

MEMO

van : mr. C.H. Hartsuiker en mr. M.E. Biezenaar (SWDV advocaten)
aan : gemeente Haarlem
datum : 6 februari 2017
onderwerp : consequenties faillissement Panopticon en contractuele terugkoopregeling

Samenvatting

- Het algemene beginsel van de Faillissementswet is dat het faillissement geen automatische gevolgen heeft voor bestaande wederkerige overeenkomsten.
- De gemeente Haarlem (de gemeente) kan in de koopovereenkomst een terugkooprecht opnemen voor een bepaalde termijn als Panopticon niet binnen die termijn het project om een universiteit te vestigen in de koepelgevangenis (de koepel) heeft uitgevoerd zoals afgesproken.
- In geval van faillissement wordt de gemeente wel afhankelijk van de curator voor het nakomen door Panopticon van het terugkooprecht.
- De curator kan besluiten om het terugkooprecht na te komen (gestand doen) of niet na te komen (niet gestand doen).
- Als de curator niet nakomt krijgt de gemeente slechts een (concurrente) vordering op de boedel voor de schade die de gemeente lijdt als gevolg van het niet nakomen van de afspraak om terug te verkopen. In de praktijk wordt die vordering niet voldaan.
- Voor de gemeente bestaat daarom een reëel risico dat de curator de overeenkomst negeert die een eerste recht geeft om de koepel terug te kopen, als de curator met een derde een voor de boedel gunstigere verkoopovereenkomst kan sluiten.
- Een mogelijk alternatief voor de terugkoopregeling is het opnemen van een zogenaamde insolventieclausule. In de koopovereenkomst wordt dan bijvoorbeeld een ontbindende voorwaarde opgenomen, die inhoudt dat de koopovereenkomst van rechtswege wordt ontbonden als Panopticon failliet gaat voordat het project is uitgevoerd zoals afgesproken.
- In dat geval moet de gemeente de koopsom terugbetalen en moet de curator de koepel terug leveren aan de gemeente.
- Over een eventuele gerealiseerde tussentijdse waardevermeerdering door Panopticon en de verrekening daarvan met de schade van de gemeente - ontstaan door het feit dat de gemeente terug bij af is - kunnen desgewenst ook afspraken worden gemaakt. Het risico op onbetaalde schade aan de zijde van de gemeente kan zo worden verminderd.

Inleiding en feiten

De gemeente overweegt de koepel te Haarlem van het Rijksvastgoedbedrijf aan te kopen om deze voor dezelfde prijs en tegelijkertijd door te verkopen en te leveren aan Panopticon.

De voormelde koop, verkoop en leveringen vormen geen onderdeel van de in deze notitie besproken risico's voor het geval Panopticon in staat van faillissement wordt verklaard. De gemeente hecht grote waarde aan het uitvoeren van het ontwikkelplan van Panopticon dat erop neerkomt dat er een universiteit in de koepel wordt gevestigd. De gemeente heeft daarom het voornemen om in de koopovereenkomst met Panopticon een regeling op te nemen die de gemeente in staat stelt om de koepel terug te vorderen als Panopticon niet binnen een bepaalde termijn aan de voorwaarden voldoet.

Voor deze notitie wordt uitgegaan van een variant op een (eerste) terugkooprecht voor de gemeente, omdat terugvordering geen (juridische) titel is en onteigening op juridische gronden niet reëel is.

Vraagstelling

De vraag die voorligt is: welk risico loopt de gemeente als Panopticon failliet gaat op het moment dat de termijn voor ontwikkeling nog loopt, maar nog niet (volledig) is voldaan aan alle gestelde voorwaarden en de gemeente de terugkoop-clausule uit de koopovereenkomst wil invoeren?

Risicoanalyse

In geval van een faillissement van Panopticon, en op dat moment praktisch gezien tijdige realisatie van de universiteit volgens de voorwaarden van de verkoopovereenkomst, moet de gemeente de curator wijzen op de regeling in de koopovereenkomst die er feitelijk voor moet zorgen dat de gemeente de koepel terugkrijgt in haar vermogen.

De gemeente vraagt in die situatie concreet aan de curator om de overeenkomst gestand te doen.

De curator heeft dan twee mogelijkheden: de curator komt de overeenkomst na en geeft - als de situatie daarom vraagt - zekerheid voor zijn verplichtingen, of de curator komt de overeenkomst niet na; de gemeente heeft dan een concurrente vordering in het faillissement voor de schade die ontstaat door de wanprestatie.

De concurrente vordering die de gemeente krijgt wegens de wanprestatie wordt in de praktijk vrijwel nooit betaald, omdat de rangorde van deze vordering in het faillissement laag is (concurrent).

De Faillissementswet geeft de curator dus in de praktijk een wettelijk recht dat zeer dicht in de buurt komt van een recht op wanprestatie.

Als de regeling bijvoorbeeld bestaat uit een contractueel recht op eerste koop van de gemeente bij faillissement, kan dat worden genegeerd door de curator.

De curator heeft juridisch reële gronden om het eerste recht van koop niet na te komen als er andere partijen zijn waar hij bijvoorbeeld een hogere prijs kan realiseren.

Alle contractuele afspraken die regelen dat Panopticon een verplichting heeft jegens de gemeente zijn in geval van een faillissement in potentie risicovol op grond van de Faillissementswet. De curator heeft in de meeste gevallen de (wettelijke) mogelijkheid om niet na te komen. De schade die hier uit volgt levert enkel een concurrente vordering op die in de meeste gevallen nooit wordt voldaan.

In de praktijk zal de curator wel nakomen (gestand doen) als de gemeente snel kan handelen, geen voorwaarden stelt en een marktconforme prijs betaalt.

Het belang van de curator zit vooral in het liquide maken van de activa. Belemmeringen op grond van bijvoorbeeld het bestemmingsplan waar de curator tegenaan loopt bij de verkoop, zal hij willen vermijden.

Insolventieclausule

De gemeente wordt in overweging gegeven om ook de mogelijkheid te laten onderzoeken om in de verkoopovereenkomst aan Panopticon een of meer ontbindende voorwaarden op te nemen voor de situatie dat niet (tijdig) aan het realiseren van de universiteit wordt voldaan en/of Panopticon failliet.

Voor een dergelijke insolventieclausule¹ geldt het basisbeginsel dat het faillissement geen gevolgen heeft voor bestaande wederkerige overeenkomsten. De ontbinding - of de mogelijkheid om op te zeggen - wordt dus niet geraakt door de vraag of de curator zal/wil nakomen. Er ontstaat een zelfstandige aanspraak in rechte bij het einde van de overeenkomst in geval van faillissement.

Als gevolg van een ontbinding ontstaan ongedaanmakingsverplichtingen; de gemeente moet de koopprijs terugbetalen en Panopticon moet de koepel terug leveren. Indien er waarde door Panopticon zou zijn toegevoegd aan de koepel kan de curator een (tegen)vordering instellen op grond van ongerechtvaardigde verrijking (bijvoorbeeld de verbouwing van de koepel). In de insolventieclausule kan tevens een verplichting tot schadevergoeding worden opgenomen voor de ontbinding bij faillissement. Deze schade zou kunnen worden verrekend met de terug te betalen koopsom van de koepel. De mogelijke schade van het niet doorgaan van het project kan zo dus wel (gedeeltelijk) worden verhaald en gaat dan niet 'verloren' in het faillissement.

Juridisch kader

Het algemene beginsel van de Faillissementswet is dat een faillissement geen gevolgen heeft voor bestaande wederkerige overeenkomsten. De schuldenaar verkeert echter in de toestand dat hij/zij heeft opgehouden te betalen en de gemaakte afspraken niet kan nakomen.

Artikel 37 FW (Faillissementswet) bepaalt dat de wederpartij van de failliet de curator een redelijke termijn kan stellen waarbinnen hij zich moet uitlaten over de vraag of hij de overeenkomst gestand doet, en dus of hij zal uitvoeren wat is overeengekomen.

Als de curator zich wel bereid verklaart om de overeenkomst uit te voeren is hij verplicht zekerheid te stellen voor de nakoming.

Als de curator zich niet bereid verklaart om de overeenkomst uit te voeren, kan de andere partij de overeenkomst ontbinden. De wederpartij kan zijn vordering indienen bij de curator. Dat is dan een concurrente vordering die bijna nooit wordt voldaan in een faillissementssituatie omdat het de laagst gerangschikte vordering is voor de uitdeling aan crediteuren.

De Hoge Raad heeft het niet nakomen door de curator gekaderd in twee uitspraken: ECLI:NL:HR2006:AX8838, het zogenaamde Nebula arrest en in ECLI:NL:HR2013:BY9087, het zogenaamde Berzona arrest.

In Nebula werd bepaald dat het feit dat het voortbestaan van een wederkerige overeenkomst niet wordt beïnvloed door een faillissement, niet betekent dat de schuldeiser van een overeenkomst wiens wederpartij failliet wordt verklaard, de rechten uit die overeenkomst kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement is.

In Berzona werd dit genuanceerd door de Hoge Raad. De Hoge Raad bepaalde: *"Het uitspreken van het faillissement heeft echter niet tot gevolg dat de curator ook ('actief') een bevoegdheid of vordering toekomt die wet of de overeenkomst niet toekent."*

Een insolventieclausule kan de in sommige situaties ongewenste afhankelijkheid en betrokkenheid van de curator beperken. De insolventieclausule is een bepaling in een overeenkomst op grond waarvan door (enkel) het faillissement van een wederpartij de overeenkomst en/of daaruit voortvloeiende verplichtingen van rechtswege eindigt of kan worden beëindigd.

¹ JOR 2013/193 (curatoren Megapool/Laser Nederland). Insolventieclausules zijn in het algemeen aanvaard in de rechtspraak.