

262

Verrekening door pandhouder bij bodemverhuurconstructie is geen onaanvaardbare doorbreking van de gelijkheid van schuldeisers

Hoge Raad

21 juni 2019, nr. 18/00911,

ECLI:NL:HR:2019:995

(mr. Numann, mr. Snijders, mr. Polak, mr.

Tanja-van den Broek, mr. Du Perron)

(Concl. A-G Rank-Berenschot)

Noot prof. mr. N.E.D. Faber

Bodemverhuurconstructie. Verrekening tijdens faillissement. Verrekening door pandhouder van verschuldigde huur met vordering waarvoor het pandrecht is bedongen, is geen onaanvaardbare doorbreking van de gelijkheid van schuldeisers als bedoeld in HR 22 december 1989, NJ 1990/661 (Tiethoff q.q./NMB).

[Fw art. 53 lid 1]

In HR 22 december 1989, NJ 1990/661 (Tiethoff q.q./NMB) is een uitzondering aanvaard op de mogelijkheid tot verrekening met tijdens het faillissement ontstane schulden die voldoen aan de eis van art. 53 lid 1 Fw dat zij "voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht". Het gaat in deze zaak om een zogenoemde bodemverhuurconstructie. Bij deze constructie huurt de pandhouder bedrijfsruimte van zijn schuldenaar teneinde zijn stil pandrecht op de roerende zaken van de schuldenaar die zich in die bedrijfsruimte bevinden, te kunnen omzetten in een vuistpand, zonder dat hem het bodemrecht van de fiscus kan worden tegengeworpen. Het gaat bij deze constructie – die dateert van vóór 2013, toen art. 22bis lw 1990 werd ingevoerd – naar haar aard om verhuur voor korte tijd, die slechts ertoe strekt dat de pandhouder daadwerkelijk zijn recht op verhaal op de aan hem verpande zaken kan uitoefenen, en dan ook slechts is bedoeld voor de korte periode die hiervoor nodig is, en die dan ook op korte termijn kan worden beëindigd. De inhoud van de onderhavige huur-

overeenkomsten stemt hiermee overeen. Gelet op de hiervoor genoemde karakteristieken van de bodemverhuurconstructie vormt de mogelijkheid voor de pandhouder om op grond van art. 53 lid 1 Fw de uit de overeenkomst verschuldigde huur te verrekenen met zijn openstaande vordering waarvoor het pandrecht door hem is bedongen, geen onaanvaardbare doorbreking van de gelijkheid van de schuldeisers als bedoeld in het arrest Tiethoff q.q./NMB. Het gaat om verhuur voor de in de regel slechts korte tijd die is gemoeid met het bereiken van het doel daarvan, die op korte termijn kan worden beëindigd. Het doel van de huur als onderdeel van de bodemverhuurconstructie is bovendien de uitoefening van het zekerheidsrecht mogelijk te maken, waarop de pandhouder jegens de schuldenaar en de andere schuldeisers aanspraak kan maken. Dit geval verschilt dan ook op meerdere punten wezenlijk van het geval waarop het arrest Tiethoff q.q./NMB betrekking heeft.

Mr. C.W. Houtman te Nijmegen, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van A BV en B BV, eiser tot cassatie, advocaten: mr. R.R. Verkerk en mr. A. Stortelder, tegen Coöperatieve Rabobank UA te Amsterdam, verweerster in cassatie, advocaten: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk en mr. F.J.L. Kaptein.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Rank-Berenschot)

Verweerster in cassatie (hierna: Rabobank) heeft haar kredietrelatie met [A] BV en [B] BV opgezegd en de door deze vennootschappen aan haar verpande zaken in vuistpand genomen via een bodemverhuurconstructie, waarna de vennootschappen/verhuurders in staat van faillissement zijn verklaard. In deze zaak gaat het om de vraag of Rabobank haar na de faillietverklaring ontstane huurschuld op grond van art. 53 lid 1 Fw mag verrekenen met haar vordering uit hoofde van de beëindigde kredietrelatie. In cassatie gaat het onder meer om de uitleg en reikwijdte van het arrest van uw Raad van 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0995 (Tiethoff q.q./NMB).

1. Feiten en procesverloop

1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten.¹

(i) [betrokkene 1] en zijn echtgenote [betrokkene 2] zijn bestuurder van [C] B.V. (hierna: [C]), opgericht op of omstreeks 30 juni 2008.

(ii) Op of omstreeks 25 november 2008 zijn de ondernemingsactiviteiten van [C], met uitzondering van het onroerend goed, ondergebracht in twee nieuw opgerichte (dochter)vennootschappen: [A] en [B]. In beide vennootschappen werd een chrysentenkwekerij geëxploiteerd.

(iii) [C] verhuurde de aan haar in eigendom toebehorende onroerende zaken (bedrijfspanen) aan [A] en [B].

(iv) Op 11 juni 2009 heeft Rabobank aan [betrokkenen] in privé een zevental geldleningen verstrekt en aan [C], [A] en [B] een krediet in rekening-courant verstrekt. Voor deze financieringen hebben [A], [B] en [C] zich hoofdelijk verbonden.

(v) Tot zekerheid van haar vorderingen op deze vennootschappen heeft Rabobank onder meer een pandrecht verkregen op de aan [A] en [B] in eigendom toebehorende roerende zaken en heeft zij een hypotheekrecht verkregen op de aan [C] toebehorende onroerende zaken.

(vi) Bij brief van 5 februari 2010 heeft Rabobank de financiering aan [C], [A] en [B] met onmiddellijke ingang opgezegd en hen gesommeerd tot terugbetaling van het openstaande bedrag ad € 4.788.503,92 + p.m.

(vii) Op 9 februari 2010 heeft Rabobank de aan haar verpande zaken van [A] en [B] in vuistpand genomen via een bodemverhuurconstructie, die het volgende inhield.

Rabobank heeft op die datum zowel met [A] als met [B] een huurovereenkomst² gesloten, waarbij [A] en [B] de door hen van [C] gehuurde bedrijfspanen aan Rabobank hebben verhuurd. Rabobank was aan [A] en [B] een maandelijkse huurprijs van € 29.930,00 respectievelijk € 38.812,00 verschuldigd.

Artikel 2 van de huurovereenkomsten bepaalt dat de huurovereenkomsten zijn aangegaan voor on-

bepaalde tijd maar ten minste voor de duur van drie maanden met een stilzwijgende verlenging van telkens een maand.

Artikel 4a van de huurovereenkomsten bepaalt dat de huurovereenkomsten zijn aangegaan voor onbepaalde tijd met een opzegtermijn van een maand, met dien verstande dat de overeenkomsten in ieder geval van rechtswege met onmiddellijke ingang zullen zijn geëindigd op het moment dat het gehuurde door huurder ter vrije beschikking van verhuurder wordt gesteld door middel van overhandiging van alle bij huurder in bezit zijnde sleutels van het gehuurde dan wel op het moment dat “de zaken” zijn verkocht en afgevoerd. Ingevolge artikel 1 worden onder “de zaken” verstaan de aan Rabobank verpande roerende zaken die zich bevinden in c.q. op het gehuurde. Artikel 4c van de huurovereenkomsten bepaalt dat de huursom samenhangend met de huurtermijn waarvoor de huurovereenkomst ten minste wordt aangegaan, zoals genoemd in artikel 2, bij het aangaan van de overeenkomst bij vooruitbetaling wordt voldaan.

(viii) Rabobank heeft op 10 februari 2010 één maand huur betaald aan [A en B]. Nadien heeft zij geen huurpenningen meer betaald.

(ix) Bij beschikkingen van 10 februari 2010 heeft de toenmalige rechtbank Arnhem [A] en [B] in staat van faillissement verklaard. Eiser tot cassatie (hierna: de curator) is in beide faillissementen aangesteld in zijn hoedanigheid.

(x) Bij vonnis van 9 maart 2010 is [C] in staat van faillissement verklaard, met aanstelling van de curator in zijn hoedanigheid.

(xi) Na het leegtelen van de chrysentenkwekerij zijn de ondernemingsactiviteiten van [A] en [B] per 18 maart 2010 gestaakt.

(xii) Op 17 december 2010 is tussen de curator, Rabobank en een derde ([D] B.V.) een koopovereenkomst gesloten waarbij de aan [C] in eigendom toebehorende onroerende zaken en de in de bedrijfspanen van [A] en [B] aanwezige inventaris, indien en voor zover hun eigendom, voor € 3.100.000 werden verkocht aan [D] B.V. met een levertermijn van maximaal 18 maanden.

Artikel 5.5 van de koopovereenkomst³ luidt:

1 Ontleend aan rov. 2 van het bestreden arrest van 5 december 2017 i.v.m. rov. 2.1 tot en met 2.21 van het vonnis van 9 september 2015, alsmede aan de (in cassatie niet bestreden) samenvatting in rov. 3.1 van het bestreden arrest.

2 “Overeenkomst huur”, overgelegd als prod. 10 resp. prod. 11 bij MvG.

3 “Overeenkomst tot koop en verkoop van onroerend goed en roerende zaken uit faillissement” tussen mr. Houtman q.q., [D] B.V. en Rabobank, overgelegd als prod. 17 bij MvG.

“Voor de medewerking van de Curator aan de totstandkoming van deze koopovereenkomst, de gebruiksovereenkomst, de akte van levering en de tweezijdige verklaring als bedoeld in artikel 3.2, verplicht de Bank zich om aan de Curator te betalen een vergoeding van € 50.000,00 (...) onder vermelding van ‘boedelbijdrage verkoop en gebruik OG’.

(xiii) Eveneens op 17 december 2010 hebben de curator, Rabobank en [D] B.V. een gebruiksovereenkomst gesloten. Op grond van die overeenkomst kon de koper met ingang van 17 december 2010 tot aan de datum van levering tegen een vergoeding aan Rabobank van € 27.587,50 per maand over de onder (xii) bedoelde roerende en onroerende zaken beschikken.

Artikel 3 van de gebruiksovereenkomst⁴ luidt:

“Voor het gebruik van het registergoed met de daarin aanwezige roerende zaken, geldt een jaarlijkse vergoeding van € 6,00 per m² (hierna te noemen: ‘de gebruiksvergoeding’), welke vergoeding maandelijks voorafgaand door gebruiker moet worden betaald op een tussenrekening van de bank met rekeningnummer (...). De vergoeding is verschuldigd over de periode vanaf 15 november 2010. De maandelijke gebruiksvergoeding komt (...) neer op een bedrag van € 27,587,50. Over deze vergoeding is geen btw verschuldigd.”

(xiv) De levering van de onder (xii) bedoelde roerende en onroerende zaken aan [D] B.V. heeft plaatsgevonden op 19 maart 2012.

(xv) De koopsom is na aftrek van de kosten van de notaris en de makelaar uitgekeerd aan Rabobank en Rabobank heeft, overeenkomstig het in artikel 5.5 van de koopovereenkomst bepaalde, op 15 december 2012 een boedelbijdrage € 50.000,- betaald aan de curator (naast de boedelbijdrage van € 20.000,- voor de toestemming van de curator tot het leegtelen van [A en B]).

(xvi) Op 29 augustus 2013, 24 september 2013 en 8 november 2013 heeft de curator Rabobank gesommeerd en aangemaand om de (volgens hem) op grond van de huurovereenkomsten over de periode van 9 februari 2010 tot 17 december 2010 verschuldigde huurpenningen aan hem te voldoen. Rabobank is niet tot betaling overgegaan en heeft een beroep gedaan op verrekening.

1.2. Bij inleidende dagvaarding van 6 februari 2015 heeft de curator gevorderd Rabobank te veroordelen tot betaling aan hem van de openstaande huurpenningen van 9 februari 2010 tot 17 december 2010 ad € 349.308,00 en € 269.370,00, te vermeerderen met wettelijke rente.

De curator heeft aan zijn vordering ten grondslag gelegd, samengevat, dat de huurovereenkomsten op zijn vroegst zijn geëindigd op 17 december 2010, toen de aan de gefailleerde vennootschappen toebehorende roerende en onroerende zaken zijn verkocht en aan de koper daarvan in gebruik zijn gegeven, en dat Rabobank dus tot die datum huur is verschuldigd. Over de periode van 9 februari 2010 tot en met 17 december 2010 is Rabobank volgens de curator aan de boedels van [A] en [B] bedragen van € 349.308,00 respectievelijk € 269.370,00 verschuldigd. Zij is met de betaling daarvan in verzuim.

1.3. Rabobank heeft tot haar verweer aangevoerd dat zij geen huurpenningen aan de curator/de boedel verschuldigd is, *primair* omdat de verschuldigdheid van de huurpenningen is verdisconteerd in de boedelbijdrage en *subsidiar* omdat Rabobank gerechtigd is haar vorderingen op [C], [A] en [B] te verrekenen met de huurpenningen die zij aan [A] en [B] verschuldigd zou zijn. Rabobank stelt zich verder op het standpunt dat de huurovereenkomsten niet zijn geëindigd op 17 december 2010 maar op 9 mei 2010, zodat zij in ieder geval geen huur hoeft te betalen over de periode van 10 mei 2010 tot en met 17 december 2010.

1.4. Nadat op 7 juli 2015 een comparitie van partijen⁵ had plaatsgevonden, heeft de kantonrechter te Arnhem bij eindvonnis van 9 september 2015⁶ het primaire verweer als onvoldoende onderbouwd verworpen (rov. 4.3). Het (subsidiar) verrekeningsverweer heeft de kantonrechter verworpen op grond van zijn oordeel dat de door de Hoge Raad in het arrest *Tiethoff q.q./NMB* (ECLI:NL:HR:1989:AD0995) geformuleerde uitzondering op art. 53 Fw zich voordoet, namelijk de situatie dat de curator ondanks het faillissement is gehouden de prestatie te blijven verrichten en de wederpartij compensatie verlangt met een vordering die met de (huur)overeenkomst

4 “Gebruiksovereenkomst”, overgelegd als prod. 17 bij MvG.

5 Bevolen bij tussenvonnis van 6 mei 2015.

6 Rb Gelderland 9 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5770, RI 2016/18.

geen verband (meer) houdt (rov. 4.9). Verder heeft de kantonrechter vastgesteld dat de huurovereenkomsten zijn geëindigd op 17 december 2010 (rov. 4.13).

Daarop heeft de kantonrechter Rabobank veroordeeld tot betaling aan de curator van de openstaande huurpenningen van 9 februari 2010 tot 17 december 2010 ad € 349.308,00 en € 269.370,00, vermeerderd met wettelijke rente.

1.5. Rabobank is van dit eindvonnis in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden met conclusie dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, alsnog de vorderingen van de curator zal afwijzen.

1.6. De curator heeft verweer gevoerd en geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal bekrachtigen.

1.7. Nadat op 22 november 2017 een comparitie van partijen⁷ had plaatsgevonden, heeft het hof in zijn eindarrest van 5 december 2017⁸ het eindvonnis van 9 september 2015 vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vordering van de curator alsnog afgewezen. Het hof heeft daartoe als volgt overwogen.

1.7.1. Het hof ziet aanleiding om eerst in te gaan op de grief van Rabobank dat de kantonrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat de door de Hoge Raad in het arrest *Tiethoff q.q./NMB* (ECLI:NL:HR:1989:AD0995) geformuleerde uitzondering op art. 53 Fw zich in het onderhavige geval voordoet.

Daarbij wordt veronderstellenderwijs aangenomen dat de boedel inderdaad een huurvordering op Rabobank toekomt (en wordt de juistheid van het betoog van Rabobank dat de verschuldigde huurpenningen zijn verdisconteerd in de boedelbijdrage van € 50.000,- in het midden gelaten) (rov. 3.3).

De curator heeft in appel erkend dat hij de huurpenningen over de eerste maand (betaald op 10 februari 2010) niet kan vorderen, zodat het hoger beroep in zoverre in ieder geval slaagt. De resterende vordering ziet op de huurtermijnen vanaf 9 maart 2010 tot 17 december 2010 (rov. 3.4).

1.7.2. Het hof heeft in dit verband verder overwogen:

“3.4. In artikel 53 lid 1 Fw is bepaald dat hij die zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is, zijn schuld met zijn vordering op de gefailleerde kan verrekenen, indien beide zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht.

(...) Vaststaat dat [de resterende] huurschuld voortvloeit uit handelingen die vóór de faillietverklaring met de gefailleerden zijn verricht (te weten het sluiten van de huurovereenkomsten). Onverkorte toepassing van artikel 53 lid 1 Fw zou Rabobank derhalve het recht tot verrekening bieden.

3.5. In het arrest *Tiethoff q.q./NMB* heeft de Hoge Raad de werking van artikel 53 lid 1 Fw echter in zoverre beperkt dat hij heeft geoordeeld dat een redelijke uitleg van het artikel meebrengt dat een uitzondering moet worden aanvaard voor het geval van een na de faillietverklaring ontstane schuld die voortvloeit uit een daarvoor met de gefailleerde gesloten, na de faillietverklaring nog voortdurende overeenkomst, krachtens welke die schuld de tegenprestatie betreft voor een prestatie die van de faillietverklaring af ten laste van de boedel moet worden verricht. Deze uitzondering geldt met name wanneer de curator ondanks het faillissement gehouden is die prestatie te blijven verrichten en de wederpartij compensatie verlangt met een vordering die met deze overeenkomst geen verband houdt. De Hoge Raad heeft daartoe overwogen dat een andere opvatting ertoe zou leiden dat het beginsel van gelijkheid van schuldeisers op onaanvaardbare wijze zou worden doorbroken; bovendien zou de schuldeiser aldus veelal zonder reële tegenprestatie aanspraak kunnen blijven maken op hetgeen jegens hem door de curator ten laste van de boedel moet worden verricht.

3.6. Naar het oordeel van het hof bestaat er in het onderhavige geval, anders dan in het geval dat heeft geleid tot het arrest *Tiethoff q.q./NMB*, wel verband tussen de huurovereenkomsten die Rabobank met [A en B] heeft gesloten en de vorderingen van de bank uit hoofde van de beëindiging van de kredietrelatie. Rabobank had uit hoofde van de kredietrelatie hoge vorderingen op debiteuren en had tot zekerheid van betaling van die vorderingen een stil pandrecht op de inventaris bedongen. Teneinde de inventaris in vuistpand te nemen (en zich aldus tegen het bodem(voor) recht van de fiscus te beschermen), heeft Rabo-

7 Bevolen bij tussenarrest van 16 mei 2017.

8 Hof Arnhem-Leeuwarden 5 december 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:10701, RI 2018/17.

bank voor de bodemverhuurconstructie gekozen. Genoegzaam is komen vast te staan dat de huur-overeenkomsten slechts tot doel hadden (zoals ook in artikel 2 van de overeenkomsten is vermeld) de rechten van Rabobank als pandhouder te bewaren en verzekeren. Verder is genoegzaam komen vast te staan dat als Rabobank geen door pandrecht gecureerde vordering uit hoofde van die kredietrelatie had gehad, de huurovereenkomsten nimmer zouden zijn gesloten. Gezien het voorgaande is het verband tussen de vordering en de huurschuld van Rabobank naar het oordeel van het hof gegeven.

3.7. De curator heeft betoogd dat dit anders is doordat Rabobank de executie van de inventaris niet terstond ter hand heeft genomen. Doordat Rabobank ervoor heeft gekozen om door te telen (tot medio maart 2010) en wat betreft de verkoop te wachten tot de inventaris tezamen met het onroerend goed verkocht zou kunnen worden, is het verband tussen de huurschuld en de vordering van Rabobank volgens de curator in ieder geval na enige tijd (namelijk een redelijke termijn van executie) komen te vervallen.

Het hof ziet evenwel niet in waarom het feit dat Rabobank ervoor heeft gekozen de roerende en onroerende zaken gezamenlijk te verkopen, zou maken dat het verband tussen vordering en huurschuld dat er bij aanvang van het faillissement was, zou zijn komen te vervallen. Dat geldt temeer nu Rabobank de keuze voor een gezamenlijke verkoop in overleg met en met instemming van de curator en de rechter-commissaris heeft gemaakt. De curator heeft daarbij aan Rabobank laten weten akkoord te gaan met een termijn van twee jaar om te komen tot een onderhandse verkoop. Het gegeven dat tussen datum faillissement en de koopovereenkomst met [D] BV tien maanden heeft gelegen, heeft slechts te maken met het feit dat de executie op zich heeft laten wachten en betekent niet dat de reden van de huurovereenkomsten zodanig van kleur is verschoten, dat daardoor het oorspronkelijke verband tussen vordering en huurschuld is verbroken. De boedel heeft overigens ook geen nadeel geleden door het verstrijken van die termijn. Vaststaat (de curator heeft dat ter zitting in hoger beroep erkend) dat Rabobank na het faillissement alle lasten heeft gedragen (gas, water, licht, verzekeringen, doorbetaling van personeel) en zich ook bereid heeft verklaard risico's tijdens het gebruik door [D] BV op zich te nemen. Zoals de curator ter zitting in

hoger beroep ook nog beaamd heeft, heeft die gezamenlijke verkoop ten voordele van de boedel uitgekapt, door een hogere boedelbijdrage dan wanneer de inventaris meteen zou zijn geëxecuteerd.

3.8. Het voorgaande brengt naar het oordeel van het hof al mee dat de uitzondering van Tiethoff q.q./NMB in deze zaak geen opgeld doet. Daarenboven geldt dat de curator, anders dan in die zaak, de mogelijkheid had de huurovereenkomst (na ommekomst van de eerste drie maanden) op te zeggen, met een opzegtermijn van één maand. Van die mogelijkheid heeft hij geen gebruik gemaakt.

3.9. Daarom geldt in dit geval de hoofdregel van art. 53 lid 1 Fw, wat meebrengt dat Rabobank de door haar verschuldigde huur mag verrekenen met haar vorderingen uit de kredietrelatie met debiteuren. De vordering van de curator stuit daarop af."

1.8. De curator is bij procesinleiding van 2 maart 2018 – en daarmee tijdig – in cassatie gekomen tegen het arrest van het hof van 5 december 2017. Rabobank heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Beide partijen hebben hun stellingen schriftelijk toegelicht. Zij hebben afgezien van re- en dupliek.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1. Het cassatiemiddel bestaat uit vijf onderdelen. Deze zijn alle gericht tegen rov. 3.4-3.8 van het bestreden arrest, waarin het hof tot het oordeel komt dat Rabobank op de voet van art. 53 lid 1 Fw de door haar verschuldigde huur mag verrekenen met haar vorderingen uit de kredietrelatie.

2.2. *Onderdeel 1* klaagt dat het hof in rov. 3.4-3.8 heeft miskend dat enig verband tussen de huurovereenkomsten die Rabobank met [A en B] heeft gesloten en de vorderingen van Rabobank uit hoofde van de beëindiging van de kredietrelatie niet (zonder meer) meebrengt dat de in *Tiethoff q.q./NMB* aanvaarde uitzondering op de verrekeningsbevoegdheid van art. 53 lid 1 Fw niet van toepassing is. Het hof heeft, aldus het onderdeel, uitsluitend geoordeeld over het "verband", zonder de overige omstandigheden van het geval in zijn beoordeling te betrekken. Hiermee is het hof uitgegaan van een onjuiste – te restrictieve – uitleg van het arrest *Tiethoff q.q./NMB*. Het hof heeft miskend dat het erom gaat of een redelijke uitleg van art. 53 lid 1 Fw, en/althans het aan de Faillissementswet mede ten grondslag liggende beginsel

van gelijkheid van schuldeisers en/althans een goed beheer van de boedel zich ertegen verzetten dat Rabobank zonder reële tegensprestatie, namelijk door de verschuldigde huurtermijnen te verrekenen met haar vorderingen uit hoofde van een voor faillissement beëindigde kredietrelatie, aanspraak maakt op een prestatie die ten laste van de boedel moet worden verricht.

2.3. *Onderdeel 2* klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 3.4-3.8 bovendien/althans onjuist of (zonder nadere motivering) onbegrijpelijk is, omdat het onderhavige geval niet in zoverre afwijkt van het geval dat heeft geleid tot het arrest *Tiethoff q.q./NMB*, dat in dit geval wel een voldoende verband bestaat tussen de huurovereenkomsten en de vordering van Rabobank uit hoofde van de beëindigde kredietrelatie. Net als in het geval dat heeft geleid tot het arrest *Tiethoff q.q./NMB* is immers sprake van voor faillissement tot stand gekomen huurovereenkomsten, uit hoofde waarvan na faillietverklaring van de verhuurders ten laste van de boedel het huurgenot is verschaft, terwijl de huurder de daartegenover staande huurpenningen wenst te verrekenen met vorderingen uit de voor faillissement beëindigde kredietrelatie. Dat in het onderhavige geval sprake is van bodemverhuurconstructies die ertoe strekken de rechten van Rabobank als pandhouder te verzekeren en als gevolg daarvan enige (doch ver verwijderde) relatie bestaat met de financiering door Rabobank is – zonder nadere motivering die ontbreekt – onvoldoende voor het in het arrest *Tiethoff q.q./NMB* bedoelde verband, aldus de klacht.

2.4. De onderdelen 1 en 2 lenen zich voor een gezamenlijke bespreking. Daarbij kan het volgende worden vooropgesteld.

2.5. Art. 53 Fw bepaalt voor zover hier van belang: “1. Hij die zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is, kan zijn schuld met zijn vordering op de gefailleerde verrekenen, indien beide zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. (...)”

2.6. Art. 53 Fw geeft de wederpartij van de gefailleerde tijdens faillissement een ruimere verrekeningsmogelijkheid dan Boek 6 BW. De verruiming zit in het niet toepasselijk zijn van het afdwingbaarheidsvereiste als bedoeld in art. 6:127 lid 2 BW en van het in art. 6:136 BW genoemde vereiste dat de gegrondheid van het beroep op verrekening op eenvoudige wijze is vast te stellen

(art. 53 lid 3 Fw).⁹ De gedachte hierachter is dat iedere schuldeiser van de boedel zijn schuld aan de boedel als “onderpand” mag beschouwen voor de betaling van zijn vordering.¹⁰

2.7. Het bestaan van de bevoegdheid tot verrekening ex art. 53 Fw wordt gerelateerd aan een tijdstip vóór de faillietverklaring: schuld en vordering moeten hetzij (i) vóór de faillietverklaring zijn ontstaan, hetzij (ii) “voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht”.

2.8. Met die laatste formule is de mogelijkheid van een beroep op verrekening geopend voor het geval de schuldeiser van de boedel aan deze een schuld heeft die, hoewel zij niet voor de faillietverklaring is ontstaan, uit de afwikkeling van een voor de faillietverklaring tot stand gekomen rechtsbetrekking voortvloeit. Een voorbeeld is de schuld van de huurder wegens na de faillietverklaring van de verhuurder verschenen huurtermijnen.¹¹ Volgens de rechtspraak van uw Raad mag aan art. 53 lid 1 Fw echter niet een zo ruime strekking worden toegekend, dat het van toepassing zou zijn in alle gevallen waarin een schuld die is ontstaan na de faillietverklaring enig verband met een voordien gesloten overeenkomst houdt.¹² Ten aanzien van deze categorie schulden is de bevoegdheid tot verrekening door uw Raad op twee manieren beperkt.

2.9. In de eerste plaats heeft uw Raad in het *Postgiro*-arrest¹³ beslist dat van toepassing van art. 53 lid 1 Fw met name geen sprake kan zijn, indien de *rechtstreekse oorzaak* van het ontstaan van een schuld ligt in een na de faillietverklaring verrichte rechtshandeling van een derde – in dat geval: de

9 HR 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2688, *NJ* 2006/56, m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Reuser q.q./Postbank*), rov. 3.3. Zie ook F.M.J. Verstijlen, T&C Insolventierecht 2016, Art. 53 Fw, aant. 1.

10 S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet*, Van der Feltz I (heruitgave), 2016, MvT p. 462.

11 HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5528, *NJ* 1987/530, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*WUH/Emmerig q.q.*), rov. 3.2.

12 HR 10 januari 1975, ECLI:NL:HR:1975:AB4313, *NJ* 1976/249 m.nt. B. Wachter (*Postgiro/curator Standaardfilms*).

13 HR 10 januari 1975, ECLI:NL:HR:1975:AB4313, *NJ* 1976/249 m.nt. B. Wachter (*Postgiro/curator Standaardfilms*).

opdracht tot overschrijving aan de giro-instelling – welke zelf geen verband houdt met de voor de faillietverklaring gesloten overeenkomst waarop de vordering is gegrond.¹⁴ Deze zogenoemde “leer van de rechtstreekse oorzaak”¹⁵ heeft later bevestiging gevonden in gevallen buiten de sfeer van het betalingsverkeer.¹⁶

2.10. Een beperking van andere aard is door uw Raad aan de bevoegdheid tot verrekening gesteld in het arrest *Tiethoff q.q./NMB*.¹⁷ Deze zaak had betrekking op een door de later gefailleerde verhuurder reeds vijf jaar vóór zijn faillietverklaring met schuldeiser NMB (huurder) gesloten huurovereenkomst betreffende kantoorruimte, welke huurovereenkomst na de faillietverklaring ten laste van de boedel werd voortgezet. NMB deed een beroep op verrekening van haar na de faillietverklaring ontstane huurschuld met haar vóór de faillietverklaring ontstane vordering uit verleend krediet. Nu de schuld van NMB rechtstreeks voortvloeide uit een vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verrichte rechtshandeling (huurovereenkomst) leek verrekening op de voet van art. 53 lid 1 Fw geen probleem. Zowel de kantonrechter als de rechtbank had het beroep op verrekening dan ook gehonoreerd. A-G Mok concludeerde tot verwerping van het daartegen gerichte

cassatiemiddel, waarbij hij opmerkte dat voor verrekening op grond van art. 53 Fw een verband tussen de huurovereenkomst en de daaruit voortvloeiende schuld van NMB enerzijds en de kredietovereenkomst en de daaruit voortvloeiende vordering van NMB anderzijds niet vereist is (conclusie onder 4.2). In *Tiethoff q.q./NMB* overwoog uw Raad evenwel dat het middel doel trof:

“3.2. (...) Een redelijke uitleg van dit artikel brengt echter mee dat een uitzondering moet worden aanvaard voor het geval van een na de faillietverklaring ontstane schuld die voortvloeit uit een daarvoor met de gefailleerde gesloten, na de faillietverklaring nog voortdurende overeenkomst, krachtens welke die schuld de tegenprestatie betreft voor een prestatie die van de faillietverklaring af ten laste van de boedel moet worden verricht, zulks in dier voege dat deze uitzondering met name geldt wanneer de curator, zoals bij de onderhavige huurovereenkomst, ondanks het faillissement gehouden is die prestatie te blijven verrichten en de wederpartij compensatie verlangt met een vordering die met deze overeenkomst geen verband houdt. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat het aan de Faillissementswet mede ten grondslag liggende beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers op onaantvaardbare wijze zou worden doorbroken, doordat de betreffende schuldeiser hier niet alleen ter verkrijging van voldoening van zijn vordering gebruik zou kunnen maken van de bijzondere, hem ten opzichte van het gemene recht begunstigende regel van art. 53, doch bovendien aldus veelal zonder reële tegenprestatie aanspraak zou kunnen blijven maken op hetgeen jegens hem door de curator ten laste van de boedel moet worden verricht. Aldus zou bovendien een goed beheer ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de tot de boedel behorende goederen ten aanzien waarvan lang lopende overeenkomsten als de onderhavige bestaan, in ernstige mate worden bemoeilijkt.”

2.11. De door uw Raad op een “redelijke uitleg” van art. 53 Fw gebaseerde uitzondering op de bevoegdheid tot verrekening van na de faillietverklaring ontstane schulden heeft derhalve betrekking op het geval dat de overeenkomst waaruit de schuld voortvloeit na de faillietverklaring voortduurt en die schuld de tegenprestatie betreft voor een prestatie die vanaf de faillietverklaring ten laste van de boedel komt.

Door uw Raad wordt daaraan toegevoegd toe dat deze uitzondering op de verrekeningsbevoegd-

14 N.E.D. Faber, *Verrekening*, diss. 2005, nr. 453, leidt hieruit af dat een schuld die zelf niet rechtstreeks onder de werking van art. 53 Fw is begrepen, toch voor verrekening in aanmerking komt indien zij haar verrekenbare status kan ontleen aan *connexiteit* met de *tegenvordering*, die wel (rechtstreeks) binnen het bereik van art. 53 Fw valt.

15 Wessels Insolventierecht III 2013/3404-3405d.

16 Zie o.m. HR 27 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0606, NJ 1989/422, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Otex/Steenbergen q.q.*), rov. 3.3; HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1335, NJ 1994/607 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Verhagen q.q./INB*), rov. 3.4. Zie ook HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0995, NJ 1990/661, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Tiethoff q.q./NMB*), rov. 3.2: art. 53 Fw heeft mede betrekking op “na de faillietverklaring ontstane schulden en vorderingen, die – kort gezegd – rechtstreeks voortvloeien uit handelingen die voor de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht”.

17 HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0995, NJ 1990/661, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Tiethoff q.q./NMB*). Zie daarover Wessels Insolventierecht III 2013/3404 en 3405e-3407.

heid moet worden aanvaard “in dier voege” dat zij “met name” geldt wanneer:

(a) de curator, zoals bij de onderhavige huurovereenkomst, ondanks het faillissement *gehouden* is die prestatie te *blijven* verrichten en

(b) de wederpartij compensatie verlangt met een *vordering* die met deze overeenkomst *geen verband* houdt.

De redengeving is dat een andere opvatting – het toelaten van verrekening – ertoe zou leiden dat het beginsel van gelijkheid van schuldeisers op *onaanvaardbare* wijze zou worden doorbroken¹⁸, doordat (i) de schuldeiser niet alleen gebruik zou kunnen maken van de bijzondere, hem ten opzichte van het gemene recht begunstigende regel van art. 53 Fw, maar (ii) bovendien aldus veelal zonder reële tegenprestatie aanspraak zou kunnen blijven maken op hetgeen jegens hem door de curator ten laste van de boedel moet worden verricht en (iii) aldus bovendien een goed beheer ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de tot de boedel behorende goederen ten aanzien waarvan langlopende overeenkomsten als deze bestaan, in ernstige mate zou worden bemoeilijkt.

2.12. Ter toelichting op de in het arrest genoemde “gehoudenheid” van de curator tot het blijven verschaffen van huurgenot kan hier worden opgemerkt dat de opzeggingsregeling van art. 39 Fw niet van toepassing is indien de gefailleerde verhuurder is. Uw Raad heeft recentelijk bevestigd dat de wet ervan uitgaat dat de ten tijde van de faillietverklaring bestaande duurverplichting tot het verschaffen van huurgenot blijft doorlopen in het faillissement. De curator heeft niet de mogelijkheid om deze verplichting niet na te komen. Hij kan wel gebruik maken van een eventueel in de overeenkomst geregelde mogelijkheid tot beëindiging.¹⁹

2.13. Veelal wordt de in *Tiethoff q.q./NMB* geformuleerde uitzondering aldus verklaard dat deze kennelijk berust op de (soms als rechtspoliteek aangeduide) gedachte dat vergoedingen voor ten laste van de boedel verrichte prestaties in beginsel

in de boedel behoren te vloeien (het “tegenprestatiebeginsel”).²⁰ Voorkomen wordt dat periodiek een stukje boedelwaarde (t.w. het huurgenot voor de desbetreffende periode) wegsijpelt naar één specifieke crediteur.²¹ Hierin wordt tevens een aansluiting gezien bij het aan de Faillissementswet ten grondslag liggende fixatiebeginsel, in die zin dat de tegenwaarde van de ten laste van de boedel verrichte prestatie ten gunste van datzelfde vermogen komt.²² Er zou op de boedel niet mogen worden “ingeteerd” zonder dat de curator daartegen iets kan ondernemen.²³

Tegen het aan *Tiethoff q.q./NMB* mogelijk ten grondslag liggende beeld van de huurder als “boedelprofiteur” wordt echter ingebracht dat deze de verhuurder voorafgaand aan het faillissement krediet heeft verschaft, zulks mede in het belang van diens andere crediteuren, en dat het maar de vraag is of er een rechtvaardiging bestaat voor discriminatie van schuldeisers wier (prefaillissements)vordering en schuld kwalificeren als verrekenbaar ex art. 53 Fw maar die (al dan niet toevalig) huurder zijn van de failliet.²⁴

2.14. Met betrekking tot de reikwijdte van de in *Tiethoff q.q./NMB* geformuleerde uitzondering op de bevoegdheid tot verrekening bestaan in de literatuur verschillende opvattingen en invalshoeken. Betoogd wordt onder meer dat de uitzondering *uitsluitend* van toepassing is indien de hiervoor onder 2.11 sub (a) en/of (b) genoemde omstandigheden zich voordoen (zie hierna onder 2.14.1),

18 Vgl. recentelijk HR 23 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2189, JOR 2019/27, m.nt. B.A. Schuijling (*curatoren Eurocommerce/Rabo*), rov. 3.4.4 (“ongerechvaardigde bevoordeling”).

19 HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, NJ 2018/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*), rov. 3.7.2, onder verwijzing naar het arrest *Tiethoff q.q./NMB*.

20 H.L.E. Verhagen en M.H.E. Rongen, *Cessie*, Preadviezen VvBR 2000, p. 63-64; M.H.E. Rongen, *Cessie*, diss. 2012, nr. 872; B.A. Schuijling, *Levering en verpanding van toekomstige goederen*, diss. 2016, nr. 275, allen met verwijzing naar wnd. A-G Bloembergen, conclusie (onder 5) voor HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987, AG5528, NJ 1987/530, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*WUH/Emmerig q.q.*), die spreekt van het “ongelukkelijke beeld” dat zou ontstaan wanneer de curator huurgenot verschaft maar de daar tegenover staande huurpenningen niet in de boedel terechtkomen. Zie ook B.A. Schuijling, *Verrekening* (Mon. BW nr. B40) 2019/41.

21 G.C. Berkhout, ‘Faillissementsbestendige verpanding van huurvorderingen’, WPNR 7210 (2018), p. 755.

22 Rongen, diss., nr. 872; Schuijling, diss., nr. 275 en Mon. BW nr. B40 2019/41.

23 T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, diss. 2012, nr. 7.3.3 (p. 333), voetnoot 74.

24 Berkhout, WPNR 7210 (2018), p. 755.

dat de uitzondering *in ieder geval* van toepassing is indien die omstandigheden zich voordoen (zie hierna onder 2.14.2), respectievelijk dat de uitzondering *niet* van toepassing is indien voldoende verband bestaat tussen de doorlopende duurovereenkomst of de schuld enerzijds en de vordering anderzijds (zie onder 2.14.3-2.14.5). Daar staat tegenover de opvatting dat de uitzondering *steeds* geldt waar de boedel na faillissement nog een prestatie moet verrichten (zie onder 2.14.6).

2.14.1. In zijn NJ-noot onder het arrest merkt Van Schilfgaarde op dat de uitdrukking “met name” in rov. 3.2 niet duidelijk is.²⁵ De vraag is of “het” (ik lees: de gehoudenheid tot het blijven presteren ten laste van de boedel en het ontbreken van verband tussen vordering en duurovereenkomst) slechts aspecten zijn die gewicht in de schaal leggen of dat het voorwaarden zijn waaraan voldaan moet zijn, wil de uitzondering gelden. Gelet op de opbouw van het arrest – waarin het gaat om een uitzondering op de hoofdregel van verrekening – is de annotator van mening dat het gaat om *voorwaarden* voor het gelden van de uitzondering. Want aanvaardt men de hoofdregel als gegeven dan lijkt het hem redelijk dat men de huur wél mag compenseren wanneer de curator nalaat de huur te beëindigen, ofschoon hem dat vrijstaat. Redelijk lijkt hem ook dat de huurder een voor het faillissement ontstane vordering wegens gederfd huurgenot mag compenseren met na de faillietverklaring vervallen huurtermijnen. Op een restrictieve uitleg van de uitzondering wijst volgens hem ook de overweging dat “aldus” (indien verrekening wordt toegestaan) een goed beheer ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers in ernstige mate bemoeilijkt zou worden.

2.14.2. Volgens Vranken moet het arrest aldus worden uitgelegd dat compensatie niet altijd uitgesloten zal zijn, maar wel als het een vordering betreft die met de huurovereenkomst geen verband houdt.²⁶ Van een dergelijke restrictieve uitleg van de uitzondering lijkt ook te worden uitgegaan waar het arrest *Tiethoff q.q./NMB* aldus wordt geparafraseerd dat een na de faillietverklaring ontstane huurschuld voortvloeiende uit een doorlopende huurovereenkomst niet kan worden

verreken met een vordering van de huurder “die geen verband houdt met de huurovereenkomst”.²⁷ Hetzelfde geldt voor de parafrase luidend dat geen verrekening mogelijk is van een schuld die de tegenprestatie vormt van een (feitelijk) ten laste van de boedel te verrichten prestatie “en die bovendien onvoldoende verband houdt met de te verrekenen vordering”²⁸, respectievelijk van een schuld die de wederpartij wil compenseren met een “ongereleteerde tegenvordering”.²⁹

2.14.3. Van Erp leest in het arrest dat uw Raad verrekening van een schuld ontstaan uit een ten laste van de boedel doorlopende duurovereenkomst *wel* toelaat wanneer tussen de beide vorderingen een bepaald verband (connexiteit) bestaat. De auteur acht daarvoor essentieel dat de relatie tussen partijen als een eenheid valt aan te merken zodat de beide vorderingen in één kader zijn te plaatsen, waarvoor voldoende maar niet noodzakelijk is dat de vorderingen voortvloeien uit dezelfde overeenkomst.³⁰

2.14.4. Ook volgens Faber volgt uit het arrest dat verrekening van een na datum faillissement ontstane schuld aan de boedel, welke de tegenprestatie betreft voor een prestatie die vanaf de faillissementsdatum ten laste van de boedel komt, mogelijk is, doch slechts indien de schuldeiser zijn schuld wil verrekenen met een tegenvordering die met die schuld *voldoende verband* houdt.³¹ Van voldoende verband zal in ieder geval sprake zijn indien de schuld uit dezelfde rechtsverhouding voortvloeit als de met die schuld te verrekenen vordering. Ook daarbuiten kan, aldus Faber, sprake zijn van voldoende verband.³²

Verder acht hij niet geheel duidelijk welke betekenis in het arrest is toegekend aan het feit dat de curator in het faillissement van de verhuurder de huurovereenkomst niet kon beëindigen en, ondanks het faillissement, gehouden was ten laste van de boedel het huurgenot te blijven verschaffen. Volgens hem laten de woorden “zulks in dier

25 Van Schilfgaarde, noot onder HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0995, NJ 1990/661, nr. 2.

26 J.B.M.Vranken, ‘Recente rechtspraak’, WPNR 5950 (1990), p. 137.

27 Verstijlen, T&C Insolventierecht 2016, Art. 53 Fw, aant. 3; Polak/Pannevis, *Insolventierecht*, 2017, p. 207.

28 Rongen, diss., nr. 872.

29 Van Zanten, diss., nr. 5.2.1 (p. 233-234).

30 R.H. van Erp, ‘Compensatie in faillissement’, WPNR 5975 (1990), p. 597.

31 Met verwijzing naar de connexiteitsregel zoals die volgens hem is verwoord in het *Postgiro*-arrest, zie voetnoot 14 van deze conclusie.

32 Faber, diss., nr. 457. Zie ook nr. 460.

voege dat deze uitzondering met name geldt wanneer” ruimte voor enige twijfel ten aanzien van het algemene karakter van de geformuleerde regel. Zijns inziens is er geen reden om aan te nemen dat het oordeel van uw Raad anders zou luiden indien de curator de betreffende duurovereenkomst *wel* op enigerlei grond had kunnen beëindigen. Voor het aanvaarden van een uitzondering op de ruime verrekeningsbevoegdheid van art. 53 Fw is, aldus Faber, voldoende dat sprake is van een overeenkomst die *feitelijk* ten laste van de boedel voortduurt, of wordt voortgezet, terwijl de wederpartij haar daaruit voortvloeiende schuld wil verrekenen met een tegenvordering die met die schuld geen verband houdt.³³

2.14.5. Schuifling gaat ervan uit dat de na datum ontstane huurschuld niet voor verrekening in aanmerking komt. Hij ziet echter een in *Tiethoff q.q./NMB* geformuleerde “connexiteitsexceptie”, gebaseerd op het verband tussen de huurschuld en de door het pandrecht geseceureerde tegenvordering.³⁴

2.14.6. Daartegenover ziet Franken in de maatgevendheid van zo’n “verband” een al te restrictieve interpretatie van het arrest *Tiethoff q.q./NMB*. Volgens hem staat de omstandigheid dat de boedel na faillissement nog een prestatie dient te verrichten aan verrekening op basis van art. 53 Fw in de weg. Althans is bij een bodemverhuurconstructie het verband onvoldoende.

Nu de hier geformuleerde opvatting uitdrukkelijk aan de middelonderdelen 1 en 2 ten grondslag is gelegd (s.t. curator, nr. 3.1 jo. 2.13), citeer ik de betreffende passages, die geschreven zijn naar aanleiding van het Dordtse vonnis van 5 augustus 2010 over een bodemverhuurconstructie (waarover hierna onder 2.15), integraal:

“a. De rechtbank doet alsof slechts het ‘verband’ maatgevend is bij de overwegingen van de Hoge Raad. Dit lijkt een al te restrictieve interpretatie. Ligt het niet veel meer voor de hand dat de Hoge Raad een ‘knip’ wenst aan te brengen tussen de rechtsverhouding van vóór en ná faillissement? Ligt het niet veel meer voor de hand dat, voor zover de boedel na faillissement nog een prestatie

dient te verrichten (zoals in casu het verschaffen van huurgenot) deze de verrekening op basis van art. 53 Fw in de weg staat? Als de Hoge Raad spreekt over een redelijke uitleg van dit artikel, vervolgens verwijst naar de gelijkheid van schuldeisers en naar een goed beheer van de boedel, heeft dan de Hoge Raad niet tevens het oog op de beginselen die ook ten grondslag liggen aan de art. 23 en 35 lid 2 Fw en moet daar dan ook niet worden gedacht aan de onderliggende gedachte aan deze beginselen, zoals door de Hoge Raad zelf bijvoorbeeld verwoord in het arrest WUH/Emmerig, dat weliswaar ging over het ontstaan van (toekomstige) vorderingen, maar waarbij ook maatgevend was dat de curator na faillissement nog daadwerkelijk huurgenot diende te verschaffen? Wordt niet ten onrechte door de rechtbank alleen maar de nadruk gelegd op ‘het verband’?

b. Doch zelfs wanneer dat verband wel maatgevend zou zijn lijkt het door de rechtbank geconstrueerde verband wel erg ‘gezocht’. De rechtbank brengt een connexiteit aan tussen enerzijds de huurovereenkomst, die bedoeld is om de bodemgoederen in vuistpand te krijgen, en anderzijds de vordering uit hoofde van rekening-courant tot zekerheid waarvan er pandrecht op die roerende zaken bestaat. Maar is dit verband voldoende? Heeft de Hoge Raad dit wel bedoeld? In feite is er geen sprake van een andere situatie dan *Tiethoff/NMB*. In dat geval had de bank een vordering (uit hoofde van geldlening) en die wenste men te compenseren met de schuld ter zake van huurpenningen. Ook in casu is er sprake van een vordering van de bank (uit hoofde van een rekening-courantverhouding) die men wenst te compenseren met de schuld ter zake van huurpenningen. Dat die huurovereenkomst is aangegaan juist vanwege de verstrekte zekerheden, lijkt een toch wel iets te ver verwijderd, althans onvoldoende verband.”³⁵

2.14.7. Een andere vraag is of het arrest een beperkte strekking heeft in die zin dat het uitsluitend betrekking heeft op huur en niet tevens op andere duurovereenkomsten. Rongen ziet in de overweging dat de uitzondering op de verrekeningsbevoegdheid “met name” geldt wanneer de curator “gehouden” is de prestatie te blijven ver-

33 Faber, diss., nr. 458. Aldus ook Van Zanten, diss., nr. 5.2.1 (p. 234).

34 B.A. Schuifling, noot onder HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7199, JOR 2013/320, nr. 9.

35 M.J.M. Franken, ‘Bank & bodemverhuurpenningen’, in: Faber e.a. (red), *Bancaire zekerheid*, Liber Amicorum Mr. J.H.S.G.K. Timmermans, 2010, p. 205.

richten steun voor een dergelijke beperkte uitleg.³⁶ Daar staat wat hem betreft echter wel tegenover dat de uitzondering op de regel van art. 53 Fw in algemene bewoordingen is geformuleerd. Bovendien kan, aldus Rongen, op goede gronden worden betoogd dat juist het belang van een goed beheer van de boedel met zich brengt dat van een (tijdelijke) voortzetting van de onderneming van de failliet de opbrengsten van lopende duurovereenkomsten ten gunste van de boedel behoren te komen.³⁷

2.15. Uit de feitenrechtspraak komt het beeld naar voren dat verrekening van na de faillietverklaring ontstane huurschulden toelaatbaar wordt geacht op de grond dat er een nauw c.q. duidelijk *verband* bestaat tussen de doorlopende huurovereenkomst (of de huurschuld) en de vordering van de huurder, bijvoorbeeld indien de huurder herstelkosten betreffende het gehuurde heeft gemaakt.³⁸

In geval van een *bodemverhuurconstructie* bestond naar het oordeel van zowel de kantonrechter te Dordrecht als, in hoger beroep, het hof 's-Gravenhage voldoende verband tussen de huurovereenkomst/huurschuld van de bank en de vordering van de bank uit hoofde van het negatieve saldo van de door de verhuurder bij haar aangehouden rekening, aangezien de huurovereenkomst was aangegaan teneinde de verpande zaken, die dienden tot zekerheid van de vordering uit rekening-courant, in de macht van de bank te brengen en aldus tegen bodemverhaal door de fiscus te beschermen. Bovendien volgde uit de inhoud van de overeenkomst dat de curator niet gehouden was het huurgenoet ten laste van de boedel te blijven verschaffen. Daarom deed de uitzondering van *Tiethoff q.q./NMB* zich niet voor.³⁹

36 Rongen, diss., nr. 874.

37 Met verwijzing naar HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, NJ 2007/155, m.nt. P van Schilfgaarde (*Nebula*), rov. 3.5, waarin uw Raad onder verwijzing naar het arrest *Tiethoff q.q./NMB* wijst op het belang van een goed beheer ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de tot de boedel behorende zaken ten aanzien waarvan langlopende overeenkomsten bestaan.

38 Rb Maastricht 23 juli 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BJ3715, JOR 2019/77, rov. 4.5.

39 Rb Dordrecht 5 augustus 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BN2842, JOR 2011/94, m.nt. N.E.D. Faber, rov. 4.14, en Hof 's-Gravenhage 27 no-

In een andere zaak betreffende een bodemverhuurconstructie werd door het hof 's-Hertogenbosch ook geoordeeld dat sprake was van een verband tussen de huurschuld van de bank en haar vordering uit hoofde van de kredietovereenkomst, nu die huurschuld de kosten ter incassering van de vordering van de bank betrof, welke kosten op grond van de kredietovereenkomst en de daarvoor bedongen zekerheden ten laste van de kredietnemer/verhuurder kwamen.⁴⁰ Eveneens naar aanleiding van een bodemverhuurconstructie werd in een ander geval evenwel geoordeeld dat geen sprake was van verband tussen de huurovereenkomst en de vordering van de bank ter zake van de contractueel doorberekende “juridische kosten ex art. 3:277 BW” die voortvloeiden uit het veiligstellen van zekerheden, waaraan niet afdeed dat de huurovereenkomst was gesloten in het kader van het veiligstellen van zekerheden.⁴¹ Het beroep van een werknemer op verrekening van zijn (gewone) huurschuld jegens de failliete werkgever met zijn loonvordering werd door de kantonrechter onder verwijzing naar *Tiethoff q.q./NMB* afgewezen op grond van het ontbreken van verband; de enkele omstandigheid dat de huurprijs maandelijks werd ingehouden op het salaris was daarvoor onvoldoende. Dit was mogelijk anders geweest in het geval van een in het kader van de arbeidsovereenkomst ter beschikking gestelde dienstwoning.^{42,43}

vember 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:5349, rov. 7. Zie over het vonnis kritisch: Franken, a.w., p. 205.

40 Hof 's-Hertogenbosch 17 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4262, JOR 2013/326, rov. 4.3.8, op het hoger beroep van het op dit punt andersluidende vonnis van Rb Breda 4 augustus 2010, JOR 2011/93, m.nt. N.E.D. Faber, rov. 3.28.

41 Rb Arnhem 13 oktober 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BO2145, JOR 2011/95, m.nt. N.E.D. Faber, rov. 4.8.

42 Rb Midden-Nederland 2 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:823, RI 2016/72, rov. 4.3.

43 Zie buiten de sfeer van huur nog: Vzr. Amsterdam 16 maart 2006, ECLI:NL:RBAMS:2006:AX3123, JOR 2008/138 (geen beroep op *Tiethoff q.q./NMB* nu het slechts gaat om een éénmalige verplichting van de curatoren uit een bestaande repo-transactie (leveren van een obligatielening) en voorshands niet gezegd kan worden dat geen of onvoldoende verband bestaat tussen de schuld van de cliënt en zijn vordering uit het creditsaldo op een depositorekening).

2.16. Ik keer terug naar de klachten.

2.17. *Onderdeel 1* bevat de rechtsklacht dat het hof een onjuiste – te restrictieve – uitleg heeft gegeven aan de in het arrest *Tiethoff q.q./NMB* geformuleerde uitzondering op de bevoegdheid tot verrekening van een uit een vóór de faillietverklaring van de schuldenaar gesloten (huur)overeenkomst voortvloeiende maar eerst na die faillietverklaring ontstane (huur)schuld. Het hof heeft miskend dat enig verband tussen de overeenkomst en de vordering niet meebrengt dat die uitzondering *niet* van toepassing is. Naar uit de toelichting blijkt, wordt hiermee in de kern geklaagd dat het hof heeft miskend dat die uitzondering (altijd) van toepassing is indien na de faillietverklaring een prestatie moet worden verricht ten laste van de boedel (en verrekening derhalve zou meebrengen dat de wederpartij daarop aanspraak maakt zonder een reële tegenprestatie te leveren). Het hof had moeten concluderen dat Rabobank niet gerechtigd was te verrekenen. Zie de schriftelijke toelichting tijdens de curator, nr. 3.1 jo. 2.13 (het citaat van Franken onder a⁴⁴).

2.18. Bij deze klacht stel ik voorop dat de curator zelf als verweer tegen het beroep van Rabobank op verrekening heeft aangevoerd dat in dit geval “sprake is van de regel die de Hoge Raad als uitzondering op het voorschrift van artikel 53 Fw heeft geformuleerd in zijn arrest van 22 december 1989 namelijk dat (...) de curator ondanks het faillissement gehouden is de prestatie te blijven verrichten en de wederpartij compensatie verlangt met een vordering die met deze overeenkomst geen verband (meer) houdt.”⁴⁵

De curator heeft zich derhalve uitdrukkelijk beroepen op het in *Tiethoff q.q./NMB* door uw Raad “met name” genoemde geval. Na betwisting van die stelling door Rabobank⁴⁶ zag de kantonrechter zich dan ook gesteld voor de vraag of de vordering van Rabobank “verband” hield met de huurovereenkomst (vonnis, rov. 4.7-4.8), welke vraag hij ontkennend beantwoordde. Tegen die afbakening van het geschil is door de curator vervolgens niet incidenteel gegriefd of anderszins bezwaar gemaakt. Het partijdebat heeft zich in hoger beroep geheel toegespitst op de vraag of sprake was van

het in *Tiethoff q.q./NMB* “met name” genoemde geval, te weten dat (a) de boedel gehouden is te blijven presteren en (b) verband tussen overeenkomst en vordering ontbreekt.⁴⁷

2.19. Anders dan onderdeel 1 lijkt te doen, kan het hof derhalve niet worden verweten dat het heeft onderzocht of sprake was van een verband tussen de huurovereenkomsten en de vordering van Rabobank. Verder maakt het onderdeel niet duidelijk welke “overige omstandigheden” het hof (nog meer) had moeten beoordelen. Voor zover dit de omstandigheid is dat de huurschuld de tegenprestatie vormt voor een doorlopende prestatie ten laste van de boedel (zodat verrekening zou leiden tot een aanspraak zonder reële tegenprestatie), mist het onderdeel feitelijke grondslag nu deze omstandigheid, naar het hof heeft opgetekend in rov. 3.5, nu juist een argument voor de in *Tiethoff q.q./NMB* geformuleerde uitzondering uitmaakt en aldus in de beoordeling is begrepen.

2.20. Voor zover bedoeld wordt te klagen dat het hof ambtshalve had moeten oordelen dat die uitzondering *steeds* van toepassing is wanneer een beroep wordt gedaan op verrekening van “een na de faillietverklaring ontstane schuld die voortvloeit uit een daarvoor met de gefailleerde gesloten, na de faillietverklaring nog voortdurende overeenkomst, krachtens welke die schuld de tegenprestatie betreft voor een prestatie die van de faillietverklaring af te laste van de boedel moet worden verricht” – zodat de aan- of afwezigheid van een verband tussen overeenkomst en vordering rechtens niet relevant is – faalt die klacht. Ik meen dat de zinsnede in *Tiethoff q.q./NMB* dat een uitzondering moet worden aanvaard “zulks in dier voege dat deze uitzondering met name geldt” wel degelijk ruimte laat voor een geslaagd beroep op verrekening in andere gevallen dan het “met name” genoemde geval. Daartoe wijs ik erop dat uw Raad van belang acht of verrekening zou leiden tot een “onaanvaardbare” doorbreking van het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers (kennelijk: afgezien van de aan verrekening reeds inherente doorbreking van de paritas).

2.21. Tegen deze achtergrond heeft het hof verrekening van de huurschuld met de vordering uit het krediet in het hem voorgelegde geval kennelijk niet als een onaanvaardbare inbreuk op de gelijkheid van schuldeisers aangemerkt. Het heeft

44 Aangehaald hiervoor onder 2.14.6.

45 Inl. dagv. nr. 37.

46 CvA, nrs. 27-37; comparitieaantekeningen 7 juli 2015, p. 2-3.

47 Zie de grieven 5 en 6.

dit oordeel gebaseerd op de omstandigheden dat in dit geval – anders dan in *Tiethoff q.q./NMB* het geval was – (i) de huurovereenkomsten waren gesloten in het kader van een bodemverhuurconstructie, (ii) dit met als enig doel de rechten van Rabobank als pandhouder te beschermen (art. 2 van de huurovereenkomsten⁴⁸), (iii) welk pandrecht strekte ter securering van de vordering uit de kredietrelatie, terwijl (iv) vaststaat dat de huurovereenkomsten nimmer zouden zijn gesloten als Rabobank geen door pandrecht gecureerde vordering uit de kredietrelatie had gehad (*conditio sine qua non*). Daarbij zouden de huurovereenkomsten, naar het hof heeft vastgesteld, van rechtswege eindigen bij verkoop van de verpande zaken (rov. 2 van het arrest jo. rov. 2.9 van het vonnis van 9 september 2015), hetgeen het geval bleek na tien maanden, ruim binnen de met de curator afgesproken executietermijn van twee jaar (rov. 3.7). Bovendien is de boedel door het verstrijken van die tien maanden niet benadeeld, aldus het hof (rov. 3.7).

2.22. Aldus heeft het hof niet een te beperkte uitleg gegeven aan de in *Tiethoff q.q./NMB* geformuleerde uitzondering. Ook is zijn oordeel niet onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd. Om die reden falen de onderdelen 1 en 2.

2.23. *Onderdeel 3* klaagt dat het hof in rov. 3.7 en 3.8 heeft miskend dat zelfs indien een voldoende verband tussen de huurovereenkomsten en de vorderingen van Rabobank zou hebben bestaan, dit voldoende verband na een redelijke termijn voor executie van de inventaris is komen te *vervallen*. Dat Rabobank gebruik zou kunnen blijven maken van haar verrekeningsbevoegdheid ex art. 53 Fw en zo voor een lange periode (zonder reële tegenprestatie) aanspraak zou kunnen blijven maken op het huurgenot dat haar ten laste van de boedel moet worden verschafft, zou niet verenigbaar zijn met een redelijke uitleg van art. 53 lid 1 Fw, althans het aan de Faillissementswet mede ten grondslag liggende beginsel van gelijkheid van schuldeisers althans een goed beheer van de boedel.

2.24. Deze klacht faalt reeds bij gemis aan feitelijk grondslag. In het oordeel van het hof in rov. 3.7

ligt besloten dat, gelet op de afspraak van Rabobank met de curator over een gezamenlijke onderhandse verkoop (binnen twee jaar) van de roerende en de onroerende zaken, in ieder geval tot aan het moment van de verkoop op 17 december 2010 (tien maanden na datum faillissement) van het verstrijken van een “redelijke termijn voor executie” nog geen sprake was. Het oordeel van het hof dat het doel van de huurovereenkomsten tot op dat moment onveranderd in het veiligstellen van de executie van het pandrecht was gelegen (niet “van kleur is verschoten”), is niet onbegrijpelijk.

2.25. *Onderdeel 4* valt uiteen in vier subonderdelen (4a-4d).

2.26. De subonderdelen 4a tot en met 4c zijn gericht tegen rov. 3.7, waarin het hof komt tot verwerping van het betoog van de curator dat het verband tussen de huurovereenkomsten en de vordering van Rabobank in ieder geval na enige tijd is komen te vervallen.

2.27. *Subonderdeel 4.a* klaagt dat zonder nadere motivering niet valt in te zien waarom betekenis toekomt aan de omstandigheid dat de curator heeft ingestemd met de keuze voor de gezamenlijke verkoop van de roerende en onroerende zaken (rov. 3.7). Daartoe wordt aangevoerd dat een dergelijke instemming op zichzelf niet meebrengt dat de curator ook ermee instemde dat Rabobank de verschuldigde huurpenningen zou verrekenen en daardoor feitelijk (zonder reële tegenprestatie) ten laste van de boedel aanspraak kon blijven maken op het huurgenot.

2.28. Deze klacht faalt. Het hof heeft de instemming van de curator met de keuze voor een gezamenlijke onderhandse verkoop (binnen twee jaar) van de roerende en onroerende zaken aangemerkt als argument voor zijn oordeel dat in ieder geval tot de verkoop op 17 december 2010 geen sprake was van het verstrijken van een “redelijke termijn voor executie” als door de curator gesteld (zie hiervoor onder 2.24). Deze gedachtegang is niet onbegrijpelijk.

2.29. *Subonderdeel 4.b* keert zich met een motiveringsklacht tegen het oordeel van het hof in rov. 3.7 dat de boedel als gevolg van het verstrijken van de termijn geen nadeel heeft geleden. *Subonderdeel 4.c* bestempelt als onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd het oordeel in rov. 3.7 (slot) dat de gezamenlijke verkoop ten voordele van de boedel heeft uitgepakt doordat een hogere boe-

48 Art. 2 van de huurovereenkomsten luidt: “Ter bewaaring en ter verzekering van de rechten van huurder als pandhouder, zijn huurder en verhuurder overeengekomen...”

delbijdrage is ontvangen dan wanneer de inventaris meteen zou zijn geëxecuteerd.

2.30. De met subonderdeel 4b bestreden overweging vormt in het kader van de verwerping van het betoog over verval van het verband een overweging ten overvloede (“De boedel heeft overigens ook geen nadeel geleden...”), welk oordeel in de met subonderdeel 4c bestreden overweging (“die gezamenlijke verkoop heeft ten voordele van de boedel uitgekapt”) nog eens wordt benadrukt. Beide subonderdelen falen dan ook reeds bij gebrek aan belang.

2.31. *Subonderdeel 4.d* komt met rechts- en motiveringsklachten op tegen de overweging in rov. 3.8 dat de curator, anders dan in *Tiethoff q.q./NMB*, de mogelijkheid had om de huurovereenkomsten op te zeggen.

2.32. Volgens het hof in rov. 3.8 bracht het verband tussen de huurovereenkomsten en de vordering van Rabobank “al” mee dat de uitzondering van *Tiethoff q.q./NMB* in deze zaak geen opgeld doet. Het dictum wordt derhalve zelfstandig gedragen door dit oordeel. De met subonderdeel 4d aangevallen overweging, beginnend met “Daarboven”, is slechts een overweging ten overvloede. Subonderdeel 4.d faalt bij gebrek aan belang.

2.33. *Onderdeel 5* betreft een voortbouwende klacht gericht tegen rov. 3.8, 3.9, 4.1-4.3 en het dictum van het arrest. Het deelt het lot van de voorgaande onderdelen.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad

(...; *red.*)

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [betrokkene 1] en zijn echtgenote [betrokkene 2] zijn bestuurder van [C] (hierna: [C]). De ondernemingsactiviteiten van [C] waren ondergebracht in haar dochtervennootschappen [A] en [B], met uitzondering van het onroerend goed, dat [C] aan hen verhuurde. In de dochtervennootschappen werd een chrysantenkwekerij geëxploiteerd.

([B]) In juni 2009 heeft Rabobank aan [betrokkene 1] en [betrokkene 2] in privé een zevental

geldleningen verstrekt en aan [C], [A] en [B] een krediet in rekening-courant. Voor deze financieringen hebben [A], [B] en [C] zich hoofdelijk verbonden.

(iii) Tot zekerheid van haar vorderingen op deze vennootschappen heeft Rabobank onder meer een pandrecht verkregen op de aan [A] en [B] in eigendom toebehorende roerende zaken en heeft zij een hypotheekrecht verkregen op de aan [C] toebehorende onroerende zaken.

(iv) Bij brief van 5 februari 2010 heeft Rabobank de financiering aan [C], [A] en [B] met onmiddellijke ingang opgezegd en hen gesommeerd tot terugbetaling van het openstaande bedrag van € 4.788.503,92 plus eventuele nog bijkomende posten.

(v) Op 9 februari 2010 heeft Rabobank de aan haar verpande zaken van [A] en [B] in vuistpand genomen door middel van een bodemverhuurconstructie. Deze hield in dat Rabobank zowel met [A] als met [B] een huurovereenkomst sloot waarbij deze vennootschappen de door hen van [C] gehuurde bedrijfspanden aan Rabobank verhuurden. Rabobank was aan de vennootschappen een maandelijkse huurprijs van € 29.930,- respectievelijk € 38.812,- verschuldigd. Deze huurovereenkomsten waren aangegaan voor onbepaalde tijd maar ten minste voor de duur van drie maanden en opzegbaar met een termijn van een maand. Ze zouden in ieder geval van rechtswege met onmiddellijke ingang eindigen op het moment dat het gehuurde door de huurder ter vrije beschikking van verhuurder zou worden gesteld door overhandiging van alle bij huurder in bezit zijnde sleutels van het gehuurde dan wel op het moment dat de aan Rabobank verpande zaken zouden zijn verkocht en afgevoerd.

(vi) Rabobank heeft op 10 februari 2010 één maand huur betaald aan [A] en [B]. Nadien heeft zij geen huurpenningen meer betaald.

(vii) Op 10 februari 2010 zijn [A] en [B] in staat van faillissement verklaard, met benoeming van de Curator als zodanig. Op 9 maart 2010 is [C] in staat van faillissement verklaard, eveneens met benoeming van de Curator als zodanig.

(viii) Na het leeg telen van de chrysantenkwekerij zijn de ondernemingsactiviteiten van [A] en [B] per 18 maart 2010 gestaakt.

(ix) Op 17 december 2010 is tussen de Curator, Rabobank en een derde, [D] B.V., een koopovereenkomst gesloten waarbij de aan [C] in eigendom toebehorende onroerende zaken en de in de

bedrijfspanden van [A] en [B] aanwezige inventaris, indien en voor zover hun eigendom, voor € 3.100.000,- zijn verkocht aan [D] B.V. met een levertermijn van maximaal 18 maanden. Rabobank heeft zich bij de koopovereenkomst verplicht een boedelbijdrage aan de Curator te betalen van € 50.000,- onder vermelding van "boedelbijdrage verkoop en gebruik OG".

(x) Eveneens op 17 december 2010 hebben de Curator, Rabobank en [D] B.V. een gebruiksovereenkomst gesloten. Op grond van die overeenkomst kon de koper met ingang van 17 december 2010 tot aan de datum van levering tegen een vergoeding aan Rabobank van € 27.587,50 per maand over de hiervoor onder (ix) genoemde roerende en onroerende zaken beschikken.

(xi) De levering van de hiervoor onder (ix) genoemde roerende en onroerende zaken aan [D] B.V. heeft plaatsgevonden op 19 maart 2012.

2.2.1. De Curator vordert in deze procedure Rabobank te veroordelen tot betaling aan hem van de huurpenningen van 9 februari 2010 tot 17 december 2010 van € 349.308,- en € 269.370,-. De Curator heeft aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat de hiervoor in 2.1 onder (v) genoemde huurovereenkomsten op zijn vroegst zijn geëindigd op laatstgenoemde datum en dat Rabobank dus tot die datum huur is verschuldigd.

2.2.2. Rabobank heeft onder meer als verweer gevoerd dat zij gerechtigd is haar vorderingen op [C], [A] en [B] te verrekenen met de huurpenningen die zij aan [A] en [B] is verschuldigd.

2.2.3. De kantonrechter heeft de vorderingen toegewezen. Het hof heeft het vonnis van de kantonrechter vernietigd en de vorderingen afgewezen. Daartoe heeft het als volgt overwogen:

"3.4. In artikel 53 lid 1 Fw is bepaald dat hij die zowel schuldenaar als schuldeiser van de gefailleerde is, zijn schuld met zijn vordering op de gefailleerde kan verrekenen, indien beide zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. (...) Vaststaat dat [de onderhavige] huurschuld voortvloeit uit handelingen die vóór de faillietverklaring met de gefailleerden zijn verricht (te weten het sluiten van de huurovereenkomsten). Onverkorte toepassing van artikel 53 lid 1 Fw zou Rabobank derhalve het recht tot verrekening bieden.

3.5. In het arrest Tiethoff q.q./NMB heeft de Hoge Raad de werking van artikel 53 lid 1 Fw echter in zoverre beperkt dat hij heeft geoordeeld dat een

redelijke uitleg van het artikel meebrengt dat een uitzondering moet worden aanvaard voor het geval van een na de faillietverklaring ontstane schuld die voortvloeit uit een daarvoor met de gefailleerde gesloten, na de faillietverklaring nog voortdurende overeenkomst, krachtens welke die schuld de tegenprestatie betreft voor een prestatie die van de faillietverklaring af ten laste van de boedel moet worden verricht. Deze uitzondering geldt met name wanneer de curator ondanks het faillissement gehouden is die prestatie te blijven verrichten en de wederpartij compensatie verlangt met een vordering die met deze overeenkomst geen verband houdt. De Hoge Raad heeft daartoe overwogen dat een andere opvatting ertoe zou leiden dat het beginsel van gelijkheid van schuldeisers op onaanvaardbare wijze zou worden doorbroken; bovendien zou de schuldeiser aldus veelal zonder reële tegenprestatie aanspraak kunnen blijven maken op hetgeen jegens hem door de curator ten laste van de boedel moet worden verricht.

3.6. Naar het oordeel van het hof bestaat er in het onderhavige geval, anders dan in het geval dat heeft geleid tot het arrest Tiethoff q.q./NMB, wel verband tussen de huurovereenkomsten die Rabobank met [A] en [B] heeft gesloten en de vorderingen van de bank uit hoofde van de beëindiging van de kredietrelatie. Rabobank had uit hoofde van de kredietrelatie hoge vorderingen op debiteuren en had tot zekerheid van betaling van die vorderingen een stil pandrecht op de inventaris bedongen. Teneinde de inventaris in vuistpand te nemen (en zich aldus tegen het bodem(voor) recht van de fiscus te beschermen), heeft Rabobank voor de bodemverhuurconstructie gekozen. Genoegzaam is komen vast te staan dat de huurovereenkomsten slechts tot doel hadden (zoals ook in artikel 2 van de overeenkomsten is vermeld) de rechten van Rabobank als pandhouder te bewaren en verzekeren. Verder is genoegzaam komen vast te staan dat als Rabobank geen door pandrecht gecureerde vordering uit hoofde van die kredietrelatie had gehad, de huurovereenkomsten nimmer zouden zijn gesloten. Gezien het voorgaande is het verband tussen de vordering en de huurschuld van Rabobank naar het oordeel van het hof gegeven.

3.7. De curator heeft betoogd dat dit anders is doordat Rabobank de executie van de inventaris niet terstond ter hand heeft genomen. Doordat Rabobank ervoor heeft gekozen om door te telen

(tot medio maart 2010) en wat betreft de verkoop te wachten tot de inventaris tezamen met het onroerend goed verkocht zou kunnen worden, is het verband tussen de huurschuld en de vordering van Rabobank volgens de curator in ieder geval na enige tijd (namelijk een redelijke termijn van executie) komen te vervallen.

Het hof ziet evenwel niet in waarom het feit dat Rabobank ervoor heeft gekozen de roerende en onroerende zaken gezamenlijk te verkopen, zou maken dat het verband tussen vordering en huurschuld dat er bij aanvang van het faillissement was, zou zijn komen te vervallen. Dat geldt temeer nu Rabobank de keuze voor een gezamenlijke verkoop in overleg met en met instemming van de curator en de rechter-commissaris heeft gemaakt. De curator heeft daarbij aan Rabobank laten weten akkoord te gaan met een termijn van twee jaar om te komen tot een onderhandse verkoop. Het gegeven dat tussen datum faillissement en de koopovereenkomst met [D] BV tien maanden heeft gelegen, heeft slechts te maken met het feit dat de executie op zich heeft laten wachten en betekent niet dat de reden van de huurovereenkomsten zodanig van kleur is verschoten, dat daardoor het oorspronkelijke verband tussen vordering en huurschuld is verbroken. De boedel heeft overigens ook geen nadeel geleden door het verstrijken van die termijn. Vaststaat (de curator heeft dat ter zitting in hoger beroep erkend) dat Rabobank na het faillissement alle lasten heeft gedragen (gas, water, licht, verzekeringen, doorbetaling van personeel) en zich ook bereid heeft verklaard risico's tijdens het gebruik door [D] BV op zich te nemen. Zoals de curator ter zitting in hoger beroep ook nog beaamd heeft, heeft die gezamenlijke verkoop ten voordele van de boedel uitgepakt, door een hogere boedelbijdrage dan wanneer de inventaris meteen zou zijn geëxecuteerd.

3.8. Het voorgaande brengt naar het oordeel van het hof al mee dat de uitzondering van Tiethoff q.q./NMB in deze zaak geen opgeld doet. Daarenboven geldt dat de curator, anders dan in die zaak, de mogelijkheid had de huurovereenkomst (na ommekeer van de eerste drie maanden) op te zeggen, met een opzegtermijn van één maand. Van die mogelijkheid heeft hij geen gebruik gemaakt.⁴⁹

3. Beoordeling van het middel

3.1.1. Onderdeel 1 van het middel klaagt onder meer dat het hof in rov. 3.4-3.8 heeft miskend dat het bestaan van enig verband tussen de huurovereenkomsten en de vordering van Rabobank uit hoofde van de beëindiging van de kredietrelatie niet reeds meebrengt dat de uitzondering van het arrest Tiethoff q.q./NMB niet van toepassing is. Onderdeel 2 voert aan dat het onderhavige geval niet afwijkt van dat van het arrest Tiethoff q.q./NMB. Dat in het onderhavige geval sprake is van bodemverhuurconstructies die ertoe strekken de rechten van Rabobank als pandhouder te verzekeren en dat als gevolg daarvan enige relatie bestaat met de financiering door Rabobank, is onvoldoende voor het in het arrest Tiethoff q.q./NMB bedoelde verband, aldus het onderdeel.

3.1.2. In het arrest Tiethoff q.q./NMB⁴⁹ is een uitzondering aanvaard op de mogelijkheid tot verrekening met tijdens het faillissement ontstane schulden die voldoen aan de eis van art. 53 lid 1 Fw dat zij "voortvloeiën uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht". In het arrest is overwogen:

"3.2. (...) Voorop moet worden gesteld dat art. 53 mede betrekking heeft op na de faillietverklaring ontstane schulden en vorderingen, die – kort gezegd – rechtstreeks voortvloeiën uit handelingen die voor de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht. Een redelijke uitleg van dit artikel brengt echter mee dat een uitzondering moet worden aanvaard voor het geval van een na de faillietverklaring ontstane schuld die voortvloeit uit een daarvoor met de gefailleerde gesloten, na de faillietverklaring nog voortdurende overeenkomst, krachtens welke die schuld de tegenprestatie betreft voor een prestatie die van de faillietverklaring af ten laste van de boedel moet worden verricht, zulks in dier voege dat deze uitzondering met name geldt wanneer de curator, zoals bij de onderhavige huurovereenkomst, ondanks het faillissement gehouden is die prestatie te blijven verrichten en de wederpartij compensatie verlangt met een vordering die met deze overeenkomst geen verband houdt. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat het aan de Faillissementswet mede ten grondslag liggende beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers op onaanvaardbare wijze zou worden doorbroken, doordat de betref-

49 HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0995.

fende schuldeiser hier niet alleen ter verkrijging van voldoening van zijn vordering gebruik zou kunnen maken van de bijzondere, hem ten opzichte van het gemene recht begunstigende regel van art. 53, doch bovendien aldus veelal zonder reële tegenprestatie aanspraak zou kunnen blijven maken op hetgeen jegens hem door de curator ten laste van de boedel moet worden verricht. Aldus zou bovendien een goed beheer ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de tot de boedel behorende goederen ten aanzien waarvan lang lopende overeenkomsten als de onderhavige bestaan, in ernstige mate worden bemoeilijkt.”

3.1.3. Het gaat in deze zaak om een zogenoemde bodemverhuurconstructie. Bij deze constructie huurt de pandhouder bedrijfsruimte van zijn schuldenaar teneinde zijn stil pandrecht op de roerende zaken van de schuldenaar die zich in die bedrijfsruimte bevinden, te kunnen omzetten in een vuistpand, zonder dat hem het bodemrecht van de fiscus kan worden tegengeworpen. Het gaat bij deze constructie – die dateert van voor 2013, toen art. 22bis Invorderingswet werd ingevoerd – naar haar aard om verhuur voor korte tijd, die slechts ertoe strekt dat de pandhouder daadwerkelijk zijn recht op verhaal op de aan hem verpande zaken kan uitoefenen, en dan ook slechts is bedoeld voor de korte periode die hiervoor nodig is, en die dan ook op korte termijn kan worden beëindigd. De inhoud van de onderhavige huurovereenkomsten stemt hiermee overeen (zie hiervoor in 2.1 onder (v)).

3.1.4. Gelet op de hiervoor in 3.1.3 genoemde karakteristieken van de bodemverhuurconstructie vormt de mogelijkheid voor de pandhouder om op grond van art. 53 lid 1 Fw de uit de overeenkomst verschuldigde huur te verrekenen met zijn openstaande vordering waarvoor het pandrecht door hem is bedongen, geen onaanvaardbare doorbreking van de gelijkheid van de schuldeisers als bedoeld in het arrest Tiethoff q.q./NMB. Het gaat om verhuur voor de in de regel slechts korte tijd die is gemeoid met het bereiken van het doel daarvan, die op korte termijn kan worden beëindigd. Het doel van de huur als onderdeel van de bodemverhuurconstructie is bovendien de uitoefening van het zekerheidsrecht mogelijk te maken, waarop de pandhouder jegens de schuldenaar en de andere schuldeisers aanspraak kan maken. Dit geval verschilt dan ook op meerdere punten wezenlijk van het geval waarop het arrest Tiethoff q.q./NMB betrekking heeft.

3.1.5. De klachten van de onderdelen zijn dus ongegrond.

3.2. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

- verwierpt het beroep;
- veroordeelt de Curator in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

NOOT

1. In deze uitspraak staat de vraag centraal of de regel die de Hoge Raad in het arrest Tiethoff q.q./NMB (HR 22 december 1989, *NJ* 1990/661, m.nt. PvS) formuleerde – een regel die een beperking inhoudt van de ruime verrekeningsbevoegdheid van art. 53 Fw – ook in het voorliggende geval dient te worden toegepast. De Hoge Raad beantwoordt die vraag ontkennend. Volgens de Hoge Raad verschilt het voorliggende geval op meerdere punten wezenlijk van het geval waarop het arrest Tiethoff q.q./NMB betrekking heeft. Daarom bestaat er volgens de Hoge Raad geen reden om de schuldeiser (Rabobank) in casu een beroep op verrekening te onthouden.

2. Het arrest Tiethoff q.q./NMB ziet op een huurovereenkomst die door de latere gefailleerde (de verhuurder) vóór zijn faillietverklaring met een schuldeiser (de huurder) is gesloten, en die na datum faillissement van rechtswege ten laste van de boedel voortduurde. De huurder (NMB) wilde zijn na datum faillissement uit de huurovereenkomst ontstane schuld aan de failliete boedel verrekenen met zijn vóór datum faillissement ontstane vordering op de gefailleerde uit hoofde van geldlening. De Hoge Raad legt in zijn arrest uit waarom de huurder een beroep op verrekening niet kan worden toegestaan:

“Voorop moet worden gesteld dat art. 53 mede betrekking heeft op na de faillietverklaring ontstane schulden en vorderingen, die – kort gezegd – rechtstreeks voortvloeien uit handelingen die vóór de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht. Een redelijke uitleg van dit artikel brengt echter mee dat een uitzondering moet worden

aanvaard voor het geval van een na de faillietverklaring ontstane schuld die voortvloeit uit een daarvoor met de gefailleerde gesloten, na de faillietverklaring nog voortdurende overeenkomst, krachtens welke die schuld de tegenprestatie betreft voor een prestatie die van de faillietverklaring af ten laste van de boedel moet worden verricht, zulks in die voege dat deze uitzondering met name geldt wanneer de curator, zoals bij de onderhavige huurovereenkomst, ondanks het faillissement gehouden is die prestatie te blijven verrichten en de wederpartij compensatie verlangt met een vordering die met deze overeenkomst geen verband houdt. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat het aan de Faillissementswet mede ten grondslag liggende beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers op onaanvaardbare wijze zou worden doorbroken, doordat de betreffende schuldeiser hier niet alleen ter verkrijging van voldoening van zijn vordering gebruik zou kunnen maken van de bijzondere, hem ten opzichte van het gemene recht begunstigende regel van art. 53, doch bovendien aldus veelal zonder reële tegenprestatie aanspraak zou kunnen blijven maken op hetgeen jegens hem door de curator ten laste van de boedel moet worden verricht. Aldus zou bovendien een goed beheer ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van de tot de boedel behorende goederen ten aanzien waarvan lang lopende overeenkomsten als de onderhavige bestaan, in ernstige mate worden bemoeilijkt.”

De Hoge Raad overweegt terecht dat de na datum faillissement ontstane huurschuld van NMB op zichzelf voldeed aan het bepaalde in art. 53 Fw, nu het de voortzetting na datum faillissement betrof van een vóór de faillietverklaring tussen partijen gesloten huurovereenkomst. De huurschuld vloeyde aldus rechtstreeks voort uit een rechtsverhouding die per datum faillissement reeds tussen partijen bestond. Een redelijke uitleg van art. 53 Fw, de *paritas creditorum* en een goed beheer van de boedel brengen echter met zich dat de schuldeiser/huurder in een geval als door de Hoge Raad berecht, een beroep op verrekening moet worden onthouden. Daarbij lijkt voor de Hoge Raad in het bijzonder van belang dat de vóór de faillietverklaring gesloten huurovereenkomst na datum faillissement automatisch ten laste van de boedel voortduurde, zodat de boedel gehouden bleef het huurgenoet te verschaffen. De boedel moet in dat geval ook aan-

spraak kunnen maken op de door de schuldeiser daarvoor verschuldigde tegenprestatie en de schuld ter zake van die tegenprestatie moet niet kunnen worden verrekend met een voor verificatie vatbare vordering op de gefailleerde, die met die schuld geen verband houdt.

3. In het arrest Tiethoff q.q./NMB geeft de Hoge Raad niet aan waarom de boedel gehouden was het huurgenoet aan NMB te blijven verschaffen, c.q. waarom de uit de door de schuldenaar aangegane huurovereenkomst voortvloeiende verplichting tot het (blijven) verschaffen van huurgenoet per datum faillissement een verplichting van de failliete boedel werd, en daarmee derhalve een boedelschuld. Uit latere jurisprudentie volgt evenwel dat de Hoge Raad van oordeel is dat de omstandigheid dat de curator noch aan de wet, noch aan de tussen partijen gesloten overeenkomst de bevoegdheid ontleent om die overeenkomst wegens of ter gelegenheid van het faillissement van de schuldenaar voortijdig te beëindigen, met zich brengt dat de boedel gehouden is om passieve verplichtingen van de schuldenaar (verplichtingen die strekken tot een dulden of nalaten) die uit de overeenkomst voortvloeien, na te komen. Deze passieve verplichtingen lopen volgens de Hoge Raad automatisch ten laste van de boedel door, omdat zij door de curator niet (actief) kunnen worden beëindigd. Zie HR 11 juli 2014, «JOR» 2015/175, m.nt. NEDF en Vermunt (*Berzona*) en HR 23 maart 2018, «JOR» 2018/254, m.nt. NEDF en Vermunt (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*). In deze arresten “corrigeert” de Hoge Raad zijn oordeel uit HR 3 november 2006, «JOR» 2007/76, m.nt. SCJJK en Bartels (*Nebula*).

4. Zoals ik onder 1 reeds heb aangegeven, ziet de Hoge Raad geen reden om de beperking van de verrekeningsbevoegdheid, die uit het arrest Tiethoff q.q./NMB voortvloeit, ook in het voorliggende geval toe te passen, nu dit geval volgens de Hoge Raad op meerdere punten wezenlijk verschilt van het geval berecht in Tiethoff q.q./NMB. De Hoge Raad verwijst hiervoor naar de karakteristieken van de in casu door partijen toegepaste bodemverhuurconstructie. Bij een dergelijke constructie huurt de schuldeiser/pandhouder bedrijfsruimte van zijn schuldenaar teneinde zijn stil pandrecht op de roerende zaken van de schuldenaar die zich in die bedrijfsruimte bevinden, te kunnen omzetten in een vuistpandrecht, zonder dat hem het bodemrecht (lees: bodem-

voorrecht) van de fiscus kan worden tegengeworpen (vgl. r.o. 3.1.3). Volgens de Hoge Raad gaat het bij een bodemverhuurconstructie – de voorliggende constructie dateert van vóór 2013, toen art. 22bis Invorderingswet 1990 werd ingevoerd – naar haar aard om verhuur voor korte tijd, die slechts ertoe strekt dat de pandhouder daadwerkelijk zijn recht op verhaal op de aan hem verpande zaken kan uitoefenen, en dan ook slechts is bedoeld voor de korte periode die hiervoor nodig is, en die dan ook op korte termijn kan worden beëindigd (vgl. r.o. 3.1.3). Daarbij merkt de Hoge Raad op dat de inhoud van de tussen partijen gesloten huurovereenkomsten hiermee ook overeenstemt (vgl. r.o. 3.1.3, slot). Gelet op de genoemde karakteristieken van een bodemverhuurconstructie vormt de mogelijkheid voor de pandhouder om op grond van art. 53 lid 1 Fw de uit de huurovereenkomst verschuldigde huur te verrekenen met zijn openstaande vordering waarvoor het pandrecht door hem is bedongen, volgens de Hoge Raad geen onaanvaardbare doorbreking van de gelijkheid van de schuldeisers als bedoeld in het arrest Tiethoff q.q./NMB (r.o. 3.1.4). Het gaat immers om verhuur voor de in de regel slechts korte tijd die is gemoeid met het bereiken van het doel daarvan, die op korte termijn kan worden beëindigd. Het doel van de verhuur als onderdeel van de bodemverhuurconstructie is bovendien – zo overweegt de Hoge Raad – de uitoefening van het zekerheidsrecht mogelijk te maken, waarop de pandhouder jegens de schuldenaar en de andere schuldeisers aanspraak kan maken (r.o. 3.1.4). Daarom verschilt dit geval dan ook op meerdere punten wezenlijk van het geval waarop het arrest Tiethoff q.q./NMB betrekking heeft (r.o. 3.1.4, slot).

5. Het oordeel van de Hoge Raad acht ik juist. De verschillen met de casus die heeft geleid tot het arrest Tiethoff q.q./NMB, zijn aanzienlijk, ook al wordt bij lezing van de voorliggende uitspraak niet duidelijk welk element of combinatie van elementen voor de Hoge Raad nu precies doorslaggevend is. Uit de overwegingen van de Hoge Raad volgt wel dat hij veel waarde hecht aan het feit dat het in casu *naar haar aard* om een verhuur voor korte tijd gaat (zoals dat ook in de huurovereenkomst tot uitdrukking komt, met inbegrip van de daarin opgenomen bevoegdheid om de overeenkomst voortijdig te beëindigen). Daarnaast hecht de Hoge Raad belang aan het

feit dat de huurovereenkomst tot doel heeft de uitoefening van het pandrecht mogelijk te maken, waarop de schuldeiser jegens de schuldenaar en de andere schuldeisers aanspraak kan maken. Van een (onaanvaardbare) inbreuk op de *paritas creditorum* (één van de relevante elementen uit de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Tiethoff q.q./NMB) is daardoor geen sprake. Of in dit laatste mede ligt besloten dat er in het voorliggende geval tussen de te verrekenen vordering en schuld (voldoende) verband bestaat (één van de andere relevante elementen uit de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Tiethoff q.q./NMB), wordt niet duidelijk. Het hof had dit in zijn arrest *a quo* aangenomen, maar de Hoge Raad laat dit in het midden. De discussie die in de literatuur omtrent de reikwijdte van het arrest Tiethoff q.q./NMB is en wordt gevoerd, is met de voorliggende uitspraak dan ook nog niet ten einde. Zie voor die discussie de literatuur vermeld in de Conclusie van de A-G, onder 2.14 t/m 2.14.7.

prof. mr. N.E.D. Faber

263

Geen verbintenissen van Bank Indonesia jegens boedel van Indover uit "garantieverklaring"

Hoge Raad

28 juni 2019, nr. 18/00648,

ECLI:NL:HR:2019:1041

(mr. Numann, mr. Heisterkamp, mr. Snijders, mr. Polak, mr. Kroeze)

(Concl. A-G Vlas)

Noot mr. drs. V.R. Vroom

Faillissement Indover. Heeft Bank Indonesia een garantie afgegeven dat Indover verplichtingen zou nakomen? Toepasselijk recht. Peeters/Gatzen-vordering. Immunitet van executie. Art. 81 RO. Verwijzing naar HvJ EG 6 oktober 2009, «JOR» 2010/52, m.nt. Van Dongen (ICF/Balkenende). Vervolg op Rb. Amsterdam 27 augustus 2014, «JOR» 2015/208 en Hof Amsterdam 14 november 2017, «JOR» 2018/157, m.nt. Van Aniel.

[WCC (oud) art. 3 sub c; BW art. 6:162, 10:119; EVO art. 4; VN art. 19, 21 lid 1 aanhef en onder c; RO art. 81]

De curatoren hebben beslag gelegd op een vordering die de centrale bank van Indonesië, Bank Indonesia (BI; geïntimeerde), ter verificatie bij hen heeft ingediend. BI is 100% aandeelhouder van Indover (failliet). In de onderhavige renvooi-procedure wordt B dat zij als concurrent schuldeiser wordt toegelaten in het faillissement en haar vordering wordt erkend en geverifieerd. De curatoren hebben zich beroepen op verrekening met een vordering die zij op BI menen te hebben, omdat BI aan Indover zou hebben gegarandeerd dat Indover aan haar financiële verplichtingen kon blijven voldoen, en BI hierin is tekortgeschoten. Onderdeel 1 valt in twee subonderdelen uiteen en is gericht tegen het oordeel van het hof dat de vordering op grond van art. 4 lid 2 EVO moet worden beoordeeld naar Indonesisch recht. Hierover merkt de A-G op dat voor zover de klacht betoogt dat de onderhavige rechtsverhouding niet moet worden gekwalificeerd als een overeenkomst,

maar als een kwestie van rechtspersonenrecht, waarop art. 3 sub b WCC (oud), thans art. 10:119, aanhef en onder b, BW, van toepassing is, de klacht berust op een onjuiste rechtsopvatting. In de wetsgeschiedenis van art. 3 WCC – de voorganger van art. 10:119 BW – wordt een (niet-limitatieve) opsomming gegeven van onderwerpen die onder de omschrijving "inwendig bestel en alle daarmee verband houdende onderwerpen" vallen en wordt opgemerkt dat het niet alleen gaat om alle in Boek 2 BW geregelde onderwerpen van rechtspersonenrecht, maar ook om enkele daar niet geregelde zaken zoals de toelaatbaarheid van certificering van aandelen met medewerking van de rechtspersoon en de toelaatbaarheid van de stemovereenkomsten tussen aandeelhouders. Het toepasselijke recht op een garantieovereenkomst tussen een moedermaatschappij en haar dochtermaatschappij behoort niet tot het inwendig bestel van de rechtspersoon en evenmin tot "alle daarmee verband houdende onderwerpen." Subonderdeel 1.2 klaagt dat voor het geval de rechtsverhouding niet wordt beheerst door het recht dat op grond van art. 3 onder b WCC van toepassing is, het hof toch de verkeerde conflictregel heeft toegepast. Volgens het onderdeel is niet art. 4 lid 2 EVO van toepassing, maar art. 4 lid 5 EVO, omdat uit het geheel van de omstandigheden blijkt dat de overeenkomst nauwer is verbonden met Nederland dan met Indonesië. De A-G stelt dat voor de verhouding tussen het vermoeden van art. 4 lid 2 EVO en de exceptie van de nauwste band van art. 4 lid 5 EVO de maatstaf van HvJ EG 6 oktober 2009, «JOR» 2010/52, m.nt. Van Dongen (ICF/Balkenende) geldt. Uit deze beslissing volgt dat steeds moet worden gezocht naar de nauwste band, en dat "het geheel der omstandigheden" moet worden afgezet tegen het vermoeden van art. 4 lid 2 tot en met 4 EVO. Pas wanneer "duidelijk blijkt" dat de overeenkomst nauwer is verbonden met een ander land dan op grond van art. 4 lid 2 EVO met het land van de woon- of vestigingsplaats van de kenmerkende prestant, is er plaats voor de uitzonderingsbepaling van art. 4 lid 5 EVO. De klacht kan echter niet tot cassatie leiden bij gebrek aan belang. Toepassing van Nederlands recht zou niet tot een andere uitkomst leiden, omdat ook naar Nederlands recht de toestemming van partijen een vereiste is voor het aangaan van een overeenkomst.

Onderdeel 4 heeft betrekking op de niet-ontvankelijkverklaring van de curatoren in hun subsidiai-