

ringen van CTAC zijn afgewezen omdat (a) de overeenkomsten door CTAC bij brief zijn beëindigd en reeds daarom niet gestand konden worden gedaan, en (b) de gang van zaken na faillietverklaring en de gedragingen van curatoren hoe dan ook geen grond bieden voor het oordeel dat de overeenkomsten door curatoren gestand zijn gedaan. Zoals hiervoor al bleek, meen ik dat het oordeel van de rechtbank door deze twee gronden zelfstandig wordt gedragen. Voor het geval dat de rechtbank – in afwijking van de door hen voorgestane lezing – wordt geacht te hebben geoordeeld dat art. 37 Fw toepassing kan vinden, ondanks het feit dat de overeenkomsten op de dag van faillissement al waren beëindigd, bestrijdt onderdeel 1 dat oordeel als onjuist (of onvoldoende gemotiveerd, omdat de rechtbank dan op de essentiële stelling van curatoren met die strekking had moeten responderen). Voor wat betreft onderdeel 2 stellen curatoren voorop dat zij menen dat de rechtbank hun in feitelijke instantie gevoerde verweer, dat art. 37 Fw eist dat de curator een schriftelijke termijn wordt gesteld en dat CTAC dat niet heeft gedaan, in het midden heeft gelaten. Voor het geval in afwijking daarvan in de r.o. 4.6-4.10 (en m.n. de laatste alinea's van r.o. 4.8) toch een oordeel over het verweer van curatoren besloten zou liggen, wordt dat oordeel bestreden als onjuist en onvoldoende gemotiveerd. Onderdeel 3 van curatoren wordt ingesteld onder de (specifieke) voorwaarde dat het eerste onderdeel van het principale middel slaagt. Curatoren betogen met dit onderdeel in essentie dat de Hoge Raad in dat geval een nieuwe rechtsregel zou moeten formuleren, die erop neerkomt dat een regel zoals die van art. 37b Fw – die enkel voor nutsbedrijven geldt – ook (analoog) voor dwangcrediteuren als CTAC zou moeten gelden.

4.3 Mocht het oordeel van de rechtbank zo moeten worden gelezen dat de rechtbank weliswaar constateert dat de overeenkomsten zijn opgezegd en daardoor beëindigd, maar tegelijkertijd van oordeel is dat dat gegeven niet aan toepassing van art. 37 Fw in de weg staat, dan moet *onderdeel 1* slagen. Curatoren hebben immers gemotiveerd gesteld dat zij de overeenkomsten voor geëindigd mochten houden en meenden met CTAC te onderhandelen over voortzetting van de dienstverlening op andere titel dan de met referte aan art. 10.2 van de algemene voorwaarden opgezegde overeenkomsten. De rechtbank heeft dan ofwel miskend dat geëindigde overeenkomsten niet kunnen worden nagekomen of haar oordeel ontoereikend gemotiveerd.

4.4 *Onderdeel 2* slaagt m.i., omdat onjuist is het betoog van die klacht dat een overeenkomst niet op de voet van art. 37 Fw gestand kan worden gedaan, wanneer de curator niet met zoveel woorden een termijn is gesteld. De

redelijke termijn strekt ertoe de wederpartij tijdig duidelijkheid te verschaffen waar zij aan toe is: streeft de curator wel of geen nakoming na? Maar als de curator nakoming nastreeft, dan is ook de wederpartij tot nakoming gehouden.<sup>17</sup> Het lijkt mij dan ook nodeloos formalistisch om, wanneer de curator uit eigen beweging verklaart de overeenkomst gestand te willen doen, te oordelen dat dat rechtsgevolg ontbeert wanneer niet eerst door de wederpartij een termijn was gesteld.<sup>18</sup>

4.5 *Onderdeel 3* van het incidentele middel van curatoren is ingesteld onder de – meer specifieke – voorwaarde dat onderdeel 1 van het principale cassatiemiddel slaagt. Aan deze voorwaarde is, zoals hiervoor al bleek, m.i. niet voldaan. Reeds om deze reden kan het onderdeel niet aan de orde komen.

## 5 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het principale cassatieberoep.

## RI 2017/13

### HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

2 december 2016, nr. 16/00859

(Mrs. E.J. Numann, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, M.V. Polak; A-G mr. R.H. de Bock)

Art. 37 Fw; art. 6:212 BW

RvdW 2016/1239

NJ 2017/19

NJB 2016/2307

JWB 2016/437

AR 2016/3613

ECLI:NL:HR:2016:2729

ECLI:NL:PHR:2016:919

### Prejudiciële vraag. Gestanddoening overeenkomst. Ongerechtvaardigde verrijking.

**Heeft de curator een vordering voor hetgeen failliet voor faillissement heeft gepresteerd, indien hij de overeenkomst niet gestand doet?**

*Een aannemingsovereenkomst bepaalt dat bij opdracht tot meerwerk 25% van de meerwerkopdrachtsom mag worden gedeclareerd. Het resterende gedeelte dient te worden gedeclareerd bij het gereedkomen van het meerwerk. Er is een meerwerkopdracht verstrekt en een bedrag ter hoogte van 25% van de meerwerkopdrachtsom betaald. De aannemer heeft op grond van de op-*

<sup>17</sup> Vgl. T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, diss. Groningen, 2012, p. 99.

<sup>18</sup> Vgl. B. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring*. Deel 1, 2016, nrs. 2482 (p. 352-353).

dracht werkzaamheden verricht. Voordat de meerwerkopdracht geheel is uitgevoerd, gaat de aannemer failliet. De curator verklaart de overeenkomst niet gestand te doen. Hij vordert betaling van het resterende gedeelte van het voor het meerwerk verschuldigde bedrag op grond van nakoming van de overeenkomst, dan wel op grond van ongerechtvaardigde verrijking. Onder andere omdat in de literatuur en jurisprudentie onduidelijkheid bestaat over de reikwijdte van art. 37 lid 1 Fw en er voor wordt gepleit dat het recht blijft bestaan nakoming te vorderen van tegenprestaties voor vóór faillissementsdatum verrichte prestaties, heeft het hof prejudiciële vragen gesteld.

**HR:** Art. 37 Fw ziet op het geval dat de wederpartij na de faillietverklaring dient te presteren, terwijl de daarvoor verschuldigde tegenprestatie nog niet door de gefailleerde is voldaan. Het heeft niet tot gevolg dat de curator ook het recht verliest van de wederpartij de tegenprestatie te vorderen die op grond van de overeenkomst verschuldigd is geworden, doordat de gefailleerde reeds voor het faillissement een of meer prestaties heeft verricht. Het in art. 37 Fw bedoelde verlies van het recht van de curator op nakoming heeft dan ook alleen betrekking op de door de wederpartij te verrichten prestaties waarvoor de tegenprestatie door de gefailleerde nog verricht moet worden. Indien de gefailleerde een prestatie voor de faillietverklaring voor een deel heeft verricht en de wederpartij de tegenprestatie voor die prestatie contractueel nog niet verschuldigd is geworden, brengt de inhoud van de overeenkomst mee dat de tegenprestatie niet door de wederpartij verschuldigd is geworden. Als de curator de overeenkomst niet gestand doet, kan de wederpartij de overeenkomst ontbinden en ontstaat met betrekking tot het verrichte gedeelte van de prestatie een ongedaanmakingsvordering van de boedel op de wederpartij ten belope van de waarde van die verrichte prestatie. Laat de wederpartij de overeenkomst in stand, dan staat art. 37 Fw niet in de weg aan een vordering van de boedel uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking met betrekking tot het verrichte gedeelte van de prestatie. De inhoud van de overeenkomst kan aan zo'n vordering in de weg staan, wanneer de overeenkomst een vordering uitsluit of een rechtvaardiging bevat voor de aan de orde zijnde vermogensverschuiving. Het enkele feit dat de overeenkomst inhoudt dat tegenprestatie voor een prestatie eerst verschuldigd wordt na voltooiing van die prestatie, sluit een vordering uit de ongerechtvaardigde verrijking niet uit.

**Zie ook:**

- HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2744, RI 2017/12 (X/Borsboom en Van Root-selaar q.q.);
- HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2730, RI 2017/14 (X c.s./Peters q.q.);

- Hof 's-Hertogenbosch 16 februari 2016, RI 2016/59: deze zaak;
- Rb. Den Haag 18 juli 2012, RI 2012/102 (Peters q.q./X c.s.);
- S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet* (Serie Onderneming & Recht deel 2-1), Deventer: Wolters Kluwer 2016 (heruitgave Van der Feltz), MvT art. 37 Fw, p. 408-412.

**Zie anders:**

- Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1423, JOR 2014/146 (Woningborg/Daniëls q.q.).

**Wenk:**

In dit arrest en in het eveneens op 2 december 2016 gewezen, hiernavolgende arrest (RI 2017/14) heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de relatie tussen art. 37 Fw en een reeds voor datum faillissementsdatum de schuldenaar verrichte prestatie waarvoor de tegenprestatie op faillissementsdatum nog is verschuldigd. Uitgangspunt is dat art. 37 Fw alleen ziet op toekomstige prestaties: een nog door de wederpartij te verrichten prestatie, waarvoor de tegenprestatie ook nog door de gefailleerde verricht moet worden. Het artikel strekt tot bescherming van de wederpartij van de gefailleerde. Voorkomen dient te worden dat de curator nakoming van de wederpartij vordert, zonder dat zekerheid voor de wederpartij bestaat dat de boedel de tegenprestatie kan voldoen. In zoverre mist art. 37 Fw rechtstreekse toepassing in de casus van beide arresten die zien op door de schuldenaar voor datum faillissement al verrichte prestaties.

De Hoge Raad geeft aan, hoe met de casus van beide arresten om te gaan. Als de schuldenaar voor faillietverklaring zijn prestatie geheel (RI 2017/14) of gedeeltelijk (RI 2017/13) heeft verricht en de wederpartij heeft de tegenprestatie nog niet verricht, dan staat de niet-gestandoening door de curator in de zin van art. 37 Fw niet aan een eventuele vordering ter zake de tegenprestatie in de weg. De vraag is veeleer of op grond van de overeenkomst de tegenprestatie verschuldigd is. Zo ja (RI 2017/14), dan heeft de boedel een vordering tot nakoming op de wederpartij. Zo nee (RI 2017/13), dan is de vraag wat de curator doet. Doet hij de overeenkomst niet gestand, dan kan de wederpartij overgaan tot ontbinding daarvan. Daardoor ontstaan ongedaanmakingsverplichtingen, ook ter zake de prestatie die al door de schuldenaar voor faillissementsdatum is verricht. De boedel heeft dan een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling op de wederpartij ter waarde van de verrichte prestatie. De wederpartij kan de

overeenkomst ook in stand laten. In dat geval heeft de boedel in beginsel een vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking.

Uitgangspunt is dat een vordering van de boedel wordt erkend. Uit de toelichting op de wijziging van art. 37 Fw volgt immers dat niet beoogd is een wijziging te brengen in hetgeen waarop de boedel feitelijk aanspraak kan maken. Onder het oude recht vond bij niet-gestandoening automatisch ontbinding van de overeenkomst plaats en had de curator een vordering uit onverschuldigde betaling. Nu vindt geen automatische ontbinding meer plaats. De curator kan zijn vordering baseren op nakoming, onverschuldigde betaling (als wel ontbinding plaatsvindt) of ongerechtvaardigde verrijking.

Mogelijk is dat de overeenkomst zelf aan een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking in de weg staat. Het feit dat de tegenprestatie pas verschuldigd wordt na voltooiing van de door de schuldenaar te verrichten prestatie, sluit de vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking echter niet per definitie uit, aldus de Hoge Raad.

(J.A. Stal)

De Kopers, appellanten in hoger beroep, adv. in de prejudiciële procedure mr. R.J. van Galen, tegen

Mr. Lambertus Boudewijn Archibald van Logtestijn, curator in het faillissement van A Utiliteitsbouw B.V., geïntimeerde in hoger beroep, hierna: de Curator, adv. in de prejudiciële procedure mr. M. Littooi.

### Hoge Raad:

#### 1. *Het geding in feitelijke instanties*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de volgende stukken:

- a. het vonnis in de zaak 663655 CV 11-3619 van de kantonrechter te Bergen op Zoom van 6 juli 2011;
  - b. de vonnissen in de zaken 236527/HA ZA 11-1049 en 237333/HA ZA 11-1132 van de Rechtbank Breda van 1 augustus 2012 en 22 augustus 2012;
  - c. de arresten in de zaak HD 200.116.491/01 van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 18 maart 2014, 30 september 2014, 24 maart 2015 en 16 februari 2016.
- (...)

#### 2. *De prejudiciële procedure*

Bij laatstgenoemd arrest heeft het hof op de voet van art. 392 Rv de volgende hierna in 3.4 te vermelden prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld.

Beide partijen hebben schriftelijke opmerkingen als bedoeld in art. 393 lid Rv ingediend.

Na daartoe desgevraagd in de gelegenheid te zijn gesteld, hebben mr. S.M. Kingma en mr. J.H. van der Weide namens KPN B.V. (derde) op de voet van art. 393 lid 2 Rv schriftelijke opmerkingen ingediend.

Namens de Curator heeft mr. Littooi gereageerd op de schriftelijke opmerkingen.

De conclusie van de advocaat-generaal R.H. de Bock strekt tot beantwoording van de prejudiciële vraag als vermeld onder 3 van die conclusie.

De advocaat van de Kopers heeft bij brief van 23 september 2016 op die conclusie gereageerd.

### 3. *Beantwoording van de prejudiciële vragen*

3.1 Het gaat in deze procedure om het volgende.

(i) A B.V. (hierna: A) hield zich bezig met de bouw van onder meer woningen.

(ii) Woningborg N.V. (hierna: Woningborg) is een verzekeringsmaatschappij. Zij is aangesloten bij het Garantie Instituut Woningbouw (hierna: GIW). GIW stelt zich onder meer ten doel om de consument bescherming te bieden in geval van een faillissement van een bij GIW aangesloten ondernemer. A was door tussenkomst van Woningborg aangesloten bij GIW. Een bij GIW aangesloten ondernemer is verplicht om door GIW vastgestelde modelcontracten te gebruiken.

(iii) Tussen A en de Kopers zijn begin 2009 koop-/aannemingsovereenkomsten (hierna: de overeenkomsten) tot stand gekomen met betrekking tot de bouw door A van woningen in het plan 'Beymoerse Hoeve' te Halsteren. De overeenkomsten zijn opgesteld volgens het model 'Koop-/aannemingsovereenkomst voor appartementsrechten met toepassing van de GIW garantie- en waarborgregeling, overeenkomstig het model, vastgesteld door het GIW op 1 januari 2007'.

(iv) De overeenkomsten bevatten een termijnregeling voor de betaling. Met betrekking tot de betaling van meerwerk bepalen zij dat bij de opdracht daartoe 25% van de meerwerkopdrachtsom mag worden gedeclareerd en dat het resterende gedeelte dient te worden gedeclareerd bij het gereedkomen van het meerwerk dan wel bij de eerstkomende betalingstermijn daarna.

(v) De GIW garantie- en waarborgregeling 2007 bevat onder meer een 'insolventiewaarborg' die de garantierechtigde onder bepaalde voorwaarden aanspraak geeft op schade-loosstelling door de verzekeringsmaatschappij indien de ondernemer ten gevolge van insolventie in gebreke blijft om de verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst na te komen. Volgens de regeling machtigt de garantierechtigde door ondertekening van de overeenkomst de verzekeringsmaatschappij om in geval van insolventie van de ondernemer voor en namens

hem de gevolgen van de insolventie van de ondernemer te regelen, waaronder begrepen het voeren van onderhandelingen met de curator en het treffen van een afbouwregeling.

(vi) De Kopers hebben ieder een meerwerkopdracht aan A verstrekt. Zij hebben allen bij opdracht van het meerwerk aan A een bedrag ter hoogte van 25% van de meerwerkopdrachtsom betaald. A heeft op grond van de opdrachten werkzaamheden verricht.

(vii) A is op 3 november 2009 in staat van faillissement verklaard, met benoeming van de Curator als zodanig.

(viii) De Curator heeft desgevraagd in een e-mail van 11 november 2009 verklaard de overeenkomsten ten aanzien van de woningen van de Kopers niet gestand te doen.

(ix) Woningborg heeft vervolgens ervoor zorggedragen dat de nog niet verrichte werkzaamheden aan de woningen van de Kopers werden voltooid. De woningen zijn op 22 december 2009 aan de Kopers opgeleverd.

3.2 De Curator vordert in dit geding betaling van de Kopers van het resterende gedeelte van het voor het meerwerk verschuldigde bedrag, primair op grond van nakoming van de overeenkomsten, subsidiair op grond van ongerechtvaardigde verrijking.

3.3 Het hof heeft bij zijn tweede tussenarrest geoordeeld dat het ervoor moet worden gehouden dat A bij geen van de Kopers het meerwerk op de faillissementsdatum had voltooid (rov. 7.10). Het resterende gedeelte van het voor het meerwerk verschuldigde bedrag was daarom op die datum nog niet opeisbaar (rov. 7.11.1-7.12.1). Ook het voltooien van het meerwerk na de faillissementsdatum door een derde heeft het resterende gedeelte niet opeisbaar gemaakt, aldus het hof (rov. 7.12.2).

In zijn derde tussenarrest heeft het hof op grond van het vorenstaande geoordeeld dat de vordering niet toewijsbaar is op de primaire grondslag (rov. 10.2.2). Met betrekking tot de subsidiaire grondslag heeft het hof besloten prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen. Ter zake heeft het (in rov. 10.3.2) overwogen:

“Op grond van het in 1992 ingevoerde art. 37 lid 1 Fw wordt een wederkerige overeenkomst die zowel door de schuldenaar (A) als door zijn wederpartij [de Kopers] slechts gedeeltelijk is nagekomen en die door de curator niet gestand wordt gedaan, niet langer van rechtswege ontbonden. Dit was wel het geval ingevolge art. 37 (oud) Fw. Indien die wederpartij (de Kopers) niet kiest voor ontbinding, ontstaan er derhalve geen ongedaanmakingsverplichtingen als bedoeld in art. 6:272 BW. Derhalve ontstaat er dus ook op die grond geen verplichting tot vergoeding van de door de schuldenaar vóór de faillissementsdatum al verrichte werkzaamheden.

Art. 37 lid 1 Fw bepaalt voorts dat de curator het recht verliest om zijnerzijds nakoming van de overeenkomst te vorderen.

In de literatuur en jurisprudentie bestaat zeer veel onduidelijkheid over de reikwijdte van art. 37 lid 1 Fw. Daarbij wordt onder meer gepleit voor een restrictieve uitleg, in die zin dat het recht blijft bestaan om nakoming te vorderen van vóór de faillissementsdatum verrichte prestaties.

Zoals in het bovenstaande al overwogen, kunnen de onderhavige vorderingen van de curator tot nakoming alleen al niet worden toegewezen omdat deze op de faillissementsdatum nog niet waren ontstaan en ook daarna niet meer zijn ontstaan. In zoverre mist art. 37 lid 1 Fw hier rechtstreekse toepassing. Echter, het hof ziet zich gesteld voor de rechtsvraag of uit het wettelijke systeem dat: (a) niet langer leidt tot de hierboven genoemde ontbinding van rechtswege en (b) leidt tot het verlies van het recht om nakoming te vorderen, dient te worden begrepen dat de gestelde verrijking zoals hier aan de orde niet als ongerechtvaardigd kan worden bestempeld. Daarbij is naar het oordeel van het hof relevant of de door de Hoge Raad gegeven uitleg van art. 37 lid 1 Fw inhoudt dat ook indien er sprake is van al wel ontstane (al dan niet opeisbaar geworden) vorderingen tot betaling van vóór de faillissementsdatum verrichte werkzaamheden, een curator het recht verliest nakoming daarvan te vorderen.”

3.4 Op grond hiervan heeft het hof, nadat partijen zich daarover hadden uitgelaten, in zijn vierde tussenarrest de navolgende prejudiciële vragen gesteld:

“(a) Indien:

(i) een aannemer vóór de datum van zijn faillissement een deel van de op grond van een koop-/aannemingsovereenkomst met een consument overeengekomen (meerwerk) werkzaamheden heeft verricht,

(ii) de consument hiervoor slechts gedeeltelijk heeft betaald,

(iii) vervolgens de curator, nadat hem overeenkomstig art. 37 Fw door de consument een redelijke termijn daartoe is gesteld, de overeenkomst niet gestand doet,

(iv) en de consument niet voor ontbinding opteert, terwijl

(v) op basis van de koop-/aannemingsovereenkomst de betalingstermijn van die werkzaamheden pas verschuldigd is na het geheel voltooien van die werkzaamheden, geldt dan dat een verrijking van die consument als gevolg van genoemde werkzaamheden niet ongerechtvaardigd kan zijn, getuigd op de reikwijdte van art. 37 lid 1 Fw en op het gegeven dat die verrijking voortvloeit uit de overeengekomen termijnregeling?

(b) Maakt het voor de beantwoording van deze vraag verschil en zo ja in welke zin, indien punt (iv) wordt aangepast in die zin dat de consument opteert voor partiële ontbinding voor de toekomst?"

3.5.1 De vragen houden verband met de betekenis die art. 37 Fw heeft. Het eerste lid van deze bepaling houdt in dat 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, de curator het recht verliest zijnerzijds nakoming van de overeenkomst te vorderen. Het tweede lid bepaalt dat indien de curator zich wel tot nakoming van de overeenkomst bereid verklaart, hij verplicht is bij die verklaring voor deze nakoming zekerheid te stellen.

3.5.2 Art. 37 Fw strekt ertoe, blijkens zijn inhoud en de daarop gegeven toelichting, de wederpartij van de gefailleerde te beschermen tegen het risico dat zij loopt doordat na de faillietverklaring jegens haar nakoming kan worden gevorderd van haar verplichtingen uit hoofde van de wederkerige overeenkomst, terwijl zij geen zekerheid heeft dat de boedel de daartegenoverstaande, aan haar verschuldigde prestaties zal verrichten. Door de curator overeenkomstig deze bepaling een termijn te stellen om zich over de nakoming van de overeenkomst door de boedel uit te laten, kan zij dat risico vermijden. Indien de curator verklaart niet te zullen nakomen, verliest hij zijnerzijds het recht om nakoming te vorderen. (Desgewenst kan de wederpartij in dat geval zich door middel van een gehele of gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst bevrijden van haar verplichting tot het verrichten van de harerzijds nog verschuldigde prestaties, dan wel aanspraak maken op vervangende schadevergoeding; in beide gevallen kan de wederpartij voorts eventueel aanspraak maken op aanvullende schadevergoeding.) Indien de curator verklaart wel te zullen nakomen en overeenkomstig art. 37 lid 2 Fw zekerheid stelt, heeft de wederpartij zekerheid dat de curator zijnerzijds de nog verschuldigde prestaties zal verrichten dan wel dat zij voor het niet verrichten daarvan wordt schadeloosgesteld. (Vgl. Van der Feltz I, p. 409, en *Parl. Gesch. BW Wijziging Rv e.a.w.*, p. 387.)

3.5.3 Indien de gefailleerde ter uitvoering van een overeenkomst zoals bedoeld in art. 37 Fw vóór de faillietverklaring een prestatie heeft verricht, maar de wederpartij nog niet de daarvoor verschuldigde tegenprestatie, is art. 37 Fw naar zijn strekking niet van toepassing met betrekking tot deze tegenprestatie. Die bepaling ziet immers, zoals hiervoor in 3.5.2

overwogen, op het geval dat de wederpartij na de faillietverklaring dient te presteren terwijl de daarvoor verschuldigde tegenprestatie nog niet door de gefailleerde is voldaan. De in art. 37 lid 1 Fw bedoelde verklaring van de curator dat hij niet zal nakomen, heeft dan ook niet tot gevolg dat de curator ook het recht verliest om van de wederpartij de tegenprestaties te vorderen die op grond van de overeenkomst verschuldigd zijn geworden doordat de gefailleerde reeds vóór het faillissement een of meer prestaties heeft verricht. Dat zou ook niet te rechtvaardigen zijn, nu het hier gaat om een bate die, als tegenprestatie voor een reeds verrichte prestatie, de boedel zonder meer toekomt. Het in art. 37 Fw bedoelde verlies van het recht van de curator op nakoming heeft dan ook alleen betrekking op de door de wederpartij te verrichten prestaties waarvoor de tegenprestatie door de gefailleerde nog verricht moet worden.

3.5.4 Het vorenstaande volgt niet alleen uit de inhoud en strekking van art. 37 Fw, maar strookt ook met de geschiedenis van die bepaling. Voor 1992 bepaalde art. 37 Fw dat de daarin bedoelde wederkerige overeenkomsten van rechtswege werden ontbonden door het faillissement. Dit had tot gevolg dat de curator vergoeding kon verlangen voor prestaties die vóór het faillissement door de gefailleerde waren verricht, zulks op grond van onverschuldigde betaling. Uit de toelichting op de wijziging die art. 37 Fw in 1992 heeft ondergaan, blijkt niet dat beoogd zou zijn om wijziging te brengen in hetgeen waarop de boedel in dit verband feitelijk aanspraak kan maken. (Zie voor het voorgaande ook het arrest van de Hoge Raad van heden in zaak 15/01672, ECLI:NL:HR:2016:2730, rov. 3.4.2-3.4.5.)

3.6.1 Vraag (a) ziet op het zich in deze zaak voordoende geval dat de gefailleerde een prestatie vóór de faillietverklaring slechts voor een deel heeft verricht en in verband daarmee de wederpartij de tegenprestatie voor die prestatie contractueel nog niet verschuldigd is geworden, terwijl de curator heeft verklaard de overeenkomst niet gestand te doen, in verband waarmee de prestatie van de zijde van de boedel niet wordt voltooid (zie hiervoor in 3.4 bij vraag (a) onder (i), (iii) en (v)). In dat geval brengt reeds de inhoud van de overeenkomst mee dat, vanwege het niet voltooid zijn van de prestatie door de gefailleerde, de tegenprestatie niet door de wederpartij verschuldigd is geworden, zoals het hof zelf ook in zijn derde tussenarrest overweegt (in rov. 10.2.2 en 10.3.2, hiervoor in 3.3 aangehaald). Dat is dan dus niet een gevolg van het verlies door de curator van het recht om nakoming te vorderen ingevolge art. 37 lid 1 Fw.

3.6.2 In het hiervoor in 3.6.1 genoemde geval kan de wederpartij op grond van de verklaring

van de curator de overeenkomst ontbinden op de voet van art. 6:265 BW. In dat geval ontstaat met betrekking tot het verrichte gedeelte van de prestatie een ongedaanmakingsvordering van de boedel op de wederpartij ten belope van de waarde van die prestatie (art. 6:272 BW). In deze zaak hebben de wederpartijen (de Kopers) echter geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om de overeenkomst te ontbinden (zie hiervoor in 3.4 bij vraag (a) onder (iv)) en is dus niet een ongedaanmakingsvordering ontstaan.

3.6.3 Als de wederpartij ervoor kiest om de overeenkomst in stand te laten, staat in het hiervoor in 3.6.1 genoemde geval art. 37 Fw niet in de weg aan een vordering van de boedel uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking met betrekking tot het verrichte gedeelte van de prestatie. Deze bepaling heeft immers slechts de hiervoor in 3.5.2 en 3.5.3 genoemde beperkte strekking. De mogelijkheid van het kunnen instellen van die vordering strookt bovendien met de hiervoor in 3.5.4 weergegeven geschiedenis van art. 37 Fw. Voorheen hield die bepaling immers in dat de daarin bedoelde wederkerige overeenkomsten door het faillissement van rechtswege werden ontbonden, zodat de hiervoor in 3.6.2 genoemde ongedaanmakingsvordering van rechtswege ontstond. Uit de toelichting op de wijziging van die bepaling blijkt niet dat is beoogd verandering te brengen in hetgeen waarop de boedel aanspraak kan maken. Hiermee is in overeenstemming dat in geval de wederpartij niet overgaat tot ontbinding van de overeenkomst, de boedel thans in beginsel een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking toekomt met betrekking tot het verrichte gedeelte van de prestatie. Daaraan staat niet in de weg dat de overeenkomst blijft voortbestaan. Indien vaststaat dat de curator de overeenkomst niet gestand doet, is immers de verdere uitvoering van de overeenkomst in feite niet meer aan de orde.

3.6.4 Aan een vordering van de boedel uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking met betrekking tot het verrichte gedeelte van de prestatie kan eventueel wel de inhoud van de overeenkomst in de weg staan, namelijk wanneer deze een zodanige vordering uitsluit of wanneer deze een rechtvaardiging bevat voor de aan de orde zijnde vermogensverschuiving. Het enkele feit dat de overeenkomst inhoudt dat de tegenprestatie voor een prestatie eerst verschuldigd wordt na voltooiing van die prestatie, sluit echter een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking niet uit. Dat is slechts anders indien de overeenkomst niet slechts ertoe strekt het tijdstip van opeisbaarheid van de tegenprestatie te regelen, maar (ook) ertoe strekt dat bij het niet volledig voltooid zijn van de desbetreffende prestatie geen vergoeding door de wederpartij verschuldigd is.

3.6.5 In deze zaak is sprake van aannemingsovereenkomsten die strekken tot de bouw van een woning in opdracht van een natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, als bedoeld in art. 7:765 BW. De prestaties waartoe deze overeenkomsten verplichten – de bouw van een woning enerzijds en de betaling van de aanneemsom anderzijds – zijn daarin opgedeeld in verschillende, tegenover elkaar staande (deel)prestaties, te weten de diverse bouwwerkzaamheden en de termijnen van de aanneemsom. De opdracht tot het meerwerk en de betaling daarvan zijn op vergelijkbare wijze in die overeenkomsten geregeld (zie hiervoor in 3.1 onder (iv)). Deze contractuele regeling houdt in dat de termijnen van de aanneemsom, respectievelijk het restant (75%) van de meerwerkopdracht, eerst na voltooiing van de desbetreffende bouwfase of het meerwerk gefactureerd (kunnen) worden. Deze regeling is overeenkomstig het in art. 7:767 BW bepaalde, dat inhoudt dat de opdrachtgever slechts kan worden verplicht tot het doen van betalingen die, althans bij benadering, overeenstemmen met de voortgang van de bouw, welke bepaling strekt ter bescherming van de in art. 7:765 BW genoemde opdrachtgever en waarvan bij de hier aan de orde zijnde overeenkomsten niet in zijn nadeel kan worden afgeweken (art. 7:769 BW).

3.6.6 De hiervoor in 3.6.5 genoemde regeling en het in art. 7:767 BW bepaalde staan in het geval dat de aannemer een bouwfase of het meerwerk door faillissement niet kan voltooien en vaststaat dat de curator de verplichting daartoe niet gestand doet, niet in de weg aan een vordering van de boedel uit ongerechtvaardigde verrijking met betrekking tot het verrichte gedeelte van de onvoltooide bouwfase of van het onvoltooide meerwerk. De bestaansgrond van de met die bepaling beoogde bescherming van de opdrachtgever – kort gezegd: dat deze de bouw slechts beperkt hoeft te voorfinancieren (vgl. *Kamerstukken II* 1992/93, 23095, 3, p. 39) – doet zich in dat geval immers niet voor. Slechts in het hiervoor aan het slot van 3.6.4 genoemde geval is een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking wel uitgesloten.

3.6.7 Bij het vorenstaande maakt het geen verschil of de wederpartij van de gefailleerde de overeenkomst ontbindt wat betreft de nog te verrichten prestaties, zoals in vraag (b) aan de orde wordt gesteld. De overeenkomst blijft bij deze ontbinding immers in stand voor zover de prestaties zijn uitgevoerd en daarvoor blijft derhalve gelden wat hiervoor is overwogen.

3.6.8 Beide vragen moeten dus ontkennend worden beantwoord.

4. *Beslissing*  
De Hoge Raad:

beantwoordt de prejudiciële vragen op de wijze als hiervoor in 3.6.1-3.6.8 is vermeld;

begroot de kosten van deze procedure op de voet van art. 393 lid 10 Rv op € 1.800 aan de zijde van de Kopers en op € 1.800 aan de zijde van de Curator.

### Conclusie A-G mr. R.H. de Bock:

#### 1. Feiten en procesverloop

1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten:<sup>1</sup>

a. A Utiliteitsbouw B.V. (hierna: A) hield zich bezig met de bouw van kantoorgebouwen en woningen.

b. Woningborg N.V. (hierna: Woningborg) is een verzekeringsmaatschappij. Zij is aangesloten bij het Garantie Instituut Woningbouw (GIW). Het GIW stelt zich onder meer ten doel om de consument bescherming te bieden in geval van een faillissement van een bij het GIW aangesloten ondernemer. A was via Woningborg aangesloten bij het GIW. Een bij het GIW aangesloten ondernemer is verplicht door het GIW vastgestelde modelcontracten te gebruiken.

c. Tussen A en de Kopers (ieder afzonderlijk) zijn begin 2009 koop-/ aannemingsovereenkomsten tot stand gekomen ten behoeve van de bouw door A van woningen in het plan 'Beymoerse Hoeve' te Halsteren. De overeenkomsten zijn opgesteld volgens het model 'Koop-/ aannemingsovereenkomst voor appartementsrechten met toepassing van de GIW garanties waarborgregeling, overeenkomstig het model, vastgesteld door het GIW op 1 januari 2007' (hierna: de koop-/aannemingsovereenkomsten).

d. De koop-/aannemingsovereenkomsten bevatten een termijnenregeling voor de betaling. Voor de betaling van meerwerk bepaalde de overeenkomsten het volgende:

"9. Indien meerwerk overeengekomen wordt, zal de volgende betalingsregeling gelden:

— voor meerwerk geldt dat bij opdracht door de verkrijger 25% mag worden gedeclareerd door de ondernemer als vergoeding voor algemene en voorbereidende kosten. Het resterende gedeelte dient te worden gedeclareerd bij het gereedkomen van het meerwerk dan wel bij de eerst komende betalingstermijn daarna;  
(...)"

e. De GIW garantie- en waarborgregeling 2007 luidt onder meer als volgt:

"(...) *De insolventie waarborg Artikel 11*  
(...)"

11.3 Indien ten gevolge van insolventie de ondernemer in gebreke blijft om de verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst na te komen, wordt de garantierechtigde door de verzekeringsmaatschappij schadeloos gesteld met inachtneming van de volgende voorwaarden en bepalingen. De verzekeringsmaatschappij heeft bij de schadeloosstelling de keuze uit de volgende opties:

a. de verzekeringsmaatschappij betaalt de meerkosten voor de garantierechtigde voor het afbouwen van het huis c.q. het privé-gedeelte en gebouw ten opzichte van de oorspronkelijk overeengekomen (koop/) aanneemsom;

b. de verzekeringsmaatschappij betaalt de reeds door de garantierechtigde betaalde termijnen en overige betalingen ter zake van de verkrijging aan de garantierechtigde terug, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag der betaling tot de dag der voldoening.

11.4 De garantierechtigde machtigt door ondertekening van de overeenkomst de verzekeringsmaatschappij onherroepelijk en bij uitsluiting om ingeval van insolventie van de ondernemer voor en namens hem/haar de gevolgen van de insolventie van de ondernemer te regelen, waaronder begrepen het voeren van onderhandelingen met de curator en het treffen van een afbouwregeling.

Voorts is de verzekeringsmaatschappij gerechtigd om al die maatregelen te nemen met betrekking tot het in aanbouw zijnde huis c.q. privé-gedeelte/ gebouw die de verzekeringsmaatschappij nodig of nuttig oordeelt ter beperking of regeling van de schade."

f. De Kopers hebben ieder een meerwerkopdracht aan A verstrekt. Zij hebben allen bij opdracht van het meerwerk aan A een bedrag ter hoogte van 25% exclusief BTW van de meerwerkopdrachtsom betaald. A heeft op grond van de desbetreffende overeenkomsten meerwerk werkzaamheden verricht.

g. A is bij vonnis van de Rechtbank Breda van 3 november 2009 in staat van faillissement verklaard, met benoeming van mr. Van Logtestijn als curator.

h. De curator heeft desgevraagd bij mailbericht van 11 november 2009 aan Woningborg verklaard de koop-/aannemingsovereenkomsten ten aanzien van de woningen van de Kopers niet gestand te doen.

i. De curator heeft kopieën in het geding gebracht van de voor elk van de Kopers geldende eindfactuur tot betaling van de resterende 75% van het meerwerk.

j. Woningborg heeft er vervolgens voor zorg gedragen dat de nog niet verrichte werkzaamheden aan de woningen van de Kopers werden voltooid. De (privé-gedeelten van de) wonin-

<sup>1</sup> Ontleend aan rov. 4.1.1-4.1.12 van het arrest van Hof 's-Hertogenbosch van 18 maart 2014.

gen zijn op 22 december 2009 aan de Kopers opgeleverd.

k. Bij mailbericht van 28 mei 2010 heeft Woningborg aan de curator meegedeeld dat appellanten overeenkomstig de GIW-regeling aan Woningborg volmacht hebben gegeven de gevolgen van het faillissement van A te regelen, waaronder het treffen van een afbouwregeling en cessie van de vorderingen van de Kopers op A uit hoofde van de koop-/aannemingsovereenkomst ter zake van geleden en te lijden schade aan Woningborg. Door de schadeloosstelling van de Kopers in natura is Woningborg voorts gesubrogeerd in de rechten die de Kopers uit hoofde van de koop-/aannemingsovereenkomsten ten aanzien van A hadden.

l. Bij brief van 22 november 2010 heeft de curator onder meer het volgende geschreven aan Woningborg:

“(…)

De meerwerken waren voltooid. Om die reden zijn de slottermijnen van de meerwerken aan de Verkrijgers in rekening gebracht, zo is bij navraag gebleken. Hierdoor verzoek ik u namens de Verkrijgers binnen 8 dagen na dagtekening van deze brief te verklaren of zij – zo sprake zou zijn van toerekenbare tekortkomingen van gefailleerde (quod non) – opteren voor vervangende schadevergoeding dan wel voor partiële ontbinding in verband met de beweerde tekortkomingen.(…)”

m. De Kopers hebben bij brief van 6 januari 2011 onder meer het volgende aan de curator geschreven:

“(…)

Bovenaan p. 2 van uw brief d.d. 22 november 2010 vraagt u de verkrijgers nog mede te delen of zij opteren voor vervangende schadevergoeding dan wel partiële ontbinding. Ook hierin kan ik u niet goed volgen. Wat is in dit geval immers de zelfstandige betekenis van een partiële ontbinding, nu u gebruikt heeft gemaakt van het recht op wanprestatie en wanneer daarmee vaststaat dat u niet meer zult en hoeft na te komen en daarmee toerekenbaar tekort bent gekomen (en dus schadelijch bent) jegens de verkrijgers?

“(…)”

1.2 De curator heeft de Kopers gedagvaard voor de Rechtbank Breda en betaling gevorderd van de facturen ter zake het meerwerk, vermeerderd met rente en kosten. De curator baseerde zijn vordering primair op nakoming en subsidiair op onrechtvaardigde verrijking.

1.3 De rechtbank heeft bij vonnis van 1 augustus 2012, hersteld bij vonnis van 22 augustus 2012, de vordering van de curator toegewezen.

1.4 De Kopers zijn in hoger beroep gekomen van dit vonnis. Bij tussenarrest van 30 september

2014 heeft het Hof's-Hertogenbosch onder meer het volgende overwogen. Als al zou moeten worden geoordeeld dat de Kopers in hun brief aan de curator van 6 januari 2011 geen duidelijke keuze voor ontbinding hebben gemaakt, dan volgt in elk geval uit art. 6:88 lid 1 BW dat zij niet meer kunnen kiezen voor ontbinding en dat voor de Kopers de vordering tot schadevergoeding resteert (rov 7.8). Voorts overwoog het hof dat het ervoor moet worden gehouden dat A bij geen van de Kopers het meerwerk op faillissementsdatum had voltooid (rov. 7.10). In het licht van de termijnregeling in art. 5 lid 9 van de koop-/aannemingsovereenkomsten betekent dit dat de facturen voor het meerwerk noch op de factuurdatum noch op de faillissementsdatum (geheel of gedeeltelijk) opeisbaar waren (rov. 7.11.1-7.12.2). Voorts oordeelde het hof dat een eventuele toewijzing van de vorderingen van de curator hooguit betrekking kan hebben op het bedrag per Koper, dat de tegenprestatie vormt voor daadwerkelijk door A vóór de faillissementsdatum ten behoeve van die Koper verricht meerwerk (rov. 7.14.1). Het hof overweegt dat het voornemens is een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad te stellen, namelijk of een curator die een aannemingsovereenkomst niet gestand doet, op grond van art. 37 lid 1 Fw het recht verliest om nakoming te vorderen van betalingsverplichtingen voor termijnen die op de faillissementsdatum nog niet opeisbaar waren (rov. 7-15-7.18). Partijen zijn in de gelegenheid gesteld zich daarover uit te laten.

1.5 In zijn tussenarrest van 24 maart 2015 is het hof teruggekomen van de eerder voorgestelde prejudiciële vraag. Nu vaststaat dat op de faillissementsdatum het meerwerk bij geen van de Kopers was voltooid, kan van een recht op nakoming van de meerwerkfacturen alleen al om die reden geen sprake zijn. De in het vorige tussenarrest voorgelegde prejudiciële vraag behoeft dus geen beantwoording (rov. 10.2.2). Het hof oordeelt vervolgens:

“10.3.1. Het hof is echter nu voornemens een andere prejudiciële vraag aan de Hoge Raad voor te leggen. Daartoe overweegt het hof als volgt. De curator beroept zich subsidiair op onrechtvaardigde verrijking van [de Kopers] als gevolg van het door A vóór de faillissementsdatum verrichte meerwerk (onder meer conclusie van repliek nrs 25 tot en met 32 en memorie van antwoord nr. 42, zie ook tussenarrest r.o. 7.5.).

In dat kader rijst als eerste de rechtsvraag of geldt dat de gestelde verrijking niet onrechtvaardig kan zijn, gelet op de reikwijdte van art. 37 lid 1 Fw en op het gegeven dat die verrijking voortvloeit uit de overeengekomen termijnregeling.

10.3.2. In verband met eerstgenoemd punt overweegt het hof als volgt.



Op grond van het in 1992 ingevoerde art. 37 lid 1 Fw wordt een wederkerige overeenkomst die zowel dóór de schuldenaar (A) als door zijn wederpartij (De Krom c.s.) slechts gedeeltelijk is nagekomen en die door de curator niet gestand wordt gedaan, niet langer van rechtswege ontbonden. Dit was wel het geval ingevolge art. 37 (oud) Fw. Indien die wederpartij (de Kopers) niet kiest voor ontbinding, ontstaan er derhalve geen ongedaanmakingsverplichtingen als bedoeld in art. 6:272 BW. Derhalve ontstaat er dus ook op die grond geen verplichting tot vergoeding van de door de schuldenaar vóór de faillissementsdatum al verrichte werkzaamheden.

Art. 37 lid 1 Fw bepaalt voorts dat de curator het recht verliest om zijnerzijds nakoming van de overeenkomst te vorderen. In de literatuur en jurisprudentie bestaat zeer veel onduidelijkheid over de reikwijdte van art. 37 lid 1 Fw. Daarbij wordt onder meer gepleit voor een restrictieve uitleg, in die zin dat het recht blijft bestaan om nakoming te vorderen van vóór de faillissementsdatum verrichte prestaties.

Zoals in het bovenstaande al overwogen, kunnen de onderhavige vorderingen van de curator tot nakoming alleen al niet worden toegewezen omdat deze op de faillissementsdatum nog niet waren ontstaan en ook daarna niet meer zijn ontstaan. In zoverre mist art. 37 lid 1 Fw hier rechtstreekse toepassing. Echter, het hof ziet zich gesteld voor de rechtsvraag of uit het wettelijke systeem dat: (a) niet langer leidt tot de hierboven genoemde ontbinding van rechtswege en (b) leidt tot het verlies van het recht om nakoming te vorderen, dient te worden begrepen dat de gestelde verrijking zoals hier aan de orde niet als ongerechtvaardigd kan worden bestempeld. Daarbij is naar het oordeel van het hof relevant of de door de Hoge Raad gegeven uitleg van art. 37 lid 1 Fw inhoudt dat ook indien er sprake is van al wel ontstane (al dan niet opeisbaar geworden) vorderingen tot betaling van vóór de faillissementsdatum verrichte werkzaamheden, een curator het recht verliest nakoming daarvan te vorderen.”

Vervolgens formuleert het hof een prejudiciële vraag met betrekking tot de vraag of de vordering van de curator toewijsbaar is op grond van ongerechtvaardigde verrijking (rov. 10.3.4). Partijen zijn in de gelegenheid gesteld zich hierover uit te laten.

1.6 Bij arrest van 16 februari 2016 heeft het hof de volgende prejudiciële vraag aan de Hoge Raad voorgelegd:

(a) Indien:

(i) een aannemer vóór de datum van zijn faillissement een deel van de op grond van een

koop-/aannemingsovereenkomst met een consument overeengekomen (meerwerk) werkzaamheden heeft verricht,

(ii) de consument hiervoor slechts gedeeltelijk heeft betaald,

(iii) vervolgens de curator, nadat hem overeenkomstig art. 37 Fw door de consument een redelijke termijn daartoe is gesteld, de overeenkomst niet gestand doet,

(iv) en de consument niet voor ontbinding opteert, terwijl

(v) op basis van de koop-/aannemingsovereenkomst de betalingstermijn van die werkzaamheden pas verschuldigd is na het geheel voltooiën van die werkzaamheden, geldt dan dat een verrijking van die consument als gevolg van genoemde werkzaamheden niet ongerechtvaardigd kan zijn, gelet op de reikwijdte van art. 37 lid 1 Fw en op het gegeven dat die verrijking voortvloeit uit de overeengekomen termijnenregeling?

(b) Maakt het voor de beantwoording van deze vraag verschil en zo ja in welke zin, indien punt (iv) wordt aangepast in die zin dat de consument opteert voor partiële ontbinding voor de toekomst?

1.7 In de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad hebben de curator en de Kopers schriftelijke opmerkingen ingediend. Mrs. Kingma en Van der Weide hebben op de voet van art. 393 lid 2 Rv schriftelijke opmerkingen ingediend namens KPN B.V. als derde. De curator heeft zich uitgelaten over de schriftelijke opmerkingen.

## 2. *Inleiding tot de beantwoording van de prejudiciële vragen*

Art. 37 Fw

2.1 Eerst zal worden stilgestaan bij de vraag of de niet-gestandoening van een reeds ten dele door de schuldenaar uitgevoerde overeenkomst, op grond van art. 37 Fw tot gevolg heeft dat de curator het recht verliest nakoming te vorderen, ook voor zover het gaat om de verplichtingen van de wederpartij die de tegenprestatie vormen van de vóór datum faillissement reeds door de schuldenaar verrichte prestaties. Deze vraag is ook aan de orde in de cassatieprocedure *X c.s./Peters q.q.* waarin eveneens vandaag wordt geconcludeerd.<sup>2</sup> Ook in die zaak gaat het om het faillissement van een aannemer tijdens het bouwproces. Voorts is ook daar sprake van niet-gestandoening door de curator van de aannemingsovereenkomst en heeft Woningborg gezorgd voor afbouw van de woningen en de meerkosten daarvan gedragen, waartegenover de kopers de volledige aanneemsom aan Woningborg hebben voldaan. De overeenkomst was, net als in

<sup>2</sup> Zaaknr. 15/01672.

de onderhavige zaak, niet ontbonden door de kopers. Vervolgens heeft de curator jegens de kopers aanspraak gemaakt op betaling van de eerste termijn van de aanneemsom, als vergoeding voor het leggen van de begane grondvloeren door het bouwbedrijf vóór datum faillissement. In die zaak heb ik in mijn conclusie beargumenteerd dat art. 37 Fw restrictief moet worden uitgelegd, in die zin dat het recht op nakoming door de curator niet vervalt voor zover het gaat om de verplichtingen van de wederpartij die de tegenprestatie vormen van de vóór datum faillissement reeds door de schuldenaar verrichte prestaties. Art. 37 lid 1 Fw heeft dus alleen betrekking op toekomstige prestaties.

2.2 Een belangrijk verschil tussen de onderhavige zaak en de zaak *X c.s./Peters q.q.* is dat in de laatstgenoemde zaak de werkzaamheden waarvoor de curator betaling verzocht, op de faillissementsdatum waren voltooid. Uit de aannemingsovereenkomst vloeide voort dat de eerste termijn van de aanneemsom verschuldigd was na het gereedkomen van de ruwe begane grondvloer. Nu de aannemer die werkzaamheden feitelijk had uitgevoerd, stond vast dat de eerste termijn van de aanneemsom volgens de aannemingsovereenkomst verschuldigd was. De restrictieve uitleg van art. 37 Fw brengt dan mee dat ondanks niet-gestanddoening van de overeenkomst, de curator betaling van die eerste termijn kan vorderen. In de onderhavige zaak heeft het hof echter vastgesteld dat de werkzaamheden waarvoor betaling wordt gevorderd – afzonderlijk opgedragen meerwerk – niet waren afgerond op de faillissementsdatum (tussenarrest 30 september 2014, rov. 7.11.1-7.12.1). Derhalve geeft de aannemingsovereenkomst in beginsel geen aanspraak op betaling van de resterende 75% voor het meerwerk (art. 5 lid 9, zie bij de feitenvaststelling onder punt 1.1 sub d).

2.3 In de onderhavige zaak zijn partijen het erover eens dat art. 37 Fw restrictief moet worden uitgelegd. Niet alleen de curator maar ook de Kopers hebben zich in de procedure bij rechtbank en hof op het standpunt gesteld dat indien de meerwerkzaamheden wel zouden zijn afgerond op de faillissementsdatum, zij de resterende 75% van het bedrag voor het meerwerk aan de curator verschuldigd zouden zijn geweest, ook al heeft de curator de overeenkomst niet gestand gedaan (zie ook rov. 10.4.2 van het tussenarrest van 24 maart 2015).<sup>3</sup> Hierover bestaat in deze zaak dus geen discussie (zij het dat de curator van mening is dat de werkzaamheden wel waren afgerond, maar dit standpunt is door het hof verworpen in zijn tussenarrest van 30 september 2014). Overigens nemen de Kopers in hun schriftelijke opmerkingen naar

aanleiding van de prejudiciële vragen van het hof een ander standpunt in.<sup>4</sup> Voor de weerlegging van dat standpunt verwijs ik naar mijn conclusie in de zaak *X c.s./Peters q.q.*

2.4 Gezien het feit dat de werkzaamheden waarvan de curator betaling vordert niet waren afgerond op de faillissementsdatum en de aannemingsovereenkomst daarvoor dus geen aanspraak op betaling gaf, heeft het hof in zijn tussenarrest van 24 maart 2015 geoordeeld dat van een recht op nakoming alleen daarom al geen sprake kan zijn (rov. 10.2.2). Dit is voor het hof aanleiding geweest om af te zien van het stellen van de eerder voorgestelde prejudiciële vraag, over het recht op nakoming van de curator bij niet-gestanddoening van de overeenkomst in relatie tot art. 37 Fw.

2.5 Indien de aanvankelijk voorgestelde prejudiciële vraag (rov. 7.18 van het tussenarrest van 30 september 2014) zou zijn gesteld, zou ik hebben voorgesteld die als volgt te beantwoorden (vergelijk mijn conclusie in de zaak *X c.s./Peters q.q.*):

“De curator die een slechts gedeeltelijk nagekomen aannemingsovereenkomst niet gestand doet, verliest daarmee niet het recht om nakoming te vorderen van de verplichtingen van de wederpartij die de tegenprestatie vormen van de vóór datum faillissement reeds door de schuldenaar verrichte prestaties. Art. 37 Fw staat daaraan niet in de weg. Vereist is echter wel dat de aannemingsovereenkomst een vorderingsrecht geeft voor die tegenprestatie.”

Als ik het goed zie, komt dit antwoord inhoudelijk overeen met het standpunt dat zowel door de curator als door Kopers in de feitelijke instanties is ingenomen in de onderhavige zaak.

2.6 De meest eenvoudige oplossing van de onderhavige problematiek is te vinden in een vergelijkbare zaak van het Hof Arnhem-Leeuwarden.<sup>5</sup> Ook daar ging het om het faillissement van een aannemer tijdens de bouw, deed de curator de overeenkomst niet gestand en vorderde hij vervolgens betaling van een termijn van de aanneemsom. Volgens de in de aannemingsovereenkomst vastgelegde termijnenregeling was die termijn echter nog niet verschuldigd, omdat niet alle daarvoor vereiste werkzaamheden waren afgerond. Ook in deze zaak had de opdrachtgever de overeenkomst niet ontbonden. Ook het hof nam aan dat art. 37 Fw zo moet worden uitgelegd, dat het verlies van de curator om nakoming te vorderen bij niet-gestanddoening van de overeenkomst geen betrekking heeft op vorderingen die de tegenprestatie vormen van reeds vóór datum

<sup>4</sup> Schriftelijke opmerkingen Kopers, nr. 15.

<sup>5</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1423, *JOR* 2014/146 m.nt. Van Zanten en *TBR* 2014/158 m.nt. Cox en Ogg (*Woningborg/Daniëls q.q.*).

<sup>3</sup> Memorie van grieven, punt 69. Vergelijk antwoordakte na tussenarrest Kopers van 25 november 2014, punt 13.

faillissement door de schuldenaar verrichte prestaties. Het hof gaat echter een stap verder en lijkt – helemaal duidelijk is dit niet<sup>6</sup> – van oordeel te zijn dat art. 37 Fw ook kan worden toegepast op vorderingen die op het moment van faillietverklaring volgens de aannemingsovereenkomst nog niet zijn verschuldigd. Het hof vindt daarvoor een aanknopingspunt in art. 7:763, slotzin, BW. Die bepaling ziet op de tussentijdse beëindiging van de aannemingsovereenkomst bij overlijden of arbeidsongeschiktheid van de aannemer. In dat geval is de opdrachtgever voor de reeds verrichte arbeid en gemaakte kosten een naar redelijkheid en met inachtneming van alle omstandigheden te bepalen vergoeding verschuldigd. Analoog hieraan, zo redeneert het hof, moet ook hier tussentijds worden afgerekend en is de opdrachtgever een vergoeding verschuldigd voor de werkzaamheden die vóór het faillissement zijn verricht, ook al is de factuur voor de betreffende termijn nog niet verschuldigd.

2.7 De uitspraak is in de literatuur gemengd ontvangen. Volgens Leeuwenberg en Schimmelpenninck spreekt de uitkomst aan en is het ‘inlezen’ van een finale termijn overeenstemmend met de stand van het werk bij faillissement, systematisch beter te verteren dan de anders resterende weg van de ongerechtvaardigde verrijking.<sup>7</sup> Van Zanten stelt echter dat met het oordeel van het hof niet kan worden ingestemd.<sup>8</sup> Hij wijst erop dat de uitspraak van het hof tot gevolg heeft dat een vordering wordt gecreëerd die de schuldenaar buiten faillissement niet zou hebben gehad. Dit is in strijd met het beginsel dat overeenkomsten door het faillissement niet worden aangetast. Volgens Van Zanten is ingrijpen van de wetgever noodzakelijk, namelijk door de curator een bijzonder ontbindingsrecht toe te kennen. Een andere mogelijkheid zou zijn, zo stelt Van Zanten, de herinvoering van een regeling als neergelegd in art. 37 (oud) Fw, op grond waarvan iedere verklaring van niet gestanddoening leidde tot een *ex nunc* ontbinding van rechtswege (zie daarover mijn conclusie in de zaak *X c.s./Peters q.q.* onder punt 2.8).<sup>9</sup>

2.8 De door het Hof Arnhem-Leeuwarden gekozen route lijkt mij inderdaad dogmatisch minder juist. In het geval de aannemingsovereenkomst zelf niet voorziet in een vorderingsrecht omdat de werkzaamheden waarvan betaling wordt gevorderd nog niet zijn afgerond en

de betreffende termijn nog niet is verschuldigd, ligt het niet in de rede om na faillissement de curator met toepassing van art. 37 Fw wél zo'n vorderingsrecht te geven. Uitgangspunt is immers dat het faillissement op zichzelf geen wijziging brengt in de verbintenissen die voortvloeien uit een door de failliet aangegane overeenkomst.<sup>10</sup> Dit betekent dat met het uitspreken van het faillissement contracten in beginsel niet worden beëindigd of gewijzigd. Een afwikkeling van de aannemingsovereenkomst op de door het Hof Arnhem-Leeuwarden voorziene wijze is daarmee niet goed te rijmen. Weliswaar voorziet art. 7:763 BW in een tussentijdse beëindiging van de aannemingsovereenkomst in twee specifiek genoemde gevallen, overlijden of arbeidsongeschiktheid van de aannemer. Het faillissement van de aannemer staat daar echter niet bij. Kortom, indien op grond van de overeenkomst geen vorderingsrecht bestaat op faillissementsdatum kan de curator niet door zich enkel te beroepen op art. 37 Fw betaling vorderen van vóór het faillissement verrichte werkzaamheden.

#### Termijnstelling ex art. 6:88 BW

2.9 Een tweede verschil tussen de onderhavige zaak en de zaak *X c.s./Peters q.q.* is dat er in de onderhavige zaak vanuit moet worden gegaan dat, nadat de curator de Kopers op de voet van art. 6:88 BW een termijn heeft gesteld en zij naar aanleiding daarvan geen keuze hebben gemaakt, de Kopers niet langer aanspraak (kunnen) maken op nakoming of ontbinding van de overeenkomst. Voor hen resteert slechts een aanspraak op schadevergoeding, zo overweegt het hof (tussenarrest 30 september 2014, rov. 7.8). Dit is anders dan in de zaak *X c.s./Peters*, waarin geen termijnstelling had plaatsgevonden en de kopers, na het niet gestand doen van de overeenkomst door de curator, geen keuze hadden gemaakt voor een bepaald rechtsmiddel. Juist daardoor is een afwikkeling van de aannemingsovereenkomsten achterwege gebleven.

2.10 Art. 6:88 BW geeft de schuldenaar de mogelijkheid om de schuldeiser een termijn te stellen waarbinnen deze moet laten weten wat hij precies verlangt, op straffe van verval van een aantal rechtsmiddelen. Zo vervalt het recht op nakoming en het recht op ontbinding. Het recht op schadevergoeding blijft bestaan. Dit

6 Het hof overweegt namelijk ook dat ‘anders’ sprake zou zijn van ongerechtvaardigde verrijking van de opdrachtgever (rov. 4.6).

7 R.M. Leeuwenburgh & R.J. Schimmelpenninck, ‘Gevolgen niet-gestanddoening voor betaling voor reeds verrichte werkzaamheden’, *Terecht Bouwrecht* 2015/6.4.

8 Van Zanten in zijn noot onder het arrest in *JOR* 2014/146.

9 Zaaknr. 15/01672.

10 Vgl. Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de faillissementswet*, *Van der Feltz I*, p. 409. Vaste rechtspraak sinds HR 31 december 1909, Wv. 8957 (*Op den Ende/De Haan Hugenholz q.q.*). Zie recentelijk HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*); HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, NJ 2014/407 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*ABN Amro/Berzona*) en HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:665, RvdW 2016/546 (*Curator/Heineken*).

recht op schadevergoeding kan zowel aanvullende als vervangende schadevergoeding betreffen.<sup>11</sup>

2.11 In het onderhavige geval heeft de curator de Kopers met zijn brief van 22 november 2010 de termijn van art. 6:88 BW gesteld. Nu de Kopers in hun brief van 6 januari 2011 niet hebben gekozen voor ontbinding, resteert voor hen de vordering tot schadevergoeding, zo heeft het hof vastgesteld. Aangenomen moet worden dat het hier gaat op een aanspraak op vervangende schadevergoeding (eventueel in combinatie met aanvullende schadevergoeding), zodat sprake is van omzetting van de oorspronkelijke verbintenis van de aannemer in een verbintenis tot schadevergoeding. Vergelijk de memorie van toelichting bij art. 37 Fw (...):<sup>12</sup>

“Lid 1. Het nieuwe eerste lid vat de eerste zin en het eerste deel van de tweede zin van het huidige eerste lid in één bepaling samen. Volgens deze bepaling verliest de curator het recht nakoming te vorderen als hij zich niet binnen de hem gestelde redelijke termijn bereid verklaart de overeenkomst gestand te doen. Derhalve wordt het huidige stelsel van ontbinding van rechtswege verlaten. Er is geen reden waarom de wederpartij niet ook in geval van faillissement de keuze zou worden gelaten of hij, indien de curator niet wil nakomen, gehele of gedeeltelijke ontbinding met aanvullende schadevergoeding *dan wel vervangende schadevergoeding* wenst. De bevoegdheid tot ontbinding of tot omzetting in een vordering tot vervangende schadevergoeding komt hem toe terstond nadat de termijn ongebruikt is verstreken en daardoor vaststaat dat de curator zijnerzijds niet zal nakomen; men zie ook de artikelen 6.1.6.10 onder a en 6.1.8.5. De curator kan zich zekerheid omtrent de bedoelingen van de wederpartij verschaffen door aan deze de termijn van artikel 6.1.8.13 (art. 6:88 BW, A-G) te stellen. (...)

Omgekeerd kan de curator, als deze niet tot nakoming bereid is, aan de wederpartij de termijn van artikel 6.1.8.13 (art. 6:88 BW, A-G) stellen. Reageert deze niet, dan zal zij geen nakoming meer kunnen vragen, maar wel vervangende schadevergoeding, waarbij de eventuele schade die de boedel (...) lijdt, in mindering zullen moeten worden

gebracht door verrekening overeenkomstig artikel 53. (...)”

De wetgever zag dus na niet-gestanddoening door de curator drie opties voor de wederpartij: geheel ontbinden van de overeenkomst, gedeeltelijk ontbinden van de overeenkomst of omzetting van de overeenkomst in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding. Gegeven het feit dat de eerste twee keuzes zijn vervallen voor de Kopers, blijft over de omzetting in vervangende schadevergoeding. Hierbij moet worden bedacht dat de wetgever voor ogen heeft gestaan dat (ook) bij niet-gestanddoening van de overeenkomst door de curator op de voet van art. 37 Fw, op enige wijze afwikkeling van de overeenkomst zou plaatsvinden. Ik ben daarop uitvoerig ingegaan in mijn conclusie in de zaak *X c.s./Peters q.q.*<sup>13</sup> Met het volgen van een van de drie geschetste routes wordt dat doel bereikt.

#### Vervangende schadevergoeding

2.12 Bij omzetting van de primaire verbintenis van de schuldenaar in een verbintenis tot vervangende schadevergoeding blijft – in het geval dat sprake is van een wederkerige overeenkomst – de verplichting tot het verrichten van de eigen prestatie aan de zijde van de schuldeiser bestaan.<sup>14</sup> Als de schuldeiser van die verplichting ontslagen had willen worden, had gekozen moeten worden voor (partiële) ontbinding van de overeenkomst, al dan niet met aanvullende schadevergoeding.<sup>15</sup> Daartegenover staat echter dat de schuldeiser aanspraak heeft op *volledige* vervangende schadevergoeding. Die aanspraak op ‘volledige vervangende schadevergoeding’ betekent dat de schuldeiser hetgeen hij reeds ontvangen heeft van de schuldenaar, dient te restitueren.<sup>16</sup> De schuldeiser wijst door het vorderen van vervangende schadevergoeding immers de prestatie af; dit treft ook hetgeen reeds is gepresteerd.<sup>17</sup> Voor zover het gaat om een prestatie die naar zijn aard niet ongedaan kan worden gemaakt, treedt daarvoor een verbintenis tot waardevergoeding in de plaats (art. 6:272 BW).

2.13 Voor de onderhavige zaak betekent dit het volgende. De curator kan aanspraak maken op de volledige aanneemsom van de Kopers (=A). Daartegenover staat echter dat de Kopers

<sup>13</sup> Zaak *X c.s./Peters q.q.*, zaaknr. 15/06172, onder punt 2.7 e.v.

<sup>14</sup> *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 302; *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1\** 2012/403; *GS Verbintenissenrecht* (Katan), art. 6:87 BW aant. 7; *T&C BW (Olthof)*, art. 6:87 BW, aant. 3.

<sup>15</sup> *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1\** 2012/403.

<sup>16</sup> *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p. 1038.

<sup>17</sup> M.M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming* (2007), p. 144 voetnoot 91. Zie ook *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1\** 2012/403; *GS Verbintenissenrecht (Broekema-Engelen)*, art. 6:74 BW, aant. 48 en conclusie A-G Wis-sink onder 2.30 voor HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684, NJ 2012/684 m.n.t. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*G4/Hanzestbeleggingen*).

<sup>11</sup> *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:88 BW aant. 5.3.1 en aant. 6.9 (Van Cassel-Van Zeeland).

<sup>12</sup> MvT, Invoeringswet Boeken 3-6 Nieuw B.W. eerste gedeelte, bevattende wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de rechterlijke organisatie en de Faillissementswet, *Kamerstukken II*, 16593, 3, p. 141 en p. 143.

jegens de boedel aanspraak hebben op vergoeding van de vervangingswaarde van de prestatie die hen uit hoofde van de aannemingsovereenkomst zou worden geleverd (=B). In beginsel zal die waarde even hoog zijn als de aanneemsom. De Kopers moeten restitueren wat zij reeds hebben ontvangen, de deels afgebouwde woningen. Omdat dat niet mogelijk is, zullen zij de waarde daarvan moeten vergoeden (=C). Die waarde zal moeten worden bepaald aan de hand van de stand van het werk ten tijde van de faillietverklaring. Dat bedrag moet in mindering worden gebracht op de schadevergoeding waarop zij recht hebben. De curator heeft dus recht op A en de Kopers op B-C. Deze bedragen kunnen met elkaar worden verrekend op grond van art. 53 Fw. Op deze manier kan de overeenkomst worden afgewikkeld, waarmee 'uitbalanceren' plaatsvindt van de prestaties die over en weer zijn verricht.

#### Involed termijnregeling aannemingsovereenkomst?

2.14 Tegen de hiervoor uiteengezette benadering kan worden ingebracht dat deze leidt tot een doorkruising van de termijnregeling, zoals deze is opgenomen in de koop-/aannemingsovereenkomsten. *De facto* is het resultaat immers dat de curator aanspraak krijgt op betaling voor werkzaamheden waarvoor in het geval dat er geen faillissement was geweest, de aannemer géén recht zou hebben gehad (vergelijk hiervoor bij punt 2.8). In de door mij gekozen benadering wordt deze finale afrekening echter gerechtvaardigd door het leerstuk van vervangende schadevergoeding. Op die manier is dogmatisch inpasbaar dat de curator een vorderingsrecht heeft dat de aannemer zonder faillissement niet zou hebben gehad.

2.15 In dit verband is door de Kopers ook betoogd dat het afrekenen naar de stand van het werk in strijd is met art. 7:767 BW, althans met de bedoeling van de wetgever met deze bepaling.<sup>18</sup> Dit bezwaar deel ik niet. Art. 7:767 BW houdt in dat de opdrachtgever (consument) slechts kan worden verplicht tot het doen van betalingen die, althans bij benadering, overeenstemmen met de voortgang van de bouw of met de waarde van de aan hem overgedragen goederen. Deze bepaling strekt ertoe de gehoudenheid van de opdrachtgever tot voorfinanciering te beperken.<sup>19</sup> Bij een afwikkeling van de aannemingsovereenkomst zoals hiervoor is voorgesteld, is echter geen sprake van voorfinanciering. Het doel is immers om af te rekenen naar de stand van het werk op faillissementsdatum.

18 Antwoordakte na tussenaarrest Kopers van 25 november 2014, nr. 11-13.

19 *Kamerstukken II 1992/93, 23095, 3, p. 39. Voorts Asser/Van den Berg 7-VI 2013/185.*

2.16 De mogelijkheid bestaat dat de tussen partijen gesloten overeenkomst een bepaling bevat die tussentijdse afrekening, zoals hiervoor is voorgesteld, uitsluit. Zo'n bepaling zou er wel aan in de weg kunnen staan dat wordt afgerekend. Het is een kwestie van uitleg om vast te stellen of de overeenkomst een dergelijk beding bevat.<sup>20</sup>

#### Aanvullende schadevergoeding; verrekening

2.17 Uit het onder 2.13 gegeven rekenschema zou kunnen worden afgeleid dat er in een geval als het onderhavige voor de curator een bedrag overblijft voor de boedel. Maar dat hoeft niet het geval te zijn. Veelal zal namelijk een beroep op verrekening worden gedaan in verband met schade die geleden wordt door de niet-nakoming van de aannemingsovereenkomst. Ook in het onderhavige geval hebben de Kopers aanspraak gemaakt op aanvullende schadevergoeding en zich ter zake op verrekening beroepen.<sup>21</sup> De Kopers hebben daarbij gewezen op de meerkosten die zij hebben moeten maken voor de afbouw van de woningen. Overigens is het ook denkbaar die meerkosten te rekenen onder de vervangende schadevergoeding, omdat het de kosten zijn die gemoeid zijn met het verkrijgen van een prestatie die de oorspronkelijke prestatie vervangt (vergelijk punt 2.13). Een andere schadepost kan in een geval als het onderhavige bestaan uit vertragingschade, doordat de woningen later worden opgeleverd. Ook kan worden gedacht aan schade die het gevolg is van de omstandigheid dat door het faillissement de koper een eventuele aanspraak uit hoofde van een garantie- of aansprakelijkheidsbepaling niet meer geldend kan maken.<sup>22</sup> De curator heeft de tegenvordering van de Kopers bestreden, omdat de meerkosten voor de afbouw van de woningen zijn vergoed door Woningborg. Het hof zal daarover nog moeten beslissen.

#### Ongerechtvaardigde verrijking

2.18 De prejudiciële vraag van het hof komt er in de kern op neer of er plaats is voor toepassing van het leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking in een geval als hier aan de orde is. Op grond van hetgeen hiervoor uiteen is gezet meen ik dat daaraan weinig praktische betekenis toekomt, omdat de overeenkomsten kunnen worden afgewikkeld met toepassing

20 Vergelijk Hof Amsterdam 23 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO9293, rov. 3.15-3.16.

21 O.m. memorie van grieven nr. 136 en 144.

22 P. Vermeij, 'Beëindiging van de overeenkomst van aanneming van werk: opzegging, beëindiging in onvoltooid staat en ontbinding'. In: *TBR* 2010/212, met verwijzing naar een uitspraak van de Raad van Arbitrage van 15 juli 2009, no. 28.888.

van de rechtsregels die gelden voor vervangen-de schadevergoeding en verrekening. Als wordt aangenomen dat die route kan worden gevolgd, is de vraag of tevens sprake is van ongerechtvaardigde verrijking van theoretische aard. Hetzelfde geldt in het geval dat geen omzetting of ontbinding van de overeenkomst plaatsgevonden, maar wel sprake is van een op de faillissementsdatum reeds bestaande vordering die de tegenprestatie vormt van een reeds vóór datum faillissement verrichte prestatie van de schuldenaar. Ook dan is de vraag of tevens sprake is van ongerechtvaardigde verrijking, louter van theoretische aard. De door mij bepleite restrictieve uitleg van art. 37 Fw brengt immers mee dat het recht op nakoming van de curator niet vervalt voor zover het gaat om de verplichtingen van de wederpartij die de tegenprestatie vormen van de vóór datum faillissement reeds door de schuldenaar verrichte prestaties, mits daarvoor een vorderingsrecht bestaat uit hoofde van de aannemingsovereenkomst.<sup>23</sup> In de meeste gevallen is toepassing van het leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking dus weinig relevant. Alleen indien er én geen vorderingsrecht is van de curator in verband met een vóór datum faillissement verrichte (voltooide) prestatie van de schuldenaar én de wederpartij geen keuze heeft gemaakt voor ontbinding of omzetting (en de curator dat ook niet heeft afgedwongen), komt de vordering tot schadevergoeding wegens ongerechtvaardigde verrijking in beeld. Slechts dan heeft de curator geen andere grondslag om de wederpartij aan te spreken tot betaling voor gedeeltelijk uitgevoerde werkzaamheden.

2.19 Voor een vordering wegens ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) moet zijn voldaan aan de volgende voorwaarden. Er moet sprake zijn van een verrijking bij de een ten koste van de ander (a); de opgetreden verrijking dient ongerechtvaardigd te zijn (b) en het vergoeden van schade door de ongerechtvaardigde verrijkte moet redelijk zijn (c). De vraagstelling van het hof spitst zich toe op voorwaarde (b), is de verrijking ongerechtvaardigd, zodat ik daarop eerst zal ingaan.

2.20 Een verrijking is ongerechtvaardigd indien voor de vermogensverschuiving geen redelijke oorzaak, geen rechtvaardigingsgrond aanwezig is.<sup>24</sup> Dat kan zich voordoen, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis, indien de vermogensverschuiving noch op een rechtshandeling berust noch krachtens de wet door de verkrijger

mag worden behouden.<sup>25</sup> Of aan deze voorwaarden is voldaan, is vaak lastig te beantwoorden.<sup>26</sup>

2.21 Verdedigd zou kunnen worden dat in het onderhavige geval de verrijking van de Kopers berust op de aannemingsovereenkomst en om die reden niet als ongerechtvaardigd is aan te merken.<sup>27</sup> Het is immers de in de aannemingsovereenkomst neergelegde termijnregeling die ertoe leidt dat de curator geen vorderingsrecht heeft voor verrichte werkzaamheden (in het onderhavige geval: omdat het meerwerk nog niet was afgerond). Deze benadering lijkt mij minder juist. De termijnregeling geeft een betalingsschema gedurende de bouwwerkzaamheden, maar veronderstelt dat de werkzaamheden worden voltooid. De termijnregeling pakt nu zo uit dat er een voordeel van de koper ontstaat, maar de regeling is natuurlijk niet met dat doel in de overeenkomst opgenomen. Anders gezegd: met de termijnregeling is niet beoogd de wederpartij een voordeel in de schoot te werpen.<sup>28</sup> Het is dan ook moeilijk te verdedigen dat de verrijking van de wederpartij gerechtvaardigd wordt door de overeenkomst. Daarbij komt dat het consumentbeschermende aspect van de termijnregeling gelegen is in de gehoudenheid van de opdrachtgever tot voorfinanciering te voorkomen (vgl. onder punt 2.15). Die bescherming wordt niet doorkruist door een voortijdige afrekening tussen partijen van hun uit de aannemingsovereenkomst voortvloeiende wederzijdse verplichtingen. Slechts indien een aannemingsovereenkomst zo moet worden uitgelegd, dat partijen met de termijnregeling hebben beoogd om geen ruimte te laten voor een schadevergoeding als hier aan de orde, moet worden aangenomen dat de verrijking van de wederpartij gerechtvaardigd wordt door de overeenkomst. In een enigszins vergelijkbare situatie (tussentijdse beëindiging van de werkzaamheden door de aannemer, maar buiten faillissement) overwoog het Hof Amsterdam dat noch uit de tekst van de aannemingsovereenkomst noch uit de inhoud van de strekking van die overeenkomst viel af te

25 *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 829 e.v.

26 *GS Verbintenisrecht* (Scheltema), artikel 212 Boek 6 BW, aant. 6.1. Zie over ongerechtvaardigde specifiek in bouwgeschillen, M.W. de Hoon, 'Ongerechtvaardigde verrijking in bouwgeschillen', *TBR* 2008/153.

27 Zo zijn Cox en Ogg de mening toegedaan dat ongerechtvaardigde verrijking niet de juiste weg is omdat daarmee de bestaande overeenkomst wordt doorbroken, zie hun noot in *TBR* 2014/158 bij Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1423, *JOR* 2014/146 m.nt. Van Zanten (*Woningborg/Daniëls q.q.*).

28 Vgl. HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986, *NJ* 2012/495 m.nt. FMJV (*Ponzi scheme*), rov. 3.7.2 en A-G Rank-Berenschot in haar conclusie voor HR 11 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:395, *RvdW* 2016/395 onder 2.24 (*Ponzi scheme II*). Vergelijk ook HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9234, *NJ* 2007/21 m.nt. PvS (*Smit/Van Hees q.q.*).

23 Zie mijn conclusie in de zaak *X c.s./Peters q.q.*, nr. 15/01672.

24 *Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-IV 2015/465.

leiden dat partijen met de regeling van de betalingsvoorwaarden hadden beoogd om geen ruimte te laten voor een schadevergoeding van de aannemer.<sup>29</sup> De vordering uit ongerechtvaardigde verrijking werd dan ook toegewezen. Deze benadering lijkt mij de juiste. Het komt dan dus aan op uitleg van de overeenkomst, aan de hand van de Haviltex-maatstaf.

2.22 Voorts rijst de vraag of de vermogensverschuiving ten gunste van de wederpartij wordt gerechtvaardigd krachtens de wet, namelijk door art. 37 Fw.<sup>30</sup> Ook die vraag moet naar mijn mening ontkennend worden beantwoord. Zoals uiteen is gezet in mijn conclusie in de zaak *X c.s./Peters q.q.* is de wetgever er vanuit gegaan dat bij niet-gestanddoening door de curator op de voet van art. 37 Fw, partijen op een of andere manier tot een afwikkeling van de overeenkomst zouden komen.<sup>31</sup> Vanuit die veronderstelling is destijds afgestapt van het stelsel van ontbinding van de overeenkomst *ex nunc*, zoals onder art. 37 Fw (oud) het geval was. Zo'n afwikkeling van de overeenkomst zou hebben geleid tot het 'uitbalanceren' van de wederzijdse prestaties van partijen. Er zou dan juist *geen* vermogensverschuiving plaatsvinden: tegenover de door de failliet verrichte prestaties zou immers evenredige betaling door de wederpartij komen te staan. Tegen deze achtergrond kan niet worden gezegd dat art. 37 Fw ertoe strekt een vermogensverschuiving van failliet naar wederpartij te rechtvaardigen.

2.23 Uit het voorgaande volgt dat het *niet* zo is dat een verrijking van de opdrachtgever/ koper van een woning in een geval als het onderhavige, ten koste van een verarming van de failliet c.q. de boedel, niet ongerechtvaardigd kan zijn. Dat is wel het geval. De verrijking wordt niet steeds gerechtvaardigd door (de termijnregeling in de) overeenkomst en ook niet door de wet. De prejudiciële vraag dient dus ontkennend te worden beantwoord.

2.24 Het is overigens wel van belang te signaleren dat de vraag of sprake is van verrijking van de koper, pas beantwoord kan worden *nadat* op de vordering tot vergoeding van de waarde van de werkzaamheden waarvoor nog niet is betaald, in mindering is gebracht de schade die de koper heeft geleden door het faillissement, en dan met name de meerkosten die hij heeft moeten maken doordat een derde de woning

heeft moeten afbouwen. Vergelijk het arrest HR 22 juni 2007, *NJ* 2007/451 (B/C):<sup>32</sup>

"In dit geval van indirecte verrijking zou voor een op art. 6:212 BW gebaseerde vordering slechts plaats zijn tot ten hoogste het positieve saldo dat mogelijk resteert nadat de overeengekomen aanneemsom (f 250.000) is verminderd met hetgeen van die aanneemsom reeds is voldaan (f 72.922,38) en met hetgeen B nog aan C verschuldigd mocht zijn in verband met de ontbinding van de overeenkomst, alsmede met de kosten die B als opdrachtgever aan een derde verschuldigd werd voor het voltooien van het huis. Van een zodanig positief saldo is evenwel geen sprake, nu in cassatie moet worden uitgegaan van de juistheid van het oordeel van het hof dat die kosten meer hebben bedragen dan de aanneemsom."

Het gaat er dus om of de koper *per saldo* is bevoordeeld. Om dat vast te stellen zal niet alleen moeten worden gekeken naar de waarde van de prestatie waarvoor nog niet is betaald (de door A verrichte meerwerkzaamheden), maar ook naar de schade die aan de zijde van de Kopers bestaat. Daarvoor verwijks ik naar punt 2.17.

#### Partiële ontbinding

2.24 Het hof vraagt zich ten slotte nog af of het voor de beantwoording van de prejudiciële vraag verschil maakt en zo ja in welke zin, indien punt (iv) van de vraag wordt aangepast in die zin dat de consument opteert voor partiële ontbinding voor de toekomst.<sup>33</sup>

2.25 Art. 6:270 BW bepaalt dat een gedeeltelijke ontbinding een evenredige vermindering inhoudt van de wederzijdse prestaties in hoeveelheid of hoedanigheid. Een gedeeltelijke ontbinding kan zowel bestaan in een inhoudelijke als temporele vermindering. Gedeeltelijke ontbinding heeft tot gevolg dat de overeenkomst met een gewijzigde inhoud voortleeft. Voor het ontbonden deel zijn partijen van hun verbintenissen bevrijd.<sup>34</sup> Kiest de schuldeiser voor partiële ontbinding, dan blijft de schuldeiser zijn tegenprestatie verschuldigd voor de prestatie van de schuldenaar die hij wenst te behouden en ter zake waarvan de overeenkomst niet wordt ontbonden. Het ligt in de rede dat in een

<sup>29</sup> Hof Amsterdam 23 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO9293, rov. 3.15-3.16.

<sup>30</sup> Zo stelt Van Hees in zijn noot onder Rb. Den Haag 18 juli 2012, *JOR* 2012/308 (*X c.s./Peters q.q.*) toepassing van het leerstuk ongerechtvaardigde verrijking voor de onderhavige problematiek 'ongeluk' te vinden.

<sup>31</sup> Zie mijn conclusie voor *X c.s./Peters q.q.*, zaaknr. 15/01672, onder punt 2.9 en 2.10.

<sup>32</sup> HR 22 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1519, *NJ* 2007/451 (*Hulshof/De Haan*).

<sup>33</sup> Deze vraag is kennelijk ingegeven door de opmerking van De Krom c.s. in hun akte na tussenarrest van 28 april 2015, onder punt 14: "Naar het oordeel van De Krom c.s. brengt dit mee dat de bepalingen van de aannemingsovereenkomst, waaronder de bepaling dat een aannemingsstermijn pas verschuldigd is op het moment dat deze geheel is gepresteerd, ingeval van een partiële ontbinding ook gewoon intact blijven."

<sup>34</sup> *T&C BW (Olthof)*, artikel 6:270, aant. 2. Zie over de gedeeltelijke ontbinding voorts *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2014/694 e.v. en *Asser/Hijma 7-1\** 2013/528 e.v.

geval als het onderhavige de wederpartij/koper kiest voor partiële ontbinding in temporele zin, aldus dat partijen voor de toekomst van hun prestaties zijn bevrijd. De failliet hoeft dan geen verdere werkzaamheden meer te verrichten, waartegenover de wederpartij voor dat gedeelte geen betaling meer is verschuldigd. Zijn betalingsverplichting voor reeds verrichte werkzaamheden blijft echter gewoon in stand. De aannemingsovereenkomst bestaat dus nog steeds, maar met een gewijzigde (verminderde) inhoud.<sup>35</sup>

2.26 In de keuze voor de gedeeltelijke ontbinding die een evenredige vermindering van de wederzijdse prestaties inhoudt, ligt eigenlijk al besloten dat de termijnenregeling zijn effect verliest. De keuze om een gedeeltelijk verrichte prestatie te behouden – en de overeenkomst voor het overige te ontbinden – impliceert dat de tegenprestatie ook evenredig wordt verminderd (en verschuldigd en opeisbaar wordt); die tegenprestatie is dan immers niet langer verbonden aan het verrichten van de gehele prestatie (waarna op grond van de termijnenregeling een termijn verschuldigd of opeisbaar zou zijn), maar aan de gedeeltelijke prestatie die reeds is verricht. Dit zou alleen dan anders kunnen zijn, indien de overeenkomst zo moet worden uitgelegd, dat partijen hebben afgezien van de mogelijkheid van een evenredige afrekening bij partiële ontbinding van de overeenkomst.

2.27 Ook hier geldt dat de wederpartij het recht behoudt om een eventuele schadevordering als gevolg van de tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst te verrekenen met de vordering van de curator tot betaling van de in stand gebleven betalingsverplichting. Verwezen zij naar hetgeen is opgemerkt bij punt 2.17.

2.28 Als de wederpartij na niet-gestanddoening door de curator de aannemingsovereenkomst partieel ontbindt, in die zin dat partijen voor de toekomst van hun verbintenissen zijn ontheven, vindt afwikkeling van de reeds verrichte prestaties plaats op de hiervoor aangegeven wijze. In dat geval heeft een eventuele vordering wegens ongerechtvaardigde verrijking weinig praktische betekenis. Uitbalanceren van de verrichte prestaties vindt immers reeds plaats op een andere grondslag.

<sup>35</sup> Vgl. Asser/Hijma 7-I\* 2013/529; Art. 6:270 BW geeft aan dat de gedeeltelijke ontbinding – evenals overigens de gehele ontbinding – gekenmerkt wordt door haar evenredige karakter. Het adjectief 'evenredig' verwijst naar het contractuele synallagma, het wederkerigheidsverband dat partijen hebben gekozen en waarin zij hun onderlinge waarderingen tot uitdrukking hebben gebracht. Dat synallagma zal bij een gedeeltelijke ontbinding worden gereduceerd, maar mag niet worden verschoven of bijgesteld. De vraag naar het contractuele synallagma behoort tot die van de (redelijke) uitleg van de overeenkomst.

### 3. Slotsom

De conclusie strekt tot beantwoording van de prejudiciële vraag in de volgende zin.

(a) Indien:

- (i) een aannemer vóór de datum van zijn faillissement een deel van de op grond van een koop-/aannemingsovereenkomst met een consument overeengekomen (meerwerk) werkzaamheden heeft verricht,
  - (ii) de consument hiervoor slechts gedeeltelijk heeft betaald,
  - (iii) vervolgens de curator, nadat hem overeenkomstig art. 37 Fw door de consument een redelijke termijn daartoe is gesteld, de overeenkomst niet gestand doet en
  - (iv) de consument niet voor ontbinding opteert, terwijl
  - (v) op basis van de koop-/aannemingsovereenkomst de betalingstermijn van die werkzaamheden pas verschuldigd is na het geheel voltooiën van die werkzaamheden, dan geldt dat een verrijking van die consument als gevolg van genoemde werkzaamheden ongerechtvaardigd kan zijn. De reikwijdte van art. 37 Fw staat daar niet aan in de weg. Ook de in de aannemingsovereenkomst overeengekomen termijnenregeling hoeft daarvoor geen beletsel te vormen.
- (b) Indien de consument voor partiële ontbinding kiest en voorwaarde (iv) in de vraagstelling dus niet geldt, wordt in beginsel niet toegekomen aan een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking.

### RI 2017/14

#### HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

2 december 2016, nr. 15/01672

(Mrs. E.J. Numann, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, M.V. Polak; A-G mr. R.H. de Bock)

Art. 37 Fw

RvdW 2016/1235

NJ 2017/20

JWB 2016/432

NJB 2016/2298

ECLI:NL:PHR:2016:921

ECLI:NL:HR:2016:2730

#### Gestanddoening overeenkomst.

**Heeft de curator een vordering voor hetgeen failliet voor faillissement heeft gepresteerd, indien hij de overeenkomst niet gestand doet?**

*Een aannemingsovereenkomst bepaalt dat bij gereedkomen van de ruwe begane grondvloer 20% van de aanneemsom verschuldigd is. Na het gereedkomen van de ruwe begane grondvloer zendt*



geval als het onderhavige de wederpartij/koper kiest voor partiële ontbinding in temporele zin, aldus dat partijen voor de toekomst van hun prestaties zijn bevrijd. De failliet hoeft dan geen verdere werkzaamheden meer te verrichten, waartegenover de wederpartij voor dat gedeelte geen betaling meer is verschuldigd. Zijn betalingsverplichting voor reeds verrichte werkzaamheden blijft echter gewoon in stand. De aannemingsovereenkomst bestaat dus nog steeds, maar met een gewijzigde (verminderde) inhoud.<sup>35</sup>

2.26 In de keuze voor de gedeeltelijke ontbinding die een evenredige vermindering van de wederzijdse prestaties inhoudt, ligt eigenlijk al besloten dat de termijnenregeling zijn effect verliest. De keuze om een gedeeltelijk verrichte prestatie te behouden – en de overeenkomst voor het overige te ontbinden – impliceert dat de tegenprestatie ook evenredig wordt verminderd (en verschuldigd en opeisbaar wordt); die tegenprestatie is dan immers niet langer verbonden aan het verrichten van de gehele prestatie (waarna op grond van de termijnenregeling een termijn verschuldigd of opeisbaar zou zijn), maar aan de gedeeltelijke prestatie die reeds is verricht. Dit zou alleen dan anders kunnen zijn, indien de overeenkomst zo moet worden uitgelegd, dat partijen hebben afgezien van de mogelijkheid van een evenredige afrekening bij partiële ontbinding van de overeenkomst.

2.27 Ook hier geldt dat de wederpartij het recht behoudt om een eventuele schadevordering als gevolg van de tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst te verrekenen met de vordering van de curator tot betaling van de in stand gebleven betalingsverplichting. Verwezen zij naar hetgeen is opgemerkt bij punt 2.17.

2.28 Als de wederpartij na niet-gestanddoening door de curator de aannemingsovereenkomst partieel ontbindt, in die zin dat partijen voor de toekomst van hun verbintenissen zijn ontheven, vindt afwikkeling van de reeds verrichte prestaties plaats op de hiervoor aangegeven wijze. In dat geval heeft een eventuele vordering wegens ongerechtvaardigde verrijking weinig praktische betekenis. Uitbalancering van de verrichte prestaties vindt immers reeds plaats op een andere grondslag.

<sup>35</sup> Vgl. Asser/Hijma 7-I\* 2013/529; Art. 6:270 BW geeft aan dat de gedeeltelijke ontbinding – evenals overigens de gehele ontbinding – gekenmerkt wordt door haar evenredige karakter. Het adjectief 'evenredig' verwijst naar het contractuele synallagma, het wederkerigheidsverband dat partijen hebben gekozen en waarin zij hun onderlinge waarderingen tot uitdrukking hebben gebracht. Dat synallagma zal bij een gedeeltelijke ontbinding worden gereduceerd, maar mag niet worden verschoven of bijgesteld. De vraag naar het contractuele synallagma behoort tot die van de (redelijke) uitleg van de overeenkomst.

### 3. Slotsom

De conclusie strekt tot beantwoording van de prejudiciële vraag in de volgende zin.

(a) Indien:

- (i) een aannemer vóór de datum van zijn faillissement een deel van de op grond van een koop-/aannemingsovereenkomst met een consument overeengekomen (meerwerk) werkzaamheden heeft verricht,
  - (ii) de consument hiervoor slechts gedeeltelijk heeft betaald,
  - (iii) vervolgens de curator, nadat hem overeenkomstig art. 37 Fw door de consument een redelijke termijn daartoe is gesteld, de overeenkomst niet gestand doet en
  - (iv) de consument niet voor ontbinding opteert, terwijl
  - (v) op basis van de koop-/aannemingsovereenkomst de betalingstermijn van die werkzaamheden pas verschuldigd is na het geheel voltooiën van die werkzaamheden, dan geldt dat een verrijking van die consument als gevolg van genoemde werkzaamheden ongerechtvaardigd kan zijn. De reikwijdte van art. 37 Fw staat daar niet aan in de weg. Ook de in de aannemingsovereenkomst overeengekomen termijnenregeling hoeft daarvoor geen beletsel te vormen.
- (b) Indien de consument voor partiële ontbinding kiest en voorwaarde (iv) in de vraagstelling dus niet geldt, wordt in beginsel niet toegekomen aan een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking.

### RI 2017/14

#### HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

2 december 2016, nr. 15/01672

(Mrs. E.J. Numann, C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, M.V. Polak; A-G mr. R.H. de Bock)

Art. 37 Fw

RvdW 2016/1235

NJ 2017/20

JWB 2016/432

NJB 2016/2298

ECLI:NL:PHR:2016:921

ECLI:NL:HR:2016:2730

#### Gestanddoening overeenkomst.

**Heeft de curator een vordering voor hetgeen failliet voor faillissement heeft gepresteerd, indien hij de overeenkomst niet gestand doet?**

*Een aannemingsovereenkomst bepaalt dat bij gereedkomen van de ruwe begane grondvloer 20% van de aanneemsom verschuldigd is. Na het gereedkomen van de ruwe begane grondvloer zendt*

de aannemer geen factuur. Vervolgens gaat de aannemer failliet, voordat hij het resterende deel van het werk afrondt. De curator verklaart de overeenkomst niet gestand te doen. Hij vordert van de opdrachtgevers betaling van de eerste 20% van de aanneemsom op grond van nakoming van de aannemingsovereenkomst, dan wel ongerechtvaardigde verrijking. De rechtbank wijst de vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking toe. Het hof bekrachtigt het vonnis en acht de vordering uit hoofde van nakoming toewijsbaar.

HR: Art. 37 Fw ziet op het geval dat de wederpartij na de faillietverklaring dient te presteren, terwijl de daarvoor verschuldigde tegenprestatie nog niet door de gefailleerde is voldaan. Het artikel dient ter bescherming van de wederpartij. Het is naar zijn strekking niet van toepassing indien de schuldenaar voor faillietverklaring een prestatie heeft verricht en de wederpartij nog niet de daarvoor verschuldigde tegenprestatie. De in art. 37 Fw bedoelde verklaring van de curator dat hij de overeenkomst niet gestand zal doen, heeft niet tot gevolg dat de curator ook het recht verliest van de wederpartij de tegenprestatie te vorderen die op grond van de overeenkomst verschuldigd is geworden, doordat de gefailleerde reeds voor het faillissement een of meer prestaties heeft verricht. Een en ander volgt niet alleen uit inhoud en strekking van art. 37 Fw, maar ook uit de geschiedenis van de bepaling. Onder het oude recht had de curator in zo een geval een vordering uit onverschuldigde betaling. Uit de toelichting op de wijziging volgt dat niet beoogd is een wijziging te brengen in hetgeen waarop de boedel feitelijk aanspraak kan maken. Het hof heeft terecht geoordeeld dat de vordering van de boedel niet is vervallen door zijn verklaring dat hij de aannemingsovereenkomst niet na zal komen.

#### Zie ook:

- HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2744, RI 2017/12, (CTAC/Borsboom en Van Rootselaar q.q.);
- HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2729, RI 2017/13 (X c.s./Van Logtestijn q.q.);
- Hof 's-Hertogenbosch 16 februari 2016, RI 2016/59 (X c.s./Van Logtestijn q.q.);
- Rb. Den Haag 18 juli 2012, RI 2012/102 (deze zaak);
- S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet* (Serie Onderneming & Recht deel 2-1), Deventer: Wolters Kluwer 2016 (heruitgave Van der Feltz), MvT art. 37 Fw, p. 408-412.

#### Zie anders:

- Hof Arnhem-Leeuwarden, 25 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1423, JOR 2014/146 (Woningborg/Daniëls q.q.).

#### Wenk:

Zie de Wenk onder HR 2 december 2016, RI 2017/13.

(J.A. Stal)

De kopers, eisers tot cassatie, adv. aanvankelijk mr. D. Rijpma en mr. A. van Staden ten Brink, thans mr. D. Rijpma,

tegen

Paul Johan Peters, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Roos Bouw B.V., verweerder in cassatie, adv. mr. B. Winters en mr. R.L.M.M. Tan.

#### Hoge Raad:

##### 1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

a. de vonnissen in de zaak 404988/HA ZA 11-2540 van de Rechtbank 's-Gravenhage van 14 december 2011 en 18 juli 2012;

b. het arrest in de zaak 200.118.023/01 van het Gerechtshof Den Haag van 30 december 2014.

(...)

##### 2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof hebben de kopers beroep in cassatie ingesteld. (...)

De curator heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal R.H. de Bock strekt tot vernietiging.

De advocaat van de kopers en de advocaat van de curator hebben ieder bij brief van 23 september 2016 op die conclusie gereageerd.

##### 3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Roos Bouw B.V. (hierna: Roos Bouw) hield zich tot haar faillissement onder meer bezig met het bouwen van woningen. Omstreeks september of oktober 2006 heeft zij met de kopers (in sommige gevallen: met rechtsvoorgangers van hen) koop-/aannemingsovereenkomsten (hierna: de aannemingsovereenkomsten) gesloten voor de bouw van 27 herenwoningen in het nieuwbouwplan 'Nieuw Saksen' te Sassenheim, welk plan in totaal 38 herenwoningen omvatte.

(ii) De woningen zijn verkocht met GIW-waarborgcertificaten. De daarvan deel uitmakende waarborg- en garantieregeling wordt uitgevoerd door Woningborg N.V. (hierna: Woningborg).

(iii) Op grond van de aannemingsovereenkomsten is de eerste termijn van 20% van de aanneemsommen verschuldigd 'na het gereed-

komen van de ruwe begane grondvloer'. In juli 2007 zijn de ruwe begane grondvloeren door Roos Bouw gelegd. Aan de kopers van 11 woningen in het project zijn facturen gezonden tot betaling van de eerste termijn van 20% van de aanneemsom, maar niet aan de kopers.

(iv) Op 18 september 2007 is Roos Bouw in staat van faillissement verklaard met benoeming van de curator als zodanig.

(v) Na het faillissement van Roos Bouw hebben de kopers Woningborg aangesproken uit hoofde van de door Woningborg verstrekte waarborgcertificaten. Woningborg heeft namens de kopers aan de curator bij brief van 19 september 2007 een termijn gesteld als bedoeld in art. 37 Fw om te kennen te geven of hij de aannemingsovereenkomsten gestand wilde doen. De curator heeft kenbaar gemaakt de overeenkomsten niet gestand te zullen doen.

(vi) Vervolgens heeft Woningborg gekozen voor een schadeloosstelling aan de kopers als bedoeld in de GIW Garantie- en Waarborgregeling, dat wil zeggen dat zij de meerkosten van het afbouwen van de woningen voor de kopers heeft betaald. In verband daarmee hebben Woningborg en de kopers omstreeks februari 2008 afbouwovereenkomsten gesloten met een andere aannemer, waarbij is overeengekomen dat de kopers ieder de eerste termijn van hun oorspronkelijk met Roos Bouw overeengekomen aanneemsom aan Woningborg zullen voldoen en dat Woningborg de kopers zal vrijwaren voor aanspraken van de curator. De kopers hebben die eerste termijnen daadwerkelijk aan Woningborg betaald.

(vii) De curator heeft de kopers gesommeerd om de eerste termijn van de aanneemsom aan hem te betalen, op de grond dat de ruwe begane grondvloer in juli 2007 is gereed gekomen. De kopers hebben niet aan deze sommatie voldaan.

3.2 De curator vordert in dit geding van de kopers betaling van de eerste termijn van de met Roos Bouw overeengekomen aanneemsom. Grondslag van zijn vordering is primair nakoming van de aannemingsovereenkomsten en subsidiair onder meer ongerechtvaardigde verrijking.

3.3 De rechtbank heeft de vordering toegewezen op de meer subsidiaire grondslag. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank met verbetering van gronden bekrachtigd. Het heeft de vordering toewijsbaar geoordeeld op de primaire grondslag. Daartoe heeft het, samengevat weergegeven, als volgt overwogen.

Volgens de letterlijke tekst van art. 37 Fw is elke nakomingsvordering uitgesloten als de curator de overeenkomst niet gestand doet. Uit de wetsgeschiedenis van deze, uit 1992 daterende, bepaling kan echter niet worden afgeleid dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om ook in het geval waarin de failliet vóór de

faillietverklaring al heeft gepresteerd, de curator de nakomingsvordering uit handen te slaan. Integendeel, de bronnen duiden erop dat niet is beoogd om op dit punt de voordien geldende regeling te wijzigen waarin de curator deze vordering had. (rov. 5.1) Voor het bestaan van deze vordering pleiten ook andere argumenten (rov. 5.2-5.5). Art. 37 Fw moet dan ook zo worden uitgelegd dat het verbod om nakoming te vorderen geen betrekking heeft op de vordering tot nakoming van de tegenprestatie waarvoor de failliet vóór de faillietverklaring de prestatie al heeft verricht (rov. 5.6).

Dit betekent dat de curator nakoming van de tegenprestatie kan vorderen voor het gedeelte van de werkzaamheden dat reeds vóór de faillietverklaring is verricht. Daarvoor is echter wel nodig dat zowel de prestatie als de tegenprestatie deelbaar zijn en zich in evenredige delen laten splitsen. (rov. 6) Deze splitsing hebben de kopers en de failliet zelf in hun overeenkomst gemaakt door steeds wanneer een gedeelte van het werk was verricht een gedeelte van de aanneemsom opeisbaar te verklaren. Aldus hebben zij de prestatie en de tegenprestatie gesplitst in gedeelten die, naar mag worden aangenomen, een zekere mate van evenredigheid vertonen. De tot en met het gereed komen van de begane grondvloeren verrichte werkzaamheden komen volgens partijen zelf overeen met 20% van de aanneemsom. (rov. 7) De werkzaamheden aan de woning waren zover gevorderd dat Roos Bouw vóór de faillietverklaring 20% van de aanneemsom had kunnen vorderen. In haar voetspoor kan de curator dit thans ook. (rov. 8)

De kopers hebben in beginsel het recht om zich te beroepen op verrekening van het door hen verschuldigde gedeelte van de aanneemsom met een vordering tot schadevergoeding. Daarvoor is echter nodig dat zij een vordering tot schadevergoeding hebben, dat zij deze vordering ter verificatie hebben ingediend, en dat zij aan de curator een verrekeningsverklaring hebben uitgebracht. Klaarblijkelijk is de voor de vordering tot vervangende schadevergoeding benodigde schriftelijke omzettingsverklaring echter niet uitgebracht, evenmin als de voor verrekening vereiste verrekeningsverklaring. Voorts hebben de kopers niet aannemelijk gemaakt dat zij schade hebben geleden en dat hen dus een schadevergoedingsvordering toekomt, noch hebben zij deze vordering ter verificatie ingediend. (rov. 9)

3.4.1 Onderdeel 1 richt zich tegen het oordeel van het hof in rov. 5.1-5.6 dat art. 37 Fw zo moet worden uitgelegd dat het verbod om nakoming te vorderen geen betrekking heeft op de vordering tot nakoming van de tegenprestatie waarvoor de failliet vóór de faillietverklaring de prestatie al heeft verricht. Volgens het onderdeel houdt art. 37 Fw in dat de curator

het recht verliest nakoming van een wederkerige overeenkomst te vorderen indien hij de overeenkomst niet gestand doet, óók indien het gaat om een vordering tot nakoming van (een deel van) de tegenprestatie waartegenover de failliet vóór de faillietverklaring (een deel van) de prestatie al heeft verricht.

3.4.2 Het onderdeel stelt de betekenis van art. 37 Fw aan de orde. Het eerste lid van deze bepaling houdt in dat 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, de curator het recht verliest zijnerzijds nakoming van de overeenkomst te vorderen. Het tweede lid bepaalt dat indien de curator zich wel tot nakoming van de overeenkomst bereid verklaart, hij verplicht is bij die verklaring voor deze nakoming zekerheid te stellen.

3.4.3 Art. 37 Fw strekt ertoe, blijkens zijn inhoud en de daarop gegeven toelichting, de wederpartij van de gefailleerde te beschermen tegen het risico dat zij loopt doordat na de faillietverklaring jegens haar nakoming kan worden gevorderd van haar verplichtingen uit hoofde van de wederkerige overeenkomst, terwijl zij geen zekerheid heeft dat de boedel de daartegenoverstaande, aan haar verschuldigde prestaties zal verrichten. Door de curator overeenkomstig deze bepaling een termijn te stellen om zich over de nakoming van de overeenkomst door de boedel uit te laten, kan zij dat risico vermijden. Indien de curator verklaart niet te zullen nakomen, verliest hij zijnerzijds het recht om nakoming te vorderen. (Desgewenst kan de wederpartij in dat geval zich door middel van een gehele of gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst bevrijden van haar verplichting tot het verrichten van de harerzijds nog verschuldigde prestaties, dan wel aanspraak maken op vervangende schadevergoeding; in beide gevallen kan de wederpartij voorts eventueel aanspraak maken op aanvullende schadevergoeding.) Indien de curator verklaart wel te zullen nakomen en overeenkomstig art. 37 lid 2 Fw zekerheid stelt, heeft de wederpartij zekerheid dat de curator zijnerzijds de nog verschuldigde prestaties zal verrichten dan wel dat zij voor het niet verrichten daarvan wordt schadeloosgesteld. (Vgl. *Van der Feltz I*, p. 409, en *Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w.*, p. 387)

3.4.4 Indien de gefailleerde ter uitvoering van een overeenkomst zoals bedoeld in art. 37 Fw vóór de faillietverklaring een prestatie heeft verricht, maar de wederpartij nog niet de daarvoor verschuldigde tegenprestatie, is art. 37 Fw naar zijn strekking niet van toepassing

met betrekking tot deze tegenprestatie. Die bepaling ziet immers, zoals hiervoor in 3.4.3 overwogen, op het geval dat de wederpartij na de faillietverklaring dient te presteren terwijl de daarvoor verschuldigde tegenprestatie nog niet door de gefailleerde is voldaan. Anders dan het onderdeel betoogt, heeft de in art. 37 lid 1 Fw bedoelde verklaring van de curator dat hij niet zal nakomen, dan ook niet tot gevolg dat de curator ook het recht verliest om van de wederpartij de tegenprestaties te vorderen die op grond van de overeenkomst verschuldigd zijn geworden doordat de gefailleerde reeds vóór het faillissement een of meer prestaties heeft verricht. Dat zou ook niet te rechtvaardigen zijn, nu het hier gaat om een bate die, als tegenprestatie voor een reeds verrichte prestatie, de boedel zonder meer toekomt. Het in art. 37 Fw bedoelde verlies van het recht van de curator op nakoming heeft dan ook alleen betrekking op de door de wederpartij te verrichten prestaties waarvoor de tegenprestatie door de gefailleerde nog verricht moet worden.

3.4.5 Het vorenstaande volgt niet alleen uit de inhoud en strekking van art. 37 Fw, maar strookt ook, zoals het hof terecht heeft overwogen, met de geschiedenis van die bepaling. Voor 1992 bepaalde art. 37 Fw dat de daarin bedoelde wederkerige overeenkomsten van rechtswege werden ontbonden door het faillissement. Dit had tot gevolg dat de curator vergoeding kon verlangen voor prestaties die vóór het faillissement door de gefailleerde waren verricht, zulks op grond van onverschuldigde betaling. Uit de toelichting op de wijziging die art. 37 Fw in 1992 heeft ondergaan, blijkt niet dat beoogd zou zijn om wijziging te brengen in hetgeen waarop de boedel in dit verband feitelijk aanspraak kan maken (vgl. hetgeen is vermeld in 2.9 van de conclusie van de Advocaat-Generaal).

3.4.6 Zoals hiervoor in 3.3 is weergegeven, heeft het hof (in rov. 7) vastgesteld dat de prestaties waartoe de onderhavige aannemingsovereenkomsten verplichten (de bouw van de woningen enerzijds en de betaling van de aanneemsom anderzijds), bij die overeenkomsten zijn opgedeeld in verschillende tegenover elkaar staande deelprestaties, te weten de diverse bouwwerkzaamheden en de termijnen van de aanneemsom. Het hof heeft vastgesteld dat, gelet op de werkzaamheden die Roos Bouw vóór de faillietverklaring heeft verricht, de door de curator gevorderde eerste termijn van 20% van de aanneemsom vóór de faillietverklaring verschuldigd is geworden. Gelet op het hiervoor in 3.4.4 overwogene, heeft het hof aan een en ander terecht de gevolgtrekking verbonden dat het recht van de curator om deze termijn te vorderen niet is vervallen door zijn verklaring dat hij de aannemingsovereenkomsten niet zal nakomen.

3.4.7 Het onderdeel faalt dus.

3.5.1 Onderdeel 2 keert richt zich tegen het oordeel van het hof in rov. 9 dat de kopers geen beroep op verrekening toekomt. Dit oordeel heeft het hof doen steunen op meerdere gronden (zie hiervoor in 3.3, laatste alinea), die ieder door het onderdeel worden bestreden.

3.5.2 Onderdeel 2.1.a klaagt terecht dat het oordeel van het hof dat de kopers niet de voor een vordering tot vervangende schadevergoeding benodigde schriftelijke omzettingsverklaring hebben uitgebracht, onbegrijpelijk is. De in het onderdeel genoemde passages in de memorie van grieven, inhoudende dat de kopers aanspraak maken op (onder meer) vervangende schadevergoeding, vallen niet anders dan als een zodanige verklaring te begrijpen.

3.5.3 Onderdeel 2.1.b keert zich tegen het oordeel van het hof dat de kopers niet aanneemelijk hebben gemaakt dat zij schade hebben geleden (en dat hun dus een schadevergoedingsvordering toekomt). Het hof heeft in dit verband onder meer in aanmerking genomen dat Woningborg op grond van de hiervoor in 3.1 onder (vi) genoemde afbouwovereenkomsten verplicht is de kopers te vrijwaren tegen aanspraken van de curator op betaling van door Roos Bouw verrichte werkzaamheden.

Het onderdeel betoogt dat dit oordeel onbegrijpelijk is, dan wel blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, waartoe het wijst op de omstandigheid dat de kopers de volledige met Roos Bouw overeengekomen aanneemsom aan Woningborg hebben betaald en dat dit bedrag door Woningborg is gebruikt om de nieuwe aannemer te betalen. Dat de kopers in de afbouwovereenkomsten hebben bedongen dat Woningborg hen vrijwaart tegen aanspraken van de curator op betaling van de door of namens Roos Bouw verrichte werkzaamheden, staat volgens het onderdeel niet eraan in de weg dat de kopers (eerst) een beroep doen op hun bevoegdheid om de vordering van de curator tot nakoming te verrekenen met hun eigen vordering tot schadevergoeding.

3.5.4 Ook dit onderdeel is gegrond. De kopers hebben aangevoerd dat zij de volledige met Roos Bouw overeengekomen aanneemsom aan Woningborg hebben betaald. Toewijzing van de vordering van de curator in dit geding zou daarom in beginsel meebrengen dat zij meer voor de bouw moeten betalen dan die aanneemsom en dat zij aldus schade lijden. Dat zij die schade op grond van de in de afbouwovereenkomsten bedongen vrijwaring voor rekening van Woningborg kunnen brengen, betekent niet dat in zoverre van schade geen sprake is. Het staat de kopers in beginsel vrij de door hen gestelde schade niet op Woningborg maar (door middel van verrekening) op de boedel te verhalen. De door het hof in aanmerking genomen verplichting van Woningborg tot vrijwa-

ring brengt dus, anders dan het hof aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd, niet mee dat de kopers geen schade lijden door de niet-nakoming van de aannemingsovereenkomsten door Roos Bouw en de boedel.

3.5.5 Onderdeel 2.2 klaagt terecht dat het oordeel van het hof dat de kopers hun vordering tot schadevergoeding ter verificatie hadden moeten indienen en dat hun ook daarom geen beroep op verrekening toekomt, onjuist is. Voor een beroep op verrekening krachtens art. 53 Fw is indiening ter verificatie van de te verrekenen vordering geen vereiste.

3.5.6 Onderdeel 2.3 klaagt voorts terecht dat het oordeel van het hof dat de kopers geen rekeningsverklaring hebben uitgebracht, onbegrijpelijk is. Op meerdere plaatsen in de processtukken is door de kopers voldoende duidelijk een beroep op verrekening gedaan, waaronder op de plaats die in het onderdeel wordt genoemd.

3.5.7 Op grond van het vorenstaande kan geen van de gronden die het hof heeft gebezigd om het beroep op verrekening van de kopers te verwerpen, standhouden. Onderdeel 2 is dus gegrond.

#### 4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Gerechtshof Den Haag van 30 december 2014;

verwijst het geding naar het Gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt de curator in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de kopers begroot op € 497,37 aan verschotten en € 2.600 voor salaris.

#### **Conclusie A-G mr. R.H. de Bock:**

Bouwbedrijf Roos Bouw gaat tijdens de bouw van een serie woningen failliet. De curator doet de overeenkomsten met de kopers niet gestand en de woningen worden afgebouwd door een andere aannemer. De curator vordert zowel bij rechtbank als hof met succes betaling van de eerste termijn van de aanneemsom door de kopers. Kopers klagen in cassatie: (i) over verwerping van hun verweer dat art. 37 Fw hieraan in de weg staat; (ii) over verwerping van hun beroep op een schadeclaim als tegenvordering. Deze zaak vertoont samenhang met zaaknummer 16/00859 waarin het Hof 's-Hertogenbosch prejudiciële vragen aan uw Raad heeft voorgelegd. Ik concludeer vandaag ook in die zaak.

#### 1. *Feiten en procesverloop*

1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten<sup>1</sup>:

<sup>1</sup> Ontleend aan rov. 2 van het arrest van het Hof Den Haag van 30 december 2014.

a. Roos Bouw B.V. (hierna: Roos Bouw ) hield zich tot haar faillissement (onder meer) bezig met het bouwen van woningen. Omstreeks september/oktober 2006 heeft zij met de kopers (althans met vier rechtsvoorgangers van de kopers door het hof genoemd onder 26a, 26b en 27 in de kop van zijn arrest) aannemingsovereenkomsten gesloten voor de bouw van 27 herenwoningen in het nieuwbouwplan 'Nieuw Saksen' te Sassenheim, dat in totaal 38 herenwoningen omvatte.

b. De woningen zijn verkocht met GIW waarborgcertificaten. De daarin besloten waarborg- en garantieregeling wordt uitgevoerd door (de rechtsvoorgangster van) Woningborg N.V. (hierna: Woningborg).

c. Op grond van artikel 4 lid 1 van de aannemingsovereenkomsten is de eerste termijn van 20% van de aanneemsommen verschuldigd 'na het gereedkomen van de ruwe begane grondvloer'. In juli 2007 zijn de ruwe begane grondvloeren van de herenwoningen door Roos Bouw gelegd. Aan de kopers van 11 woningen in het project zijn facturen gezonden tot betaling van de eerste termijn van 20% van de aanneemsom, maar niet aan de kopers.

d. Op 18 september 2007 is Roos Bouw in staat van faillissement verklaard met benoeming van mr. Peters tot curator.

e. Na het faillissement van Roos Bouw hebben de kopers Woningborg aangesproken uit hoofde van de door Woningborg verstrekte waarborgcertificaten. Woningborg heeft namens de kopers aan de curator bij brief van 19 september 2007 een termijn gesteld als bedoeld in art. 37 Fw om te kennen te geven of hij de aannemingsovereenkomsten gestand wilde doen. De curator heeft kenbaar gemaakt de overeenkomsten niet gestand te zullen doen.

f. Vervolgens heeft Woningborg gekozen voor een schadeloosstelling aan de kopers als bedoeld in artikel 11.3 sub a van de GIW Garantie- en Waarborgregeling, dat wil zeggen dat zij de meerkosten van het afbouwen van de woningen voor de kopers heeft betaald. In verband daarmee hebben Woningborg en de kopers omstreeks februari 2008 afbouwovereenkomsten gesloten met een andere aannemer, waarbij is overeengekomen dat de kopers de eerste termijnen van de oorspronkelijk met Roos Bouw overeengekomen aanneemsommen aan Woningborg zullen voldoen en dat Woningborg de kopers zal vrijwaren voor aanspraken van de curator (art. N van de afbouwovereenkomst). De kopers hebben de eerste termijnen daadwerkelijk aan Woningborg betaald.

g. Bij brieven van respectievelijk 16 juni en 5 augustus 2010 heeft de curator de kopers gesommeerd om de eerste termijn van de aanneemsom aan hem te betalen, op de grond dat de ruwe begane-grond-vloer vóór 21 juli 2007

is gereed gekomen. De kopers hebben daaraan niet voldaan.

1.2 De curator heeft de kopers op 30 september 2011 gedagvaard voor de Rechtbank Den Haag en betaling gevorderd van de eerste termijn van de met Roos Bouw overeengekomen aanneemsom van de kopers, vermeerderd met de wettelijke rente. De curator baseerde zijn vordering primair op nakoming en subsidiair op ongerechtvaardigde verrijking (de vordering gebaseerd op ontbinding van de overeenkomst heeft de curator bij comparitie na antwoord in eerste aanleg ingetrokken). In hoger beroep baseerde de curator zijn vorderingen primair op nakoming van de aannemingsovereenkomst, subsidiair op ontbinding van de overeenkomst en meer subsidiair op ongerechtvaardigde verrijking.<sup>2</sup>

1.3 De rechtbank heeft de vordering van de curator op de grondslag van ongerechtvaardigde verrijking toegewezen bij vonnis van 18 juli 2012.<sup>3</sup>

1.4 De kopers zijn in hoger beroep gekomen van dit vonnis. De curator heeft incidenteel appel ingesteld. Bij arrest van 30 december 2014 heeft het Hof Den Haag de tenuitvoerlegging van het vonnis geschorst en het vonnis onder verbetering van gronden bekrachtigd.<sup>4</sup> Het hof oordeelde daartoe voor zover van belang:

"4. Grief 1 in het principaal appel en grief I in het incidenteel appel betreffen de vraag of de curator terecht aanspraak maakt op nakoming van de betalingsverplichting. De curator betoogt dat art. 37 Fw restrictief dient te worden uitgelegd in die zin dat wel nakoming kan worden gevorderd van een vordering die de tegenprestatie vormt van een door de failliet voor het faillissement reeds geleverde prestatie. De kopers bestrijden dit standpunt.

5. Het hof oordeelt als volgt.

5.1 Volgens de letterlijke tekst van art. 37 Fw is elke nakomingsvordering uitgesloten als de curator de overeenkomst niet gestand doet. Uit de wetgeschiedenis van deze, uit 1992 daterende, bepaling kan echter niet worden afgeleid dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om ook in het geval waarin de failliet vóór de faillietverklaring al heeft gepresteerd de curator de nakomingsvordering uit handen te slaan. In tegendeel, de bronnen duiden erop dat aan dit geval niet is gedacht en dat niet is beoogd om op dit punt de voordien geldende regeling te wijzigen. De voorganger van de huidige bepaling, art. 37 (oud) Fw, bepaalde dat

<sup>2</sup> Rov. 3 arrest.

<sup>3</sup> Rechtbank Den Haag 18 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6437, JOR 2012/308, m.nt. J.J. van Hees.

<sup>4</sup> Hof Den Haag 30 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4176, JOR 2015/179 m.nt. T.T. van Zanten.

een door de curator niet gestand gedane overeenkomst van rechtswege was ontbonden. Volgens vaste rechtspraak werkte deze specifieke ontbinding op grond van art. 37 (oud) alleen voor de toekomst. Wat al geleverd was, bleef geleverd en ook de tegenover die levering staande betalingsplicht werd door de ontbinding van art. 37 Fw niet aangetast (HR 16 maart 1917, NJ 1917, p. 455). De reden om in 1992 de ontbinding van rechtswege te vervangen door verval van de nakomingsvordering aan de zijde van de boedel is volgens de memorie van toelichting (*Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w.* (Inv. 3, 5 en 6), blz. 387/388), naast de gemakkelijker te hanteren regeling van de ontbinding, hierin gelegen dat ook tijdens het faillissement de keuze aan de wederpartij moet worden gelaten of zij gehele of gedeeltelijke ontbinding met schadevergoeding dan wel vervangende schadevergoeding wenst. Dat naast het geven van deze keuze aan de wederpartij, het vervallen van de nakomingsmogelijkheid ook voor reeds verrichte prestaties is beoogd, blijkt niet. De gegeven voorbeelden betreffen gevallen waarin de failliet nog niet heeft gepresteerd. Het verbod om nakoming te vorderen strekt er dan toe te voorkomen dat de curator nakoming kan verlangen zonder dat de boedel daartegenover zijn prestatie behoeft te verrichten. Het hier voorliggende geval dat de failliet de prestaties al gedeeltelijk heeft verricht maar diens wederpartij niet, wordt niet besproken.

5.2 De opvatting dat de curator nakoming moet kunnen vorderen van de prestatie die staat tegenover een door de failliet reeds voor het faillissement verrichte prestatie wordt – op verschillende grondslagen – breed gesteund in rechtspraak en literatuur (Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem, 25 februari 2014, F.M.J. Verstijnen, *Materieel Faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement*; Preadviezen 2006 voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer. Kluwer 2006, blz. 106/7, J.J. van Hees, *JOR* 2012/308 en T.T. van Zanten, *JOR* 2014/146).

5.3 Voor de gekozen oplossing pleit ook dat onderling onverenigbare resultaten worden vermeden. Een letterlijke toepassing van het artikel heeft immers tot gevolg dat de curator die de overeenkomst niet gestand doet geen nakoming kan vorderen van de tegenprestatie voor een door de failliet reeds verrichte prestatie. Bepaalt de wederpartij daarentegen haar keuze op ontbinding dan kan de curator – naar algemeen wordt aangenomen – uit hoofde van de ongedaanmakingsverbintenis wel teruggave van de prestatie vorderen of vergoeding van de

waarde daarvan. Voor dit verschil in uitkomst bestaat geen goede grond.

Naar zijn letterlijke betekenis brengt het artikel verder mee dat de curator geen nakoming kan vorderen, maar de failliet zelf wel na het beëindigen van het faillissement. Daardoor wordt een bate aan de boedel onthouden die de failliet zelf wel toekomst. Dit strookt niet met het doel van het faillissement.

5.4 Voor art. 37 Fw, zoals dat nu luidt, heeft §17 van de Duitse Konkursordnung (het huidige §103 Insolvenzordnung) model gestaan. Dit artikel bepaalt dat de curator die niet voor nakoming kiest, het recht verliest om zijnerzijds nakoming te vorderen. Het BGH leerde aanvankelijk dat (niet door het uitoefenen van het keuzerecht maar door het intreden van het faillissement) de nakomingsvordering verloren gaat. In 1995 heeft het BGH echter voor een geval als het onderhavige anders geoordeeld (BGH 04.05.1995, IX ZR 256/93, BGHZ 129, 336). Het college overweegt dat het keuzerecht van de curator ertoe strekt om de belangen van de boedel te beschermen en dat een doorvoeren van deze gedachte meebrengt dat de boedel recht heeft op de tegenprestatie voor een door haar al volbrachte prestatie. Bij een wederkerige overeenkomst die door de failliet reeds gedeeltelijk is nakomen wordt de daarmee overeenkomende tegenprestatie dan ook noch door het faillissement noch door de keuze van de curator beïnvloed. De aanspraak op deze tegenprestatie blijft dus bestaan.

5.5 Ook het in art. 37 Fw neergelegde keuzerecht van de curator dient ertoe om de belangen van de boedel te beschermen. De opvatting dat de curator, in een geval waarin de prestatie door de schuldenaar is verricht en dientengevolge niet meer tot nut van de boedel strekt, niet de tegenprestatie kan opeisen schiet aan het doel van de bepaling voorbij en zou tot gevolg hebben dat de bescherming van de boedelbelangen in haar tegendeel zou komen te verkeren.

5.6 Dit alles leidt ertoe dat art. 37 Fw zo moet worden uitgelegd dat het verbod om nakoming te vorderen geen betrekking heeft op de vordering tot nakoming van de tegenprestatie waarvoor de failliet vóór de faillietverklaring de prestatie al heeft verricht.

6. Dit betekent dat de curator nakoming van de tegenprestatie kan vorderen voor het gedeelte van de werkzaamheden dat reeds is verricht. Daarvoor is echter wel nodig dat zowel de prestatie als de tegenprestatie deelbaar zijn en zich in evenredige delen laten splitsen. De kopers hebben betoogd dat een dergelijke splitsing bij aanneming van werk niet mogelijk is, omdat de te verrichten prestatie bestaat in het bouwen van de

woningen van de kopers, waartegenover deze verplicht zijn tot betaling van de aanneemsom. De aanneemsom kan weliswaar in termijnen worden gedeclareerd, afhankelijk van het bereiken van een bepaalde fase van het werk, maar dat betekent niet dat met iedere fase een afzonderlijke verplichting gemoeid is waartegenover een afzonderlijke betalingsverplichting staat, aldus de kopers.

7. De kopers gaan er ten onrechte vanuit dat vereist is dat er afzonderlijke verplichtingen zijn aan te wijzen. Dat is niet het geval. Nodig is alleen dat de prestatie in gedeelten kan worden gesplitst en dat tegenover een deelprestatie een evenredig deel van een tegenprestatie staat. Die verdeling hebben de kopers en de failliet zelf in hun overeenkomst gemaakt door steeds wanneer een gedeelte van het werk was verricht een gedeelte van de aanneemsom opeisbaar te verklaren. Daarmee hebben zij zelf de prestatie en de tegenprestatie gesplitst in gedeelten die, naar mag worden aangenomen, een zekere mate van evenredigheid vertonen. De tot en met het gereed komen van de begane-grond-vloeren verrichte werkzaamheden komen volgens partijen zelf overeen met 20% van de aanneemsom.

8. De kopers hebben aangevoerd dat de begane-grond-vloer weliswaar was gelegd, maar nog niet gereed was in de zin van de aanneemovereenkomst, omdat de luiken naar de kruipruimtes en de doorgangen ten behoeve van de nutsleidingen nog ontbraken en omdat Roos Bouw nog geen facturen had gezonden. De curator heeft echter betwist dat het plaatsen van luiken en het maken van doorgangen vereisten zouden zijn voor het gereedkomen van de ruwe begane-grond-vloer. (...) Dit alles leidt tot de conclusie dat de werkzaamheden aan de woning zover waren gevorderd dat Roos Bouw 20% van de aanneemsom had kunnen vorderen en in haar voetspoor ook de curator dit kan vorderen op grond van hetgeen hiervoor is overwogen.

9. De kopers hebben in beginsel het recht om zich te beroepen op verrekening van het door hen verschuldigde gedeelte van de aanneemsom met een vordering tot schadevergoeding. Daartoe is echter nodig dat zij een vordering tot schadevergoeding hebben, dat zij deze vordering ter verificatie hebben ingediend, zodat de waarde daarvan kan worden vastgesteld, en dat zij aan de curator een verrekeningsverklaring hebben uitgebracht. De kopers hebben gesteld dat van hun zijde aanspraak is gemaakt op vervangende en aanvullende schadevergoeding (memorie van grieven onder 3.12).

Klaarblijkelijk is de voor de vordering tot vervangende schadevergoeding benodigde schriftelijke omzettingsverklaring echter niet uitgebracht, evenmin als de voor verrekening vereiste verrekeningsverklaring. De curator heeft immers bij de comparitie van partijen in eerste aanleg verklaard dat de kopers tot op heden geen beroep hebben gedaan op verrekening en de raadsman van de kopers heeft daarop verklaard dat 'Mocht (...) de curator een vordering op kopers (hebben) dan zal dezerzijds alsnog een beroep op verrekening worden gedaan.' Niet is gesteld dat zulks inmiddels is geschied, zodat aan beoordeling van de geldigheid en de omvang van de verrekening niet wordt toegekomen. Bij gelegenheid van het pleidooi (in de pleitnota onder het kopje 'Subsidiar: beroep op verrekening') is door de kopers aangevoerd dat als het ondenkbare zou plaatsvinden en de curator zou worden toegestaan betaling te vorderen de kopers zich zouden kunnen beroepen op verrekening omdat het bedrag dat de kopers verschuldigd zouden zijn voor de bouw van hun woning met datzelfde bedrag zou toenemen en de kopers voor datzelfde bedrag een vordering tot schadevergoeding zouden verkrijgen. Daarin leest het hof geen verrekeningsverklaring. De curator heeft bij gelegenheid van het pleidooi ook verklaard dat de kopers in het faillissement van Roos Bouw geen vordering ter verificatie hebben ingediend.

Voor zover al zou moeten worden aangenomen dat de kopers (alsnog) een omzettingen- of verrekeningsverklaring (onder opschortende voorwaarde) hebben uitgebracht, wordt voorts overwogen dat de kopers niet aannemelijk hebben gemaakt dat zij schade hebben geleden.

De hogere kosten als gevolg van het afbouwen van de woningen door een andere aannemer heeft Woningborg immers op grond van artikel 11.3 van de GIW Garantie- en Waarborgregeling voor haar rekening genomen en op grond van artikel N van de tussen Woningborg, de kopers en de nieuwe aannemer gesloten afbouwovereenkomst is Woningborg verplicht om de kopers te vrijwaren tegen iedere aanspraak van curator op betaling van de door Roos Bouw verrichte, al dan niet gefactureerde, werkzaamheden, zodat Woningborg de bedragen die zij voor haar rekening heeft genomen niet op de kopers kan verhalen. Dat de kopers tegenover Woningborg zijn gehouden om zich te beroepen op verrekening maakt dat niet anders.

10. Het voorgaande betekent dat de curator betaling kan vorderen van de kopers van het na het gereed komen van de bega-



ne-grond-vloer verschuldigde gedeelte van de aanneemsom. (...)"

1.5 De kopers hebben tijdig beroep in cassatie ingesteld. De curator heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Partijen hebben de zaak schriftelijk doen toelichten en hebben gere- en dupliceerd.

## 2. *Beoordeling van het cassatieberoep*

2.1 Het cassatiemiddel omvat twee onderdelen. Onderdeel 1 richt zich tegen het oordeel van het hof in rov. 4-5.6 van het arrest waarin het tot de slotsom komt dat art. 37 Fw zo moet worden uitgelegd dat het verbod om nakoming te vorderen geen betrekking heeft op de vordering tot nakoming van de tegenprestatie waarvoor de failliet vóór de faillietverklaring de prestatie al heeft verricht alsmede de daarop voortbouwende oordelen in rov. 6-14. Onderdeel 2 richt zich tegen het oordeel van het hof in rov. 9, waarin het hof oordeelt dat de kopers geen beroep op verrekening toekomt.

### Onderdeel 1

2.2 *Onderdeel 1.1* betoogt dat het hof met zijn oordeel dat art. 37 Fw zo moet worden uitgelegd dat het verbod om nakoming te vorderen geen betrekking heeft op de vordering tot nakoming van de tegenprestatie waarvoor de failliet vóór de faillietverklaring de prestatie al heeft verricht, blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Art. 37 Fw moet, anders dan het hof meent, zo worden begrepen dat de curator het recht verliest nakoming van een wederkerige overeenkomst te vorderen indien de curator de overeenkomst niet gestand doet, óók indien het gaat om een vordering tot nakoming van (een deel van) de tegenprestatie waartegenover de failliet vóór de faillietverklaring (een deel van) de prestatie al heeft verricht.

Volgens *onderdeel 1.2* geldt het voorgaande althans in een geval als het onderhavige, dat gekenmerkt wordt door in het bijzonder (één of meer van) de volgende omstandigheden, die in de onderhavige zaak (althans bij wege van hypothetisch feitelijke grondslag) vaststaan:

- (a) de failliet is zijn eigen verbintenis (in casu tot het bouwen van de woningen) slechts in (zeer) beperkte mate nagekomen;
- (b) correcte nakoming van de verbintenis door de failliet is blijvend onmogelijk omdat de curator de overeenkomst niet gestand doet, en de desbetreffende prestatie inmiddels door een ander is verricht;
- (c) de wederpartij van de failliet heeft aanspraak gemaakt op vervangende schadevergoeding (zodat nakoming van de verbintenis van de failliet niet langer aan de orde is);
- (d) de hoogte van de vordering tot (vervangende, althans tot vervangende en aanvullende) schadevergoeding van de wederpartij op de failliet is gelijk aan of overtreft de hoogte van

de vordering van de failliet op die wederpartij. Bij het slagen van een van de voorgaande onderdelen kunnen ook de in de rov. 6-14 gegeven oordelen niet in stand blijven, aldus *onderdeel 1.3*.

2.3 Bij de bespreking van het cassatiemiddel is het volgende voorop te stellen. Uitgangspunt is dat het faillissement op zichzelf geen wijziging brengt in de verbintenissen die voortvloeien uit een door de failliet aangegane overeenkomst.<sup>5</sup> Dit betekent dat met het uitspreken van het faillissement contracten in beginsel niet worden beëindigd of gewijzigd. Verder geldt dat de afwikkeling van overeenkomsten tijdens faillissement wordt beheerst door het gemene recht. Dat wil zeggen dat er geen bijzonder faillissementsrechtelijk contractenrecht bestaat.<sup>6</sup> Het faillissementsrecht geeft alleen dan bijzondere voorschriften, indien de daarmee nagestreefde doelstellingen dat vergen.<sup>7</sup> Zo'n bijzondere regel wordt gegeven in art. 37 Fw, voor de situatie dat sprake is van een wederkerige overeenkomst die zowel door de schuldenaar (de failliet) als door diens wederpartij in het geheel niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen. Art. 37 lid 1 Fw bepaalt voor dat geval dat indien de curator zich niet binnen een hem daartoe schriftelijk door de wederpartij gestelde redelijke termijn bereid verklaart de overeenkomst gestand te doen, de curator het recht verliest zijnerzijds nakoming van de overeenkomst te vorderen. De vorderingen jegens failliet leveren in het faillissement dan een concurrente vordering op, zowel in het geval dat de wederpartij de vordering tot nakoming direct indient, als in het geval dat zij eerst de overeenkomst ontbindt en een schadevordering en/of ongedaanmakingsvordering resteert. Indien de curator zich wel tot nakoming van de overeenkomst bereid verklaart, is hij verplicht bij die verklaring voor deze nakoming zekerheid te stellen (lid 2). De verplichtingen uit de overeenkomst vormen dan een boedelschuld. Het voorgaande geldt niet voor overeenkomsten waarbij de gefailleerde slechts verbintenissen op zich heeft genomen tot door hem persoonlijk te verrichten handelingen (lid 3). Art. 37 Fw is alleen van toepassing op wederkerige overeenkomsten die *van beide kanten* nog niet of niet geheel zijn nage-

5 Vgl. Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de faillissementswet*, Van der Feltz I, p. 409. Vaste rechtspraak sinds HR 31 december 1909, W. 8957 (*Op den Ende/De Haan Hugenholz q.q.*). Zie recentelijk HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291 m.nt. F.M.J. Verstijlen *Koot Beheer/Tideman q.q.*; HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, NJ 2014/407 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*ABN Amro/Berzona*) en HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:665, RvdW 2016/546 (*Curator/Heineken*).

6 Zie voor deze uitgangspunten T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* 2012, p. 44-45.

7 Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* 2012, p. 45.

komen. Heeft de schuldenaar wel volledig aan zijn verplichtingen voldaan, dan zal de wederpartij de tegenprestatie aan de boedel moeten voldoen. Is de wederpartij geheel nagekomen, dan heeft zij voor de tegenprestatie (of de geschatte waarde daarvan overeenkomstig art. 133 Fw) een vordering op de gefailleerde, die ter verificatie moet worden ingediend.<sup>8</sup> Tijdens het faillissement kan immers niet op andere wijze nakoming worden gevorderd (art. 26 Fw). De ratio van de bijzondere regel van art. 37 Fw is primair gelegen in het bieden van zekerheid aan de wederpartij van de schuldenaar. Zonder verklaring van de curator dat hij de overeenkomst wel of niet gestand doet, verkeert de schuldenaar in onzekerheid, zowel over het al dan niet zullen ontvangen van de prestatie waarop hij nog recht heeft, als over het al dan niet nog moeten leveren van zijn eigen prestatie ('*Die onzekerheid omtrent den definitieven uitslag, die hem noodzaakt om op beide eventualiteiten, zoowel van nakoming als niet-nakoming, voorbereid te zijn, kan hem groote schade toebrengen (...)*').<sup>9</sup> De vereiste verklaring van de curator tot het al dan niet gestand doen van de overeenkomst maakt een einde aan die onzekerheid.<sup>10</sup> Ook de in lid 2 verplichte zekerheidsstelling door de curator bij gestanddoening van de overeenkomst draagt bij aan zekerheid voor de wederpartij.<sup>11</sup>

2.4 In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat de in art. 37 Fw neergelegde regeling onvolledig is en niet meer beantwoordt aan de eisen van de tijd.<sup>12</sup> Zo wordt geen voorziening gegeven voor duurovereenkomsten, waarbij de prestatie van de schuldenaar zich kenmerkt door een dulden of niet-doen waardoor niet-gestanddoening door de curator geen effect heeft. Ook de verplichte zekerheidsstelling zou zich niet altijd laten niet rechtvaardigen (in ieder geval niet in volle omvang), omdat de boedel daardoor sterk wordt belast, ten

gunste van één wederpartij.<sup>13</sup> Art. 37 Fw geeft bovendien te weinig mogelijkheden aan de curator om voor de boedel belangrijke overeenkomsten voort te zetten, mét de mogelijkheid een derde in de plaats van de schuldenaar als partij te laten stellen. Ook biedt art. 37 Fw de curator slechts zeer beperkte mogelijkheden om de positie van een dwangcrediteur te beëindigen (afgezien van de positie van nutsbedrijven, zoals geregeld in art. 37b Fw). En *last but not least*, de regeling van art. 37 Fw bepaalt niets voor het geval dat de wederpartij of de curator stilzitten; de wederpartij door geen actie te ondernemen als de curator kiest voor het niet-gestanddoen van de overeenkomst of, al op een eerder moment, door de curator geen termijn te stellen, en de curator door de wederpartij geen termijn te stellen als zij niets doet.

2.5 In het voorontwerp Insolventierecht uit 2007 – dat overigens in de ijskast is gezet<sup>14</sup> – wordt niet voor alle gesignaleerde problemen voorzien in een oplossing.<sup>15</sup> Art. 3.4.1 Voorontwerp – dat de opvolger moet zijn van art. 37 Fw – handhaaft in grote lijnen het huidige systeem. Daaraan zijn overigens geen algemene of principiële beschouwingen gewijd, wat in de literatuur is bekritiseerd.<sup>16</sup> Zo gaat het Voorontwerp nog steeds uit van het beginsel dat het faillissement geen wijziging brengt in de verbintenissen die de failliet is aangegaan en wordt het verlies van de nakomingsvordering van de bewindvoerder bij niet-gestanddoening van de overeenkomst gehandhaafd. Ook krijgt de curator niet de mogelijkheid om de overeenkomst te ontbinden. Wel wordt voorzien in een regeling voor het geval de wederpartij stilzit en de curator geen termijn stelt: de curator kan zich volgens art. 3.4.1 Voorontwerp ook eigener beweging uitlaten over al dan niet gestanddoening. Zekerheidsstelling bij gestanddoening is niet altijd meer verplicht. Het Voorontwerp geeft ook een regeling voor het geval waarin de curator de overeenkomst niet gestand doet, maar de wederpartij de overeenkomst niet ontbindt maar alsnog nakoming vordert, waarna zij haar vol-

8 Zie Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de faillissementswet*, Van der Feltz I, p. 409 en T&C Insolventierecht (Wissink), art. 37, aant. 2.

9 Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de faillissementswet*, Van der Feltz I, p. 409.

10 Zie uitvoerig over de toegevoegde waarde van art. 37 Fw ten opzichte van de bepalingen van het gemeene recht, Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* 2012, p. 62-68.

11 Zie over de verplichting tot zekerheidsstelling F.M.J. Verstijlen, *De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement* 2006, p. 101-105; Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* 2012, p. 153-171.

12 O.m. J.J. van Hees, 'Overeenkomsten en faillissement: een onvolkomen regeling'. In: *Overeenkomsten en insolventie* 2012, p. 3-20. Zie ook Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* 2012 en Verstijlen, *De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement* 2006. Voorts W.J.M. van Andel in zijn noot bij Hof Amsterdam 17 maart 2005, JOR 2005/161.

13 Verstijlen, *De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement* 2006, p. 101-102 en p. 104; Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* 2012, p. 168-171. Volgens Verstijlen kan de zekerheidsstelling worden gemist. Van Zanten pleit voor een afgeslankte vorm van zekerheidsstelling.

14 Zo heeft de minister de Kamer meegedeeld bij de begrotingsbehandeling in het najaar van 2009, TK 2010-2011, Aanhangsel van de Handelingen, antwoord op kamervragen 1014.

15 S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de faillissementswet. Voorontwerp Insolventiewet*, 2007, p. 230 e.v.

16 J.J. van Hees en A. Slaski, 'De wederkerende wederkerige overeenkomst'. In: *De bewindvoerder, een octopus*. Deventer 2008, p. 301.

ledige nakomingsvordering indient in het faillissement zonder dat zij haar daartegenover staande prestaties hoeft te verrichten (de casus van het Heerenveense reuzenrad<sup>17</sup>, waarover ook noot 26 en 28). Voor dat geval bepaalt het nieuwe lid 4 van art. 3.4.1 Voorontwerp dat de vordering tot nakoming slechts kan worden ingediend tot maximaal het bedrag waarop de wederpartij aanspraak zou kunnen maken tot vergoeding van haar schade, indien zij de overeenkomst – voor zover nog niet uitgevoerd – wegens een tekortkoming van de schuldenaar had ontbonden. Over wat er moet gebeuren in een situatie als de onderhavige, waarin de wederpartij na niet-gestanddoening door de curator geen actie onderneemt – zie daarover hieronder bij punt 2.10 – zegt het Voorontwerp niets.

2.6 De centrale vraag in de onderhavige zaak, die ook relevantie heeft voor de prejudiciële procedure waarin ik vandaag concludeer<sup>18</sup>, is of de niet-gestanddoening van een reeds ten dele door de schuldenaar uitgevoerde overeenkomst, op grond van art. 37 Fw tot gevolg heeft dat de curator het recht verliest nakoming te vorderen, ook voor zover het gaat om verplichtingen van de wederpartij die de tegenprestatie vormen van de vóór datum faillissement reeds door de schuldenaar verrichte prestaties. De rechtspraak worstelt met deze vraag. Prima vista lijkt uit de wet te volgen dat de curator géén nakoming kan vorderen ('de curator verliest het recht nakoming te vorderen'). Het volgens velen onbevredigende gevolg daarvan is dat, zoals in het onderhavige geval aan de orde is, de failliet een deel van de aannemingsovereenkomst heeft uitgevoerd en de wederpartij niet het daar tegenover staande deel van de aanneemsom hoeft te voldoen. Dit heeft verschillende rechters geleid tot het oordeel dat de curator wél nakoming kan vorderen van dat deel van de aanneemsom; anderen hebben geoordeeld dat teruggevallen moet en kan worden op het leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking. Of dat laatste juist is, is aan de orde in de zaak waarin prejudiciële vragen zijn gesteld.

#### Restrictieve uitleg van art. 37 Fw

2.7 In de onderhavige zaak heeft het hof gekozen voor een restrictieve uitleg van art. 37 Fw. Die restrictieve uitleg houdt in dat art. 37 lid 1 Fw alleen betrekking heeft op prestaties voor de *toekomst*, zowel van de schuldenaar (de failliet) als van diens wederpartij. Deze uitleg brengt mee dat bij niet-gestanddoening van

de overeenkomst de curator niet het recht verliest om nakoming te vorderen van een vordering die de tegenprestatie vormt van een reeds vóór datum faillissement verrichte prestatie van de schuldenaar. Het verlies van het recht op nakoming heeft alleen betrekking op nog te verrichten toekomstige prestaties. Voor deze restrictieve uitleg zijn verschillende argumenten aan te voeren. De meeste daarvan zijn ook te vinden in het arrest van het Hof Den Haag. In het navolgende zal ik die argumenten bespreken, waarna ik vervolgens in ga op de argumenten die tégen een restrictieve uitleg pleiten. Daarna volgt de conclusie.

2.8 Een belangrijk argument om de curator het recht te geven om nakoming te vorderen van een prestatie die de tegenprestatie vormt van een reeds vóór datum faillissement verrichte prestatie van de schuldenaar, is te ontleenen aan de wetsgeschiedenis (rov. 5.1 van 's hofs arrest).<sup>19</sup> De huidige tekst van art. 37 Fw geldt sinds 1 januari 1992. Vóór die tijd luidde het artikel als volgt:

"Indien een wederkerige overeenkomst ten tijde van de faillietverklaring zowel door den schuldenaar als door zijne wederpartij in het geheel niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen, is deze laatste bevoegd den curator te sommeren binnen acht dagen te verklaren of hij de overeenkomst gestand wil doen. Indien de curator zich daartoe binnen dien tijd niet bereid verklaart, is de overeenkomst ontbonden en kan de wederpartij voor schadevergoeding als concurrent schuldeiser opkomen; verklaart de curator zich daartoe wel bereid, dan is hij verplicht bij die verklaring zekerheid te stellen voor de richtige nakoming der overeenkomst. (...)"

Art. 37 Fw (oud) ging dus uit van ontbinding van de overeenkomst van rechtswege, bij niet-gestanddoening van de curator. Sinds HR 16 maart 1917 (*Kastelij n q.q./Nijenhuis*) werd dit zo uitgelegd, dat – anders dan toen het geval was volgens het gewone recht – art. 37 Fw een 'resolutio ex nunc' inhield, dat wil zeggen een ontbinding van de overeenkomst voor de toekomst. Inmiddels verrichte prestaties bleven in stand: '*dat mitsdien door de ontbinding van art. 37 der F.W. wel voor de toekomst vervalt de verplichting tot levering van de ene partij en de daartegenover staande verplichting van die toekomstige leveringen, maar dat hetgeen uit kracht van de getroffen overeenkomst geleverd is, als zodanig bij koop bijvoorbeeld, als verkocht geleverd blijft en ook de tegenover die levering staande beta-*

17 Hof Amsterdam 15 januari 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AO6176, JOR 2004/89 m.nt. J.J. van Hees (*Heerenveense reuzenrad*). Zie S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de faillissementswet. Voorontwerp Insolventiewet*, 2007, p. 233 en 236.

18 Zaaknr. 16/00859.

19 Zie voor dit argument m.n. Van Hees, *Overeenkomsten en faillissement: een onvolkomen regeling* 2012, p. 7-9. Zie over de wetsgeschiedenis van art. 37 Fw ook Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* 2012, p. 74-78.

lingsplicht door de ontbinding van art. 37 der F.W. niet wordt aangetast.<sup>20</sup> De partij die het meeste had gepresteerd, kon van de andere partij nakoming verlangen van haar daartegenover staande verplichtingen.<sup>21</sup> Was de schuldenaar gehouden het evenwicht het herstellen, dan kon de wederpartij haar daarmee corresponderende vordering ter verificatie indienen. Had de gefailleerde gepresteerd, dan kon de curator nakoming vragen van de daartegenover staande verbintenissen. Aldus vond onder art. 37 Fw (oud) na faillissement een 'uitbalancerings' van de wederzijdse rechten en verplichtingen plaats.<sup>22</sup> De invoering van het NBW is aanleiding geweest voor een heroverweging van art. 37 Fw (oud), vanwege de gewijzigde regels over de ontbinding van overeenkomsten en de gevolgen van niet-nakoming van verbintenissen.

2.9 Anders dan art. 37 Fw (oud) bevat het nieuwe art. 37 Fw niet meer de ontbinding van rechtswege (ex nunc) bij niet-gestanddoening van de overeenkomst door de curator. In plaats daarvan is bepaald dat de curator het recht verliest zijnerzijds nakoming van de overeenkomst te vorderen. Vervolgens heeft de wederpartij de keuze om over te gaan tot ontbinding van de overeenkomst of – indien de wederpartij haar prestatie in stand wil laten – tot het vorderen van vervangende schadevergoeding. Zie de memorie van toelichting (onderstr. A-G):<sup>23</sup>

"Artikel 37, Algemeen. Dit artikel diende opnieuw te worden gezien tegen de achtergrond van de artikelen 6.5.4.6-21 nieuw BW, die de ontbinding van overeenkomsten in het algemeen betreffen en van de andere bepalingen betreffende de gevolgen van niet-nakoming van verbintenissen, groten-deels te vinden in afdeling 6.1.8.

Vooropgesteld moet worden dat de artikelen 6.5.4.6.21 veel beter dan het huidige art. 1302 BW op de faillissementssituatie zijn afgestemd. De ontbinding geschiedt door een enkele schriftelijke verklaring (artikel 6.5.4.8). Zij kan ook geschieden, als de curator niet kan nakomen door overmacht (artikel 6.5.4.6). Zij kan bestaan in een evenredige vermindering van de wederzijdse prestaties (artikel 6.5.4.10). Zij heeft geen terugwerkende kracht (artikel 6.5.4.9) en ook geen zakelijke werking (artikel 6.5.4.14 in verbinding met artikel 6.5.4.9). Zolang

geen ontbinding plaatsvindt, kan de schuldeiser de nakoming opschorten op grond van artikel 6.5.4.4. De ontbinding kan plaatsvinden op grond van een tevoren reeds vaststaande toekomstige niet-nakoming (artikel 6.1.8.5; zie ook artikel 6.1.6.10 onderdeel a). Verder is van belang dat in het stelsel van het nieuw BW het aan de schuldeiser is om uit te maken welke van de bevoegdheden die hij aan de niet-nakoming ontleent, hij in het gegeven geval wil gebruiken, waartegenover de schuldenaar hem kan dwingen om binnen een redelijke termijn te kiezen; zie de artikelen 6.1.8.11 en 6.5.4.6 in verbinding met artikel 6.1.8.13 en ook de artikelen 7.1.3.1.-4. Ook tegen deze nieuwe achtergrond is aan een bepaling als artikel 37 behoefte. Ook hier moet er immers voor de wederpartij van de gefailleerde een middel zijn om enerzijds de curator te dwingen zich uit te laten over de vraag of hij een aan beide zijden nog geheel of ten dele niet nagekomen overeenkomst gestand wil doen, en anderzijds, zo de curator verklaart tot gestanddoening bereid te zijn, zekerheid te hebben dat de overeenkomst door deze inderdaad zal worden nagekomen. Wel dient het artikel thans enigszins anders te worden opgezet.

*Lid 1.* Het nieuwe eerste lid van de eerste zin en het eerste deel van de tweede zin van het huidige eerste lid in één bepaling samen. Volgens deze bepaling verliest de curator het recht nakoming te vorderen als hij zich niet binnen de hem gestelde redelijke termijn bereid verklaart de overeenkomst gestand te doen. Derhalve wordt het huidige stelsel van ontbinding van rechtswege verlaten. Er is geen reden waarom de wederpartij niet ook in geval van faillissement de keuze zou worden gelaten of hij, indien de curator niet wil nakomen, gehele of gedeeltelijke ontbinding met aanvullende schadevergoeding dan wel vervangende schadevergoeding wenst. De bevoegdheid tot ontbinding of tot omzetting in een vordering tot vervangende schadevergoeding komt hem toe terstond nadat de termijn ongebruikt is verstreken en daardoor vaststaat dat de curator zijnerzijds niet zal nakomen; men zie ook de artikelen 6.1.6.10 onder a en 6.1.8.5. De curator kan zich zekerheid omtrent de bedoelingen van de wederpartij verschaffen door aan deze de termijn van artikel 6.1.8.13 te stellen.

Aandacht verdient dat ook par. 17 van de Duitse Konkursordnung, die voor artikel 37 model heeft gestaan, niet tot ontbinding van rechtswege leidt, maar alleen tot verval van de nakomingsvordering van de curator. (...)

20 HR 16 maart 1917, NJ 1917, p. 455, W 10 125 (*Kastelij. q.q./Nijenhuis*).

21 Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* 2012, p. 75.

22 Van Hees in zijn noot onder het in deze zaak gewezen vonnis van de rechtbank, *JOR* 2012/308.

23 MvT, Invoeringswet Boeken 3-6 Nieuw B.W. eerste gedeelte, bevattende wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de rechterlijke organisatie en de Faillissementswet, *Kamerstukken II*, 16593, 3, p. 141-143.

Voor een goed begrip van het nieuwe eerste lid verdient voorts het volgende aandacht. Van het huidige artikel 37 wordt wel gezegd dat het 'niet terugwerkt'. Daarmee wordt echter iets anders bedoeld dan in artikel 6.5.4.9 nieuw BW met het ontbreken van terugwerkende kracht. Bij artikel 6.5.4.9 wordt bedoeld dat pas op het tijdstip van de ontbinding de gevolgen van die ontbinding intreden, onder welke gevolgen ook zijn die van artikel 6.5.4.14: het ontstaan van persoonlijke vorderingen tot ongedaanmaking van wat al ter uitvoering van de overeenkomst is geschied. Bij het huidige artikel 37 daarentegen ontstaan dergelijke vorderingen juist niet, behoudens wellicht in het geval dat de gefailleerde een prestatie had verricht, waarvoor hij nog geen (volledige) tegenprestatie had ontvangen. Met het ontbreken van terugwerkende kracht is bij artikel 37 dus in wezen bedoeld: partiële ontbinding.

In het stelsel van het nieuwe eerste lid is dit eveneens mogelijk, maar is evenmin uitgesloten dat de wederpartij een reeds ten dele uitgevoerde overeenkomst, nadat de curator de termijn heeft laten verstrijken, volledig ontbindt. Boven werd daarop reeds de aandacht gevestigd. In het algemeen zal dit door het ontbreken van zakelijke werking en de mogelijkheid van verrekening overeenkomstig artikel 53 geen groot verschil maken. De vordering tot ongedaanmaking tegen de boedel zal immers slechts een persoonlijke vordering zijn (afgezien van het geval van een eigendomsvoorbehoud of het reclamerecht van afdeling 7.1.8). Maar in bepaalde gevallen kan volledige ontbinding voor de wederpartij toch voordeliger uitkomen, met name wanneer zij zich, voor wat betreft de op haarzelf rustende verplichting tot ongedaanmaking, op overmacht kan beroepen, hetgeen het nieuw BW toelaat; men zie artikel 6.5.4.16. Zowel voor een eventuele vordering tot ongedaanmaking als voor een eventuele vordering tot aanvullende of vervangende schadevergoeding zal de wederpartij als concurrent schuldeiser in het faillissement kunnen opkomen. Voorgesteld wordt dit voor alle gevallen uitdrukkelijk te bepalen in een nieuw artikel 37a.

Ter toelichting van al hetgeen hierboven is uiteengezet, kan de werking van artikel 37, eerste lid, tegen de achtergrond van Boek 6 aan de hand van het volgende voorbeeld worden geïllustreerd. De schuldenaar heeft vóór de faillietverklaring een koopovereenkomst gesloten, volgens welke de gekochte zaken hem in drie partijen zullen worden geleverd. De eerste partij wordt vóór de faillietverklaring geleverd en beantwoordt aan de overeenkomst. De tweede partij wordt

eveneens voordien geleverd, maar de schuldenaar heeft over deze zaken klachten. De derde partij is op het tijdstip van de faillietverklaring nog niet geleverd en hoefde dit ook niet te zijn. De eerste partij is betaald, de tweede en derde nog niet.

De wederpartij kan nu aan de curator de termijn van artikel 37 stellen ter zake van de nog niet betaalde termijnen. De curator zal deze niet terstond behoeven te betalen (de betaling van de tweede termijn kan hij opschorten met een beroep op de beweerde wanprestatie van de wederpartij ter zake van de tweede partij zaken, de derde met een beroep op het feit dat de derde partij zaken nog niet geleverd is), maar hij zal wel terstond zekerheid moeten stellen, wil hij op nakoming aanspraak kunnen blijven maken (dat wil zeggen op herstel overeenkomstig artikel 7.1.3.2 van de tekortkoming ter zake van de tweede partij en op levering van de derde partij). Verklaart de curator zich niet tijdig bereid, dan zal de wederpartij zich op het standpunt kunnen stellen dat de wanprestatie aan de zijde van de boedel bij voorbaat vaststaat (artikel 7.1.6.2; zie ook de artikelen 6.1.6.10 onder a en 6.1.8.5) en kunnen kiezen tussen ontbinding en vervangende schadevergoeding. Of ontbinding ter zake van de derde partij voordeliger voor haar is, zal vooral een kwestie zijn van het prijsverloop; men zie echter artikel 6.5.4.21. Ten aanzien van de tweede partij zal zij er voorts rekening mee moeten houden dat zij door ontbinding slechts een persoonlijke vordering tot teruglevering daarvan verkrijgt uit artikel 6.5.4.14.

Dat kan een reden zijn om niet te ontbinden, maar te volstaan met het indienen ter verificatie van de vordering tot nakoming van de tweede termijn met schadevergoeding, aangenomen dat de klachten ter zake van deze partij ongegrond blijken. (...) Naast artikel 37 kan de wederpartij ook artikel 6.1.8.13 hanteren, met name als zij de klachten ter zake van de tweede partij als juist zou erkennen. Zij kan aldus, eventueel tezamen met de termijnstelling van artikel 37, de curator sommeren zich uit te laten wat hij terzake van deze wanprestatie denkt te doen. De curator kan te dier zake dan weer kiezen tussen gedeeltelijke ontbinding (alleen ter zake van de tweede partij of wellicht mede ter zake van de derde), algehele ontbinding (bij voldoende samenhang tussen de drie prestaties) en verschillende vormen van herstel (artikel 7.1.3.2) of vervangende schadevergoeding. Laat de curator zich niet uit, dan kan hij nog slechts vervangende schadevergoeding vorderen, tenzij de wederpartij zich te dier zake op overmacht mocht beroepen.

Omgekeerd kan de curator, als deze niet tot nakoming bereid is, aan de wederpartij de termijn van artikel 6.1.8.13 stellen. Reageert deze niet, dan zal zij geen nakoming meer kunnen vragen, maar wel vervangende schadevergoeding, waarbij de eventuele schade die de boedel door de gebreken van de tweede partij lijdt, in mindering zullen moeten worden gebracht door verrekening overeenkomstig artikel 53. (...)”

De wetgever heeft dus bij de wijziging van art. 37 Fw in 1992 meer het accent gelegd op het keuzerecht van de wederpartij, in aansluiting op de mogelijkheden die het NBW biedt.<sup>24</sup> Uit de hierboven aangehaalde passage is af te leiden dat daarmee niet beoogd is inhoudelijk tot andere resultaten te komen dan onder art. 37 Fw (oud) in een situatie als de onderhavige, waarin de wederpartij de wederprestatie voor een reeds verrichte prestatie van de schuldenaar (de failliet) nog niet heeft voldaan. In ieder geval blijkt niet dat in zo'n geval de nakomingsvordering van de curator zou zijn vervallen. Bedoeld is slechts om af te stappen van de *automatische* ontbinding van rechtswege bij niet-gestanddoening, omdat het NBW de wederpartij een breder palet aan mogelijkheden biedt bij niet-nakoming, zodat een genuanceerder (niet: een wezenlijk ander) resultaat kan worden bereikt. Welke keuze de wederpartij ook maakt, in alle gevallen is het netto resultaat vergelijkbaar met dat onder Fw (oud). Bij partiële ontbinding – in temporele zin – wordt de overeenkomst alleen voor toekomstige prestaties ontbonden, zodat een reeds ontstane betalingsverplichting voor verrichte prestaties in stand blijft. De curator kan daarvan derhalve nakoming vorderen. Bij algehele ontbinding van de overeenkomst ontstaan op de voet van art. 6:271 BW ongedaanmakingsverplichtingen voor reeds verrichte prestaties. De curator kan teruggave van de prestatie of vergoeding van de waarde daarvan vorderen (art. 6:272 lid 1 BW). Bij de derde optie, omzetting in vervangende schadevergoeding (art. 6:87 BW), blijft de eigen verplichting van de wederpartij in stand, zodat de curator betaling van de gehele aanneemsom kan vorderen. Op zijn beurt kan de schuldenaar de vordering van de curator verrekenen met zijn vordering tot schadevergoeding. Op deze laatste figuur, omzetting in vervangende schadevergoeding, wordt nader ingegaan in de conclusie in de prejudiciële vraag.<sup>25</sup> In alle gevallen vindt dus, evenals onder art. 37 Fw (oud) het

geval was, ‘uitbalanceren’ van de wederzijdse prestaties plaats. Geconcludeerd kan dus worden dat er bij de invoering van het huidige art. 37 Fw ervan is uitgegaan dat feitelijk hetzelfde zou kunnen worden bereikt als met de in art. 37 Fw (oud) neergelegde ontbindingsregeling, namelijk afrekening van prestaties die vóór het faillissement zijn verricht.

2.10 Uit de memorie van toelichting blijkt dat de wetgever verondersteld heeft dat de wederpartij bij niet-gestanddoening door de curator steeds een keuze zal maken tussen de hiervoor besproken opties, gehele of partiële ontbinding of omzetting in vervangende schadevergoeding. Er lijkt niet te zijn gedacht aan het geval dat hier aan de orde is, namelijk dat de wederpartij na niet-gestanddoening door de curator niet een van die keuzes maakt, simpelweg omdat de wederpartij daarbij geen belang heeft.<sup>26</sup> Dat daaraan niet is gedacht, blijkt ook uit het voorbeeld dat in de memorie van toelichting wordt gegeven. Dat voorbeeld gaat over een geval waarin de schuldenaar (de failliet) zijn prestatie nog niet heeft geleverd en de wederpartij gedeeltelijk wél, precies andersom dus als in deze zaak. In het voorbeeld heeft de wederpartij belang bij afwikkeling van de wederzijdse verplichtingen uit de overeenkomst en zal zij dus wel een keuze maken. De schuldenaar staat immers bij haar ‘in de min’. In de hier aan de orde zijnde zaak is het juist de wederpartij die ‘in de min’ staat bij de schuldenaar, zodat de wederpartij niet zo'n haast zal hebben om tot afwikkeling van de overeenkomst te komen.<sup>27</sup> Dat geldt zeker nu het geen duurovereenkomst betreft en de wederpartij via een andere route (Woningborg op basis van de GIW-garantie) feitelijk tot een oplossing komt. Hierbij is te bedenken dat algemeen wordt aangenomen dat uit de rechtspraak volgt dat de curator *niet* de bevoegdheid heeft om tot ontbinding van de overeenkomst over te gaan, tenzij de wet of de

24 Een andere wijziging van art. 37 Fw ten opzichte van art. 37 Fw (oud) was dat in plaats van een vaste termijn van acht dagen, de curator een redelijke termijn geboden krijgt. Dit aspect speelt in de onderhavige zaak geen rol.

25 Zaaknr. 16/00859.

26 Idem J.J. van Hees, *Leasing* 1997, p. 165 en Van Hees, *Overeenkomsten en faillissement: een onvolkomen regeling* 2012, p. 7-8. Van Zanten wijst erop dat de wederpartij door niet te ontbinden mogelijk een voordeel kan behalen (het geval van het Heerenveense reuzenrad, Hof Amsterdam 15 januari 2004, *JOR* 2004/89) en dat algehele ontbinding zelfs risicovol kan zijn. Zie Van Zanten in zijn noot in *JOR* 2014/146 en in *De overeenkomst in het insolventierecht* 2012, p. 68.

27 Zie de vorige noot.

overeenkomst hem daartoe bevoegd maakt.<sup>28</sup> Als de schuldenaar niets doet en de curator niets mag doen, blijft de overeenkomst derhalve in stand. Het is dit in stand blijven van de overeenkomst dat de onderhavige problematiek veroorzaakt.

2.11 Een tweede argument voor een restrictieve uitleg van art. 37 Fw is dat anders een bate aan de boedel worden onthouden die daarin wel thuis hoort. De opbrengst van de vordering blijft immers buiten het verhaal door de gezamenlijke schuldeisers in het kader van het faillissement, wat niet strookt met het doel van het faillissement.<sup>29</sup> De wederpartij krijgt zo een voordeel toegespeeld 'over de rug van de gezamenlijke schuldeisers', in de woorden van Van Zanten op (die daarmee is teruggekomen van het in zijn dissertatie ingenomen standpunt).<sup>30</sup> Dit strookt niet met het beginsel van de *paritas creditorum*, een fundamenteel beginsel van faillissementsrecht. Het is moeilijk te verdedigen dat en op welke grond de (opeisbare) tegenprestatie voor een reeds verrichte prestatie van de schuldenaar niet in de boedel zou thuishoren. Een iets andere formulering van dit argument geeft het hof in rov. 5.5, waar het overweegt dat het in art. 37 Fw neergelegde keuzerecht van de curator ertoe dient om de belangen van de boedel te beschermen en dat dit doel niet bereikt wordt als de curator niet de tegenprestatie kan opeisen van een reeds door de schuldenaar verrichte prestatie.

2.12 Een derde argument vormt de ratio van het verlies van de nakomingsvordering van de curator.<sup>31</sup> Die is er in gelegen te voorkomen dat de wederpartij wordt aangesproken om te presteren, terwijl hoogst onzeker is of zij de daartegenover staande prestatie (geheel) voldaan zal krijgen. In dit opzicht is art. 37 Fw precies vergelijkbaar met het doel van art. 6:88 BW: de schuldenaar behoort er naar verloop van een termijn zeker van te zijn dat hij geen maatregelen meer hoeft te nemen om de mogelijkheid tot verrichten van de verschul-

digde prestatie open te houden.<sup>32</sup> Maar in een geval als het onderhavige is die prestatie (althans: dat deel van de prestatie) al voldaan en kan daarover dus ook geen onzekerheid bestaan bij de wederpartij.

2.13 Verder wordt voor een restrictieve uitleg van art. 37 Fw wel aangevoerd – een vierde argument – dat een andere uitleg leidt tot het gevolg dat de curator het vorderingsrecht niet geldend zou kunnen maken, maar de gefailleerde dit na beëindiging van het faillissement zelf wel alsnog zou kunnen doen (arrest hof rov. 5.3, tweede alinea). Art. 37 Fw ontnemt immers slechts de *curator* het recht op nakoming, en niet de schuldenaar.<sup>33</sup> Voor dit verschil bestaat geen goede grond, zo overweegt het hof.<sup>34</sup> Heel sterk acht ik dit argument niet. Niet alleen omdat voor het overgrote deel van de faillissementen geldt dat de gefailleerde een rechtspersoon is, die als gevolg van het faillissement ophoudt te bestaan (art. 2:19 lid 1 onderdeel c BW) en dus geen nakoming meer kan vorderen. Alleen indien de gefailleerde een natuurlijke persoon is of een rechtspersoon bij wie het faillissement eindigt door een akkoord zou dit aan de orde kunnen zijn. Daarbij komt dat de wederpartij wel de mogelijkheid heeft tot ontbinding van de overeenkomst over te gaan, in welk geval niet meer hoeft te worden gevreesd voor een nakomingsvordering.

2.14 Een andere uitleg zou bovendien leiden tot verschil tussen het onderhavige geval en de situatie dat de wederpartij de ontbinding van de overeenkomst inroept en de curator wel teruggave van de prestatie of vergoeding van de waarde daarvan kan vorderen. Ook voor dat verschil bestaat volgens het hof geen goede grond (rov 5.3, eerste alinea). Dit argument omschrijft in feite de consequentie van het met de invoering van het huidige art. 37 Fw verkregen systeem, namelijk dat geen automatische ontbinding plaatsvindt bij niet-gestanddoening maar dat het aan de wederpartij is om haar keuze te maken, terwijl art. 37 Fw niet de verplichting bevat voor de wederpartij is om een keuze te maken (vergelijk hiervoor bij punt 2.10). Een echt argument acht ik dit dan ook niet. Hoogstens kan gezegd worden, zoals hiervoor al aan de orde kwam, dat de wetgever ervan is uitgegaan dat de wederpartij enige keuze zou maken en niet heeft gedacht aan het geval dat de wederpartij dat niet doet.

28 HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108; NJ 2013/291 m.nt. F.M.J. Verstijlen, JOR 2013/224 m.nt. GB (Koot Beheer/Tideman q.q.). Zie o.m. Polak en Pannevis, *Insolventierecht* 2014, aant. 4.71.5. Een andersluidende uitspraak van het Hof Amsterdam van 15 januari 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:A06176, JOR 2004/89 m.nt. J.J. van Hees (*Heerenveense reuzenrad*) is, naar wordt aangenomen, op dit punt onjuist. Zie Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* 2012, p. 210-212; Verstijlen, *De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement* 2006, p. 112-113. Zie voorts Kortmann & Faber, *Geschiedenis van de faillissementswet. Voorontwerp Insolventiewet* 2007, p. 236.

29 Zie voor dit argument ook Van Hees in zijn noot onder het vonnis van de rechtbank, JOR 2012/308.

30 Van Zanten in zijn noot bij Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1423, JOR 2014/146.

31 Verstijlen, *De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement* 2006, p. 107.

32 *Parl. Gesch. BW Boek 6* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1256-1257. Zie ook F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten* 1993, p. 253.

33 Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* 2012, p. 183-184.

34 Zie voor dit argument ook J.J. van Hees in zijn noot bij het in deze zaak gewezen vonnis van de rechtbank, JOR 2012/308.

2.15 Een vijfde argument voor een restrictieve uitleg van art. 37 Fw is van rechtsvergelijkende aard (rov. 5.4 van 's hofs arrest). Voor het huidige art. 37 Fw heeft §17 van de Duitse Konkursordnung (het huidige §103 Insolvenzordnung) model gestaan.<sup>35</sup> Dit artikel bepaalt, net als art. 37 Fw, dat de curator die niet voor nakoming kiest, het recht verliest om zijnerzijds nakoming te vorderen. Het BGH heeft beslist dat het keuzerecht van de curator ertoe strekt om de belangen van de boedel te beschermen en dat het doorvoeren van deze gedachte meebrengt dat de boedel recht heeft op de tegenprestatie voor een door haar al volbrachte prestatie.<sup>36</sup> Bij een wederkerige overeenkomst die door de failliet reeds gedeeltelijk is nagekomen wordt de daarmee overeenkomende tegenprestatie dan ook noch door het faillissement noch door de keuze van de curator beïnvloed. De aanspraak op deze tegenprestatie blijft dus bestaan. Deze opvatting wordt ook in de literatuur gedeeld.<sup>37</sup>

2.16 Een zesde argument, ten slotte, is dat in literatuur en feitenrechtspraak breed wordt onderschreven dat in een geval als het onderhavige, de curator aanspraak zou moeten kunnen maken op betaling van het deel van de aanneemsom dat staat tegenover de reeds verrichte prestatie (rov. 5.2 van 's hofs arrest). Een zelfstandig argument is dit eigenlijk niet. Het laat wel zien dat de hiervoor besproken argumenten, althans een deel daarvan, in het algemeen overtuigend wordt geacht. Voor wat betreft de literatuur zijn te noemen Van Hees,<sup>38</sup> Verstijnen,<sup>39</sup> Van Zanten (ná zijn dissertatie),<sup>40</sup>

Wessels,<sup>41</sup> en Verschoof.<sup>42</sup> Al deze auteurs bepleiten dat art. 37 Fw restrictief moet worden uitgelegd en de bepaling bij niet-gestanddoening van de overeenkomst de curator alleen het recht ontzegt om nakoming te vorderen van toekomstige prestaties. Wessels gaat hierin het verst, door simpelweg te stellen dat een situatie als de onderhavige, waarin nakoming wordt gevorderd van een vordering die reeds vóór datum faillissement is ontstaan, 'niet door de regeling van art. 37 wordt bestreken', omdat uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen in beginsel niet door het faillissement worden aangetaast.<sup>43</sup> Voor wat betreft de feitenrechtspraak kan worden gewezen op uitspraken van de Rechtbank Almelo,<sup>44</sup> het Hof Arnhem-Leeuwarden,<sup>45</sup> de Raad van Arbitrage voor de Bouw<sup>46</sup> en de Rechtbank Breda.<sup>47</sup> In al deze uitspraken is aangenomen dat de curator bij niet-gestanddoening het recht behoudt om nakoming te vorderen van een reeds voor het faillissement verschuldigde prestatie. Steeds ging het in deze zaken om aannemingsovereenkomsten.

2.17 In enkele uitspraken is geoordeeld dat gelet op de tekst van art. 37 Fw de curator geen recht op nakoming heeft en is gebruik gemaakt van het leerstuk van ongerechtvaardigde verrijking om tot het gewenste resultaat te komen: (de waarde van) de reeds vóór faillissement verschuldigde prestatie van de wederpartij in de boedel te laten vallen.<sup>48</sup> Ook in de toelichting op het eerste onderdeel van het cassatiemiddel wordt daarvoor gepleit.<sup>49</sup> Het is echter de vraag of ongerechtvaardigde verrijking een geschikte grondslag vormt om dit gewenste doel te bereiken. Op deze vraag zal nader worden inge-

35 MvT, Invoeringswet Boeken 3-6 Nieuw B.W. eerste gedeelte, bevattende wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, de Wet op de rechterlijke organisatie en de Faillissementswet, *Kamerstukken II*, 16593, 3, p. 142.

36 BGH 4 mei 1995, IX ZR 256/93, BGHZ 129, 336.

37 Vgl. Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung/Kreft, Band 2, § 103, Randnummer 4, 32, 35 laatste zin, 38 en 51; Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht/Ahrendt, § 103, randnummer 48; Gottwald, *Insolvenzrechts-Handbuch* (2015), § 35, randnummer 23 en 25; Keller, *Insolvenzrecht* (2006), randnummer 1219, 1241, 1256 en 1259; Andres/Leithaus, *Insolvenzordnung* 3 (2014), randnummer 36. Zie over het Duitse recht ook Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* 2012, p. 181. Vgl. Ook Verstijnen, *De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement* 2006, p. 111 e.v.

38 Van Hees in zijn noot onder de rechtbankuitspraak in deze zaak in *JOR* 2012/308.

39 Verstijnen bespreekt niet gevallen als het onderhavige, maar pleit bij niet-gestanddoening door de curator wel voor 'afwikkeling van de overeenkomst'. Verstijnen, *De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement* 2006, p. 111.

40 Van Zanten in zijn noot bij Hof Arnhem-Leeuwarden van 25 februari 2014, *JOR* 2014/146 alsmede in zijn noot bij het onderhavige hofarrest, *JOR* 2015/179.

41 B. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring* (1), 2016/2488a.

42 R.J. Verschoof, *Het nieuwe faillissementsrecht* (1992), p. 59

43 B. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring* (1), 2016/2488a.

44 Rb. Almelo 4 april 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BW2517 (*Woningborg/Daniëls q.q.*). Het oordeel van de rechtbank in deze uitspraak dat sprake is van beëindiging van de aannemingsovereenkomst op basis van de faillissementswet is overigens onjuist. Vgl. Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* 2012, p. 185.

45 Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2014, *JOR* 2014/146 m.nt. Van Zanten (*Woningborg/Daniëls q.q.*).

46 Raad van Arbitrage voor de Bouw 27 februari 2014, nr. 33.480; Raad van Arbitrage voor de Bouw 3 februari 2015, *TBR* 2016/29 m.nt. B.R. van Veen en N. Mijinke; Raad van Arbitrage voor de Bouw 13 februari 2013, *TBR* 2013/190 m.nt. H. Brouwer.

47 Rechtbank Breda 1 augustus 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BX3155 (*Van Logtestijn q.q./X c.s.*). Van dit vonnis is hoger beroep ingesteld bij het Hof 's-Hertogenbosch. Het hof heeft in deze zaak prejudiciële vragen gesteld, zie daarvoor mijn conclusie van heden in deze zaak, nr. 16/00859.

48 Zo de Rechtbank Den Haag in het vonnis dat in onderhavige zaak is gewezen, rov. 4.7.

49 Cassatiedagvaarding, p. 4.



gaan in de conclusie voor de prejudiciële vraag.<sup>50</sup>

Letterlijke uitleg art. 37 Fw

2.18 Tegen een restrictieve uitleg van ar. 37 Fw en vóór het standpunt dat de curator bij niet-gestanddoening van een wederkerige overeenkomst het recht verliest nakoming te vorderen, ook voor zover het gaat om de verplichtingen van de wederpartij die de tegenprestatie vormen van de vóór datum faillissement reeds door de schuldenaar verrichte prestaties, zijn de volgende argumenten aan te voeren.

2.19 In de eerste plaats is daarvoor, zoals gezegd, steun te vinden in de letterlijke tekst van art. 37 lid 1 Fw. Deze bepaling zegt immers dat de curator bij niet-gestanddoening het recht verliest zijnerzijds nakoming van de overeenkomst, in het geval dat een wederkerige overeenkomst ten tijde van de faillietverklaring zowel door de schuldenaar (de failliet) als door zijn wederpartij niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen. Het is dus aan de curator om te kiezen: als hij de overeenkomst gestand doet kan hij nakoming vragen van de wederpartij van diens prestatie (in casu: betaling van de aanneemsom) en als hij de overeenkomst niet gestand doet kan hij dat niet.

2.20 Een tweede argument – dat in feite een noodzakelijke aanvulling is bij het eerste argument – is dat het keuzerecht van de curator zo moet worden uitgelegd, dat dit *ondeelbaar* is. Dat betekent dat de curator alleen kan kiezen om de *gehele* overeenkomst al dan niet gestand te doen ('integrale gestanddoening'). De curator kan niet alleen een voor de boedel gunstig deel van de overeenkomst gestand doen en een ongunstig deel niet. *Cherry picking* in de overeenkomst is dus niet toegestaan.<sup>51</sup> Als de curator de overeenkomst niet-gestanddoet maar wel nakoming vraagt van reeds verrichte prestaties, zou toch sprake zijn van *cherry picking*. De belangrijkste verdediger van dit standpunt was Van Zanten, in zijn proefschrift over de overeenkomst in het insolventierecht.<sup>52</sup> Hij is daarop echter later teruggekomen – onder meer in zijn noot onder het onderhavige hofarrest<sup>53</sup> – en is ook hij thans van mening dat de uitkomst van dit standpunt onwenselijk is. Hij acht de door (onder meer) Van Hees bepleite restrictieve uitleg van art. 37 Fw 'goed verdedigbaar', waarbij hij aantekent dat die uitleg al-

leen uitkomst biedt in gevallen waarin reeds een vordering van de schuldenaar bestaat. Dat was niet het geval in het door hem geannoteerde arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden. Voor zo'n geval (op faillissementsdatum is er nog geen vorderingsrecht) acht hij ingrijpen door de wetgever noodzakelijk.<sup>54</sup> Overigens ging Van Zanten er ook in zijn proefschrift al vanuit dat er uitzonderingen zijn op het daar door hem verdedigde standpunt.<sup>55</sup> En, ook niet zonder belang, Van Zanten achtte het resultaat van zijn aanvankelijke uitleg van art. 37 Fw niet wenselijk en pleitte voor ingrijpen door de wetgever, namelijk door geen verdere gevolgen te verbinden aan de weigering van de curator om de overeenkomst gestand te doen maar deze uitsluitend te laten beheersen door het gemene recht.<sup>56</sup>

2.21 Voor de ondeelbaarheid van het keuzerecht van de curator zou volgens sommigen steun zijn te vinden in de wetgeschiedenis van art. 37 Fw (oud), waarin het volgende is te lezen: *'Zeer zeker zal hij zijnerzijds niet behoeven te praesteren, zoolang de curator zich niet bereid verklaart de verplichtingen des gefailleerden ten volle te vervullen'* (onderstreping A-G).<sup>57</sup> Heel sterk acht ik die steun niet, omdat uit deze zinsnede niet is af te leiden dat de wederpartij geen tegenprestatie (meer) zou hoeven te leveren voor *reeds verrichte* prestaties van de gefailleerde (zoals hier aan de orde is). Bovendien moet ook het vervolg van de zin worden gelezen: *'... zal men nimmer kunnen beweren dat hij verplicht zoude zijn zijne verbintenissen na te komen om dan voor de contra-prestatie des gefailleerden eene concurrente vordering tegen den boedel te verkrijgen, maar desniettemin zal hij al het nadeel daarvan ondervinden, dat hij niet a priori weet, wat de curator op den dag der vervulling zal doen, of deze zal nakomen, dan wel het zich in het belang van den boedel achten om in gebreke te blijven, en zich bloot te stellen aan eene ontbindings- of schadevergoedingsactie, welke laatste de mede-contractant niet anders dan als concurrent schuldeischer zal kunnen doen gelden.'* Het gaat er dus om dat vermeden moet worden dat de wederpartij tijdens faillissement prestaties verricht waarvoor hij geen tegenprestatie ontvangt van de failliet en blijft zitten met een concurrente vordering. Dit is, zoals hiervoor al is besproken, de ratio van het ontzeggen van de nakomingsvordering aan de curator bij niet-gestanddoening, maar zegt niets ten gunste van

50 Zaaknr. 16/00859.

51 Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* 2012, p. 122.

52 Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* 2012, p. 184-186.

53 Van Zanten in zijn noot in *JOR* 2015/179. Idem in zijn noot bij Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2014, *JOR* 2014/146 (*Woningborg/Daniëls q.q.*).

54 Van Zanten in zijn noot bij Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2014, *JOR* 2014/146 (*Woningborg/Daniëls q.q.*).

55 Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* 2012, p. 186-187.

56 Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* 2012, p. 193-194.

57 Memorie van Toelichting, Van der Feltz I, p. 409.

het standpunt dat niet betaald zou hoeven te worden voor reeds verrichte prestaties van de failliet.

2.22 De ondeelbaarheid van het keuzerecht van de curator zou ook zijn af te leiden uit HR 20 maart 1981, NJ 1981/640 (*Veluwse Nutsbedrijven*).<sup>58</sup> In dit arrest was de situatie spiegelbeeldig aan het onderhavige geval: het was de wederpartij (de faillieteverancier) die voor faillissementsdatum had gepresteerd en de failliet die de daar tegenover staande prestatie (betaling) niet had verricht. Voor dat geval overwoog de Hoge Raad dat een opschortingsrecht van de wederpartij ook kan worden uitgeoefend indien de schuldenaar failliet is en met het doel om betaling te verkrijgen van een oude – voor de faillietverklaring ontstane – schuld. Inderdaad veronderstelt dit de ondeelbaarheid van het keuzerecht van de curator, omdat de curator er anders voor had kunnen kiezen de overeenkomst alleen voor de toekomst gestand te doen met voorbijgaan aan het opschortingsrecht van de wederpartij in verband met de schuld die was ontstaan vóór het faillissement. Maar het arrest geeft niet een antwoord op de vraag die in deze zaak aan de orde is, omdat het ziet op de situatie dat de curator juist wél door wil (*moet*, in het geval van nutsleveranties) met de overeenkomst, die naar zijn aard een duurovereenkomst is. Daarmee ziet het op een andere problematiek, namelijk de vraag naar de positie van de dwangcrediteur en het belang van het in standhouden van duurovereenkomsten na faillissement.<sup>59</sup> Bovendien zou in de zaak *Veluwse Nutsbedrijven* een ander oordeel (het niet honoreren van het opschortingsrecht van de wederpartij door de curator de mogelijkheid te geven de overeenkomst alleen voor de toekomst gestand te doen) juist *niet* leiden tot een ‘uitbalancerings’ van de wederzijdse prestaties.

2.23 Ter onderbouwing van het standpunt dat de curator bij niet-gestanddoening van een overeenkomst het recht verliest om nakoming te vorderen van een tegenprestatie van de wederpartij voor reeds vóór de datum faillissement door de schuldenaar verrichte prestatie, wordt in de derde plaats aangevoerd dat partijen er bij het sluiten van hun contract ervoor kunnen kiezen vast te leggen dat in geval van faillissement van een der partijen beide partijen het recht hebben de overeenkomst te ontbinden of dat de overeenkomst in dat geval

ontbonden is.<sup>60</sup> Het probleem doet zich dan niet voor. Datzelfde kan gezegd worden in de vaak voorkomende situatie dat de curator een nieuwe overeenkomst sluit met de wederpartij, waarbij opnieuw bezien en vastgelegd wordt welke prestaties wel en niet nog nagekomen gaan worden. Naar mijn mening is dit niet echt een argument voor de gekozen uitleg van art. 37 Fw, het is eerder een relativisering van de consequenties van de gevolgen. Het legt dan ook verder geen gewicht in de schaal.

2.24 Ten slotte wordt er nog op gewezen dat de curator het in eigen hand heeft nadelige gevolgen voor de boedel te voorkomen. Zijn keuze dient gemaakt te worden op basis van een nauwkeurige bedrijfseconomische analyse. Indien niet-gestanddoening van de overeenkomst negatief uitpakt voor de boedel (zoals in het onderhavige geval aan de orde zou zijn, als de eerste termijn van de aanneemsom door de kopers onbetaald blijft), betekent dat eenvoudigweg dat dit niet de juiste keuze is geweest en dat de curator voor gestanddoening had moeten kiezen. Daarbij wordt aangetekend dat indien de curator de overeenkomst gestand zou willen doen maar *feitelijk* niet in staat is tot nakoming, hij altijd de mogelijkheid heeft om een derde partij in te schakelen om de overeenkomst alsnog na te komen. Hierin is dus geen beperking gelegen van het keuzerecht van de curator. Ook dit acht ik geen sterk argument. In de eerste plaats omdat het in een zaak als de onderhavige niet het niet-gestanddoen van de overeenkomst is dat negatief uitpakt voor de boedel, maar het achterwege blijven van een afwikkeling van de overeenkomst. Dit komt, zoals gezegd, doordat de wederpartij geen keuze maakt die kan leiden tot afwikkeling. In de tweede plaats is het argument niet sterk, omdat de curator in het algemeen geen of slechts zeer beperkte mogelijkheden heeft om bij gestanddoening de verplichte zekerheid te kunnen stellen en het ook de vraag is of hij de middelen heeft om de overeenkomst (verder) te (laten) uitvoeren.<sup>61</sup> Het behoeft geen verdere toelichting dat onder die omstandigheden geen vrije, op bedrijfseconomische analyse gestoelde, keuze kan worden gemaakt om de overeenkomst al dan niet gestand te doen.

#### Conclusie

2.25 Wanneer de argumenten vóór en tegen een restrictieve uitleg van art. 37 Fw worden overzien, meen ik dat de argumenten vóór veel sterker zijn. De argumenten tegen komen er grotendeels op neer dat de wet nu eenmaal

58 HR 20 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4169, NJ 1981/640 m.nt. CJHB (*Veluwse Nutsbedrijven*). Het oordeel is bevestigd in HR 16 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:AG3391, JOR 1999/17 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Van der Hel q.q./Edon*).

59 Zie daarover uitvoerig Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* 2012, p. 313-374.

60 Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* 2012, p. 123 en p. 139.

61 Van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* 2012, p. 166; Verstijlen, *De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement* 2006, p. 101-104.

luit zoals zij luidt, maar wanneer de wetsgeschiedenis in ogenschouw wordt genomen kan moeilijk tot een andere conclusie worden gekomen dan dat daaruit niet blijkt dat bedoeld is de curator het recht op nakoming te ontzeggen van een vordering die reeds is ontstaan voor datum faillissement. Onder art. 37 Fw (oud) had de curator dit recht in ieder geval wel. Ik meen dan ook dat het recht op nakoming door de curator niet vervalt voor zover het gaat om de verplichtingen van de wederpartij die de tegenprestatie vormen van de vóór datum faillissement reeds door de schuldenaar verrichte prestaties.

2.26 Het recht op nakoming van de curator van een verplichting door de wederpartij die de tegenprestatie vormt van een vóór datum faillissement reeds door de schuldenaar verrichte prestatie, laat onverlet dat de wederpartij het recht heeft om die nakomingsvordering binnen de grenzen van art. 53 en 54 Fw te verrekenen met schade die zij leidt door de niet-nakoming van de schuldenaar. De kopers hangen in het cassatiemiddel en de schriftelijke toelichting zwaar op de onredelijkheid van de uitkomst indien een recht op nakoming van de curator wordt aangenomen, nu zij óók het volle pond (inclusief de aan de curator verschuldigde termijn) aan Woningborg c.q. de opvolgende aannemer hebben moeten voldoen. Daardoor betalen zij immers dubbel (zie ook de rekenvoorbeelden die de kopers in hun repliek geven), zo stellen de kopers. Indien wordt verrekend, is dubbel betalen echter niet aan de orde. Zowel de meerprijs die aan een opvolgend aannemer moet worden betaald als verdragsschade en mogelijke andere schadeposten, zijn aan te merken als schade die is ontstaan door het niet-nakomen van de aannemingsovereenkomst. Ook in de wetsgeschiedenis van art. 37 Fw (zie onder punt 2.9) is uitgegaan van verrekening van een vordering van de curator (tot nakoming of tot schadevergoeding, in het voorbeeld dat de memorie van toelichting geeft) met een vordering tot vervangende of aanvullende schadevergoeding van de wederpartij. Of in het onderhavige geval een recht op verrekening bestaat, is aan de orde bij onderdeel 2 van het cassatiemiddel.

2.27 Het voorgaande betekent dat onderdeel 1.1 faalt. Ook onderdeel 1.2 faalt om dezelfde redenen.<sup>62</sup> Overigens meen ik dat het onderdeel ook uitgaat van een onjuiste uitleg van 'blijvende onmogelijkheid'. Het feit dat de prestatie inmiddels door een ander is verricht, is een gevolg van de keuze van de kopers en staat los van de vraag of nakoming van de overeen-

komst door de gefailleerde nog mogelijk was op het moment dat de curator aangaf de overeenkomst niet gestand te doen.<sup>63</sup> Daarbij knoopt het onderdeel aan bij omstandigheden/criteria die geen scherpe contouren hebben, zodat het lastig is om op die basis een rechtsregel te formuleren.<sup>64</sup> De omstandigheden (b) en (c) zien bovendien op aspecten die in feite zien op de kwestie van verrekening en zullen bij de bespreking van onderdeel 2 aan de orde komen.

2.28 Onderdeel 1.3 bouwt voort op de voorgaande klachten en faalt derhalve eveneens.

#### Onderdeel 2

3.1 Volgens *onderdeel 2.1a* geeft het oordeel van het hof in rov. 9, dat de voor de vordering tot vervangende schadevergoeding benodigde schriftelijke omzettingsverklaring niet is uitgebracht, blijk van een onjuiste rechtsopvatting omdat geen omzettingsverklaring vereist is indien nakoming (reeds) blijvend onmogelijk is. Wanneer nakoming blijvend onmogelijk is, is immers art. 6:87 BW niet van toepassing en kan de schuldeiser rechtstreeks op grond van art. 6:74 lid 1 BW vervangende schadevergoeding vorderen. Althans is 's hofs (impliciete) oordeel dat een omzettingsverklaring vereist is, rechtens onjuist en/of onbegrijpelijk gemotiveerd, nu vaststaat dat de curator de overeenkomst niet gestand heeft gedaan, waarmee de toerekenbare tekortkoming aan de zijde van de boedel bij voorbaat vaststond. Doordat het werk nadien (noodzakelijkerwijs) door een andere aannemer is voltooid, was nakoming door de curator op het moment dat de curator aanspraak maakte op betaling inmiddels blijvend onmogelijk geworden.

In ieder geval is 's hofs oordeel rechtens onjuist dan wel innerlijk tegenstrijdig nu vaststaat dat de kopers de overeenkomsten nimmer hebben ontbonden, terwijl zij in ieder geval bij memorie van grieven (nrs. 3.13, 4.2, 4.3 en 5.3) hebben verklaard aanspraak te maken op vervangende schadevergoeding.

3.2 Het onderdeel faalt voor zover het is gebaseerd op 'blijvende onmogelijkheid' van nakoming.<sup>65</sup> Ik verwijs naar hetgeen ik onder 2.27 heb opgemerkt.

3.3 De klacht aan het slot van het onderdeel slaagt. De kopers hebben op de aangegeven plaatsen in de memorie van grieven aanspraak

<sup>63</sup> Idem noot Hijma in zijn noot bij HR 22 oktober 2004, ECLI:NL:HR:AO9494 (*Endlich/Bouwmachines*). In dit arrest lijkt de HR van een andere opvatting uit te gaan, maar heel duidelijk is dit niet. Vgl. ook F.B. Bakels, *Ontbinding van overeenkomsten* (Mon. BW nr. B58) nr. 28, laatste alinea.

<sup>64</sup> Bv. sub a in (zeer) beperkte mate nagekomen'.

<sup>65</sup> Het onderdeel geeft geen vindplaats in de processtukken van de stelling dat er sprake is van blijvende onmogelijkheid, zodat het onderdeel niet aan de daaraan te stellen eisen voldoet.

gemaakt op vervangende schadevergoeding. Voorts blijkt uit hun stellingname in de memorie van grieven (en in de processtukken in eerste aanleg) dat de kopers geen nakoming meer wensen; de woning is immers afgebouwd door een andere aannemer. Deze mededelingen, in samenhang gelezen, zijn naar mijn mening voldoende om te kwalificeren als een omzettingsverklaring. Voor de omzetting zijn geen formele bewoordingen nodig; iedere schriftelijke mededeling waaruit blijkt dat de schuldeiser schadevergoeding in plaats van nakoming wenst, is voldoende.<sup>66</sup> Voor zover de keuze van de schuldeiser voor omzetting niet zonder meer duidelijk in die mededeling tot uiting komt, zal de rechter de verklaring moeten interpreteren.<sup>67</sup> Een redelijke interpretatie van de betreffende mededelingen kan moeilijk tot iets anders leiden dan dat sprake is van een omzettingsverklaring. Overigens is niet duidelijk waarop 's hofs oordeel is gebaseerd dat 'klaarlijkkelijk de voor de vordering tot vervangende schadevergoeding benodigde schriftelijke omzettingsverklaring niet is uitgebracht'. De curator heeft ook geen verweer met die strekking gevoerd.

3.4 *Onderdeel 2.1b* richt zich tegen het oordeel van het hof dat de kopers niet aannemelijk hebben gemaakt dat zij schade hebben geleden (rov. 9, laatste alinea). Vast staat dat de kopers een bedrag gelijk aan de volledige aanneemsom aan Woningborg hebben voldaan. Dat bedrag is door Woningborg gebruikt om de nieuwe aannemer te betalen, terwijl Woningborg de nieuwe aannemer nog aanvullende bedragen heeft moeten betalen voor de voltooiing van de bouw van de woningen van de kopers. Bovendien staat de omstandigheid dat de kopers in art. N van de afbouwovereenkomst hebben bedongen dat Woningborg hen vrijwaart tegen aanspraken van de curator op betaling van de door of namens Roos Bouw verrichte werkzaamheden, er niet aan in de weg dat de kopers (eerst) een beroep doen op hun bevoegdheid om de vordering van de curator tot nakoming te verrekenen met hun eigen vordering tot schadevergoeding, omdat zij alsdan voor de (af)bouw een hoger bedrag hebben voldaan, althans zouden voldoen, dan door hen met Roos Bouw was overeengekomen. De keus is wat dat betreft (ten opzichte van de curator) aan de kopers, terwijl voorts vast staat, althans in cassatie veronderstellenderwijs moet worden aangenomen, dat de kopers – gelet op hun schadebeperkingsplicht jegens Woningborg en/of gelet op art. 11.3 van de Garantie- en waarborgregeling voor eengezinshuizen E.2003 (hierna: de 'GIW-regeling') – jegens Woningborg gehouden zijn eerst een beroep te doen op

hun bevoegdheid om de vordering van de curator tot nakoming te verrekenen met hun eigen vordering tot schadevergoeding, alvorens aanspraak te maken op vrijwaring door Woningborg (omdat de vrijwaring slechts geldt voor het geval dat geen mogelijkheid en/of bevoegdheid tot verrekening zou bestaan).

's Hofs oordeel is voorts onbegrijpelijk nu het hof niet, althans niet op een begrijpelijke wijze in zijn oordeel heeft betrokken de volgende essentiële stellingen:

(a) de omstandigheid dat als de vordering van de curator zou worden toegewezen, de schade voor de kopers achteraf met eenzelfde bedrag als het bedrag van de nakomingsvordering, althans met een bedrag van in totaal € 727.600 inclusief btw, zou toenemen (memorie van antwoord incidenteel appel nr. 3.10); en/of  
(b) de stelling dat – mede gelet op de schadebeperkingsplicht van de kopers jegens Woningborg en/of gelet op art. 11.3 van de GIW-regeling – geen sprake kan zijn van vrijwaring door Woningborg, indien de kopers de nakomingsvordering van de curator eenvoudig zouden kunnen verrekenen met de schadevordering jegens de boedel die als gevolg van de toewijzing van de nakomingsvordering ontstaat (memorie van antwoord incidenteel appel nr. 3.10).

3.5 Het onderdeel voert terecht aan dat indien de curator nakoming van de eerste termijn van de aanneemsom kan vorderen – hetgeen inderdaad het geval is, zie de behandeling van onderdeel 1.1 hierboven –, dit betekent dat de woningen uiteindelijk een bedrag hebben gekost ter hoogte van de oorspronkelijk met Roos Bouw overeengekomen aanneemsommen (inclusief de eerste termijn) *plus* de meerkosten die door Woningborg zijn betaald (zie de feiten bij punt 1.1, onder f) *plus* het bedrag waarop de curator aanspraak maakt in deze procedure. De door Woningborg betaalde meerkosten voor de afbouw van de woningen (dit zou voor alle woningen tezamen gaan om een bedrag van € 253.438,47 incl. btw)<sup>68</sup> vormen voor de kopers geen schade. Dit is door de kopers in feitelijke instanties ook erkend.<sup>69</sup> Woningborg heeft die schade immers weggenomen. Dat de kopers voor de garantstelling door Woningborg eerder indirect hebben betaald – doordat daarvoor in de oorspronkelijke aanneemsom een bedrag was verdisconteerd – maakt dit niet anders. Voor het bedrag waarop de curator in deze procedure aanspraak maakt, ligt het anders. Gelet op het feit dat de kopers dit bedrag dienen te betalen bovenop de volledige aanneemsom die zij eerder aan Woningborg hadden voldaan, vormt dit voor hen schade. Deze schade is het gevolg van het faillissement

66 Vgl. *T&C BW* (Olthof), art. 6:87 aant. 2; *GS Verbintenisrecht* (Katan), art. 6:87 BW, aant. 16.

67 Zie *MvA II*, Parl. Gesch., p. 303.

68 Memorie van grieven p. 12.

69 Pleitaantekeningen hoger beroep kopers, nr. 10.2.

van Roos Bouw. Woningborg heeft kopers nog niet schadeloos gesteld voor deze schade. Weliswaar houdt art. N van de afbouwovereenkomst<sup>70</sup> – gesloten tussen de kopers, Woningborg en de opvolgend aannemer – in dat Woningborg de kopers zal vrijwaren voor schade, maar die vrijwaringsverplichting staat er niet aan in de weg dat de kopers zich eerst jegens de curator beroepen op verrekening.<sup>71</sup> Daarbij doet m.i. niet ter zake of de kopers in de verhouding met Woningborg nu wel of niet contractueel verplicht zijn om zich op verrekening te beroepen.

Gelet op het voorgaande voert het onderdeel terecht aan dat het oordeel van het hof in rov. 9 dat de kopers niet aannemelijk hebben gemaakt dat zij schade hebben geleden, onbegrijpelijk is, althans niet toereikend gemotiveerd. Onderdeel 2.1b slaagt derhalve.

Overigens hebben kopers zich in de feitelijke instanties ook nog beroepen op schade bestaande uit vertragingsschade, nu Woningborg op grond van art. 11.6 van de GIW Garantie- en waarborgregeling slechts gehouden was een deel van die vertragingsschade te vergoeden.<sup>72</sup> Ook die schade zouden zij kunnen verrekenen met de nakomingsvordering van de curator. In cassatie wordt over deze schadepost echter niet gerept.

3.6 *Onderdeel 2.2* klaagt dat 's hofs oordeel dat de kopers hun vordering tot schadevergoeding ter verificatie moeten hebben ingediend, blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Geen rechtsregel schrijft voor dat degene die zich jegens een curator op verrekening (op de voet van art. 53 Fw) wil beroepen, de betreffende vordering tevens bij die curator ter verificatie moet indienen. Indiening ter verificatie ligt ook niet voor de hand, nu de betreffende vordering door de verrekening teniet gaat (althans tot het gemeenschappelijk beloop met de vordering van de gefailleerde), zodat er na verrekening (althans tot dat gemeenschappelijk beloop) niets meer te verifiëren valt.

3.7 Het onderdeel slaagt. Het oordeel van het hof getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Voor een beroep op verrekening krachtens art. 53 Fw is indiening ter verificatie van de te verrekenen vordering geen vereiste.<sup>73</sup>

3.8 *Onderdeel 2.3* betoogt dat 's hofs oordeel dat de kopers geen verrekeningsverklaring hebben uitgebracht, rechtens onjuist dan wel niet begrijpelijk is, nu mr. Stolk bij pleidooi in hoger beroep met zoveel woorden heeft ver-

klaard als volgt: *'Het is dan ook op instructie van Woningborg dat ik mij namens de kopers op verrekening beroep.'*<sup>74</sup> Het hof heeft ofwel miskend dat de verrekeningsverklaring vormvrij is en bovendien steeds, dus ook in hoger beroep, gedaan kan worden, ofwel het heeft zijn oordeel niet (voldoende) begrijpelijk gemotiveerd, nu de verklaring van mr. Stolk dat hij zich namens de kopers daadwerkelijk op verrekening beroept redelijkerwijs niet anders kan worden begrepen dan als een verrekeningsverklaring.

3.9 Dit onderdeel slaagt eveneens. Hoewel de uitleg van de processtukken in beginsel aan de feitenrechter is voorbehouden, is de door het hof gegeven uitleg onbegrijpelijk. Op meerdere plaatsen in de processtukken is door de kopers voldoende duidelijk een beroep op verrekening gedaan.<sup>75</sup> Het beroep in de pleitnota in hoger beroep, waarnaar het onderdeel verwijst, laat aan duidelijkheid in ieder geval niets te wensen over. Terecht wijzen de kopers erop dat een beroep op verrekening (art. 6:127 BW) vormvrij is en in elk stadium van de procedure kan worden gedaan.<sup>76</sup> Op andere plaatsen in de processtukken is het beroep op verrekening voorwaardelijk gedaan (*'voor het geval uw Hof mocht menen dat de curator (...) een vordering tot nakoming zou toekomen'*<sup>77</sup> of, de passage waarnaar het hof verwijst, *'mocht in deze procedure worden vastgesteld dat de curator een vordering op kopers heeft dan zal dezerzijds alsnog een beroep op verrekening worden gedaan'*<sup>78</sup>), omdat op dat moment in rechte niet vaststond dat de curator een vordering had op de kopers (en de kopers dat betwisten). De betreffende stellingen kunnen echter redelijkerwijs niet anders worden begrepen dan dat op het moment dat wél geoordeeld zou worden dat de curator een vordering heeft op de kopers, het beroep op verrekening in stelling wordt gebracht. Nu het hof in het bestreden arrest aldus heeft geoordeeld (en dit oordeel in cassatie ook stand houdt), had het hof het beroep op verrekening dienen te bespreken.

#### 4. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging.

70 Prod. 1 bij memorie van grieven. Art. N Afbouwovereenkomst luidt als volgt: *"Indien en zodra Verrijger de in het Contract alsmede in de onderhavige overeenkomst bedoelde betalingsverplichtingen stipt en juist nakomt, vrijwaart Woningborg Verrijger voor iedere aanspraak van Curator of anderen op betaling van de door of namens Roos verrichte, al dan niet gefactureerde, werkzaamheden."*

71 Vgl. ook N.E.D. Faber, *Verrekening* 2005, nr. 449.

72 Conclusie van antwoord punt 7.8.

73 Faber, *Verrekening* 2005, nr. 413. Idem de noot van Van Zanten onder het hofarrest in JOR 2015/179.

74 Pleitaantekeningen in hoger beroep kopers, nr. 10.3, p. 21, derde alinea. Het onderdeel verwijst voorts naar de nrs. 1.5, 8, 10.1, 10.2 en 10.6 van deze pleitaantekeningen.

75 Behoudens de pleitnota in hoger beroep kan voor het beroep op verrekening ook worden gevonden in conclusie van antwoord nr. 7.8; memorie van grieven nr. 5.3 en memorie van antwoord incidenteel appel nr. 3.10. De curator heeft ook steeds gerespondeerd op het verrekeningsverweer, zie reeds nr. 4.3 en 5.15-5.21 inleidende dagvaarding; memorie van antwoord principaal appel, tevens memorie van grieven incidenteel appel 4.32-4.40.

76 N.E.D. Faber, *Verrekening* 2005, nr. 97.

77 Memorie van antwoord incidenteel appel nr. 3.10.

78 Proces-verbaal comparitie in eerste aanleg, p. 6.