meer is verschuldigd enkel vanwege het faillissement van de schuldeiser, is in deze zaak dus geen sprake. Daarom heeft het hof geen onjuist of niet naar behoren gemotiveerd oordeel gegeven door het onderhavige beding niet nietig te oordelen en het beroep daarop van Laser niet onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.’

Uit dit arrest volgt dat een beëindigingsclausule in een contract zorgvuldig moet worden geredigeerd en niet louter getriggert kan/mag worden door faillissement, althans dat daarmee dan het risico wordt gelopen van nietigheid op grond van artikel 3:40 BW jo. artikel 20 Fw c.q. buiten toepassing verklaring op grond van artikel 6:248 lid 2 BW.³⁵ Voor de schuldeiser die geconfronteerd kan worden met een failliete wederpartij, verdient het aanbeveling in de betreffende clausule op te nemen dat de clausule niet alleen van toepassing is ingeval een insolventiesituatie (faillissement, surseance van betaling, schuldsanering natuurlijke personen), maar ook ingeval andere situaties zich voordoen, zoals een reguliere opzegging, verandering van zeggenschap binnen de onderneming, ontbinding, niet binnen een bepaalde termijn verholpen tekortkoming, enzovoort. Daarnaast is het raadzaam om het laten vervallen van rechten en/of prestaties te gronden op het wegvallen

35. Bedacht dient te worden dat art. 3:40 BW en 6:248 lid 2 BW niet naast elkaar kunnen worden ingezet. Een overeenkomst wordt ofwel vernietigd, ofwel in stand gelaten, in welk laatste geval een beroep op de op zichzelf rechtsgeldige bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. De curator mag daartussen kiezen. Zie overeenkomstig ten aanzien van algemene voorwaarden HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0659, NJ 2003/112 (Bramer/Colpro). Wij hebben overigens een voorkeur voor een getrapte toets, waarin de rechter zich eerst uit dient te spreken over de vraag of de clausule überhaupt rechtsgeldig is. Als het antwoord daarop 'ja' is, kan de toets aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid plaatsvinden. Dat geeft de rechtspraak meer houvast over de vraag welke clausules wel en welke niet 'door de beugel' kunnen.

van beoogde tegenprestaties en voordelen en dit toe te lichten in de clause. Beoogd wordt daarmee dat de clause in faillissement overeind blijft.³⁶

5. Artikelen 39 en 40 Fw en leegstandschaade of goodwill³⁷

5.1 Inleiding

Voor de huur-, pacht-, arbeids- en agentuurovereenkomsten bevatten de artikelen 39 en 40 Fw speciesbepalingen ten opzichte van artikel 37 Fw. De artikelen doen niet af aan de hoofdregel dat de huur-, pacht-, arbeids- of agentuurovereenkomst ook in faillissement blijft voortbestaan, maar bevat bepalingen over de status van de door te betalen vergoeding na faillissementsdatum en de beëindiging van de overeenkomst.

5.2 Huur en pacht

Artikel 39 Fw, dat geldt indien de huurder of pachter in staat van faillissement wordt verklaard,³⁸ bepaalt onder meer dat een opzegtermijn van ten hoogste drie maanden geldt. Volgens de Hoge Raad is deze opzegging een reguliere opzegging en maakt de opzegging de boedel niet schadeplichtig: van een tekortkoming is immers geen sprake.³⁹ De Hoge Raad oordeelt dat na afloop van de opzegtermijn de huurovereenkomst definitief een einde heeft genomen en dat de leegstandschaade⁴⁰ niet voor toewijzing in aanmerking komt. In de parlementaire toelichting bij de Faillissementswet is vermeld dat de opzegging ex artikel 39 Fw leidt tot een regelmatig einde van de huurovereenkomst. De aanspraak op schade in verband met het niet nakomen van de huurovereenkomst vervalt daardoor.⁴¹

In het Autodrome-arrest⁴² moest de Hoge Raad de in cassatie opgeworpen vraag beantwoorden, of artikel 39 Fw in de uitleg die in Aukema q.q./Uni-Invest⁴³ aan dat artikel was gegeven, ook van toepassing is in geval van een sale-and-lease-backconstructie.⁴⁴ De sale-and-lease-backconstructie kenmerkt zich erdoor dat de eigenaar van bepaalde zaken deze zaken verkoopt en levert aan – doorgaans – een kredietgever en deze zaken vervolgens terughuurt van de kredietgever. Op deze wijze verkrijgt de eigenaar van de zaken liquiditeiten en het recht van de zaken gebruik te blijven maken. De Hoge Raad beantwoordde de vraag bevestigend. Huur is huur en de omstandigheid dat de huur is afgesproken in het kader van sale-and-lease-back maakt geen verschil, aldus het arrest kort samengevat.

5.3 Arbeid en agentuur

Voor arbeidsovereenkomsten en agentuurovereenkomsten geldt op de voet van artikel 40 Fw hetzelfde: vanaf de datum van faillietverklaring geldt de vergoeding (loon of provisie) als boedelschuld, en de opzegging doet de overeenkomst rechtsgeldig eindigen zonder dat de werknemer of agent nadien nog een schadevergoedingsaanspraak heeft.⁴⁵ De discrepantie met artikel 37 Fw dat schadevorderingen onverlet laat, is duidelijk. Verhuurders, verpachters, werknemers en agenten worden anders behandeld dan andere wederpartijen van gefailleerden. Van Zanten en Verstijlen merkten al eens op dat voor de discrepantie tussen schadevergoedingsbedingen in huurovereenkomsten of arbeidsovereenkomsten enerzijds en schadevergoedingsbedingen in andere duurovereenkomsten anderzijds geen rechtvaardiging bestaat. De overige duurovereenkomsten vallen onder artikel 37 Fw, dat de gelding van overeenkomsten – dus ook van schadevergoedingsbedingen – in beginsel onverlet laat.⁴⁶ Dit is evenwel het gevolg van een afweging van de wetgever. Hoezeer ook het standpunt van Van Zanten en Verstijlen valt in te voelen, hebben partijen het nu eenmaal met de wet te doen en die is – mede ingevuld door de rechtspraak van de Hoge Raad – op dit punt duidelijk.

De onbeantwoord gebleven vraag is of de klantenvergoeding/goodwill van artikel 7:442 BW in faillissement kan worden gevorderd. De klantenvergoeding/goodwill is een vergoeding waarop de agent aanspraak kan maken bij een hem niet verwijtbare beëindiging van de agentuurovereenkomst. Het is naar Nederlands recht geen schadevergoeding, maar een compensatie voor gemiste inkomsten, onder de premisse dat de klanten bij de principaal blijven. De goodwillvergoeding geldt niet als schadevergoeding en wordt juist verschuldigd door het rechtsgeldig beëindigen van de agentuurovereenkomst: van een tekortkoming is dus geen sprake. De goodwillvergoeding laat de eventuele aanspraak van de agent op schadevergoeding onverlet. De regel dat de

36. Zie daarover ook B. Wessels, Insolventierecht III 2019/2466a; M.P. van Eeden-van Harskamp, Wederkerige overeenkomsten in faillissement: over insolventieclausules en boedelschulden, ORP 2014/53.

37. Deze paragraaf is deels ontleend aan J.H.M. Spanjaard, Verhuurders van een gefailleerde huurder in de kou – of toch niet helemaal?, ORP 2014/2, p. 20-24.

38. Indien de verhuurder of verpachter in staat van faillissement wordt verklaard, geldt uitsluitend art. 37 Fw.

39. HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534, NJ 2011/114 (Aukema q.q./Uni-Invest); HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, NJ 2014/68 (Romania); HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1381, NJ 2014/69, m.nt. P. van Schilfgaarde (Autodrome). Nader over deze arresten o.a. T.T. van Zanten & F.M.J. Verstijlen, Beëindiging van de huurovereenkomst in het faillissement van de huurder, Tvl 2011/17; T.T. van Zanten, De overeenkomst in het insolventierecht (diss. RUG), Deventer: Kluwer 2012, p. 114-118; J.H.M. Spanjaard, Huurbeëindiging in faillissement: oppassen geblazen!, ORP 2011/2, p. 36-40; Spanjaard 2014, p. 20-24. Zo ook HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278, NJ 2017/142, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Hansteen/Verwiel q.q.).

40. Dat is de schade die de verhuurder lijdt doordat de huurder niet de gehele contractuele termijn uitdient.

41. Kortmann/Faber, Geschiedenis van de faillissementswet, heruitgave Van der Feltz I, p. 409 e.v.

42. HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1381, NJ 2014/69, m.nt. P. van Schilfgaarde.

43. HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534, NJ 2011/114.

44. HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1381 (Autodrome).

45. Vgl. HR 12 januari 1990, NJ 1990/662, m.nt. P. van Schilfgaarde (Van Gelder Papier).

46. Van Zanten & Verstijlen 2011, par. 6.

opzegging van artikel 40 Fw tot een regelmatige beëindiging van de agentuurovereenkomst leidt, die niet tot schadeplichtigheid leidt, doet wat ons betreft niet af aan de verschuldigdheid van de goodwillvergoeding door de boedel.⁴⁷

Wij denken niet dat in faillissement veel goodwillvergoedingen erkend hoeven te worden door de curator. Indien de principaal failliet gaat, zal deze in de regel niets meer aan de klantgegevens hebben. De goodwillvergoeding van artikel 7:442 BW wordt in een driefasentoets berekend.⁴⁸ Allereerst dienen de voordelen die de werkzaamheden van de agent voor de principaal hebben gehad te worden gekwantificeerd. Vervolgens vindt een billijkheidscorrectie (opwaarts of neerwaarts) plaats met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Tot slot moet worden bekeken of berekende goodwill een bepaald plafond (zoals is bepaald in artikel 7:442 lid 2 BW) niet overschrijdt. In zowel de eerste fase (de voordelen voor de principaal) als de tweede fase (billijkheidscorrectie) kan het faillissement van de principaal worden meegewogen, wat – zeker indien het klantenbestand van gefailleerde door de curator niet wordt verkocht aan een derde – tot een bepaling van de goodwillvergoeding op nihil kan leiden.⁴⁹

5.4 Schadevergoeding en opzegging

De schadevergoeding kan wel geldend worden gemaakt indien de overeenkomst op andere wijze dan door opzegging op de voet van artikel 39 of 40 Fw eindigt. Aangezien beëindigingsclausules in huurovereenkomsten die beëindiging in geval van insolventie mogelijk maken, in faillissement in beginsel standhouden, wordt de blik gericht op beëindiging van de overeenkomst anders dan door opzegging op de voet van de artikelen 39 en 40 Fw. In dat geval houdt de verhuurder/verpachter de rechten op schadevergoeding overeind. Indien de huur betrekking heeft op roerende zaken of op ongebouwde onroerende zaken, kan de ontbinding buitengerechtelijk plaatsvinden. Indien sprake is van pacht of als de huur betrekking heeft op een gebouwde onroerende zaak, kan de ontbinding uitsluitend door de rechter worden uitgesproken.⁵⁰ Aangezien een procedure bij de rechter doorgaans langer duurt dan de opzegtermijn van drie maanden, zal de huur- of pachtovereenkomst in de regel door opzegging eindigen. In geval van arbeidsovereenkomsten kan de insolventie van de werkgever als een tekortkoming in de zin van artikel 7:686 BW worden aangemerkt, die ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt. Deze norm

sluit aan bij artikel 6:265 BW.⁵¹ Echter, artikel 7:686 laatste volzin BW bepaalt dat de ontbinding uitsluitend door de (kanton)rechter kan worden uitgesproken. Evenals voor de huur- en pachtovereenkomst geldt dat de opzegtermijn van artikel 40 Fw in de regel al zal zijn verstreken voordat de kantonrechter uitspraak doet over de gevorderde ontbinding uit hoofde van artikel 7:686 BW.

Op de agentuurovereenkomst is artikel 6:265 BW van toepassing.⁵² Dit betekent dat de insolventie als ontbindingsgrond kan worden benoemd. In dat geval kan de agent de agentuurovereenkomst in geval van insolventie van de principaal buitengerechtelijk ontbinden en een schadevergoedingsvordering indienen in het faillissement. De schadevergoeding kan dan zien op de contractduur die de principaal niet heeft ‘uitgediend’. De ontbinding kan worden ingeroepen zolang de agentuurovereenkomst niet is geëindigd, dus ook tijdens de opzegtermijn uit hoofde van artikel 40 Fw.

5.5 Schadevergoeding en bankgarantie/borgen

Echter, de schadevergoedingsvordering na ontbinding levert ‘slechts’ een concurrente vordering op, zo bepaalt artikel 37a Fw. In de regel vindt geen uitkering aan concurrente crediteuren plaats. Het is daarom aantrekkelijker om de schadevergoedingsvordering bij een derde te kunnen incasseren, zoals een borg of een bankgarantie. Over de borgtocht en bankgarantie oordeelde de Hoge Raad in het Romania-arrest dat deze ook in faillissement van kracht blijven en niet geraakt worden door een opzegging uit hoofde van artikel 39 Fw.⁵³ Naar onze mening zou hetzelfde moeten gelden voor de opzegging uit hoofde van artikel 40 Fw. In het Romania-arrest stond de relatie centraal tussen de verhuurder en een derde die zich als borg garant had gesteld voor de nakoming door de huurder van de huurovereenkomst.⁵⁴ Romania Beheer (hierna kortweg Romania) had zich garant gesteld voor de nakoming door haar dochter van de door deze dochter met de verhuurder gesloten huurovereenkomst. Deze garantstelling wordt niet nader geduid, maar moet worden gekwalificeerd als een borgtocht in de zin van artikel 7:850 BW.⁵⁵

Nadat de huurder failliet werd verklaard, heeft de curator de huurovereenkomst overeenkomstig artikel 39 Fw opgezegd. De verhuurder vorderde vervolgens van Romania betaling van de schadevergoeding, bestaande uit leegstandschade. Romania verweerde zich met de stelling dat zij zich uitsluitend garant had gesteld voor de verplichtingen die uit de huurovereenkomst voort-

47. Evenzo Wessels in Wessels Insolventierecht II/2561.

48. HvJ EU 26 maart 2009, ECLI:EU:C:2009:195 (Turgay Semen/Deutsche Tamoil); HR 2 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9865, NJ 2014/332, m.nt. JH (T-mobile); HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:935, NJ 2017/227 (Prijsvrij/Corendon).

49. Het is ons niet bekend of in het faillissement van een principaal de goodwillvordering wordt ingediend en zo ja, hoe daar dan door curatoren op wordt gereageerd. Dit zou onderwerp voor nader onderzoek zijn.

50. Art. 7:231 BW voor de huurovereenkomst; art. 7:376 en 7:377 BW voor de pachtovereenkomst. De rechterlijke interventie dient om de belangen van de huurder c.q. pachter te beschermen, aldus de Hoge Raad in HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810 (Eigen Haard).

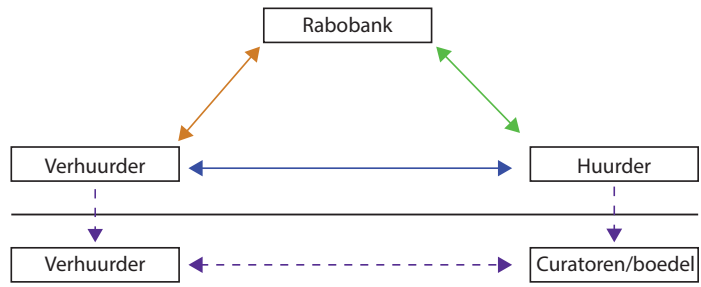
51. Zie A.R. Houweling (red.), *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 818-819.

52. Asser-Tjong Tjin Tai 7-IV (2018), nr. 374.

53. HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, NJ 2014/68, m.nt. P. van Schilfgaarde (Romania).

54. HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, NJ 2014/68 (Romania).

55. Garanties en garantstellingen kennen geen vastomlijnde betekenis, maar moeten van geval tot geval door middel van de Haviltex-norm worden gekwalificeerd en geïnterpreteerd, aldus ook HR 22 december 1995, NJ 1996/300 (Hoog Catharijne) en HR 4 februari 2000, NJ 2000/562 (Mol/Meijer).



vloeden. Aangezien de huurovereenkomst overeenkomstig artikel 39 Fw is opgezegd en deze opzegging tot een regelmatig einde van de huurovereenkomst leidt, bestaat geen verplichting tot het vergoeden van schade, aldus ook het hof.⁵⁶

De Hoge Raad casseert. Hij overweegt dat artikel 39 Fw uitsluitend de relatie tussen de verhuurder en de boedel beheerst; niet die tussen de verhuurder en gefailleerde. De Hoge Raad maakt dus een onderscheid tussen de gefailleerde huurder en de failliete boedel. Dit onderscheid is gebaseerd op artikel 23 Fw: de gefailleerde verliest door de faillietverklaring van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorend vermogen, te rekenen vanaf de dag van faillietverklaring om 00.00 uur. Het tot het faillissement behorend vermogen wordt de failliete boedel genoemd. De gefailleerde blijft echter wel handelingsbekwaam, zij het dat hij de failliete boedel niet kan binden. Artikel 39 Fw is geschreven ter bescherming van de failliete boedel, maar raakt de gefailleerde huurder niet.

In Figuur 1 is te zien hoe de relaties er schematisch uitzien, waarbij in de plaats van Rabobank om het even welke bank of borg genoemd kan worden.

De dikke lijn is de cesuur die door het faillissement wordt aangebracht. Boven de cesuur staat de rechtsrelatie tussen de (inmiddels gefailleerde) huurder, zijn verhuurder en de bank/borg. Onder de cesuur staat de door artikel 39 Fw beheerste rechtsrelatie tussen de verhuurder en de boedel, vertegenwoordigd door de curator van de huurder.

Een schadevergoedingsbeding is in de relatie tussen de verhuurder en de gefailleerde huurder op zichzelf geldig, maar kan niet worden afgedwongen jegens de boedel, aldus de Hoge Raad.⁵⁷ Indien een derde zich garant heeft gesteld voor de nakoming van de vordering, brengt artikel 39 Fw geen verandering in de verplichtingen uit die garantie, tenzij anders is bedongen.⁵⁸

De regresvordering van de borg op de gefailleerde huurder kan niet worden uitgeoefend jegens de failliete boedel van de huurder. Indien de voorwaarden van de garantie dat toestaan, kan de garant aan deze omstandig-

heid een verweermiddel ontleen jegens de verhuurder.⁵⁹

De curator kan zich tegen het uitwinnen van de borgtocht niet verzetten; hij kan zich wel verzetten tegen het inroepen van de contragarantie en/of de regresvordering, voor zover deze de verplichtingen uit hoofde van artikel 39 Fw te boven gaan. Onder artikel 39 Fw kunnen de achterstallige huur, de huur over de opzegtermijn en eventuele opleveringsschade worden gevorderd.⁶⁰ Veel borgen of banken zullen hun garantieverplichtingen beperken tot de verplichtingen uit hoofde van artikel 39 Fw.

5.6 Tussenconclusie

De opzegging van een huur-, pacht-, arbeids- of agentuurovereenkomst is geregeld in de artikelen 39 en 40 Fw en abstraheren van de hoofdregel van artikel 37 Fw dat overeenkomsten in faillissement zonder meer blijven voortbestaan. De opzegging op grond van die artikelen leidt tot een regelmatig einde van de overeenkomst, en in de boedel kan geen schadevergoedingsvordering wegens het eindigen van de overeenkomst worden ingediend. Dit kan slechts indien de overeenkomst op een andere wijze dan door opzegging op grond van artikel 39 of 40 Fw eindigt. Doordat in huur-, pacht en arbeidsrelaties vrijwel altijd de ontbinding door de rechter moet worden uitgesproken en voor opzegging langere termijnen gelden dan in de artikelen 39 en 40 Fw zijn opgenomen, is schadevergoeding doorgaans uitgesloten. De schadevergoeding kan dan slechts worden gehaald van een derde, bijvoorbeeld de bank die een bankgarantie heeft gesteld of een borg. Ook kan een verrekeningsbeding de schade die het faillissement de schuldeiser berokkent, wellicht iets verzachten.

6 Artikel 53 Fw en de uitgebreide verrekenclausule

In de vorige paragraaf betoogden wij dat schadevergoeding in faillissement eigenlijk vooral aantrekkelijk is indien een vordering op een derde kan worden verhaald of indien verrekening mogelijk is. In geval van faillisse-

56. HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, NJ 2014/68 (Romania), r.o. 3.2.2.
 57. HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, NJ 2014/68 (Romania), r.o. 3.3.3.
 58. HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, NJ 2014/68 (Romania), r.o. 3.3.4.

59. HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244, NJ 2014/68 (Romania), r.o. 3.3.4.
 60. Zie ook HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278, NJ 2017/142, m.nt. F.M.J. Verstijlen (Hansteen/Verwiel q.q.).

ment van een van de partijen bij een overeenkomst kan de wederpartij haar vorderingen op de gefailleerde verrekenen met eventuele schulden aan de gefailleerde. Deze bevoegdheid vloeit al voort uit artikel 6:127 BW, maar is bestendigd in artikel 53 Fw voor insolventie situaties. Artikel 53 Fw kent een van de artikelen 6:127 e.v. BW afwijkende, meer uitgebreide verrekeningsbevoegdheid, in die zin dat artikel 6:136 BW niet kan worden ingeroepen. Dit laatste artikel bepaalt dat de rechter het beroep op verrekening mag afwijzen als hij de verrekeningsvordering niet eenvoudig kan vaststellen, bijvoorbeeld omdat de vordering niet vaststaat of nog niet opeisbaar is. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat deze verruiming steunt op de overweging dat de billijkheid met zich brengt dat iedere schuldeiser van de boedel zijn schuld aan de boedel als een onderpand mag beschouwen voor de betaling van zijn mogelijk nog niet opeisbare vordering.⁶¹

Bedacht dient te worden dat artikel 53 Fw eist dat zowel de schuld als de vordering vóór het uitspreken van het faillissement moet zijn ontstaan of voort moet vloeien uit een vóór het faillissement gesloten overeenkomst. De vraag die onder artikel 53 Fw geregeld rees, is of het contractueel is toegestaan de contractuele verrekeningsbevoegdheid uit te breiden. Dit kan bijvoorbeeld door te bepalen dat verrekening ook in concernverband kan plaatsvinden. Hierbij kan gedacht worden aan de verrekening van de schuld aan vennootschap A met een vordering op haar zustervennootschap B. Daarmee wordt afgeweken van de in artikel 6:127 lid 3 BW vervatte bepaling dat verrekening niet is toegestaan als vordering en schuld in gescheiden vermogens vallen. Die bepaling is evenwel van regeland recht en afwijking is dus mogelijk.

Deze vraag leidde tot discussie in de literatuur of een dergelijke afwijking in faillissement standhoudt, dan wel op de voet van artikel 53 Fw niet toelaatbaar is of althans geen effect sorteert voor de verrekeningsmogelijkheid. Met name Wessels is van mening dat artikel 53 Fw een uitgebreide verrekeningsbevoegdheid niet toelaat.⁶² Anderen menen dat de uitgebreide verrekeningsbevoegdheid ook in faillissement standhoudt, vanuit de gedachte dat het faillissement geen gevolgen beoogt te hebben voor contractuele afspraken.⁶³

61. Van der Feltz I, p. 339 en 409.

62. Ontleend aan de conclusie van A-G Valk 19 juli 2019, ECLI:NL:PHR:2019:783, al. 3.10-3.14 en de aldaar genoemde literatuur: Wessels Insolventierecht III 2013/3389; B. Wessels, Verrekening na faillissement, NTHR 2015, p. 239 (vrijwel woordelijk gelijklopend aan het genoemde handboek van de auteur); W.A.K. Rank, T&C BW, commentaar op art. 6:127 BW, aant. 3. Vgl. tevens Rb. Rotterdam 26 maart 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BC9717, JOR 2010/202, m.nt. N.E.D. Faber; Rb. Amsterdam 25 januari 2006, JOR 2006/220; Hof Den Haag 21 december 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AZ5058.

63. Ontleend aan de conclusie van A-G Valk 19 juli 2019, ECLI:NL:PHR:2019:783, al. 3.7-3.8 en de aldaar genoemde literatuur: N.E.D. Faber, Verrekening (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005 (O&R nr. 33), nr. 479; N.E.D. Faber, annotatie JOR 2018/134 onder 4; A.J. Tekstra, Verrekening door de fiscus, Deventer: Kluwer 2011 (O&R nr. 62), p. 62; M.H.E. Rongen, annotatie JOR 2018/170; G.J.L. Bergervoet, Enkele aspecten van cash pooling bij (naderende) insolventie, in: De curator en het concern (Insolad Jaarboek 2017), p. 261-265; G.G. Boe-

De Hoge Raad heeft inmiddels het verlossende woord gesproken en geoordeeld dat de uitgebreide verrekeningsbevoegdheid niet in strijd is met artikel 53 Fw.⁶⁴ Het wederkerigheidsvereiste van artikel 53 Fw is geen dwingend recht. De Hoge Raad benadrukt dat vordering en schuld moeten zijn ontstaan voor de datum van faillietverklaring, althans moeten ontstaan uit voor de datum van faillietverklaring gesloten overeenkomsten.

Dit arrest past wat ons betreft in de lijn van rechtspraak van de Hoge Raad die we in dit artikel bespraken en die inhoudt dat het faillissement in beginsel geen invloed heeft op bestaande contractuele afspraken.

7 Afronding

De Hoge Raad heeft zich meermalen en duidelijk uitgesproken: het faillissement laat bestaande afspraken onverlet. Deze regel is als hoofdregel vervat in artikel 37 Fw. Wel bevat de Faillissementswet op onderdelen bepalingen die van invloed zijn op afspraken. De opzeggingsbepalingen van de artikelen 39 en 40 Fw zijn hier goede voorbeelden van. Ook het recht van de curator om passief te wanpresteren en het verbod op ‘over het graf’-clausules die louter door insolventie worden getriggert, getuigen van toch enige invloed van het faillissement op bestaande overeenkomsten. Veel is dus duidelijk, maar op deelonderwerpen is discussie nog mogelijk.

Dit dwingt schuldeisers die met een (dreigende) insolventie van hun schuldenaar te maken hebben om hun positie niet alleen aan de hand van het Burgerlijk Wetboek, maar ook aan de hand van de Faillissementswet te bepalen. Die Faillissementswet erkent het primaat van de overeenkomst, maar bevat tal van eigen regels die in acht moeten worden genomen. Deze regels worden door de Hoge Raad nog steeds verfijnd.

Omdat contracten in faillissement in beginsel voortbestaan, dient ook bij het opstellen van contracten rekening te worden gehouden met insolventierisico's. Daarbij is het belangrijk om zich te realiseren dat het voor ‘overleven’ van contractuele remedies belangrijk is om hen niet uitsluitend door insolventie, maar ook door andere omstandigheden (zoals bijvoorbeeld tekortschieten door de wederpartij) te ‘triggert’.

Het is als met de *Sagrada Familia*: de kathedraal is nog niet af, maar wel in gebruik genomen. De praktijk zal het dus moeten doen met wat er staat en daar haar contracten op in moeten richten.

ve, annotatie JIN 2017/199, onder 6; J.J. van Hees & A. Ourhis, Kroniek van het insolventierecht, NJB 2018/746, p. 1078; B.A. Schuijling, Verrekening, Mon. BW B40, 2019/63. Voorzichtig: R.M. Wibier, A.J. Tekstra, Verrekening door de fiscus, RM Themis 2012/5, p. 246

64. HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1789, RvdW 2019/1170.