

## RI 2017/12

**HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)**

2 december 2016, nr. 15/02767

(Mrs. E.J. Numann, A.H.T. Heisterkamp, M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, M.J. Kroeze; A-G mr. L. Timmerman)

Art. 37 Fw

RvdW 2016/1237

NJ 2017/21

JWB 2016/435

RvdW 2016/197

NJB 2016/2302

ECLI:NL:PHR:2016:926

ECLI:NL:HR:2016:2744

**Wederkerige overeenkomst. Gestanddoening. Boedelschuld.****Geldt het afdwingen van doorlevering van diensten gedurende de afkoelingsperiode als gestanddoening in de zin van art. 37 Fw?**

*In het faillissement van Free Record Shop (FRS) is Ctac verlener van software- en hostingdiensten. Ctac beëindigt de overeenkomst met FRS per faillissementsdatum. Er geldt een afkoelingsperiode voor de duur van twee maanden. In een poging de onderneming going concern te verkopen, treden de curatoren van FRS in overleg met Ctac over de voortzetting van de dienstverlening. Ctac beroept zich op haar opschortingsrecht en is tot voortzetting slechts bereid wanneer alle openstaande vorderingen – dus ook de pre-faillissementsvorderingen – zullen worden voldaan als boedelvorderingen. In kort geding wordt Ctac veroordeeld de dienstverlening voort te zetten gedurende de afkoelingsperiode tegen betaling van de daarmee samenhangende kosten. De curatoren worden niet gedwongen de pre-faillissementsvorderingen te voldoen. In deze bodemprocedure vordert Ctac van de boedel voldoening van de pre-faillissementsvorderingen en de door haar geleden schade in verband met de ontbinding van de met FRS gesloten overeenkomsten. Volgens Ctac hebben de curatoren door hun vordering in kort geding de overeenkomst gestand gedaan.*

*HR: Ctac heeft de overeenkomst met onmiddellijke ingang beëindigd. Door met de curatoren in onderhandeling te treden over de voortzetting daarvan, werd de beëindiging kennelijk weer niet gedaan nu Ctac zich op opschorting beriep. De curatoren moesten binnen een redelijke termijn beslissen of zij de overeenkomst wilden nakomen. Zij hebben eerst door middel van onderhandelingen en vervolgens in kort geding, de opschorting van de dienstverlening door Ctac geprobeerd te beëindigen. Deze handelwijze van de curatoren heeft de rechtbank niet uitgelegd als*

*een keuze voor nakoming, nu de curatoren hadden aangegeven alleen voor toekomstige diensten te willen betalen. Dit oordeel is sterk verweven met de omstandigheden van het geval. Het geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is evenmin onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Het afdwingen in rechte van voortzetting van dienstverlening door zogenaamde dwangcrediteuren dient niet steeds te worden aangemerkt als gestanddoening van de overeenkomst in de zin van art. 37 Fw. Hoe verklaringen en gedragingen van een curator moeten worden uitgelegd, dient met inachtneming van alle omstandigheden van het geval te worden beantwoord.*

**Zie ook:**

- HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2729, RI 2017/13, (X/Logtestijn q.q.);
- HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2730, RI 2017/14 (X/Peters q.q.);
- Rb. Rotterdam 4 maart 2015, RI 2015/72 (deze zaak);
- T.T. van Zanten, in: *GS Faillissementsrecht*, art. 37 Fw, aant. 2.4;
- T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, par. 4.4.2.6.5;
- 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.

**Wenk:**

Op 2 december 2016 heeft de Hoge Raad in drie arresten nader licht geworpen op (de systematiek van) art. 37 Fw, zie de onderhavige zaak en RI 2017/13 en RI 2017/14.

In de onderhavige zaak heeft de Hoge Raad iets gezegd over gestanddoening van de overeenkomst in de zin van art. 37 Fw., in het bijzonder welk handelen als zodanig kan gelden. In algemene zin overweegt de Hoge Raad dat het handelen van de curator ter zake met inachtneming van alle omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld. Het enkele feit dat de curator in rechte voortzetting van dienstverlening door een zogenoemde dwangcrediteur vordert, dient niet zonder meer als gestanddoening te worden aangemerkt.

Dit oordeel geeft curatoren wat lucht, ook ten opzichte van dwangcrediteuren die geen nutsbedrijven zijn (voor die laatste categorie bestaat al een voorziening in art. 37b Fw.). De curator kan (in rechte) voortzetting van de dienstverlening vorderen, mits hij de met die voortzetting gemoeide kosten (als boedelkosten) vergoedt. Hij loopt daardoor niet (meteen) het gevaar dat hij gedwongen wordt de pre-faillissements-schulden als boedelschulden te moeten vol-

doen, omdat hij geacht wordt de overeenkomst gestand te doen. Voor die beslissing heeft hij een redelijke termijn. De lengte daarvan is (ook) afhankelijk van de omstandigheden van het geval, bijvoorbeeld het nadeel dat de dwangcrediteur ondervindt bij de hantering van een langere termijn, en het belang van de boedel bij een langere termijn. Een voorbeeld van dit laatste is de onderhavige casus: er was een afkoelingsperiode van twee maanden bepaald. Gedurende die periode konden de curatoren, zonder last te hebben van derden die zich op goederen van de boedel verhalen of die goederen van de boedel opeisen, onderzoeken of bijv. een verkoop op going concern-basis mogelijk zou zijn. Hoewel de afkoelingsperiode strikt genomen niet geldt voor derden als de dwangcrediteur, is het niet goed verdedigbaar dat de dwangcrediteur (de bedoeling van) de afkoelingsperiode zou kunnen doorkruisen. De redelijke termijn voor de beslissing over de gestanddoening zou – met inachtneming van de overige omstandigheden van het geval – dan eveneens (ten minste) de termijn van de afkoelingsperiode kunnen bedragen.

(J.A. Stal)

Ctac N.V., te 's-Hertogenbosch, eiseres tot cassatie, verweerster in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, adv. mr. F.E. Vermeulen, tegen

1. Mr. Jasper Paulus Maria Borsboom, te Barendrecht,
2. Mr. Hendrik Egbert Gert Paul van Rootselaar, te Krimpen aan de Lek, beiden in hun hoedanigheid van curator in het faillissement van Free Record Shop Holding B.V., verweerders in cassatie, eisers in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep, adv. mr. B.T.M. van der Wiel en mr. R.R. Verkerk.

#### Hoge Raad:

##### 1 *Het geding in feitelijke instantie*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instantie verwijst de Hoge Raad naar het vonnis in de zaak C/10/438853/HA ZA 13-1214 van de Rechtbank Rotterdam van 4 maart 2015;

(...)

##### 2 *Het geding in cassatie*

Tegen het vonnis van de rechtbank heeft Ctac – bij wege van sprongcassatie – beroep in cassatie ingesteld. De curatoren hebben voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. (...)

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep en de curatoren vorderen wettelijke rente over de toe te wijzen proceskosten.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Timmerman strekt tot verwerping van het principale cassatieberoep.

De advocaat van Ctac heeft bij brief van 30 september 2016 op die conclusie gereageerd.

#### 3 *Beoordeling van het middel in het principale beroep*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Free Record Shop Holding B.V. (hierna: 'FRSH') exploiteerde ongeveer 250 winkels, gericht op verkoop van CD's, DVD's en andere producten op amusementsgebied.

(ii) Ctac leverde diensten aan FRSH op het gebied van software en hosting.

(iii) Op de rechtsverhouding tussen partijen waren de algemene voorwaarden van Ctac van toepassing. In artikel 10 van die voorwaarden is bepaald:

*"Beëindiging overeenkomst*

(...)

10.2 Elk van partijen kan een overeenkomst zonder ingebrekestelling met onmiddellijke ingang geheel of gedeeltelijk schriftelijk ontbinden indien de andere partij – al dan niet voorlopig – surseance van betaling wordt verleend, indien ten aanzien van de andere partij faillissement wordt aangevraagd of indien haar onderneming wordt geliquideerd of beëindigd anders dan ten behoeve van reconstructie of samenvoeging van ondernemingen. De partij die die overeenkomst aldus beëindigt zal nimmer tot enige restitutie van reeds ontvangen gelden dan wel tot schadevergoeding zijn gehouden. In geval van faillissement van Opdrachtgever vervalt het recht tot gebruik van aan Opdrachtgever ter beschikking gestelde producten van rechtswege. (...)"

(iv) Bij vonnis van 28 mei 2013 is FRSH failliet verklaard. De rechtbank heeft op de voet van art. 63a Fw een afkoelingsperiode van twee maanden afgekondigd.

(v) Op de dag van faillietverklaring heeft Ctac aan de curatoren geschreven:

"Dochterondernemingen van Ctac N.V. (hierna: 'Ctac') zijn IT leverancier van FRSH. Onder meer Free Record Shop Nederland en België maken voor hun bedrijfsvoering gebruik van SAP en XV Retail systemen.

Ctac heeft met betrekking tot de levering van software licenties (SAP, XV Retail en Winshuttle) overeenkomsten gesloten met FRSH. Ook heeft Ctac verscheidene SAP en XV Retail licentie-, hosting en beheer overeenkomsten gesloten met FRSH op basis waarvan Ctac hosting en beheer uitvoert voor FRSH.

Een faillissement van FRSH heeft directe consequenties voor de voornoemde SAP en XV Retail licentie-, hosting- en beheerovereen-

komsten. Immers een faillissement betekent, dat Ctac niet langer gehouden is om de dienstverlening onder voornoemde overeenkomsten te blijven continueren.

Op grond van artikel 10.2 van de toepasselijke Algemene Voorwaarden van Ctac (mei 2008) zeggen wij hierbij de betreffende overeenkomsten met onmiddellijke ingang op.

Wij zijn bereid, onder voorwaarden, onze diensten ten behoeve van de boedel te blijven verlenen tegen vergoeding.

Graag treden wij zo spoedig mogelijk met u in overleg ten einde de situatie te bespreken.

Wij vertrouwen erop u hiermee in eerste voldoende te hebben geïnformeerd en zien uw berichten met belangstelling tegemoet.”

(vi) De curatoren hebben aangedrongen op tijdelijke voortzetting van de dienstverlening door Ctac tegen vergoeding van de daaraan verbonden kosten. Ctac was daartoe alleen bereid als de openstaande (prefaillissements)vordering van Ctac op FRSH ten bedrage van € 419.081,68 zou worden betaald. Bij brief van 14 juni 2013 kondigde Ctac aan dat zij van haar opschortingsrecht gebruik zou maken en de dienstverlening aan FRSH per 1 juli 2013 zou beëindigen, behoudens betaling van alle openstaande bedragen.

(vii) De curatoren hebben hierop in kort geding gevorderd, voor zover in cassatie van belang, dat Ctac wordt verboden tijdens de afkoelingsperiode de dienstverlening en leveranties te staken en dat Ctac wordt geboden deze dienstverlening gedurende de afkoelingsperiode voort te zetten, tegen betaling door de boedel van de toekomstige verplichtingen.

(viii) De voorzieningenrechter heeft deze vordering toegewezen. Ctac heeft de dienstverlening voortgezet.

(ix) Op 17 juli 2013 is een doorstart van FRSH gerealiseerd.

3.2.1 In dit geding vordert Ctac onder meer veroordeling van de curatoren tot betaling van het nog openstaande deel van de prefaillissementsvordering en schadevergoeding in verband met ontbinding van de met FRSH gesloten overeenkomsten wegens tekortkoming van de curatoren. Daartoe heeft Ctac aangevoerd, samengevat weergegeven en voor zover in cassatie van belang, dat de curatoren, door hun hiervoor in 3.1 onder (vii) genoemde vordering in kort geding in te stellen, geacht moeten worden de tussen Ctac en FRSH gesloten overeenkomsten op de voet van art. 37 Fw gestand te hebben gedaan; volgens Ctac brengt dit mee dat zij jegens de boedel aanspraak kan maken op betaling van de hiervoor bedoelde prefaillissementsvordering en schadevergoeding. De curatoren hebben betoogd dat in het onderhavige geval van gestanddoening in de zin van art. 37 Fw geen sprake is, en dat Ctac de tussen haar en FRSH gesloten overeenkomsten op de

dag van de faillietverklaring van FRSH en met onmiddellijke ingang heeft opgezegd; voor de na het faillissement van FRSH verrichte dienstverlening is Ctac betaald, aldus de curatoren. De rechtbank heeft de vorderingen van Ctac afgewezen.

3.2.2 Voor zover in cassatie van belang overwoog de rechtbank als volgt:

“4.5 Zoals tussen partijen niet ter discussie staat en zoals ook volgt uit het vonnis van de voorzieningenrechter was de dienstverlening door Ctac noodzakelijk voor de (tijdelijke) voortzetting van de onderneming van Free Record Shop Holding door curatoren. Curatoren wilden een (tijdelijke) voortzetting van die onderneming in verband met een door hen beoogde doorstart (*going concern*) van de onderneming. Eveneens staat vast de door de voorzieningenrechter in aanmerking genomen omstandigheid dat er voor curatoren geen reële mogelijkheid was zich tot een andere (soortgelijke) dienstverlener te wenden, die de door Ctac geleverde diensten op zeer korte termijn zou kunnen overnemen. Ctac was derhalve een zogenoemde dwangcrediteur. Ctac had op de dag van het faillissement alle met Free Record Shop Holding gesloten overeenkomsten beëindigd; op grond van de toepasselijke algemene voorwaarden ging het om een beëindiging met onmiddellijke ingang, waarbij het recht tot gebruik van aan Free Record Shop ter beschikking gestelde producten van rechtswege verviel. Curatoren hebben gepoogd Ctac te bewegen tot tijdelijke voortzetting van de dienstverlening, maar Ctac was hiertoe alleen bereid als curatoren de gehele pre-faillissementsvordering van Ctac voldeden.

4.6. Het systeem van de Faillissementswet laat deze opstelling van Ctac (in beginsel) toe; Ctac mocht de overeenkomst beëindigen, en voortzetting van de overeenkomst afhankelijk stellen van betaling door curatoren van pre-faillissementsschulden. Daaraan doet niet af dat Ctac een dwangcrediteur was; een (wettelijke) uitzondering geldt in dit verband (slechts) voor nutsbedrijven, op grond van art. 37b Fw. Een dergelijke opstelling dwingt een curator, net als Curatoren in dit geval, in beginsel (binnen een redelijke termijn) te kiezen (op de voet van art. 37 Fw) om in het belang van de boedel de overeenkomst na te komen, of om in verband met de kosten die zijn gemoeid met voortzetting van de dienstverlening van die voortzetting af te zien. (...) Ctac meent dat zowel de pre-faillissementsvordering een boedelschuld is, als de schadevergoedingsvordering die zij stelt op de boedel te hebben vanwege een voortijdig einde van de overeenkomst. Zij stelt dus dat

Curatoren in casu de keuze hebben gemaakt om de overeenkomst na te komen in de zin van artikel 37 Fw.

4.7. (...)

Curatoren wilden niet de kosten die zouden (kunnen) voortvloeien uit een nakoming van de overeenkomsten op de voet van art. 37 Fw voor rekening van de boedel laten komen, maar zij wilden evenmin kiezen voor niet-nakoming; zij wilden slechts de kosten betalen in verband met een tijdelijke voortzetting van de dienstverlening in het belang van de boedel, en zo lang als de boedel bij die voortzetting belang zou hebben. Curatoren hadden hierop geen wettelijke aanspraak, maar dat neemt niet weg dat zij zich uiteraard op het standpunt kunnen stellen dat zij hierop in de omstandigheden van het geval aanspraak hebben, en dat standpunt aan de rechter voor te leggen. Dat is wat curatoren hebben gedaan toen Ctac niet akkoord wilde gaan met de door curatoren voorgestelde aanpak. De insteek van het kort geding van de zijde van curatoren was dezelfde als die van het overleg. Curatoren vorderden dat Ctac geboden zou worden de dienstverlening (tijdelijk) voort te zetten, tegen betaling door curatoren van de toekomstige verplichtingen. De voorzieningenrechter had aldus te beoordelen of Ctac in casu het recht had de (voortzetting van de) dienstverlening aan curatoren te weigeren totdat haar pre-faillissementsvordering was voldaan. De voorzieningenrechter heeft in dat kader een belangenafweging gemaakt en kwam tot het oordeel dat het belang van curatoren bij voortzetting van de dienstverlening voor een relatief korte periode zodanig zwaarwegend was, dat stopzetting daarvan door Ctac onaanvaardbaar moet worden geacht.

4.8. De vraag die thans voorligt is of in een geval als het onderhavige sprake is van nakoming van de overeenkomst op de voet van art. 37 Fw. Zoals hiervoor al aan de orde kwam brengt het wettelijk systeem in beginsel mee dat een curator, ook in geval van een dwangcrediteur, binnen een redelijke termijn moet kiezen (op de voet van artikel 37 Fw) om in het belang van de boedel de overeenkomst na te komen, of om in verband met de kosten die zijn gemoeid met voortzetting van de dienstverlening van die voortzetting af te zien. (...)

In het onderhavige geval heeft de voorzieningenrechter Ctac onder voorwaarden die waarborgen dat rekening wordt gehouden met de gerechtvaardigde belangen van Ctac verplicht om tijdelijk (gedurende de afkoelingsperiode) te blijven presteren. Hetgeen hiervoor is overwogen rechtvaardigt om aan te nemen dat curatoren daarmee niet geacht kunnen worden de overeenkomst gestand te

hebben gedaan in de zin van art. 37 Fw. De curator is weliswaar gehouden zich binnen een daartoe door de wederpartij gestelde redelijke termijn uit te laten over de vraag of hij bereid is de overeenkomst gestand te doen, maar bij bepaling van de lengte van de minimaal aan de curator te gunnen redelijke termijn zijn alle omstandigheden van het geval van belang. Tot die omstandigheden behoort de vraag of de dwangcrediteur door hantering van een wat langere termijn na deel ondervindt, alsmede de betrokken belangen van de boedel. Gelet op de hiervoor besproken wederzijdse belangen van Ctac en de boedel was die termijn in het onderhavige geval niet verstreken in de periode dat Ctac de dienstverlening tijdens de afkoelingsperiode (gedwongen) voortzette.

Derhalve kan niet worden aangenomen dat door de tijdelijke voortzetting van de overeenkomsten curatoren die overeenkomsten gestand hebben gedaan in de zin van art. 37 Fw. Nu ook daarna geen keuze voor nakoming is gemaakt, is de conclusie dat art. 37 Fw niet van toepassing is."

3.3.1 Het middel bestrijdt het oordeel van de rechtbank met verschillende klachten. Zij lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

3.3.2 Het oordeel van de rechtbank moet aldus worden verstaan, dat Ctac weliswaar de overeenkomst met onmiddellijke ingang had beëindigd, maar vervolgens niettemin met de curatoren in onderhandeling is getreden over voortzetting daarvan, en dat daarbij kennelijk de beëindiging van de overeenkomst weer werd tenietgedaan, nu Ctac zich op opschorting van haar dienstverlening beriep. De rechtbank heeft art. 37 Fw op deze situatie van toepassing geacht (r.o. 4.5 slotzin en r.o. 4.6), hetgeen meebracht dat de curatoren binnen een redelijke termijn moesten beslissen of zij de overeenkomst wilden nakomen. Vervolgens heeft de rechtbank geconstateerd dat de curatoren hebben gepoogd om de opschorting van de dienstverlening door Ctac te beëindigen, aanvankelijk door middel van onderhandelingen en vervolgens door het aanhangig maken van een kort geding (r.o. 4.7). De rechtbank heeft deze houding van de curatoren – die zich volgens de rechtbank uitstrekten tot het einde van de redelijke termijn voor het maken van een keuze, vgl. r.o. 4.8 – niet uitgelegd als een keuze voor nakoming, aangezien de curatoren uitdrukkelijk te kennen hadden gegeven alleen voor toekomstige diensten te willen betalen.

3.3.3 De oordelen van de rechtbank, verstaan zoals hiervoor in 3.3.2 weergegeven, zijn sterk verweven met de omstandigheden van dit geval. Zij geven geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn evenmin onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Alle klachten van het middel stuiten hierop af. Daarbij verdient

nog opmerking dat onjuist is de door het middel bepleite opvatting dat het in rechte afdwingen van voortzetting van dienstverlening door zogenoemde dwangcrediteuren steeds dient te worden aangemerkt als gestanddoening van de overeenkomst in de zin van art. 37 Fw. De vraag hoe verklaringen en gedragingen van een curator in dit verband moeten worden uitgelegd, dient met inachtneming van alle omstandigheden van het geval te worden beantwoord.

3.4 Het incidentele beroep, dat is ingesteld onder de voorwaarde dat het middel in het principale beroep tot vernietiging van het arrest van het hof leidt, behoeft gelet op hetgeen hiervoor is overwogen geen behandeling.

#### 4 *Beslissing*

De Hoge Raad:

verwerpt het principale beroep;

veroordeelt Ctac in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de curatoren begroot op € 2.008,34 aan verschotten en € 2.200 voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien Ctac deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

#### **Conclusie A-G mr. L. Timmerman:**

##### 1 *Feiten<sup>1</sup>*

1.1 Free Record Shop Holding B.V. (hierna: 'FRSH') en de aan haar gelieerde ondernemingen exploiteerde ongeveer 250 winkels, gericht op verkoop van CD's, DVD's en andere producten op amusementsgebied.

1.2 CTAC is een dienstverlener op het gebied van software en hosting. CTAC heeft met FRSH overeenkomsten gesloten, op basis waarvan aan FRSH softwarelicenties zijn geleverd. Voorts zijn licentie-, hosting- en beheerovereenkomsten gesloten. De dienstverlening door CTAC kwam erop neer dat de administratie en de bedrijfsvoering van FRSH liepen via de door CTAC geleverde systemen. Zo zijn onder meer gesloten: een 'Service Overeenkomst SAP Hosting & System Management' (hierna: de service-overeenkomst) en een 'XV Retail Software Overeenkomst' (hierna: de software-overeenkomst). De door FRSH ingevolge deze overeenkomst te betalen gebruiksvergoeding was € 300.000 en een jaarlijks te betalen onderhoudsvergoeding.

1.3 Op de rechtsverhouding tussen partij en zijn de algemene voorwaarden van CTAC van toepassing. In artikel 10 van die voorwaarden is bepaald:

*"Beëindiging overeenkomst  
(...)"*

10.2 Elk van partijen kan een overeenkomst zonder ingebrekestelling met onmiddellijke ingang geheel of gedeeltelijk schriftelijk ontbinden indien de andere partij – al dan niet voorlopig – surseance van betaling wordt verleend, indien ten aanzien van de andere partij faillissement wordt aangevraagd of indien haar onderneming wordt geliquideerd of beëindigd anders dan ten behoeve van reconstructie of samenvoeging van ondernemingen. De partij die die overeenkomst aldus beëindigt zal nimmer tot enige restitutie van reeds ontvangen gelden dan wel tot schadevergoeding zijn gehouden. In geval van faillissement van Opdrachtgever vervalt het recht tot gebruik van aan Opdrachtgever ter beschikking gestelde producten van rechtswege. (...)"

1.4 Bij vonnis van 28 mei 2013 is FRSH in staat van faillissement verklaard. De rechtbank heeft een afkoelingsperiode van twee maanden afgekondigd (art. 63a Fw).

1.5 Op de dag van faillietverklaring schrijft CTAC aan Curatoren:

"Dochterondernemingen van (CTAC) zijn IT leverancier van (FRSH). Onder meer Free Record Shop Nederland en België maken voor hun bedrijfsvoering gebruik van SAP en XV Retail systemen. CTAC heeft met betrekking tot de levering van software licenties (SAP, XV Retail en Winshuttle) overeenkomsten gesloten met (FRSH). Ook heeft CTAC verscheidene SAP en XV Retail licentie-, hosting en beheer overeenkomsten gesloten met (FRSH) op basis waarvan CTAC hosting en beheer uitvoert voor (FRSH). Een faillissement van (FRSH) heeft directe consequenties voor de voornoemde SAP en XV Retail licentie-, hosting- en beheerovereenkomsten. Immers een faillissement betekent, dat CTAC niet langer gehouden is om de dienstverlening onder voornoemde overeenkomsten te blijven continueren. Op grond van artikel 10.2 van de toepasselijke Algemene Voorwaarden van CTAC (mei 2008) zeggen wij hierbij de betreffende overeenkomsten met onmiddellijke ingang op. Wij zijn bereid, onder voorwaarden, onze diensten ten behoeve van de boedel te blijven verlenen tegen vergoeding. Graag treden wij zo spoedig mogelijk met u in overleg ten einde de situatie te bespreken. Wij vertrouwen erop u hiermee in eerste voldoende te hebben geïnformeerd en zien uw berichten met belangstelling tegemoet."

1.6 Curatoren en CTAC hebben overleg gevoerd over tijdelijke voortzetting van de dienstverlening door CTAC. CTAC was daartoe alleen bereid als de openstaande (pre-faillissements)vordering van CTAC op FRSH zou worden betaald. Het betreft een bedrag van € 419.081,68. Deze vordering bestaat onder

<sup>1</sup> De feiten zijn mede ontleend aan r.o. 2.1-2.12 van het in cassatie bestreden vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 4 maart 2015.

meer uit de vergoeding uit hoofde van de service-overeenkomst voor de maanden mei en juni 2013 (twee maal € 31.990,48), uit het nog openstaande deel van de door FRSH op grond van de software-overeenkomst aangeschafte licenties (€ 242.000) en uit de vergoeding over de maand juni 2013 voor het in laatstbedoelde overeenkomst genoemde onderhoud van het systeem (€ 111.590,88).

1.7 Op 3 juni 2013 schrijven curatoren (mr. Borsboom) aan CTAC, onder meer:

“U heeft mij tijdens de bespreking op mijn kantoor een overzicht gegeven van openstaande facturen. Het gaat om een bedrag van € 419.081,68. Van die facturen is een bedrag van circa € 32.000 vervallen. De andere facturen vervallen later deze maand of per 1 juli 2013.

U heeft mij gevraagd te willen bevestigen dat de openstaande vorderingen worden voldaan. Die bevestiging kan ik niet geven. Curatoren dienen crediteuren te behandelen met inachtneming van het systeem van de Faillissementswet. Dat veronderstelt een gelijke behandeling, ook al zijn sommige crediteuren soms wat meer gelijk dan andere crediteuren. Wij hebben in dat kader een aantal opties de revue laten passeren, maar kwamen nog niet tot overeenstemming.

Ik heb u tijdens onze bespreking reeds bevestigd dat de facturen voor de housing en hosting over mei en juni 2013 betaald zullen worden. Dat gaat om twee keer € 31.990,48. De vervallen termijn zal deze week worden betaald.

De factuur van € 242.000 betreft een betaling op een in 2011 aangeschaft systeem, waarvan de termijn op 1 juli 2013 conform de contractuele afspraken vervalt. Dat geldt ook voor de factuur van € 111.590,88, die eveneens op 1 juli 2013 vervalt. Ten aanzien van deze facturen heb ik mij nog geen definitief oordeel gevormd. Ik vermoed echter dat het om ‘gewone’ concurrente vorderingen gaat, die gelijk met alle andere concurrente vorderingen opgaan in het faillissement.

U deelde mij tijdens onze bespreking mede voornemens te zijn de dienstverlening per 3 juni 2013 17.00 uur te staken. Ik wil u dringend vragen dat niet te doen. U bent daartoe niet gerechtigd, zoals ik hierna uiteen zal zetten. Staking van de dienstverlening leidt tot onherstelbare schade aan de onderneming. De dreiging met staken van de leveranties zou in ieder geval ook misbruik van recht betekenen, hetgeen tot aansprakelijkheid leidt. En die aansprakelijkheid zal vele malen groter zijn dan het bedrag dat u thans vordert.

Dat betekent niet dat ik geen oog heb voor de gerechtvaardigde belangen van CTAC. Lopende verplichtingen worden voldaan en

wanneer later blijkt dat u gerechtigd was de dienstverlening te staken wanneer de door u bedoelde facturen niet betaald zouden worden, ben ik bereid die vorderingen als boedelschuld te aanvaarden. Er is sprake van een positieve boedel, zodat boedelschulden ook voldaan kunnen worden. (...) Op grond van het bovenstaande moet u een redelijke termijn in acht nemen; een termijn van drie dagen is niet redelijk. (...) Ik verzoek, en voor zover nodig sommeer, u derhalve de dienstverlening gedurende de navolgende zes weken (tot en met 12 juli 2013) voort te zetten en mij dat omgaand schriftelijk te bevestigen. Indien ik geen bevestiging ontvang, zal een kort geding ahangig worden gemaakt. Inmiddels bevestigde u mij dat uw advocaat contact met mij zal opnemen om te overleggen over verhandeldata met het oog op het kort geding.”

1.8 Curatoren hebben de uit hoofde van de service-overeenkomst (twee keer € 31.990,48) over de maanden mei en juni 2013 verschuldigde vergoeding voldaan. Nadat onderhandelingen tussen partijen over een oplossing in der minne niet tot het beoogde resultaat leidden, schrijft (de advocaat van) CTAC op 14 juni 2013 aan curatoren:

“CTAC zal dan ook van haar opschortingsrecht gebruik maken en de dienstverlening aan (FRSH) stopzetten. Hoewel CTAC meent dat uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat zij onverkort het recht heeft om tot onmiddellijke opschorting over te gaan, is zij niettemin bereid om (FRSH) tot 1 juli a.s. te gunnen voordat de dienstverlening daadwerkelijk zal worden stopgezet. Daarmee heeft de boedel voldoende gelegenheid te voorzien in een andere oplossing, temeer nu de problematiek, zoals hiervoor aangestipt, al drie weken speelt. Mocht op 30 juni 2013 derhalve geen betaling van alle nog openstaande bedragen ad € 355.100,72 zijn ontvangen, dan zal CTAC haar dienstverlening aan (FRSH) opschorten, overigens onder voorbehoud van al haar overige rechten.”

1.9 Hierop hebben curatoren CTAC in kort geding gedagvaard en gevorderd:

- primair: CTAC te verbieden de dienstverlening en leveranties te staken en CTAC te gebieden deze voor onbepaalde tijd voort te zetten, tegen betaling door de boedel van de toekomstige verplichtingen;
- subsidiair: CTAC te verbieden tijdens de afkoelingsperiode de dienstverlening en leveranties te staken en CTAC te gebieden deze gedurende de afkoelingsperiode voort te zetten, tegen betaling door de boedel van de toekomstige verplichtingen.

1.10 Bij vonnis van 26 juni 2013 heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam de subsidiaire vordering toegewezen

onder de voorwaarde dat Curatoren aan CTAC € 46.500 betalen. De voorzieningenrechter overwoog:

“Als uitgangspunt heeft te gelden dat CTAC c.s. het recht heeft haar prestaties op te schorten, zolang ter zake van eerdere prestaties verschuldigde bedragen, ontstaan vóór de datum van de faillietverklaring, niet zijn voldaan. Aldus kan het opschortingsrecht tijdens faillissement worden benut om schulden die zijn ontstaan voor de faillissementsdatum buiten de rangregeling om te verhalen. Dit kan anders zijn wanneer het, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, jegens de boedel en/of andere schuldeisers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat de dienstverlening wordt gestopt.

De primaire vordering komt er op neer dat CTAC c.s. wordt verplicht haar dienstverlening onbeperkt voort te zetten. Een dergelijke vordering is gelet op voormeld uitgangspunt niet toewijsbaar.

Ten aanzien van de subsidiaire vordering geldt het navolgende.

De voorzieningenrechter heeft uit de toelichting van de curatoren ter zitting begrepen dat zij thans nog niet in staat zijn te beoordelen of doorbreking van de rangregeling in het belang van de boedel is. Anders dan door CTAC c.s. is betoogd, oordeelt de voorzieningenrechter dat de tijd die inmiddels na de faillietverklaring is verstreken niet van zodanige duur is, dat er voor de curatoren voldoende gelegenheid is geweest om op verantwoorde wijze hun standpunt ter zake te bepalen. Het betreft een groot, gecompliceerd faillissement, waarin op dit moment nog circa 250 winkels geopend zijn. De curatoren hebben onweersproken gesteld dat op dit moment onderhandelingen met derden over een mogelijke doorstart worden gevoerd, maar niet uitgesloten moet worden geacht dat er in het geheel geen doorstart komt. Aannemelijk is dat na de aangekondigde opschorting van de dienstverlening per 1 juli a.s. de gehele administratie niet meer toegankelijk is en de winkelactiviteiten aanstonds stilgelegd dienen te worden. (...)

De curatoren hebben voorts betoogd dat overschakelen op een andere dienstverlener op korte termijn geen alternatief is. Indien al een derde gevonden zou kunnen worden die bereid en in staat is de dienstverlening van CTAC c.s. over te nemen – volgens de curatoren is die er niet – zou dat niet op zeer korte termijn gerealiseerd kunnen worden en zou dan bovendien een hoofdprijs betaald moeten worden.

Onder deze omstandigheden acht de voorzieningenrechter het belang van de curato-

ren bij voortzetting van de dienstverlening evident.

Ter zitting heeft CTAC c.s. betoogd dat zij – mede met het oog op de continuïteit van haar onderneming – groot belang heeft om de thans voor gefailleerde aangewende capaciteit, die aanzienlijk is, elders in te zetten. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is het belang van de curatoren bij voortzetting van de dienstverlening voor een relatief korte periode zodanig zwaarwegend dat stopzetting daarvan door CTAC c.s. per 1 juli a.s. onaanvaardbaar moet worden geacht. Het feit dat het opschortingsrecht als zodanig wordt gerespecteerd en de positie van CTAC c.s. jegens de boedel na verloop van na te melden termijn niet wezenlijk verandert is mede bepalend voor dit oordeel.

De voorzieningenrechter zal daarom de vordering van de curatoren in die zin toewijzen dat gedurende de door de rechtbank bij vonnis van 28 mei 2013 afgekondigde afkoelingsperiode, derhalve tot 28 juli 2013, het CTAC c.s. verboden wordt haar dienstverlening en leveranties op grond van de bestaande IT-overeenkomsten te staken.”

1.11 CTAC heeft de dienstverlening conform het vonnis van de voorzieningenrechter voortgezet. Curatoren hebben CTAC € 46.500 betaald; dit bedrag bestaat uit:

“een bedrag van circa € 31.000, te vermeerderen met de eveneens ter zitting aangeboden opslag van 50% ter aflossing van openstaande vorderingen, derhalve totaal € 46.500”.

Het bedrag van 'circa € 31.000' is de vergoeding uit hoofde van de service-overeenkomst voor de maand juli 2013 (€ 31.990,48).

1.12 Op 17 juli 2013 is een doorstart van FRSH gerealiseerd.

1.13 CTAC heeft eind augustus 2013 verlof gevraagd conservatoir derdenbeslag te leggen onder een aantal banken, ten laste van de boedel van FRSH, tot zekerheid voor de betaling van een bedrag van € 484.265,98. Bij beschikking van 5 september 2013 is verlof verleend. De voorzieningenrechter heeft overwogen:

“De voorzieningenrechter is van oordeel dat summierlijk aannemelijk is dat (CTAC) een vordering op de curatoren heeft. Daartoe wordt overwogen dat voorschands summierlijk aannemelijk is, althans niet uit te sluiten valt, dat het instellen van de kort geding vordering tot nakoming van de overeenkomst tussen (FRSH) en (CTAC) – uit welke vordering de wil tot nakoming van de overeenkomst kan worden afgeleid – in een bodemprocedure zal worden aangemerkt als een bereidverklaring de overeenkomst gestand te doen in de zin van art. 37 lid 1 Fw. Dat de curatoren niet wensten te worden

gedwongen in een situatie ex art. 37 Fw en niet (expliciet) te kennen hebben gegeven dat zij de overeenkomsten op de voet van art. 37 Fw gestand wensten te doen, maakt dit niet anders. Deze keuze voor nakoming leidt tot het rechtsgevolg dat de pre-faillissementsvorderingen van (CTAC) van kleur zijn verschoten en tot boedelvordering zijn verworven, welke boedelvorderingen de curatoren weigeren te voldoen.”

## 2 Procesverloop

2.1 CTAC heeft curatoren op 17 oktober 2013 gedagvaard voor de Rechtbank Rotterdam, en heeft gevorderd dat curatoren worden veroordeeld tot betaling van bedragen van € 451.191,60, € 234.112,12, en € 990,48, vermeerderd met rente en kosten. Deze drie bedragen betreffen volgens CTAC respectievelijk (a) het nog openstaande deel van de pre-faillissementsvordering van CTAC op FRSH, (b) de door CTAC gestelde schade in verband met ontbinding van de met FRSH gesloten overeenkomsten wegens tekortkoming van Curatoren, en (c) het restant van de vergoeding uit hoofde van de service-overeenkomst voor de maand juli (Curatoren hebben € 31.000 i.p.v. € 31.990,48 betaald). Aan die vorderingen heeft CTAC ten grondslag gelegd dat zij op verzoek van curatoren na de datum van het faillissement (gedwongen) uitvoering is blijven geven aan de overeenkomsten met FRSH en daarom op grond van art. 37 Fw jegens de boedel aanspraak kan maken op betaling van de volledige pre-faillissementsvordering, alsmede op schadevergoeding na ontbinding wegens tekortkoming zijdens curatoren.<sup>2</sup> De rechtbank wijst bij vonnis van 4 maart 2015<sup>3</sup> de vorderingen van CTAC af. Kernoverwegingen van de rechtbank zijn r.o. 4.5-4.13. Die luiden als volgt:

“4.5. Zoals tussen partijen niet ter discussie staat en zoals ook volgt uit het vonnis van de voorzieningenrechter was de dienstverlening door Ctac noodzakelijk voor de (tijdelijke) voortzetting van de onderneming van Free Record Shop Holding door curatoren. Curatoren wilden een (tijdelijke) voortzetting van die onderneming in verband met een door hen beoogde doorstart (*going concern*) van de onderneming. Eveneens staat vast de door de voorzieningenrechter in aanmerking genomen omstandigheid dat er voor curatoren geen reële mogelijkheid was zich tot een andere (soortgelijke) dienstverlener te wenden, die de door Ctac geleverde diensten op zeer korte termijn zou kunnen overnemen. Ctac was derhalve een zogenoemde dwangcredi-

teur. Ctac had op de dag van het faillissement alle met Free Record Shop Holding gesloten overeenkomsten beëindigd; op grond van de toepasselijke algemene voorwaarden ging het om een beëindiging met onmiddellijke ingang, waarbij het recht tot gebruik van aan Free Record Shop ter beschikking gestelde producten van rechtswege verviel. Curatoren hebben gepoogd Ctac te bewegen tot tijdelijke voortzetting van de dienstverlening, maar Ctac was hiertoe alleen bereid als curatoren de gehele pre-faillissementsvordering van Ctac voldeden.

4.6. Het systeem van de Faillissementswet laat deze opstelling van Ctac (in beginsel) toe; Ctac mocht de overeenkomst beëindigen, en voortzetting van de overeenkomst afhankelijk stellen van betaling door curatoren van pre-faillissementsschulden. Daaraan doet niet af dat Ctac een dwangcrediteur was; een (wettelijke) uitzondering geldt in dit verband (slechts) voor nutsbedrijven, op grond van art. 37b Fw. Een dergelijke opstelling dwingt een curator, net als curatoren in dit geval, in beginsel (binnen een redelijke termijn) te kiezen (op de voet van art. 37 Fw) om in het belang van de boedel de overeenkomst na te komen, of om in verband met de kosten die zijn gemoeid met voortzetting van de dienstverlening van die voortzetting af te zien. Bedoelde kosten bestaan uit de (normaal gesproken concurrente, ter verificatie in te dienen) pre-faillissementsvordering, die bij een keuze voor nakoming tot boedelschuld verwordt, en ook uit toekomstige kosten in verband met de nakoming van de overeenkomst. Dergelijke toekomstige kosten zijn bijvoorbeeld ook mogelijke kosten in verband met een beëindiging van de overeenkomst door de curator. Zo zal, als geen doorstart wordt gerealiseerd, of als de doorstarter de overeenkomst niet wil overnemen, de curator de overeenkomst moeten beëindigen, met als (mogelijk) gevolg een boedelschuld vanwege schadevergoeding in verband met die beëindiging. Beide facetten komen in deze zaak aan de orde: Ctac meent dat zowel de pre-faillissementsvordering een boedelschuld is, als de schadevergoedingsvordering die zij stelt op de boedel te hebben vanwege een voortijdig einde van de overeenkomst. Zij stelt dus dat curatoren in casu de keuze hebben gemaakt om de overeenkomst na te komen in de zin van art. 37 Fw.

4.7. In de onderhavige zaak waren curatoren van mening dat (tijdelijke) voortzetting van de dienstverlening in het belang van de boedel was, nu deze dienstverlening noodzakelijk was om de onderneming in bedrijf te houden en verkoop van de onderneming *going concern* (vermoedelijk) een hogere

<sup>2</sup> Vgl. r.o. 4.3 van het bestreden vonnis.

<sup>3</sup> ECLI:NL:RBROT:2015:1678. Het vonnis is ook gepubliceerd in *JOR* 2015/218, met commentaar van F.B. Bosvelt.



opbrengst zou genereren. Zij achtten het daarentegen niet in het belang van de boedel de overeenkomst na te komen in de zin van art. 37 Fw, waarmee zij immers de pre-faillissementsvordering als boedel-schuld hadden moeten voldoen. Curatoren hebben om die reden geprobeerd afspraken te maken met Ctac. De door curatoren gewenste afspraken kwamen erop neer dat Ctac de pre-faillissementsvordering ter verificatie zou indienen, dat curatoren zouden instaan voor de verplichtingen die gedurende de voortzetting van de dienstverlening voor de boedel uit de overeenkomsten zouden voortvloeien, en dat curatoren (overigens) slechts aan de overeenkomsten zouden zijn gebonden zolang zij belang hadden bij de door Ctac te verrichten prestaties. Met andere woorden: curatoren wilden niet de kosten die zouden (kunnen) voortvloeien uit een nakoming van de overeenkomsten op de voet van art. 37 Fw voor rekening van de boedel laten komen, maar zij wilden evenmin kiezen voor niet-nakoming; zij wilden slechts de kosten betalen in verband met een tijdelijke voortzetting van de dienstverlening in het belang van de boedel, en zo lang als de boedel bij die voortzetting belang zou hebben. Curatoren hadden hierop geen wettelijke aanspraak, maar dat neemt niet weg dat zij zich uiteraard op het standpunt kunnen stellen dat zij hierop in de omstandigheden van het geval aanspraak hebben, en dat standpunt aan de rechter voor te leggen. Dat is wat curatoren hebben gedaan toen Ctac niet akkoord wilde gaan met de door curatoren voorgestelde aanpak. De insteek van het kort geding van de zijde van curatoren was dezelfde als die van het overleg. Curatoren vorderden dat Ctac geboden zou worden de dienstverlening (tijdelijk) voort te zetten, tegen betaling door curatoren van de toekomstige verplichtingen. De voorzieningenrechter had aldus te beoordelen of Ctac in casu het recht had de (voortzetting van de) dienstverlening aan curatoren te weigeren totdat haar pre-faillissementsvordering was voldaan. De voorzieningenrechter heeft in dat kader een belangenafweging gemaakt en kwam tot het oordeel dat het belang van curatoren bij voortzetting van de dienstverlening voor een relatief korte periode zodanig zwaarwegend was, dat stopzetting daarvan door Ctac onaanvaardbaar moet worden geacht.

4.8. De vraag die thans voorligt is of in een geval als het onderhavige sprake is van nakoming van de overeenkomst op de voet van art. 37 Fw. Zoals hiervoor al aan de orde kwam brengt het wettelijk systeem in beginsel mee dat een curator, ook in geval van een dwangcrediteur, binnen een redelijke

termijn moet kiezen (op de voet van art. 37 Fw) om in het belang van de boedel de overeenkomst na te komen, of om in verband met de kosten die zijn gemoeid met voortzetting van de dienstverlening van die voortzetting af te zien. In het verleden heeft een vergelijkbare vraag gespeeld ten aanzien van nutsbedrijven, die van oudsher veelvuldig de positie van dwangcrediteur pleegden in te (kunnen) nemen. In de rechtspraak van de Hoge Raad is aan de orde geweest of nutsbedrijven gebruik konden maken van hun opschortingsrecht om aldus betaling af te dwingen van schulden die zijn ontstaan voor de faillietverklaring. Die rechtspraak is aanleiding geweest voor de wetgever om (in 2004) met betrekking tot deze nutsbedrijven art. 37b Fw in de wet op te nemen. Dat artikel biedt ten aanzien van nutsbedrijven voor een situatie als de onderhavige een wettelijke oplossing; het nutsbedrijf mag niet opschorten of ontbinden in verband met een openstaande (pre-faillissements)vordering. Achtergrond hiervan was de volgende (*Kamerstukken II*, 1999/00, 27244, 3, p. 10):

'Als gevolg van deze regel (dat nutsbedrijven (voor de wetswijziging) een opschortingsbevoegdheid hebben ten aanzien van rechtspersonen, ook indien de uitoefening daarvan ertoe strekt betaling af te dwingen van schulden die zijn ontstaan voor de faillietverklaring, toevoeging rechtbank) wordt het beginsel van gelijkheid van schuldeisers doorbroken op een wijze die niet door de wet is voorzien. Nutsbedrijven verwerven zich aldus een feitelijk voorrecht ten opzichte van andere schuldeisers. Daarenboven wordt de continuïteit van de onderneming door deze regel niet bevorderd. Afsluiting door het nutsbedrijf kan de verkoop 'going concern' van de onderneming ernstig bemoeilijken. Het ene alternatief, waarin de curator terstond de vordering van het nutsbedrijf voldoet, leidt tot een inbreuk op het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers zonder dat daar een wettelijke basis voor is, nog afgezien van de mogelijkheid dat de curator onvoldoende tijd heeft de vordering van het nutsbedrijf te controleren. Het andere alternatief, waarin de curator een boedelkrediet tracht overeen te komen, kan in de praktijk te lang duren. Om voortgang van levering van de essentiële voorzieningen gas, water, elektriciteit en verwarming in beginsel te verzekeren, is een artikel opgenomen als artikel 304. De schuld die ontstaat als gevolg van leveringen tijdens de afkoelingsperiode (en tijdens het faillissement in het algemeen) is boedel-schuld, dus een schuld die, zonder verificatie te behoeven, een onmiddellijke aanspraak op

de boedel geeft. Ook het derde lid strekt ertoe de leverantie van gas, water, elektriciteit en verwarming tijdens de surséance van betaling voortgang te doen vinden. Daarom wordt vastgelegd dat een beroep op een in de overeenkomst voorkomende ontbindingsbepaling slechts is toegelaten met goedvinden van de curator.'

Bij toepasselijkheid van art. 37b Fw komt de nutsleverancier geen beroep toe op art. 37 Fw (*Kamerstukken II*, 2001/02, 27244, 5, p. 22).

Zowel in maatschappelijke, economische als technologische zin zijn er de afgelopen jaren de nodige ontwikkelingen geweest, waardoor ondernemingen, zoals in dit geval Ctac, in de praktijk een dwangpositie jegens contractspartners kunnen verwerven die minstens even ingrijpend is als die van nutsbedrijven. Zonder hun medewerking is soms per direct geen enkele bedrijfsactiviteit meer mogelijk. In het Voorontwerp van een insolventiewet, opgesteld door de Commissie Insolventierecht, was om die reden de regeling van art. 37b Fw uitgebreid tot overeenkomsten tot het ter beschikking stellen van goederen of verlenen van diensten benodigd voor de voortzetting van de door de schuldenaar gedreven onderneming. Met een dergelijke uitbreiding was door de wetgever bij de totstandkoming van art. 37b Fw overigens al rekening gehouden. Dit Voorontwerp is geen wet; vast staat derhalve dat het wettelijk systeem thans geen voorziening biedt voor een geval als het onderhavige. Dat betekent dat thans in een faillissementssituatie geen onderzoek naar – bijvoorbeeld – een doorstart mogelijk is zonder de vorderingen van dergelijke dwangcrediteuren ter zake van hun bestaande, soms zeer substantiële, (concurrente) vorderingen op voorhand volledig te honoreren. Dit tenzij een regeling met de betreffende crediteur kan worden getroffen voor een (tijdelijke) voortzetting, of na een afweging van de belangen van de boedel en de dwangcrediteur een dergelijke voorziening wordt getroffen in kort geding.

In het onderhavige geval heeft de voorzieningenrechter Ctac onder voorwaarden die waarborgen dat rekening wordt gehouden met de gerechtvaardigde belangen van Ctac verplicht om tijdelijk (gedurende de afkoelingsperiode) te blijven presteren. Hetgeen hiervoor is overwogen rechtvaardigt om aan te nemen dat curatoren daarmee niet geacht kunnen worden de overeenkomst gestand te hebben gedaan in de zin van art. 37 Fw. De curator is weliswaar gehouden zich binnen een daartoe door de wederpartij gestelde redelijke termijn uit te laten over de vraag of hij bereid is de overeenkomst gestand te doen, maar bij bepaling van de lengte van de minimaal aan de curator te gunnen redelijke

termijn zijn alle omstandigheden van het geval van belang. Tot die omstandigheden behoort de vraag of de dwangcrediteur door hantering van een wat langere termijn na deel ondervindt, alsmede de betrokken belangen van de boedel. Gelet op de hiervoor besproken wederzijdse belangen van Ctac en de boedel was die termijn in het onderhavige geval niet verstreken in de periode dat Ctac de dienstverlening tijdens de afkoelingsperiode (gedwongen) voortzette.

Derhalve kan niet worden aangenomen dat door de tijdelijke voortzetting van de overeenkomsten Curatoren die overeenkomsten gestand hebben gedaan in de zin van art. 37 Fw. Nu ook daarna geen keuze voor nakoming is gemaakt, is de conclusie dat art. 37 Fw niet van toepassing is.

4.9. Het voorgaande brengt mee dat de vorderingen tot betaling van € 451.191,60 en € 234.112,12 zullen worden afgewezen. Beide vorderingen zijn gegrond op toepasselijkheid van art. 37 Fw. Ten aanzien van de vordering tot vergoeding van de schade als gevolg van de ontbinding wegens tekortkoming van curatoren wordt daaraan toegevoegd dat dit deel van de vordering er ten onrechte van uitgaat dat curatoren aan de overeenkomsten waren gebonden buiten de verplichte voortzetting gedurende de afkoelingsperiode. Zoals hiervoor aan de orde kwam is dat juist niet het geval.

4.10. Aan voornoemd oordeel doet niet af dat, zoals Ctac stelt, de voorzieningenrechter curatoren heeft geboden ook een deel van de pre-faillissementsvordering te voldoen, als tegenprestatie voor de gedwongen voortzetting van de dienstverlening door Ctac. Zoals uit het vonnis van de voorzieningenrechter volgt betrof het hier een (door curatoren aangeboden) opslag voor de voortzetting van de dienstverlening. Voor zover dat in het kader van de onderhavige procedure al van belang zou zijn kan daaruit niet worden afgeleid dat de voorzieningenrechter van oordeel was dat de (gehele) pre-faillissementsvordering tot boedelschuld was verworven.

4.11. Ctac heeft nog betoogd dat zij er gerechtvaardigd op heeft vertrouwd dat curatoren de openstaande schulden als boedelschuld zouden voldoen. Curatoren hebben dat betwist en erop gewezen dat zij nimmer het vertrouwen hebben gewekt dat zij nakoming van de overeenkomsten ex art. 37 Fw voorstonden, doch integendeel de toepasselijkheid daarvan van de hand hebben gewezen. Ctac heeft vervolgens geen feiten of omstandigheden naar voren gebracht waaruit zou kunnen worden afgeleid dat curatoren bij haar het gerechtvaardigd vertrouwen hebben gewekt dat de openstaande schulden als boedelschuld voldaan zou-

den worden. Het enkele feit dat Ctac in haar correspondentie naar voren heeft gebracht dat zij uitgaat van toepasselijkheid van art. 37 Fw maakt niet dat curatoren ter zake enig gerechtvaardigd vertrouwen zouden hebben gewekt.

4.12. Nu van een gestanddoening van de overeenkomsten in de zin van art. 37 Fw geen sprake is, kan in het midden blijven het betoog van curatoren dat de vorderingen van Ctac voortvloeien uit andere overeenkomsten dan de overeenkomst die Ctac tijdelijk gedwongen heeft voortgezet.

4.13. Daarmee blijft over de vordering tot betaling van € 990,48. Curatoren hebben op last van de voorzieningenrechter een bedrag van € 46.500 betaald aan Ctac. De voorzieningenrechter heeft daarbij de op grond van de overeenkomst verschuldigde maandelijks vergoeding naar beneden afgerond (tot € 31.000) en deze verhoogd met een opslag van 50% ter aflossing van openstaande vorderingen. De rechtbank ziet in deze afrondingsverschillen geen aanleiding curatoren te veroordelen tot betaling van voornoemd bedrag.”

2.2 Tegen dit vonnis van 4 maart 2015 heeft CTAC bij exploit van 3 juni 2015 – bij wege van sprongcassatie<sup>4</sup> – cassatieberoep ingesteld.<sup>5</sup>

2.3 Bij conclusie van antwoord van 11 september 2015 hebben curatoren geconcludeerd tot verwerping van het beroep van CTAC en tevens voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. CTAC heeft, eveneens op 11 september 2015, op haar beurt tot verwerping van laatstgenoemd beroep geconcludeerd. De zaak is vervolgens voor partijen toegelicht door hun advocaten; namens CTAC mede door mr. G.P. Oosterhoff. Van het nemen van re- en dupliek is afgezien.

### 3 *Bespreking van het principale cassatieberoep*

3.1 Het principale cassatieberoep van CTAC voert aan dat de rechtbank heeft miskend dat een curator die in kort geding voortzetting van de overeenkomsten voor een korte tijd vordert, geacht moet worden deze overeenkomsten op de voet van art. 37 Fw gestand te hebben gedaan.

3.2 Vooruitlopend op de bespreking van de klachten, merk ik op dat dit betoog mij niet juist voorkomt. Of het handelen van een cura-

tor als ‘gestanddoening’ kan worden aange-merkt moet m.i. aan de hand van de omstandigheden van het geval worden beoordeeld. Juist in het onderhavige geval overtuigt het standpunt van CTAC mij niet. In cassatie staat immers (onbestreden) vast dat CTAC, nadat zij de overeenkomsten bij brief van 28 mei 2013 had opgezegd<sup>6</sup>, bereid was de *dienstverlening* voort te zetten onder voorwaarde dat ook de openstaande (pre-faillissements)vorderingen betaald zouden worden (r.o. 2.6). Ook staat vast dat Curatoren niet met een voortzetting van de dienstverlening onder die voorwaarde hebben ingestemd (r.o. 2.8). Juist omdat zij niet met deze door CTAC gestelde voorwaarde akkoord gingen, hebben zij in kort geding gevorderd dat CTAC de dienstverlening (subsidiar) voor de duur van de afkoelingsperiode zou voortzetten, zonder dat de pre-faillissementsvorderingen boedelschulden zouden worden.<sup>7</sup> Zij hebben met dit kort geding getracht te bereiken, wat zij ook door aanvaarding van de door CTAC gestelde voorwaarden hadden kunnen bereiken – namelijk: voortzetting van de dienstverlening –, maar met dit verschil: dat zij zich niet hebben verbonden tot het als boedelschuld hoeven te voldoen van de pre-faillissements-schulden. Met andere woorden: als Curatoren de overeenkomsten gestand hadden willen doen, was het zinloos geweest daarover een kort geding te voeren. Het feit dat curatoren in kort geding hebben gevorderd CTAC te gebieden de dienstverlening voort te zetten, kan m.i. dan ook niet anders worden uitgelegd dan dat curatoren *niet* hebben willen instaan voor de betaling van de pre-faillissementsvorderingen. Tegen deze achtergrond is het begrijpelijk dat de rechtbank het in kort geding afdwingen van de voortzetting van de dienstverlening niet als gestanddoening heeft willen aanmerken.

3.3 Het principale beroep van CTAC bevat drie onderdelen. *Onderdeel 1* richt zich met drie subonderdelen tegen r.o. 4.5. Daarin overweegt de rechtbank dat CTAC de overeenkomsten met FRSH op de dag van het faillissement met onmiddellijke ingang had beëindigd. Ik maak een paar opmerkingen over hoe het oordeel van de rechtbank m.i. gelezen moet worden.

3.4 CTAC stelt in onderdeel 1 voorop dat het oordeel van de rechtbank zo gelezen moet

4 Dit zijn partijen overeengekomen op 21 april 2015, vgl. cassatiedagvaarding p. 3 en de als bijlage daarbij gevoegde e-mail, evenals de s.t. van mrs. Van der Wiel en Verkerk zijdens curatoren, nr. 1.13.

5 Dit is tijdig; voor sprongcassatie geldt de ‘normale’ cassatietermijn van drie maanden. Vgl. *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/70, *Cassatie in burgerlijke zaken*, 2015/90.

6 Voor de goede orde: CTAC stelt zich, ook in cassatie, op het standpunt dat zij weliswaar in haar brief van 28 mei 2013 aan FRSH de term ‘opzegging’ heeft gehanteerd, maar dat materieel sprake was van opschorting van haar verplichtingen onder de overeenkomsten.

7 Algemeen wordt aangenomen dat wanneer een overeenkomst op de voet van art. 37 Fw gestand wordt gedaan, dit ertoe leidt dat de boedel voor de uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen (ook wanneer dit pre-faillissementsvorderingen betreft) wordt verbonden. Zie bijv. *GS Faillissementswet* (T.T. van Zanten), art. 37 Fw, aant. 4.1, online: 9-2013.

worden dat de rechtbank ervan uit gaat dat de overeenkomsten niet definitief geëindigd zijn; het feit dat het vonnis geheel in het teken staat van de vraag of curatoren de overeenkomst gestand hebben gedaan, zou dat onderstrepen. CTAC neemt (evenals curatoren) tot uitgangspunt dat, als de overeenkomsten zouden zijn beëindigd, dit meebrengt dat zij niet gestand kunnen worden gedaan ex art. 37 Fw.<sup>8</sup> De vermelding in r.o. 4.5 dat CTAC de overeenkomsten zou hebben beëindigd is volgens het onderdeel niet meer dan 'terloops'. Als de rechtbank daarmee (toch) een eindbeslissing zou hebben gegeven is dat onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd (zie de genoemde subonderdelen 1.1 en 1.2).

3.5 Curatoren hebben erop gewezen dat het vonnis van de rechtbank zo moet worden gelezen dat zij aan haar conclusie dat art. 37 Fw geen grondslag biedt voor de vorderingen van CTAC, twee zelfstandig dragende gronden ten grondslag legt, te weten: (1) dat de overeenkomsten op de dag van faillietverklaring door CTAC waren beëindigd, en (2) dat curatoren de overeenkomsten niet gestand hebben gedaan.<sup>9</sup> Curatoren leggen het vonnis zo uit dat de rechtbank, zonder dat dat strikt genomen nodig was – de beëindiging bracht immers mee dat art. 37 Fw niet aan de orde kon zijn – is ingegaan op het betoog van CTAC dat curatoren door te handelen als zij hebben gedaan, geacht moeten worden de overeenkomsten te hebben gestand gedaan. De beoordeling of van gestanddoening sprake was, zou de rechtbank in deze lezing *ten overvloede* hebben onderzocht. Zou zij dit niet ten overvloede hebben beoordeeld, dan zou de rechtbank hebben miskend dat art. 37 Fw slechts aan bod kan komen indien er sprake is van overeenkomsten die niet zijn beëindigd (zie hun verderop nog te bespreken voorwaardelijke incidentele onderdeel 1).

3.6 De vraag is dus: wat heeft de rechtbank bedoeld met haar overweging in r.o. 4.5 dat CTAC de overeenkomsten op de dag van het faillissement met onmiddellijke ingang had beëindigd? Het oordeel van de rechtbank is in dit opzicht m.i. niet geheel ondubbelzinnig. Enerzijds overweegt de rechtbank (in r.o. 4.5) immers met zoveel woorden dat CTAC de overeenkomsten heeft beëindigd, waarna de rechtbank ook min of meer<sup>10</sup> consequent van voortzetting van (niet de 'overeenkomsten', maar)

de 'dienstverlening' spreekt. Anderzijds motiveert de rechtbank haar verwerping van CTAC's beroep op art. 37 Fw uitsluitend met de overweging dat curatoren niet geacht kunnen worden de overeenkomsten gestand te hebben gedaan (r.o. 4.8, slotlinea); de omstandigheid dat CTAC de overeenkomsten hebben beëindigd speelt geen *kenbare* rol in de gedachtegang van de rechtbank die uitmondt in de conclusie dat art. 37 Fw 'niet van toepassing is' (r.o. 4.8, slotzin).

3.7 Naar mijn mening moet in cassatie tot uitgangspunt worden genomen dat CTAC de overeenkomsten op 28 mei 2013 onder verwijzing naar haar algemene voorwaarden heeft opgezegd en deze daardoor zijn beëindigd. Met haar oordeel in r.o. 4.5, te weten:

“(…) CTAC had op de dag van het faillissement alle met Free Record Shop Holding gesloten overeenkomsten beëindigd; op grond van de toepasselijke algemene voorwaarden ging het om een beëindiging met onmiddellijke ingang, waarbij het recht tot gebruik van aan Free Record Shop ter beschikking gestelde producten van rechtswege verviel. Curatoren hebben gepoogd CTAC te bewegen tot tijdelijke voortzetting van de dienstverlening, maar CTAC was hiertoe alleen bereid als curatoren de gehele pre-faillissementsvordering van CTAC voldeden.”;

brengt de rechtbank – in aansluiting op haar uitgebreide weergave van de opzeggingsbrief in r.o. 2.5 – m.i. tot uitdrukking dat de overeenkomsten geëindigd zijn en de onderhandelingen tussen CTAC en curatoren vanaf 28 mei 2013 niet langer gingen over nakoming van de (opgezegde) overeenkomsten, maar over de vraag onder welke voorwaarden de (feitelijke) dienstverlening door CTAC, die voor de onderneming van FRSH onmisbaar was, kon worden voortgezet.

3.8 *Subonderdeel 1.1* wijst erop dat de rechtbank in r.o. 4.8 overweegt dat de vraag voorligt of sprake is van nakoming van de overeenkomst in de zin van art. 37 Fw en concludeert dat de rechtbank ervan zou zijn uitgegaan dat de overeenkomsten (toch) niet, althans niet definitief zijn geëindigd. De r.o. 4.5 en 4.8 zijn volgens de klacht tegenstrijdig en daarmee onbegrijpelijk.

3.9 Het subonderdeel faalt. De rechtbank heeft immers wel degelijk geoordeeld dat de overeenkomsten geëindigd zijn als gevolg van de opzegging door CTAC en dat het tussen partijen vanaf 28 mei 2013 enkel nog ging over voortzetting van de *dienstverlening* die vooreen onder werking van de overeenkomsten aan FRSH plaatsvond. Dit oordeel is niet onverenigbaar met r.o. 4.8, waar de rechtbank overweegt dat de vraag voorligt of sprake is van nakoming van de overeenkomst op de voet van art. 37 Fw; die vraag heeft CTAC immers opge-

8 Cassatiedagvaarding nr. 1.1; cva in cassatie, onderdeel 1.2.

9 CVA in cassatie, nr. 1.1; s.t. mrs. Van der Wiel en Verkerk, m.n. nrs. 2.2, 2.6.

10 De rechtbank spreekt meermaals van voortzetting van de 'dienstverlening', maar wijkt op twee plaatsen weer af van dat patroon door (toch) te spreken van voortzetting van de 'overeenkomsten' (zie r.o. 4.6, eerste volzin, en r.o. 4.8, op een na laatste volzin).

worpen en de rechtbank ziet die vervolgens onder ogen. Dat dit onderzoek van de rechtbank, gelet op het geëindigd zijn van de overeenkomsten, strikt genomen ten overvloede plaatsvindt, maakt dit nog niet onbegrijpelijk. De rechtbank heeft zich de moeite getroost om het betoog dat in de stukken van CTAC de meeste aandacht heeft gekregen – dat curatoren de overeenkomsten gestand zouden hebben gedaan – ten gronde te bespreken, in plaats van te volstaan met de constatering dat geen sprake meer is van ‘lopende’ overeenkomsten die zich nog voor nakoming lenen.

3.10 *Subonderdeel 1.2* betoogt dat het de rechtbank, gelet op het partijdebat, niet (zonder nadere motivering) tot het oordeel kon komen dat CTAC de overeenkomsten heeft *beëindigd*.

3.11 Dit subonderdeel faalt. Voor de duidelijkheid herhaal ik hier de relevante passages uit de brief van CTAC aan curatoren van 28 mei 2013 en waarop de rechtbank haar oordeel baseert:

“(…) Immers een faillissement betekent, dat CTAC niet langer gehouden is om de dienstverlening onder voornoemde overeenkomsten te blijven continueren. Op grond van artikel 10.2 van de toepasselijke Algemene Voorwaarden van CTAC (mei 2008) zeggen wij hierbij de betreffende overeenkomsten met onmiddellijke ingang op. Wij zijn bereid, onder voorwaarden, onze diensten ten behoeve van de boedel te blijven verlenen tegen vergoeding. Graag treden wij zo spoedig mogelijk met u in overleg (…).”

3.12 De tekst van de brief en de omstandigheden van het geval verdragen zich met de door de rechtbank getrokken conclusie dat CTAC op de dag van het faillissement de overeenkomsten met onmiddellijke ingang heeft opgezegd en zich daarbij baseerde op de beëindigingsclausule van art. 10.2 van de algemene voorwaarden die op die overeenkomsten van toepassing waren. Daarmee volgde de rechtbank het betoog van curatoren, die dit uitvoerig aan de orde hebben gesteld<sup>11</sup> en heeft betekenis toegekend aan de beëindigingsclausule waarnaar CTAC in haar brief zelf verwees (vgl. r.o. 2.3). De lezing van de rechtbank verdraagt zich met de gedingstukken en is daarmee niet onbegrijpelijk.

3.13 *Subonderdeel 1.3* rust op de veronderstelling dat r.o. 4.5 niet dragend is voor de afwijzing van CTAC's vorderingen. Die veronderstelling bleek hiervoor onjuist.

3.14 *Onderdeel 2* van het middel van CTAC komt erop neer dat de rechtbank heeft miskend dat art. 37 Fw c.q. het systeem van de Faillissementswet meebrengen dat een curator geacht moet worden een overeenkomst waarop art. 37b Fw niet van toepassing is gestand te hebben gedaan, ingeval deze door het verzoeken en (in rechte) afdwingen van nakoming daarvan een opschortingsrecht van de wederpartij buiten werking stelt. Het gegeven dat art. 37 Fw voorziet in een door de wederpartij te stellen redelijke termijn voor de bereidverklaring tot gestanddoening, doet er volgens de klacht niet aan af dat het (voor of tijdens die termijn) afdwingen door de curator van nakoming en het buiten werking stellen van een opschortingsrecht rechtens een zodanige gestanddoening oplevert. Wel kan een curator desgewenst het verweer voeren dat een beroep op art. 37 Fw naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, maar daarvoor dient dan het criterium van de arresten *Veluwse Nutsbedrijven*<sup>12</sup> en *Van der Hel q.q./Edon*<sup>13</sup> worden toegepast. De subonderdelen 2.1-2.8 bevatten een verdere uitwerking en toelichting van deze kernklacht.

3.15 *Onderdeel 2* met haar subonderdelen slaagt m.i. niet. In de eerste plaats omdat het onderdeel feitelijke grondslag mist: het veronderstelt immers dat curatoren in kort geding *nakoming* van de overeenkomsten hebben afgedwongen.<sup>14</sup> De rechtbank heeft tot uitgangspunt genomen dat (i) CTAC de overeenkomsten op de dag van faillissement onder verwijzing naar de beëindigingsclausule uit de algemene voorwaarden heeft opgezegd; (ii) dat het curatoren vervolgens te doen was om de *tijdelijke voortzetting van de dienstverlening* (r.o. 2.6, 4.5), en (iii) dat deze (tijdelijke) voortzetting van de dienstverlening ook de insteek was van het kort geding (r.o. 4.7). De voorzieningenrechter heeft de vordering van curatoren niet toegewezen op de grondslag van nakoming, maar in het kader van een belangenafweging, omdat stopzetting van de dienstverlening door CTAC gedurende de afkoelingsperiode onaanvaardbaar werd geoordeeld (r.o. 4.7, slot). Curatoren hebben, anders dan het onderdeel tot uitgangspunt neemt, dan ook geen nakoming gevorderd.

3.16 Het onderdeel berust bovendien op de onjuiste rechtsopvatting dat een geval als het onderhavige, waarin in kort geding een bevel is verkregen tot het tijdelijk voortzetten van dienstverlening na faillietverklaring, op één lijn moet worden gesteld met de gestanddoening van art. 37 Fw. Deze opvatting is niet juist. Of een curator een verklaring geeft die zijn wederpartij gerechtvaardigd als gestanddoening mag opvatten, zal afhangen van de omstandigheden

11 Ik wijs op CvA nrs. 14, 23, 25, 73-78, 83, 116, 132, 137-138; CvD nrs. 22-23; Pleitnota curatoren in eerste aanleg, nrs. 10-15. CTAC heeft dit betoog (kort) bestreden, en daartoe opmerkt dat zij een andere bedoeling had met de brief van 28 mei 2013, namelijk zich op haar opschortingsrecht beroepen; zie CvR nrs. 17-21 en haar Pleitnota nrs. 18-19.

12 HR 20 maart 1981, NJ 1981/640.

13 HR 16 oktober 1998, NJ 1998/896.

14 Zie cassatiedagvaarding nrs. 2, 2.4, 2.6 en 2.8.

van het geval. Voor zover daarover al algemene uitspraken kunnen worden gedaan, kan m.i. niet worden gezegd dat het initiëren van een kort geding met de insteek juist *geen* boedel-schulden te laten ontstaan die bij een minnelijke nakoming/gestandoening op de voet van art. 37 Fw wel waren ontstaan, met voornoemde gestandoening op één lijn moet worden gesteld.

3.17 *Onderdeel 3* richt zich uiteenlopende subonderdelen tegen diverse gedeelten van r.o. 4.8. *Subonderdeel 3.1* richt zich tegen een passage uit r.o. 4.8 waar de rechtbank – alvorens haar conclusie te bereiken dat curatoren niet geacht kunnen worden de overeenkomst gestand te hebben gedaan in de zin van art. 37 Fw – onder meer vaststelt dat de voorzieningenrechter CTAC had verplicht om tijdelijk (tijdens de afkoelingsperiode) te blijven presteren en dit is gebeurd onder voorwaarden die waarborgen dat rekening wordt gehouden met haar gerechtvaardigde belangen. Het subonderdeel veronderstelt dat voor de rechtbank dragend is dat de voorzieningenrechter voorwaarden aan zijn verbod en bevel heeft verbonden die waarborgen dat rekening wordt gehouden met de gerechtvaardigde belangen van CTAC. De klacht bestrijdt dit als onjuist of onbegrijpelijk. De klacht faalt, allereerst wegens een gemis aan feitelijke grondslag. De aard en het karakter van de voorwaarden waren immers voor het oordeel van de rechtbank niet dragend. Bepalend was voor de rechtbank het gegeven dat CTAC door de voorzieningenrechter *gedwongen* haar dienstverlening had voortgezet. Voorts faalt de klacht omdat de interpretatie die de rechtbank geeft aan het oordeel van de voorzieningenrechter een aan de feitenrechter voorbehouden lezing betreft, die bovendien – gelet op het uitgebreide citaat in r.o. 2.9 – niet onbegrijpelijk is.

3.18 *Subonderdeel 3.2* is gericht tegen de laatste alinea van r.o. 4.8. Daar overweegt de rechtbank onder meer dat de curator in het kader van art. 37 Fw weliswaar gehouden is zich binnen een redelijke termijn uit te laten over de gestandoening van de overeenkomst, maar dat bij het bepalen van de duur van deze redelijke termijn alle omstandigheden van het geval van belang zijn. De rechtbank overweegt vervolgens dat deze termijn in het onderhavige geval niet verstreken was in de periode dat CTAC de dienstverlening tijdens de afkoelingsperiode (gedwongen) voortzette. CTAC lijkt – het subonderdeel is daarin niet heel duidelijk – te klagen dat de rechtbank zou hebben miskend dat het niet nodig is dat een (redelijke) termijn wordt gesteld in gevallen waarin de curator uit eigen beweging een overeenkomst gestand doet.

3.19 Deze klacht gaat niet op, omdat het oordeel van de rechtbank geen aanleiding geeft

voor de veronderstelling dat de rechtbank van oordeel was dat het in de door de klacht genoemde situatie geen termijn hoeft te worden gesteld. De rechtbank heeft immers (juist) overwogen dat de termijn in het onderhavige geval nog niet verstreken was, hetgeen impliceert dat er in de gedachtegang van de rechtbank sprake was van een termijn die een aanvang had genomen.

3.20 Ten overvloede merk ik op dat CTAC m.i. belang mist bij haar klachten tegen het oordeel van de rechtbank met betrekking tot de redelijke termijn van art. 37 Fw. Immers, een zodanige termijn sterkt ertoe de wederpartij zoals CTAC een mogelijkheid te geven om een einde te maken aan de onzekere situatie waarin zij niet weet of de curator de overeenkomst wil nakomen.<sup>15</sup> Verklaart de curator niet binnen een redelijke termijn dat hij de overeenkomst wil nakomen, dan leidt dat niet tot automatische gestandoening, maar juist tot het verlies van het recht van de curator om nakoming van de wederpartij te vorderen.<sup>16</sup> Met andere woorden: van gestandoening ex art. 37 Fw kan enkel sprake zijn indien de curator daartoe een verklaring doet uitgaan; het al dan niet gesteld zijn van een termijn, of het ongebruikt verstrijken daarvan is hierop niet van invloed. Ook als de rechtbank dus in het onderhavige geval had geoordeeld dat de redelijke termijn wél was verstreken, dan had dat *op zichzelf* nog geen gevolgen gehad voor de beantwoording van de vraag of Curatoren jegens CTAC hebben verklaard de overeenkomsten gestand te zullen doen. Tegen de ontkenkende beantwoording door de rechtbank van die vraag kwam onderdeel 2, zoals hiervoor bleek, al tevergeefs op.

#### 4 *Bespreking van het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep*

4.1 Het incidentele middel van curatoren is ingesteld onder de voorwaarde dat het principale beroep van CTAC tot cassatie leidt. Aan die voorwaarde is m.i. niet voldaan, zodat het niet in behandeling dient te worden genomen. Voor de volledigheid zal ik de klachten bespreken.

4.2 Het voorwaardelijke incidentele beroep van curatoren bevat drie onderdelen, met klachten die telkens zekerheidshalve – voor het geval het oordeel van de rechtbank anders zou worden gelezen dan huns inziens primair behoort – zijn aangedragen. Curatoren lezen het oordeel van de rechtbank zo dat de vorder-

<sup>15</sup> Vgl. MvT bij art. 37, in *Parlementaire Geschiedenis van de Faillissementswet*, Heruitgave Van der Feltz I, Deel 1, Hummelen & Breeman (red.), 2016, p. 409.

<sup>16</sup> Vgl. B. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring*, Deel 1, 2016, nrs. 2485-2488 (p. 355-360); T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, diss. Groningen, 2012, p. 181 e.v.

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).