

Overzicht rechtspraak faillissementsrecht december 2016/januari 2017

prof. mr. A.W. Jongbloed

Hoge Raad 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2729; NJ 2017/19 (De Krom c.s./ mr. Van Logtestijn q.q.)

Prejudiciële vraag ex art. 392 Rv over de uitleg van art. 37 Fw. Verliest de curator bij het niet gestand doen van een overeenkomst ook het recht om nakoming te vorderen van prestaties waarvoor de gefailleerde de tegenprestatie reeds heeft verricht? Is sprake van een vordering van de boedel uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking voor ten dele verrichte prestaties?

3.5.1 De vragen houden verband met de betekenis die art. 37 Fw heeft. Het eerste lid van deze bepaling houdt in dat indien een wederkerige overeenkomst ten tijde van de faillietverklaring zowel door de schuldenaar als door zijn wederpartij in het geheel niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen en de curator zich niet binnen een hem daartoe schriftelijk door de wederpartij gestelde redelijke termijn bereid verklaart de overeenkomst gestand te doen, de curator het recht verliest zijnerzijds nakoming van de overeenkomst te vorderen. Het tweede lid bepaalt dat indien de curator zich wel tot nakoming van de overeenkomst bereid verklaart, hij verplicht is bij die verklaring voor deze nakoming zekerheid te stellen.

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

heid dat de curator zijnerzijds de nog verschuldigde prestaties zal verrichten dan wel dat zij voor het niet verrichten daarvan wordt schadeloosgesteld. (Vgl. Van der Feltz I, p. 409, en Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 387.)

3.5.3 Indien de gefailleerde ter uitvoering van een overeenkomst zoals bedoeld in art. 37 Fw vóór de faillietverklaring een prestatie heeft verricht, maar de wederpartij nog niet de daarvoor verschuldigde tegenprestatie, is art. 37 Fw naar zijn strekking niet van toepassing met betrekking tot deze tegenprestatie. Die bepaling ziet immers, zoals hiervoor in 3.5.2 overwogen, op het geval dat de wederpartij na de faillietverklaring dient te presteren terwijl de daarvoor verschuldigde tegenprestatie nog niet door de gefailleerde is voldaan. De in art. 37 lid 1 Fw bedoelde verklaring van de curator dat hij niet zal nakomen, heeft dan ook niet tot gevolg dat de curator ook het recht verliest om van de wederpartij de tegenprestaties te vorderen die op grond van de overeenkomst verschuldigd zijn geworden doordat de gefailleerde reeds vóór het faillissement een of meer prestaties heeft verricht.

Dat zou ook niet te rechtvaardigen zijn, nu het hier gaat om een bate die, als tegenprestatie voor een reeds verrichte prestatie, de boedel zonder meer toekomt. Het in art. 37 Fw bedoelde verlies van het recht van de curator op nakoming heeft dan ook alleen betrekking op de door de wederpartij te verrichten prestaties waarvoor de tegenprestatie door de gefailleerde nog verricht moet worden.

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

3.6.1 Vraag (a) ziet op het zich in deze zaak voordoende geval dat de gefailleerde een prestatie vóór de faillietverklaring slechts voor een deel heeft

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

3.6.2 In het hiervoor in 3.6.1 genoemde geval kan de wederpartij op grond van de verklaring van de curator de overeenkomst ontbinden op de voet van art. 6:265 BW. In dat geval ontstaat met betrekking tot het verrichte gedeelte van de prestatie een ongedaanmakingsvordering van de boedel op de wederpartij ten belope van de waarde van die prestatie (art. 6:272 BW). In deze zaak hebben de wederpartijen (de Kopers) echter geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om de overeenkomst te ontbinden (zie hiervoor in 3.4 bij vraag (a) onder (iv)) en is dus niet een ongedaanmakingsvordering ontstaan.

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

3.6.4 Aan een vordering van de boedel uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking met betrekking tot het verrichte gedeelte van de prestatie kan eventueel wel de inhoud van de overeenkomst in de weg staan, namelijk wanneer deze een zodanige vordering uitsluit of wanneer deze een rechtvaardiging bevat voor de aan de orde zijnde vermogensverschuiving. Het enkele feit dat de overeenkomst in-

houdt dat de tegenprestatie voor een prestatie eerst verschuldigd wordt na voltooiing van die prestatie, sluit echter een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking niet uit. Dat is slechts anders indien de overeenkomst niet slechts ertoe strekt het tijdstip van opeisbaarheid van de tegenprestatie te regelen, maar (ook) ertoe strekt dat bij het niet volledig voltooid zijn van de desbetreffende prestatie geen vergoeding door de wederpartij verschuldigd is.

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

3.6.6 De hiervoor in 3.6.5 genoemde regeling en het in art. 7:767 BW bepaalde staan in het geval dat de aannemer een bouwfase of het meerwerk door faillissement niet kan voltooien en vaststaat dat de curator de verplichting daartoe niet gestand doet, niet in de weg aan een vordering van de boedel uit ongerechtvaardigde verrijking met betrekking tot het verrichte gedeelte van de onvoltooide bouwfase of van het onvoltooide meerwerk. De bestaansgrond van de met die bepaling beoogde bescherming van de opdrachtgever – kort gezegd: dat deze de bouw slechts beperkt behoeft te voorfinancieren (vgl. *Kamerstukken II 1992/93*, 23 095, nr. 3, p. 39) – doet zich in dat geval immers niet voor. Slechts in het hiervoor aan het slot van 3.6.4 genoemde geval is een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking wel uitgesloten.

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

3.6.8 Beide vragen moeten dus ontkennend worden beantwoord.

Hoge Raad 2 december 2016, ECLI: NL:HR:2016:2730; NJ 2017/20 (Poot c.s./mr. Peters q.q.)

Wordt de schade door niet-nakoming van een aannemingsovereenkomst weggenomen door de verplichting tot vrijwaring van de verzekeraar? Geen indiening ter verificatie vereist voor beroep op verrekening ex art. 53 Fw

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

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

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

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

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

het hof aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd, niet mee dat de Kopers geen schade lijden door de niet-nakoming van de aannemingsovereenkomsten door [A] en de boedel.

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

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

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

HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2744 (CTAC/mrs. Borsboom en Van Rootselaar q.q.)

Dienstverlener (dwangcrediteur) schort uitvoering overeenkomst op nadat klant faillieert. Curatoren dwingen dienstverlener in kort geding om gedurende afkoolingsperiode te blijven doorleveren. Geldt houding curatoren als gestanddoening van de overeenkomst in de zin van art. 37 Fw?

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

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

‘4.5 Zoals tussen partijen niet ter discussie staat en zoals ook volgt uit het vonnis van de voorzieningenrechter was de dienstverlening door Ctac noodzakelijk voor de (tijdelijke) voortzetting van de onderneming van Free Record Shop Holding door Curatoren. Curatoren wilden een (tijdelijke) voortzetting van die onderneming in verband met

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

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

4.7. (...) Curatoren wilden niet de kosten die zouden (kunnen) voortvloeien uit een nakoming van de overeenkomsten op de voet van artikel 37 Fw voor rekening van de boedel laten komen, maar zij wilden evenmin kiezen voor niet-nakoming; zij wilden slechts de kosten betalen in verband met een tijdelijke voortzetting van de dienstverlening in het belang van de boedel, en zo lang als de boedel bij die voortzetting belang zou hebben. Curatoren hadden hierop geen wettelijke aanspraak, maar dat neemt niet weg dat zij zich uiteraard op het standpunt kunnen stellen dat zij hierop in de omstandigheden van het geval aanspraak hebben, en dat standpunt aan de rechter voor te leggen. Dat is wat Curatoren hebben gedaan toen Ctac niet akkoord wilde gaan met de door Curatoren voorgestelde aanpak. De insteek van het kort geding van de zijde van Curatoren was dezelfde als die van het overleg. Curatoren vorderden dat Ctac geboden zou worden de dienstverlening (tijdelijk) voort te zetten, tegen betaling door Curatoren van de toekomstige verplichtingen. De voorzieningenrechter had

aldus te beoordelen of Ctac in casu het recht had de (voortzetting van de) dienstverlening aan Curatoren te weigeren totdat haar pre-faillissementsvordering was voldaan. De voorzieningenrechter heeft in dat kader een belangenafweging gemaakt en kwam tot het oordeel dat het belang van Curatoren bij voortzetting van de dienstverlening voor een relatief korte periode zodanig zwaarwegend was, dat stopzetting daarvan door Ctac onaanvaardbaar moet worden geacht.

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

In het onderhavige geval heeft de voorzieningenrechter Ctac onder voorwaarden die waarborgen dat rekening wordt gehouden met de gerechtvaardigde belangen van Ctac verplicht om tijdelijk (gedurende de afkoelingsperiode) te blijven presteren. Hetgeen hiervoor is overwogen rechtvaardigt om aan te nemen dat Curatoren daarmee niet geacht kunnen worden de overeenkomst gestand te hebben gedaan in de zin van artikel 37 Fw. De curator is weliswaar gehouden zich binnen een daartoe door de wederpartij gestelde redelijke termijn uit te laten over de vraag of hij bereid is de overeenkomst gestand te doen, maar bij bepaling van de lengte van de minimaal aan de curator te gunnen redelijke termijn zijn alle omstandigheden van het geval van belang. Tot die omstandigheden behoort de vraag of de dwangcrediteur door hantering van een wat langere termijn nadeel ondervindt, alsmede de betrokken belangen van de boedel. Gelet op de hiervoor besproken wederzijdse belangen van Ctac en de boedel was die termijn in het onderhavige geval niet verstreken in de periode dat Ctac de dienstverlening tijdens de afkoelingsperiode (gedwongen) voortzette.

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

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

3.3.2 Het oordeel van de rechtbank moet aldus worden verstaan, dat Ctac weliswaar de overeenkomst met onmiddellijke ingang had beëindigd, maar vervolgens niettemin met de curatoren in onderhandeling is getreden over voortzetting daarvan, en dat daarbij kennelijk de beëindiging van de overeenkomst weer werd tenietgedaan, nu Ctac zich op opschorting van haar dienstverlening beriep. De rechtbank heeft art. 37 Fw op deze situatie van toepassing geacht (rov. 4.5 slotzin en rov. 4.6), hetgeen

meebracht dat de curatoren binnen een redelijke termijn moesten beslissen of zij de overeenkomst wilden nakomen. Vervolgens heeft de rechtbank geconstateerd dat de curatoren hebben gepoogd om de opschorting van de dienstverlening door Ctac te beëindigen, aanvankelijk door middel van onderhandelingen en vervolgens door het aanhangig maken van een kort geding (rov. 4.7). De rechtbank heeft deze houding van de curatoren – die zich volgens de rechtbank uitstrekten tot het einde van de redelijke termijn voor het maken van een keuze, vgl. rov. 4.8 – niet uitgelegd als een keuze voor nakoming, aangezien de curatoren uitdrukkelijk te kennen hadden gegeven alleen voor toekomstige diensten te willen betalen.

3.3.3 De oordelen van de rechtbank, verstaan zoals hiervoor in 3.3.2 weergegeven, zijn sterk verweven met de omstandigheden van dit geval. Zij geven geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn evenmin onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Alle klachten van het middel stuiten hierop af. Daarbij verdient nog opmerking dat onjuist is de door het middel bepleite opvatting dat het in rechte afdwingen van voortzetting van dienstverlening door zogenoemde dwangcrediteuren steeds dient te worden aangemerkt als gestanddoening van de overeenkomst in de zin van art. 37 Fw. De vraag hoe verklaringen en gedragingen van een curator in dit verband moeten worden uitgelegd, dient met inachtneming van alle omstandigheden van het geval te worden beantwoord.

Hoge Raad 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2833

Is een openbare, en dus inningsbevoegde, pandhouder (art. 3:246 BW) bevoegd het faillissement van de panddebiteur aan te vragen?

3.3.1 Onderdeel 1 klaagt dat het hof in rov. 3.7 van zijn beschikking heeft miskend dat een inningsbevoegde pandhouder wél bevoegd is het faillissement van de schuldenaar aan te vragen. Onderdeel 2 keert zich tegen rov. 3.6 en voert aan dat de inningsbevoegde pandhouder in elk geval naast de pandgever bevoegd is het faillissement van de schuldenaar aan te vragen.

3.3.2 Art. 1 lid 1 Fw bepaalt dat de schuldenaar die in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, hetzij op eigen aangifte, hetzij op verzoek van een of meer zijner schuldeisers, bij rechterlijk vonnis in staat van faillissement wordt verklaard. Het middel stelt de vraag aan de orde of een pandhouder wiens pandrecht aan de schuldenaar is medegedeeld, kan worden aangemerkt als schuldeiser in de zin van deze bepaling.

3.3.3 Art. 3:246 lid 1 BW houdt in dat, indien het pandrecht aan de schuldenaar is medegedeeld, de pandhouder bevoegd is in en buiten rechte nakoming van de vordering te eisen en betalingen in ontvangst te nemen. De pandhouder is in dat geval tevens bevoegd tot opzegging wanneer de vordering niet opeisbaar is, maar door opzegging opeisbaar kan worden gemaakt (art. 3:246 lid 2 BW). Na bedoelde mededeling kan de pandgever deze bevoegdheden slechts uitoefenen indien hij daartoe

toestemming van de pandhouder of machtiging van de kantonrechter heeft verkregen (art. 3:246 lid 4 BW). Aldus gaat door de mededeling van de verpanding aan de schuldenaar de bevoegdheid tot inning van de verpande vordering over van de pandgever op de pandhouder. Andere schuldeisersbevoegdheden met betrekking tot de vordering blijven ingevolge de wet bij de pandgever berusten. Blijkens de wetsgeschiedenis heeft de wetgever daarbij gedacht aan handelingen als het verlenen van kwijtschelding, het treffen van een afbetalingsregeling en het omzetten van de vordering tot nakoming in een tot schadevergoeding, alsmede de bevoegdheid tot ontbinding en beëindiging van de overeenkomst waaruit de vordering voortspruit. (Parl. Gesch. Boek 3, p. 773; HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:415, NJ 2015/82).

3.3.4 De in art. 3:246 lid 1 BW bedoelde inningsbevoegdheid (zie hiervoor in 3.3.3) omvat de bevoegdheid tot verhaal van de vordering op het vermogen van de schuldenaar. Daartoe staan de pandhouder de middelen ten dienste die vóór de mededeling van het pandrecht aan de pandgever als schuldeiser toekwamen, zoals die tot uitwinning van de aan de vordering verbonden zekerheidsrechten (HR 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3619, NJ 2016/34). Ook de bevoegdheid tot het aanvragen van het faillissement van de schuldenaar strekt tot verhaal van de vordering op diens vermogen. Daarom moet de houder van een pandrecht op een vordering vanaf het moment dat dit pandrecht aan de schuldenaar is medegedeeld, worden aangemerkt als schuldeiser in de zin van art. 1 lid 1 Fw. Gelet op het bepaalde in art. 3:246 lid 4 BW kan de pandgever de bevoegdheid tot het aanvragen van het faillissement van de schuldenaar vanaf bedoelde mededeling slechts uitoefenen, indien hij daartoe toestemming van de pandhouder of machtiging van de kantonrechter heeft verkregen.

Hoge Raad 9 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2837

Mag de rechter bij de beslissing tot toelating tot de schuldsaneringsregeling ambtshalve en zonder specifieke aanleiding een uittreksel uit het justitiële documentatieregister betreffende de verzoeker opvragen?

3.6.5 Gelet op het voorgaande brengt de mede op grond van art. 8 lid 2 EVRM te stellen eis van, kort gezegd, proportionaliteit mee dat een voldoende zwaarwegende grond dient te bestaan voor het opvragen van het uittreksel. De rechter kan zijn bevoegdheid om een uittreksel uit de justitiële documentatie op te vragen dan ook slechts gebruiken indien in de omstandigheden van het geval zodanige grond bestaat. De rechter moet die grond dan vermelden in zijn uitspraak.

3.6.6 Op grond van art. 8 lid 2 EVRM is mede vereist dat de schuldenaar kan voorzien dat de rechter in een procedure als de onderhavige over dit uittreksel beschikt tot wat daarvan de consequenties voor de beoordeling van zijn verzoek zullen zijn, zodat hij zijn gedrag daarop kan afstemmen (zie onder meer EHRM 25 april 1979, nr. 6598/74, EHRM 4 mei 2000, nr. 28451/95 en EHRM 29 juni 2006, nr. 11 901/02).

De rechter kan waarborgen dat aan deze voorwaarde is voldaan door de (advocaat van de) schuldenaar specifiek hierover tijdig voor de mondelinge behandeling te informeren. Als de rechter niet het uittreksel voor de zitting heeft opgevraagd, kan hij in hetgeen bij de mondelinge behandeling van het verzoek voorvalt, aanleiding zien om dit uittreksel alsnog op te vragen. Hij dient dan de schuldenaar daarover ter terechtzitting te informeren, met vermelding van de gronden daarvoor.

3.6.7 De inhoud van het uittreksel uit de justitiële documentatie kan uitsluitend worden meegewogen in verband met de in art. 288 lid 1 onder b en c en lid 2 onder c Fw vermelde toelatingsvoorwaarden en weigeringsgronden, dan wel de in art. 350 lid 3 onder c-g Fw bedoelde beëindigingsgronden.

3.6.8 In verband met de eisen van hoor en wederhoor zal de rechter eventuele uit het uittreksel blijkende contra-indicaties voor toepassing van de schuldsaneringsregeling (of indicaties om deze te beëindigen) tijdens de mondelinge behandeling van het verzoek met de schuldenaar moeten bespreken om hem in de gelegenheid te stellen daarop te reageren, dan wel hem in de gelegenheid te stellen om daarop naderhand tijdens een voorgezette behandeling te reageren.

Hoge Raad 23 december 2016, ECLI: NL: HR:2016:2997; NJ 2017/27

Rechter-commissaris roept bestuurder en accountant van gefailleerde vennootschap op voor een verhoor (art. 66 Fw en art. 105 Fw). Mogelijkheid van misbruik van bevoegdheid door R-C? Art. 3:13 lid 2 BW. Moet R-C inzicht geven in doel van het verhoor? Bijzondere omstandigheden

3.3.2 Art. 66 Fw geeft de rechter-commissaris een ruime bevoegdheid getuigen te horen ter opheldering van alle omstandigheden het faillissement betreffende. Art. 105 lid 1 Fw verplicht de gefailleerde, voor zover hier van belang, voor de rechter-commissaris te verschijnen en deze alle inlichtingen te verschaffen, zo dikwijls hij daartoe wordt opgeroepen. Ook dit artikel geeft de rechter-commissaris een ruime bevoegdheid, die zich ingevolge art. 106 Fw mede uitstrekt tot bestuurders en commissarissen van een gefailleerde rechtspersoon. De rechter-commissaris kan op eigen initiatief en op verzoek van derden van deze bevoegdheden gebruik maken. (HR 11 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1541, NJ 1995/151 en HR 17 mei 2013, ECLI:NL:2013:BZ3645, NJ 2013/292)

3.3.3 Een begrenzing van de hiervoor in 3.3.2 bedoelde ruime bevoegdheden is gelegen in art. 3:13 lid 2 BW, dat ingevolge art. 3:15 BW van toepassing is op het faillissementsrecht. Art. 3:13 lid 2 BW houdt onder meer in dat een bevoegdheid wordt misbruikt door haar uit te oefenen met een ander doel dan waarvoor zij is verleend. Het doel van art. 66 Fw is om opheldering te verkrijgen over alle omstandigheden die het faillissement betreffen. Art. 105 Fw heeft een daarmee overeenstemmend doel. Dit betekent dat sprake kan zijn van misbruik van de bevoegdheden die art. 66 Fw en art. 105-106 Fw aan de rechter-commissaris toekennen, indien deze wor-

den aangewend voor een ander doel dan het verkrijgen van de bedoelde opheldering. Dit geldt met name indien dit doel gelegen is in het vergaren van gegevens ten behoeve van een civiele procedure tegen de gefailleerde of een bestuurder of commissaris van de gefailleerde (HR 30 september 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4655, NJ 1984/183). Als uitgangspunt geldt dat de aangewezen weg voor dit laatste doel is het voorlopig getuigenverhoor op de voet van art. 186 Rv of het getuigenverhoor op de voet van art. 166 Rv, dit in verband met de rechten en waarborgen die daaraan voor de te horen getuigen zijn verbonden (HR 6 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8295, NJ 2010/184).

3.3.4 Tegen de achtergrond van het vorenstaande zijn de klachten terecht voorgesteld. Anders dan de rechtbank tot uitgangspunt heeft genomen, gaat het niet erom of het stellen van bepaalde vragen misbruik van bevoegdheid oplevert. [Verzoekers] hebben gesteld dat het bevelen van een verhoor op de voet van art. 66 Fw of art. 105 Fw in verbinding met art. 106 Fw als zodanig misbruik van bevoegdheid oplevert. Zoals hiervoor in 3.3.3 is overwogen, kan daarvan sprake zijn indien het verhoor wordt ingezet voor een ander doel dan waarvoor het is bedoeld. Het oordeel van de rechtbank geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting of is onvoldoende gemotiveerd. Het eerste is het geval indien dat oordeel berust op de opvatting dat het bevelen van een verhoor op de voet van art. 66 Fw of art. 105 Fw als zodanig geen misbruik van bevoegdheid kan opleveren. Indien de rechtbank is uitgegaan van de juiste rechtsopvatting, is het bedoelde oordeel onvoldoende gemotiveerd in het licht van het onderbouwde standpunt van [verzoekers] dat het bevelen van een dergelijk verhoor in de omstandigheden van dit geval misbruik van bevoegdheid oplevert.

3.4.1 Onderdeel 2.4 klaagt dat rechtens onjuist is het (impliciete) oordeel van de rechtbank dat een rechter-commissaris altijd, althans in dit geval, zonder enige toelichting zou mogen terugkomen van eerder genomen beslissingen over verhoren. Voor zover dit al mogelijk is, heeft de rechtbank miskend dat daaraan ten minste de eis mag worden gesteld dat een rechter-commissaris die beslissing afdoende motiveert.

3.4.2 Als uitgangspunt geldt, mede gelet op de hiervoor in 3.3.2 genoemde ruime bevoegdheid van de rechter-commissaris en het hiervoor in 3.3.3 genoemde doel van het verhoor op de voet van art. 66 Fw of art. 105 Fw, dat een rechter-commissaris niet behoeft te motiveren waarom hij overgaat tot een zodanig verhoor. Evenmin behoeft hij vooraf kenbaar te maken welke onderwerpen hij wil bespreken en welke vragen hij overweegt te stellen. Voorts geldt dat het een rechter-commissaris vrijstaat een zodanig verhoor te gelasten ook als in een eerder stadium daarvan was afgezien.

3.4.3 Hetgeen hiervoor in 3.4.2 is overwogen, laat onverlet dat zich bijzondere omstandigheden kunnen voordoen die meebrengen dat de rechter-commissaris dient te motiveren waarom hij een verhoor op de voet van art. 66 Fw of art. 105 Fw wil laten plaatsvinden. Van zodanige bijzondere omstandigheden

is in dit geval sprake, nu de staat van faillissement al geruime tijd voortduurt, met de curator een minnelijke regeling tegen finale kwijting is getroffen en de rechter-commissaris eerder had laten weten van een verhoor af te zien en had besloten het faillissement af te wikkelen. Deze omstandigheden vereisen, mede in het licht van de onweersproken stelling van [verzoekers] dat het verhoor door de hiervoor in 3.1 onder (vi) bedoelde schuldeisers is verzocht met het oog op aansprakelijkstelling, dat de rechter enig inzicht geeft in de aanleiding voor en het doel van het verhoor. Uit het voorgaande volgt dat de klacht terecht is voorgedragen.

Hof Den Haag 29 november 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3475

Faillissementspauliana geslaagd en dus vernietiging rechtshandeling inhoudende verkoop bedrijf

2.8. Voor wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw is, anders dan Paro kennelijk veronderstelt, niet bepalend of het faillissement van de schuldenaar onafwendbaar of zeker was ten tijde van de handeling, of Paro wist dat [bestuurderX] de intentie had het faillissement van [BedrijfA] aan te vragen of dat Paro wist dat [BedrijfA] niet meer te redden was. Evenmin is nodig dat degene met wie de schuldenaar de handeling verrichtte inzicht had in de financiële positie van de schuldenaar. Waar het om gaat is of gelet op alle omstandigheden van het geval moet worden aangenomen dat ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie hij de rechtshandeling verrichtte (HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493, NJ 2010/273, ABN/Van Dooren q.q. III). De stelplicht en de bewijslast ter zake rusten bij de curator.

2.9. In dit geval dateert de koopovereenkomst van rond 18 januari 2013. Relevant voor de beoordeling van de vraag of sprake was van wetenschap van benadeling is wat partijen op die datum wisten dan wel wat zij zich behoorden te realiseren.

2.10. Uit de stukken komt naar voren dat [BedrijfA] op het moment van het sluiten van de koopovereenkomst feitelijk materieel insolvent was. Immers:

- volgens [persoon 1] en [persoon 2] (kenbaar uit de beschikking van de Ondernemingskamer van 27 december 2012) was (in december 2012) de financiële situatie bij [BedrijfA] 'kritiek, het eigen vermogen is negatief, er wordt verlies gemaakt en het saldo van crediteuren/debiteuren is "zwaar negatief" (...) er is onvoldoende liquiditeit alle openstaande en nieuwe facturen te betalen (...) en op basis van de huidige cijfers [moet] er vanuit worden gegaan dat de wekelijkse kosten van [persoon 1] en [persoon 2] tezamen meer bedragen dan de wekelijkse resultaten van [BedrijfA];

- vanaf najaar 2012 liepen de betalingsachterstanden aan Paro op tot ruim € 2 ton in december 2012;
- op die vordering heeft [BedrijfA] (op 5 december 2012) een kleine deelbetaling van € 4.000 kunnen doen en in overleg tussen partijen heeft ook een

derde (op 19 december 2012) een deelbetaling aan Paro gedaan (ruim € 31.000);

- [persoon 1] en [persoon 2] hebben de Ondernemingskamer verzocht hen te ontheffen uit hun functie, omdat zij niet werden betaald.

Niet voor niets ook overweegt de Ondernemingskamer in haar beschikking van 27 december 2012 dat "bepaald niet is uitgesloten dat [[BedrijfA]] binnen afzienbare tijd in staat van faillissement wordt verklaard".

2.11. Dat [BedrijfA] van deze omstandigheden op de hoogte was is evident. Het hof is met de rechtbank van oordeel dat ook Paro wist of behoorde te weten van de ernstige financiële problemen van [BedrijfA]. Zij had immers diverse pogingen gedaan (in en buiten rechte) om tot voldoening van haar vordering te komen, zij was ervan op de hoogte dat ook andere crediteuren onbetaald bleven en in haar concept dagvaarding in kort geding merkt zij reeds op dat het faillissement van [BedrijfA] niet valt uit te sluiten.

2.12. Feit is dus dat [BedrijfA] er in januari 2013 zeer slecht voor stond en dat zowel [BedrijfA] als Paro dat wisten althans in ieder geval behoorden te weten. Feit is ook dat, zoals de rechtbank tot uitgangspunt heeft genomen, op dat moment niet kon worden uitgesloten dat de onderneming weer op het goede spoor zou komen, met name als de bestuurders hun onderlinge geschil zouden beslechten. Ook de Ondernemingskamer benoemt dat in de beschikking van 27 december 2012. De rechtbank overweegt daarbij terecht dat de situatie in januari 2013 in zoverre beter was dan in december 2012, dat er een vooruitzicht was dat deze bestuurders onderling tot een oplossing zouden komen. Dat brengt naar het oordeel van het hof evenwel niet mee dat de keuze van Paro en [BedrijfA] op dat moment om de vordering van Paro te (laten) voldoen door verkoop van vrachtwagens en containers, waarbij (een deel van) de koopprijs is verrekend met de openstaande schuld, geoorloofd was, in de zin dat deze niet zou kunnen worden aangetast door de pauliana.

2.13. De verkoop van vrachtwagens en containers maakte geen deel uit van de normale bedrijfsvoering van [BedrijfA]. Paro had de vrachtwagens niet nodig voor haar bedrijfsvoering; uit de e-mail van [bestuurderX] van 28 januari 2013 om 21.04 uur, geciteerd door de rechtbank onder 2.11., blijkt duidelijk dat Paro de vrachtauto's niet kocht om in haar normale bedrijfsvoering te gebruiken, maar om deze – met medeweten van [BedrijfA] – door te verkopen aan een derde. Het ging partijen derhalve niet (in de eerste plaats) om de verkrijging van de vrachtauto's en de containers, maar zij hadden met de koopovereenkomst feitelijk slechts de bedoeling de vordering van Paro te voldoen; Weliswaar is deze e-mail van 28 januari (en derhalve gestuurd nadat de koopovereenkomst tot stand is gekomen), maar gesteld noch gebleken is dat partijen voor die datum een andere bedoeling hadden met de koop en verkoop van de vrachtauto's. Daarbij wisten zowel [BedrijfA] als Paro althans behoorden zij te weten dat, voor zover [BedrijfA] niet weer op het goede spoor zou komen, er voor de andere credi-

teuren minder actief over zou blijven waarop deze hun vorderingen zouden kunnen verhalen. Niet is weersproken dat Paro door de koopovereenkomst de twee activa met de hoogste waarde naar zich toe heeft gehaald, waardoor deze zijn onttrokken aan het verhaal door de gezamenlijke crediteuren. Niet voor niets ook vraagt [bestuurderX] aan Paro op 28 januari 2013 'of het beslag eraf is' met de opmerking: 'dan kan ik ook een deal maken (...) met een andere crediteur dan gaat alles een beetje eerlijk en gelijk verdeeld naar iedereen anders krijgen we straks weer voor ons voeten gegooid dat alleen Paro inloopt en de rest niveau de crediteuren niet.'

2.14. Hieruit volgt dat zowel Paro als [BedrijfA] met de koopovereenkomst en de daarop gevolgde verrekening hebben beoogd verhaalsvoorrang voor Paro tot stand te brengen, met als onvermijdelijk en voor hen ook kenbaar gevolg dat er voor de andere crediteuren van [BedrijfA] minder verhaalsmogelijkheden overbleven. Aangenomen moet dan ook worden dat Paro en [BedrijfA] wetenschap van benadeling hadden in de zin van art. 42 Fw.

2.15. Hieraan doet niet af dat [bestuurderX] en mede-bestuurder en -aandeelhouder Van der Lans na de zitting bij de Ondernemingskamer weer 'on speaking terms' zijn gekomen en dat [bestuurderX] heeft verklaard dat wat hem betreft het faillissement op 18 januari 2013 niet aan de orde was, dat hij bezig was te kijken de aandelen over te nemen en zodoende de onderneming door te zetten.

Evenmin doet hieraan af de omstandigheid dat [persoon 1] er naar eigen zeggen op 18 januari 2013 nog absoluut vertrouwen in had dat het de goede kant op zou gaan.

Waar het om gaat is dat [BedrijfA] en Paro met de onderhavige rechtshandeling juist niet hebben willen afwachten of [BedrijfA] er weer 'bovenop zou komen'.

2.16. Voor zover Paro met de stelling dat de overeenkomst de liquiditeit van [BedrijfA] ten goede kwam erop doelt dat zij zonder deze overeenkomst haar dienstverlening aan [BedrijfA] zou hebben stopgezet, en dat daarom van benadeling althans wetenschap daarvan geen sprake is, faalt dit betoog. Deze stelling verklaart wel waarom [BedrijfA] heeft ingestemd met de koopovereenkomst en de daaropvolgende verrekening, maar hieruit volgt nog niet dat de koopovereenkomst als zodanig in het voordeel was van [BedrijfA] en haar crediteuren, althans dat [BedrijfA] en Paro daarvan mochten uitgaan. Als zodanig voegde de transactie (anders dan bijvoorbeeld een verruiming van financiële middelen door het beschikbaar stellen van (extra) kredietruimte) immers niets toe aan een reëel perspectief voor [BedrijfA]. Een positieve bijkomstigheid voor [bestuurderX] was voorts dat door de aflossing van de schuld van [BedrijfA] aan DLL door Paro [BedrijfA] was bevrijd van haar maandelijkse betalingsverplichting aan DLL en de persoonlijke holdingmaatschappij van [bestuurderX], [bestuurderX] Holding B.V. is bevrijd uit de hoofdelijke verbondenheid voor die schuld.

2.17. De conclusie is dat het beroep op de pauliana slaagt en de curator de koopovereenkomst terecht

heeft vernietigd. Als gevolg van de terugwerken de kracht van de vernietiging is ook het beroep op verrekening door Paro ongedaan gemaakt. De in de verrekening betrokken schuld uit hoofde van de koopovereenkomst moet immers geacht worden nooit te hebben bestaan, zodat ook geen sprake kan zijn geweest van verrekening van die schuld.

2.18. Een geslaagd beroep op art. 42 Fw leidt ertoe dat op grond van art. 51 Fw hetgeen door de vernietigde rechtshandeling uit het vermogen van de schuldenaar is gegaan, door degene jegens wie de vernietiging werkt aan de curator moet worden teruggave. In dit geval is teruggave niet mogelijk, de vrachtwagens zijn immers aan een derde geleverd. Partijen zijn het er kennelijk over eens dat ook teruggave van de containers niet mogelijk is. Dat betekent dat de vordering van de curator zich oplost in schadevergoeding; Paro schiet immers tekort in haar teruggave-verbintenis en is op die grond gehouden tot schadevergoeding. De curator vordert deze schadevergoeding ook. De schade moet worden vastgesteld op de waarde van de vrachtauto's en containers. De curator heeft in dat verband aangeknoopt bij de koopprijs, hetgeen het hof niet onjuist voorkomt. Een ander aanknopingspunt voor de schade is door Paro overigens niet gesteld.

Dit betekent dat in beginsel de gevorderde € 175.450,- en € 12.100,- toewijsbaar zijn.

2.19. Paro wil verrekening met de termijnen die zij aan DLL heeft betaald ten bedrage van € 55.481,51. Dit beroep op verrekening wordt verworpen.

Met betrekking tot de koopprijs heeft de curator gemotiveerd gesteld – onder verwijzing naar conclusie van antwoord in conventie/eis in reconventie productie 9 – dat die betaling onderdeel is geweest van de koopprijs, zodat Paro voor de auto's in totaal € 230.931,51 heeft betaald. Dit zou de waarde van de vrachtwagens en daarmee de door de boedel geleden schade zijn. De curator vordert echter niet dit bedrag, maar het bedrag van € 175.450,-. In dit bedrag is al rekening gehouden met het aan DLL betaalde bedrag. Voor een (tweede) verrekening bestaat geen grondslag.

2.20. De conclusie is dat de grieven slagen. Het vonnis van de rechtbank moet worden vernietigd. De vordering in reconventie is ten onrechte toegewezen.

Nu de curator in hoger beroep volledig in het gelijk wordt gesteld bestaat aanleiding Paro te veroordelen in de kosten van het geding, zowel in eerste aanleg in conventie en in reconventie als in hoger beroep. De gevorderde beslagkosten zullen als onvoldoende onderbouwd worden afgewezen, nu de curator ook in hoger beroep heeft verzuimd de beslagstukken in het geding te brengen. Het bewijsaanbod van Paro wordt als te vaag – nu het onvoldoende duidelijk is betrokken op voldoende geconcretiseerde stellingen – dan wel niet ter zake dienende – nu geen feiten zijn gesteld die, indien bewezen, tot andere oordelen aanleiding kunnen geven – gepasseerd.

Hof Arnhem-Leeuwarden, zp. Leeuwarden 6 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9853

Appellant gaat failliet hangende hoger beroep. Curator neemt geding niet over. Geïntimeerde vraagt ontslag van instantie. Hof overweegt dat art. 27 lid 2 Fw niet dwingt tot toewijzing van het verzoek. In dit geval gaat het om de verdeling van de huwelijkse gemeenschap, waarbij het geschil in conventie onlosmakelijk is verbonden met het geschil in reconventie. Om de belangen van partijen te kunnen afwegen, wordt de zaak naar de rol verwezen voor een akte van appellant (de failliet) in persoon

2.6. De gevolgen van het faillissement van appellant voor het vervolg van de procedure worden geregeld in art. 27 en 29 Fw. Het bepaalde in art. 27 Fw ziet op de situatie dat sprake is van een rechtsvordering die tijdens de faillietverklaring aanhangig is en door de schuldenaar is ingesteld, welke situatie zich voordoet met betrekking tot de oorspronkelijke vordering in conventie van appellant.

2.7. De curator, door geïntimeerde op de voet van het bepaalde in art. 27 lid 1 Fw in het geding geroepen, heeft te kennen gegeven dat hij het geding niet overneemt. Geïntimeerde heeft daarop ontslag van instantie verzocht, waartoe art. 27 lid 2 Fw de mogelijkheid biedt.

2.8. Art. 27 lid 2 Fw dwingt echter niet tot toewijzing van een verzoek tot verlening van ontslag van de instantie. Onder omstandigheden mag de rechter het verzoek afwijzen (vgl. HR 23 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5543). Voor zodanige afwijzing zal reden zijn indien toewijzing van de vordering in strijd zou komen met de eisen van een goede procesorde. Een dergelijke omstandigheid kan zich voordoen indien de vorderingen in conventie en in reconventie – zoals in het onderhavige geval – zodanig verweven zijn dat de band tussen beide vorderingen niet zonder noodzaak dient te worden verbroken.

2.9. Bij de beoordeling van de vordering van geïntimeerde tot ontslag van de instantie dient het belang van geïntimeerde bij beëindiging van de procedure in hoger beroep, te worden afgewogen tegen het belang van appellant bij het verkrijgen van een beslissing in hoger beroep op het materiële geschil zoals dat door de door hem ingestelde vordering aan de rechter is voorgelegd, en bij het voorkomen dat het vonnis in eerste aanleg, waarbij zijn vordering grotendeels is afgewezen, in kracht van gewijsde gaat.

2.10. Gelet op het beginsel van hoor en wederhoor kan het hof niet beslissen op het verzoek van geïntimeerde zonder van appellant in persoon te vernemen welke belangen aan zijn zijde dienen te worden meegewogen (vgl. HR 23 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5543). De zaak zal daarom naar de rol worden verwezen voor een akte zijdens appellant in persoon. Geïntimeerde zal hierop bij antwoordakte mogen reageren, bij welke gelegenheid zij tevens haar eigen belangen naar voren zal mogen brengen voor zover die verder strekken dan blijkt uit de toelichting op het verzoek tot ontslag van de instantie, te weten de betaling door appellant van de proceskosten.

2.11. Indien appellant meent dat er redenen zijn die zich verzetten tegen ontslag van instantie – en het hof dat standpunt honoreert – dient appellant wel op zeer korte termijn alsnog van grieven te dienen, in beginsel twee weken nadat de beslissing van het hof aangaande het ontslag van instantie is gegeven. In dat geval zal de procedure buiten bezwaar van de boedel worden voortgezet.

2.12. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

Hof 's-Hertogenbosch 13 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5528

Terecht vernietiging door de curator van een betaling die is gedaan terwijl ontvanger wist dat het faillissement was aangevraagd

7.2. Bij voornoemd tussenarrest heeft het hof Snowbase in staat gesteld om zich ter rolle uit te laten over de door de curator bij memorie van antwoord met een beroep op art. 47 Fw uitgebreide grondslag van zijn vordering. Het hof heeft daarbij bepaald dat de curator, gelet op de twee-conclusieregel, daarop in beginsel niet meer mag reageren.

De curator heeft nadat Snowbase haar akte na interlocutoir arrest heeft genomen, verlof gevraagd en gekregen om een antwoordakte te nemen, waarbij de rolraadsheer heeft bepaald dat de behandelende kamer zal beslissen of van de antwoordakte kennis zal worden genomen. Het hof zal daarover nu beslissen.

Snowbase heeft in haar akte slechts geantwoord op de door de curator aangevoerde subsidiaire grondslag van zijn vordering. De curator heeft in zijn vervolgens genomen antwoordakte wat art. 47 Fw betreft alleen maar een nadere feitelijke onderbouwing gegeven van zijn stelling dat sprake is van een geval als bedoeld in art. 47 Fw. Daar staat echter de twee-conclusieregel aan in de weg. Met de woorden 'in beginsel' in rov. 4.5 van het tussenarrest heeft het hof gelet op de twee-conclusie regel niet meer willen (en kunnen) aangeven dan dat de curator uiteraard mag reageren op door Snowbase eventueel overgelegde producties en dat de curator nog pleidooi kan vragen. Snowbase heeft in haar akte geen producties overgelegd en pleidooi is door geen van de partijen gevraagd. Dit betekent dat het hof in het hierna volgende buiten beschouwing zal laten hetgeen de curator in zijn antwoordakte heeft vermeld voor zover dit betrekking heeft op art. 47 Fw. Dit laat onverlet dat het hof bij de beoordeling van de vraag of de curator terecht een beroep heeft gedaan op art. 47 Fw rekening moet houden met al hetgeen de curator tot en met zijn memorie van antwoord in deze zaak heeft aangevoerd.

7.3.1. Het hof zal thans de subsidiaire grondslag van de vordering van de curator beoordelen.

De curator heeft ter zake die subsidiaire grondslag in eerste aanleg niet meer aangevoerd dan is vermeld in het proces-verbaal van de in eerste aanleg gehouden comparitie na antwoord. Uit dat proces-verbaal blijkt dat hij enkel heeft verklaard: 'Voor zover nodig vernietig ik de rechtshandeling tot overboeking van de € 28.000,- naar Faciliteitenbeheer

ex artikel 47 Fw. Bij memorie van antwoord heeft de curator ter zake art. 47 Fw aangevoerd:

'4. Ten overvloede heeft de curator in eerste aanleg op grond van artikel 47 Faillissementswet de vernietiging ingeroepen van de betalingshandeling. De betalingshandeling werd verricht toen het faillissement van Snowbase Personeel B.V. al was aangevraagd. Gezien het feit dat deze entiteit tot dezelfde groep behoort als Snowbase (...), en beide entiteiten dezelfde aandeelhouder en bestuurder hebben, kan er van worden uitgegaan dat de aanvraag van het faillissement bij beide betrokken vennootschappen bekend was. Als productie 2 wordt een overzicht concernrelaties uit het register van de Kamer van Koophandel in het geding gebracht. (...) 12. Tot slot valt op dat Snowbase (...) niet ingaat op de vernietiging van de betaling op grond van artikel 47 Faillissementswet. Voor zover nodig herhaalt de Curator deze vernietiging. Ook reeds op grond hiervan dient het betaalde bedrag te worden terugbetaald.'

7.3.2. Het hof stelt voorop dat uit hetgeen de curator heeft aangevoerd omtrent zijn stelling dat sprake is van een situatie als bedoeld in art. 47 Fw blijkt dat hij alleen het eerste in art. 47 Fw bedoelde geval voor ogen heeft. Hij is dus van mening dat de voldoening door Snowbase Personeel B.V. (SP B.V.) van de opeisbare schuld van € 28.000,- door hem kan worden vernietigd (en is vernietigd) omdat is aangetoond dat Snowbase als ontvanger van de betaling op 29 mei 2012 wist dat het faillissement van SP B.V. reeds aangevraagd was. Hij heeft immers niets aangevoerd omtrent eventueel overleg, zijnde dit overleg het andere geval op grond waarvan een beroep kan worden gedaan op art. 47 Fw.

7.3.3. Het hof stelt vast dat Snowbase niet heeft betwist dat zij op 29 mei 2012 als ontvanger van de op 29 mei 2012 gedane betaling wist dat het faillissement van SP B.V. was aangevraagd. Snowbase voert in haar akte na tussenarrest slechts aan dat de aandeelhouder/bestuurder van de Snowbase vennootschappen op 29 mei 2012 niet op de hoogte was van de via overboeking gedane betaling. Die overboeking, aldus Snowbase, werd uitgevoerd door een wat dit betreft zelfstandig werkend personeelslid van de failliet SP B.V.

Snowbase miskent met dit verweer dat art. 47 Fw niet het vereiste kent dat de bestuurder van de betaler en/of de bestuurder van de ontvanger op de hoogte moet(en) zijn van de betaling. Niet relevant is of de bestuurder van de (latere) failliet al dan niet op de hoogte is van het moment waarop de overboeking is uitgevoerd. Noodzakelijk is enkel dat de ontvanger van de betaling, dus Snowbase, op het moment van ontvangst wist dat het faillissement van de betaler was aangevraagd. Snowbase heeft, na door het hof in de gelegenheid te zijn gesteld zich over het beroep van de curator op art. 47 Fw uit te laten, niet betwist dat zij op 29 mei 2012 wist dat het faillissement van SP B.V. was aangevraagd. Dit betekent dat ervan moet worden uitgegaan dat aan het vereiste van wetenschap van de faillissementsaanvraag zoals vervat in art. 47 Fw is voldaan, zodat de curator terecht op grond van art. 47 Fw de betaling aan Snowbase heeft vernietigd.

7.4. Het hof dient thans nog de grieven 2, 4 en 5 te beoordelen. In grief 2 voert Snowbase aan dat het relevant is dat met het overgemaakte bedrag van € 28.000,- energieleveranties zijn betaald omdat daarmee de boedel is gebaat. De grief faalt alleen al omdat het in het kader van art. 47 Fw, de in dit appel nog slechts aan de orde zijnde grondslag van de vordering, niet van belang is of de boedel al dan niet met de betaling is gebaat. Art. 47 Fw heeft immers (mede) ten doel om de gelijkheid tussen crediteuren te bevorderen vanaf het moment dat het faillissement is aangevraagd.

7.5. Met grief 4 voert Snowbase aan dat de curator met twee maten meet omdat de curator niet een ook op 29 mei 2012 door de failliet SP B.V. gedane betaling aan Ericon B.V. terugvordert.

Nu Snowbase de grief niet van verdere toelichting heeft voorzien, zal het hof aan de grief voorbijgaan.

7.6. Nu de vordering van de curator op de subsidiaire grondslag toewijsbaar is, kan het vonnis van de rechtbank waarbij de vordering is toegewezen en Snowbase als de in het ongelijk gestelde partij is veroordeeld in de proceskosten, in stand blijven. Dit betekent dat ook de vijfde en laatste grief faalt.

7.7. Het hof zal het vonnis waarvan beroep bekrachtigen met aanvulling en verbetering van gronden. Ook in het hoger beroep heeft Snowbase te gelden als de in het ongelijk gestelde partij, zodat zij in de kosten daarvan zal worden veroordeeld.

Hof 's-Hertogenbosch 22 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5728

Bevoegdheid Nederlandse rechter voor faillissementsaanvraag?

3.6.1. Met de in hoger beroep aangevoerde grief komt Imagical Group op tegen het oordeel van de rechtbank dat zij bevoegd was om over het faillissementsverzoek te oordelen. Met name kan Imagical Group zich niet vinden in het oordeel dat haar centrum van voornaamste belangen in Nederland zou liggen.

Het hof is van oordeel dat Imagical Group met deze grief, mede in het licht van haar in eerste aanleg ingenomen stellingen, voldoende kenbaar heeft gemaakt wat haar bezwaren tegen het bestreden vonnis zijn. Het hof oordeelt Imagical Group dan ook ontvankelijk in haar hoger beroep.

3.6.2. Ingevolge art. 3 lid 1 Insolventieverordening zijn de rechters van de lidstaat waar het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar gelegen is bevoegd de insolventieprocedure te openen. Het gaat daarbij in beginsel om het centrum van de voornaamste belangen, de COMI, ten tijde van de indiening van het verzoek. Bij vennootschappen en rechtspersonen wordt volgens dit artikellid, zolang het tegendeel niet is bewezen, de plaats van de statutaire zetel vermoed het centrum van de voornaamste belangen te zijn. Daarbij heeft het begrip 'centrum van de voornaamste belangen' een geheel eigen, verordeningsautonome betekenis. Dit betekent dat dit begrip eenvormig en los van de nationale wetgevingen dient te worden uitgelegd, dus aan de hand van het Unierecht. Het vermoeden van art. 3 lid 1 kan slechts worden weer-

legd wanneer het hoofdbestuur zich – gezien vanuit het oogpunt van derden – niet op de plaats van de statutaire zetel bevindt. Bij die vaststelling behoort met name rekening te worden gehouden met alle plaatsen waar de schuldenaar een economische activiteit verricht en alle plaatsen waar zij goederen bezit, althans voor zover die plaatsen voor derden herkenbaar zijn.

3.6.3. De rechtbank heeft in haar overwegingen 2.3 tot en met 2.10 uitvoerig gemotiveerd de standpunten van partijen over de bevoegdheid over en weer gewogen, geconcludeerd dat de COMI van Imagical Group zich in Nederland bevindt en geoordeeld dat zij bevoegd is om kennis te nemen van het faillissementsverzoek. Imagical Group heeft thans in hoger beroep – zo begrijpt het hof – dezelfde standpunten als in eerste aanleg naar voren gebracht en deze zijn door [geïntimeerden c.s.] – als hiervoor verkort weergegeven in r.o. 3.3 – herhaald en (wederom) uitvoerig weersproken. Het hof onderschrijft voornoemde rechtsoverwegingen van de rechtbank en sluit zich daarbij geheel aan. Het beroep op de onbevoegdheid van de rechtbank door Imagical Group wordt daarom ook in hoger beroep verworpen. Ten overvloede overweegt het hof nog dat ter zitting in hoger beroep de curator heeft meegedeeld in de failliete boedel geen enkel aanknopingspunt met Frankrijk te hebben aangetroffen.

3.6.4. Imagical Group heeft geen (inhoudelijke) grief gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat Imagical Group verkeert in de toestand te hebben opgehouden te betalen. Op basis van de stukken en hetgeen ter zitting naar voren is gekomen concludeert het hof overigens dat de vorderingen van de aanvrager(s) summierlijk aannemelijk zijn, dat sprake is van pluraliteit van schuldeisers en dat Imagical Group verkeert in de toestand te hebben opgehouden te betalen.

Hof Arnhem-Leeuwarden 27 december 2016, zp. Leeuwarden ECLI:NL:GHARL:2016:10513

Aansprakelijkheid curator in privé. Opvolgend curator stelt de (ontslagen) curator in privé aansprakelijk voor schade van de boedel door toedoen van de curator. De curator en de opvolgend curator sluiten ter zake een vaststellingsovereenkomst waarin is opgenomen een kwijtingsclausule. Na beëindiging van het faillissement (door een akkoord) spreekt de ex-failliet de curator nogmaals (tevergeefs) aan. Reikwijdte van de kwijtingsclausule. Gebondenheid van de ex-failliet aan de getroffen vaststellingsovereenkomst.

4.1 Appellant heeft gevorderd dat de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

1. voor recht verklaart dat Bijlholt bij de afwikkeling van het faillissement van appellant onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld;
2. Bijlholt veroordeelt om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan appellant een bedrag van € 45.815,00 te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 20 september 2009 tot aan de dag der algehele voldoening;
3. Bijlholt veroordeelt om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan appellant een bedrag van € 30.000,00 te betalen, te vermeerderen met de con-

tractuele rente over dit bedrag dat appellant met de Kredietbank Nederland is overeengekomen, vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;

4. Bijlholt veroordeelt om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan appellant een bedrag van € 5.850,00 te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;

5. Bijlholt veroordeelt in de kosten van dit geding.

4.2 Bijlholt heeft verweer gevoerd.

4.3 De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen, met veroordeling van appellant in de proceskosten. Met betrekking tot de vordering sub 2., die erop ziet dat de boedel voor het gevorderde bedrag is benadeeld doordat [E] activa aan de boedel heeft kunnen onttrekken door het gebrek aan toezicht van Bijlholt, overweegt de rechtbank dat deze vordering valt onder de vaststellingsovereenkomst die Bijlholt op 25 oktober 2007 heeft getroffen met mr. Brink q.q. en dat appellant aan de daarbij aan Bijlholt verleende finale kwijting is gebonden. Met betrekking tot de vordering sub 3., die erop ziet dat als Bijlholt zijn werk als curator goed zou hebben gedaan het faillissement eerder had kunnen worden beëindigd en zonder dat appellant daar een lening van € 30.000,- voor had hoeven af te sluiten, heeft de rechtbank overwogen dat het causale verband tussen het gestelde nalatige handelen van Bijlholt en de lening ontbreekt; de lening is aangewend om de crediteuren een faillissementsakkoord aan te kunnen bieden. Met betrekking tot de vordering sub 4., die erop ziet dat appellant een bedrag van € 5.850,- is misgelopen doordat Bijlholt een vrachtwagen heeft verkocht voor € 1.150,- terwijl die voor € 7.000,- verkocht had kunnen, overweegt de rechtbank dat appellant die stelling tegenover de gemoeteerde betwisting daarvan door Bijlholt, onvoldoende heeft onderbouwd.

5 De beoordeling van de grieven en de vordering

5.1 Appellant is van het vonnis in beroep gekomen onder aanvoering van twee grieven.

5.2 Grief 1 richt zich tegen de afwijzing van voormelde vordering sub 3., de vordering ter zake van de lening die appellant is aangegaan om een faillissementsakkoord aan te kunnen bieden. Volgens appellant bestaat weldegelijk een causaal verband tussen het tekortschietende handelen van Bijlholt en het afsluiten van die lening. Door dat tekortschieten is de boedel namelijk een bedrag van ruim € 39.000,- aan inkomsten misgelopen, doordat de koopsommen van [D] en [E] niet in de boedel zijn gevloeid. Als die koopsommen wel in de boedel zouden zijn gevloeid, had met dat bedrag het faillissementsakkoord aangeboden kunnen worden en had appellant daar geen lening voor hoeven af te sluiten. In ieder geval is appellant de kans ontgenomen om een faillissementsakkoord te sluiten zonder daarvoor een lening af te hoeven sluiten. persisteert op die grond bij zijn vorderingen in eerste aanleg sub 1, 3 en 5.

5.3 Bijlholt heeft op verschillende gronden betoogd dat de grief faalt.

5.4 Het hof overweegt dat de (beweerdelijke) vordering op Bijlholt wegens onzorgvuldig handelen een vordering betreft die is ontstaan tijdens het faillissement van appelland en ziet op benadeling van de faillissementsboedel door Bijlholt. Daarmee behoorde de vordering tot het onder het faillissement vallende vermogen van appelland. Tijdens het faillissement is de curator belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel (art. 68 Fw.). Als zodanig is hij met uitsluiting van de gefailleerde bevoegd om de vermogensrechten van de gefailleerde uit te oefenen. Brink q.q. was daarmee bevoegd om ter zake van die vordering met Bijlholt een vaststellingsovereenkomst te sluiten, zoals hij heeft gedaan op 25 oktober 2007. De rechtbank heeft onbestreden geoordeeld dat die vaststellingsovereenkomst in het licht van de brief van 12 juli 2007 aldus moet worden uitgelegd, dat appelland aan Bijlholt zowel in zijn hoedanigheid van voormalig curator als ook in privé finale kwijting heeft verleend ter zake van de goederen genoemd in de brief van 12 juli 2007. Daaronder vallen vorderingen uit hoofde van schadevergoeding ter zake van de verkochte, maar onbetaald gebleven houtbewerkingsmachines, meubelvoorraad en het resthout. De op die schade betrekking hebbende en in de vaststellingsovereenkomst vastgelegde rechten en verplichtingen zijn tot het gefailleerde vermogen van Bijlholt gaan behoren en in de plaats getreden van andere (schade)vorderingen die hun grondslag vinden in het verwijt dat Bijlholt er niet op heeft toegezien dat de door hem met de heer [E] gesloten koop van activa zorgvuldig werd afgewikkeld. Na de beëindiging van het faillissement was appelland derhalve gebonden aan de daaromtrent aan Bijlsma verleende finale kwijting. Het door (beweerdelijk) onzorgvuldig handelen van Bijlholt misgelopen bedrag aan inkomsten waar appelland zijn met de grief verdedigde vordering op baseert, valt daarmee onder de reikwijdte van deze kwijting en komt appelland reeds daarom niet toe.

5.5 Bovendien onderbouwt appelland in (de toelichting op) zijn grief niet dat er wel causaal verband bestaat tussen het aangaan van de lening en het derven van inkomsten door de failliete boedel als gevolg van het beweerdelijk tekortschieten van Bijlholt.

5.6 Zoals blijkt uit het eindverslag van de curator (zie 3.16) was het boedelactief bij lange na niet toereikend om daaruit de (preferente en concurrente) schuldeisers te kunnen voldoen. De door appelland afgesloten lening heeft slechts voorkomen dat het faillissement zou moeten worden opgeheven bij gebrek aan baten en heeft ertoe geleid dat het faillissement met een akkoord kon worden beëindigd.

5.7 Ook als de door het (vermeende) onzorgvuldige handelen van Bijlholt gederfde inkomsten wel in de boedel zouden zijn gevloeid, zou er nog steeds een aanzienlijk tekort zijn geweest, dat bij lange na niet toereikend was om de schuldeisers volledig te voldoen. Het ligt niet voor de hand dat de schuldeisers in die situatie wél zouden hebben ingestemd met een akkoord zonder een extra inbreng van appelland en appelland heeft niets aangevoerd dat aan-

nemelijk maakt dat in dit geval van hem dan geen extra inbreng (meer) verlangd had zullen worden. Dat in het geval de gederfde inkomsten in de boedel zouden zijn gevloeid die verlangde inbreng wel (beduidend) minder dan € 30.000,- zou zijn geweest, is op zichzelf evenmin aannemelijk en is door appelland ook niet (gemotiveerd) betoogd.

5.8 De subsidiaire stelling van appelland dat hij zijn vordering erop kan baseren dat hem in ieder geval de kans is ontnomen om een akkoord aan te bieden zonder daarvoor een lening af te hoeven sluiten, wordt verworpen. Voor toekenning van een schadevergoeding vanwege het verliezen van een kans op succes indien de tekortkoming of onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven, is namelijk wel vereist dat daadwerkelijk sprake is geweest van een reële kans op succes. Zoals hiervoor is overwogen, heeft appelland niet aannemelijk gemaakt dat een dergelijke reële kans bestond.

5.9 Het hof sluit zich derhalve aan bij het oordeel van de kantonrechter dat (ook) vanwege het ontbreken van een causaal verband tussen het (beweerdelijk) onzorgvuldig handelen van Bijlholt en de lening, appelland geen vordering toekomt.

5.10 Voor zover appelland in (de toelichting op) zijn grief nog aanvoert dat er nog meer geld in de boedel zat, maar dat daarvan in de faillissementsverslagen niets terug te vinden is, zodat er naast de gemiste verkoopopbrengsten van ruim € 39.000,- nog meer geld in de boedel had moeten vloeien, wordt overwogen dat appelland die stelling onvoldoende handen voeten heeft gegeven. Die opmerkingen zullen daarom als onvoldoende ter zake doende buiten verdere behandeling wordt gelaten. Voorts kan van die feiten niet als vaststaand worden uitgegaan, terwijl er onvoldoende gespecificeerd bewijs van is aangeboden. Daarbij wordt opgemerkt dat appelland weliswaar aan Bijlholt verzoekt om openheid van zaken te geven, maar dat Bijlholt als curator is vervangen door mr. Brink q.q., dat mr. Brink q.q. het faillissement heeft afgewikkeld en dat derhalve die het (volledige) zicht zou moeten hebben gehad op de omvang van de boedel, zodat appelland zich daarvoor toch in eerste instantie zou moeten wenden tot mr. Brink q.q.

5.11 Grief 1 faalt derhalve.

5.12 Grief 2, die zich richt tegen de proceskostenveroordeling, is ongegrond nu appelland (ook) in eerste aanleg de in het ongelijk gestelde partij is.

6 De slotsom

6.1 De grieven falen, zodat het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd.

6.2 Als de (overwegend) in het ongelijk te stellen partij zal het hof appelland in de kosten van het hoger beroep veroordelen

Gerechtshof Amsterdam 17 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:151

Huurachterstand ontstaan tijdens WSNP. Opzegging door verhuurster op grond van art. 305 lid 3 Faillissementswet. Opzegging geen misbruik van bevoegdheid

3.4. Met haar eerste grief richt Lieven de Key zich tegen de beslissing van de kantonrechter dat bij de beoordeling of een huurovereenkomst geëindigd is

na opzegging op grond van art. 305 lid 3 Fw, eenzelfde belangenafweging moet worden verricht als bij een vordering tot ontbinding van een huurovereenkomst. Volgens Lieven de Key is bij toepassing van art. 305 lid 3 Fw, dat de verhuurder de bevoegdheid tot het beëindigen van een huurovereenkomst verschaft, voor een dergelijke belangenafweging geen plaats. Indien deze grief slaagt, dient volgens Lieven de Key de datum te worden bepaald waarop de huurovereenkomst eindigt, omdat zij door de beëindiging van de huurovereenkomst geen misbruik maakt van haar op art. 305 lid 3 Fw gebaseerde bevoegdheid. Indien grief 1 niet slaagt, komt grief 2 aan de orde. Met die subsidiaire grief richt Lieven de Key zich tegen de uitkomst van de door de kantonrechter gemaakte belangenafweging. Lieven de Key stelt dat de belangenafweging tot het einde van de huurovereenkomst leidt en acht daarvoor van belang de omvang van de huurschuld die tijdens de schuldsaneringsregeling is ontstaan, de eerdere tekortkoming als gevolg waarvan zij concurrent schuldeiser is met een vordering van € 3.175,72 en het feit dat [geïntimeerde] geen vermogen heeft waarop Lieven de Key haar vorderingen kan verhalen.

3.5. [geïntimeerde] heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Zakelijk weergegeven komt haar verweer erop neer dat het niet in het wettelijk systeem past dat de rechter een opzegging ingevolge art. 305 lid 3 Fw niet aan de omstandigheden van het geval zou mogen toetsen. Bij de beoordeling of de huuropzegging geldig is dient de rechter altijd een belangenafweging en een redelijkheidstoets te hanteren. Dit vloeit voort uit de rechtsbeginselen die aan het huurrecht ten grondslag liggen, de bescherming van de huurder en de ingrijpende gevolgen van de beëindiging van een huurovereenkomst. Een dergelijke toets dient ook bij art. 305 lid 3 Fw te gelden, omdat volgens dat artikellid de verhuurder bevoegd is tot het beëindigen van de huurovereenkomst in het geval van niet nakoming door de huurder van 'een verplichting' in het algemeen die na de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling is ontstaan en art. 3:13 BW (misbruik van bevoegdheid) een te streng criterium bevat om in alle gevallen een passende oplossing te bieden. Het is om deze reden dat volgens [geïntimeerde] de beëindiging van de huurovereenkomst door Lieven de Key getoetst dient te worden aan de redelijkheid en billijkheid zoals bepaald in art. 6:2 BW. Op die rechtsgrond heeft de kantonrechter terecht een belangenafweging gemaakt die bij ontbinding wegens een reguliere betalingsachterstand gebruikelijk is en de verzochte verklaring voor recht en de ontbinding van de huurovereenkomst afgewezen.

3.6. Bij de beoordeling van grief 1 stelt het hof voorop, dat de Faillissementswet binnen het civiele recht een eigensoortige regeling is. In de Memorie van Toelichting (*Kamerstukken II 1992/93*, 22 969 nr. 3 p. 47 en 48) heeft de wetgever ten aanzien van art. 305 Fw het volgende vermeld:

'Dit artikel (...) geeft een bijzondere regeling voor ten tijde van de uitspraak tot toepassing

van de schuldsaneringsregeling bestaande huurovereenkomsten, waarbij de schuldenaar huurder is. Het is ten dele ontleend aan artikel 39 Fw dat geldt voor faillissement. Anders evenwel dan in het geval van faillissement en surseance van betaling (...), is de huurprijs, die in de schuldsaneringsregeling verschuldigd is vanaf de uitspraak tot de toepassing van de regeling, géén schuld van de boedel. De schuldenaar zal die huurpenningen uit de hem gelaten niet tot de boedel behorende middelen moeten voldoen.'

(...)

'In faillissement komt ook de verhuurder zonder meer de bevoegdheid toe tot het tussentijds beëindigen van een huurovereenkomst (artikel 39 Fw). (...)

Mede gelet op het uitgangspunt dat de schuldenaar-huurder via de werking van artikel 295, tweede lid en eventueel derde lid, in staat geacht moet worden de huurpenningen die verschuldigd worden vanaf de uitspraak tot de toepassing van de schuldsaneringsregeling te kunnen voldoen, bestaat er geen reden de verhuurder de bevoegdheid te geven zonder meer tot tussentijdse opzegging over te gaan vanwege het enkele feit dat ten aanzien van de huurder de toepassing van de schuldsaneringsregeling is uitgesproken. Anders ligt het evenwel indien de schuldenaar een ná de uitspraak tot de toepassing van de schuldsaneringsregeling jegens de verhuurder ontstane verplichting niet nakomt. In dat geval zal de verhuurder, zo is in het derde (...) lid bepaald, wel tot tussentijdse beëindiging van huurovereenkomst kunnen overgaan.'

3.7. Noch uit de wetsgeschiedenis van de Faillissementswet, noch uit de tekst van de Faillissementswet zelf, noch uit enige bepaling in het Burgerlijk Wetboek blijkt – anders dan de kantonrechter heeft geoordeeld – dat er ruimte is voor analoge toepassing van art. 7:274 lid 1 aanhef en onder a BW (en de daarop gebaseerde jurisprudentie) op een opzegging van de huur op grond van art. 305 lid 3 Fw.

3.8. Het staat vast dat [geïntimeerde] tijdens de schuldsaneringsregeling regelmatig de huur niet of niet tijdig heeft voldaan. Op grond hiervan was Lieven de Key krachtens art. 305 lid 3 Fw bevoegd om de huurovereenkomst te beëindigen tegen 31 januari 2016. [geïntimeerde] heeft niet gesteld dat de daarbij door Lieven de Key gehanteerde termijn onjuist is.

(...)

3.12. Gegeven evenwel het ontruimingsvonnis van 6 maart 2014, de omvang van de uit dat vonnis voortvloeiende schuld en het feit dat [geïntimeerde] met het vrij te laten bedrag tijdens de schuldsaneringsregeling in staat was om de huurschuld te voldoen, was het geoorloofd dat Lieven de Key van haar bevoegdheid tot beëindiging van de huurovereenkomst gebruik maakte toen tijdens de schuldsaneringsregeling de huur, ondanks meerdere

sommaties, herhaaldelijk niet of niet tijdig door [geïntimeerde] werd voldaan. Door zo te handelen heeft Lieven de Key haar bevoegdheid niet misbruikt.

3.13. Het voorgaande betekent dat de eerste grief slaagt. De kantonrechter heeft ten onrechte bij de beantwoording van de vraag of de huurovereenkomst door opzegging op grond van art. 305 lid 3 Fw is beëindigd een belangenafweging gemaakt zoals die van toepassing is op de beoordeling van de vordering tot ontbinding van een huurovereenkomst wegens een huurachterstand.

Rb. Den Haag 2 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14328

Verzoek faillissement uit te spreken wordt afgewezen nu verzoekster er niet in is geslaagd om de betwisting van de hoofdvordering aanstonds te verwerpen. Een overeenkomst is niet overgelegd eveneens als een andere concrete onderbouwing. Recepten van onder andere rode uiencompote kunnen niet als onderbouwing van de rechtsverhouding of verschuldigdheid gelden

Verzoekster heeft het faillissement van verweerster aangevraagd stellende dat verweerster verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen nu zij zowel de vordering van verzoekster als andere vorderingen onbetaald laat.

Verweerster heeft de vordering van verzoekster gemotiveerd en gedocumenteerd betwist door te stellen dat geen sprake is van vorderingen van verzoekster. Naar aanleiding van de sommatiebrief van 28 oktober 2016 heeft verweerster alle onbetwiste vorderingen voldaan. De nog onbetaalde vorderingen worden betwist. Die zien op overheadkosten, terwijl niet blijkt op grond waarvan dergelijke kosten verschuldigd zouden zijn. Ook wordt nog een bedrag van € 400,- gevorderd door Harbour Amsterdam B.V., maar dit bedrag wordt betwist door verweerster nu zij geen onderbouwing heeft ontvangen waar dit bedrag op ziet, aldus verweerster.

Namens verzoeksters is door de raadvrouw erkend dat recent veertien facturen zijn voldaan en op de dag voor de zitting twee betalingen zijn ontvangen. Dat de onbetaalde facturen zien op overheadkosten is niet betwist.

Verzoeksters zijn er niet in geslaagd aan te tonen dat de betwisting van de verschuldigdheid van die overheadkosten reeds aanstonds verworpen dient te worden. Een overeenkomst waar dat uit voortvloeit is niet overgelegd, terwijl ook voor de beweerdere resterende schuld aan Harbour Amsterdam B.V. een nadere toelichting is uitgebleven. Een andere concrete onderbouwing die alsnog moet leiden tot de aanstondse verwerping van de gemotiveerde verweren ontbreekt. Recepten voor onder andere rode uiencompote, citroentaartjes, venkelpiccalilly, strandkrabbensaus, witlof en yellow curry saus (overgelegd bij productie 2 bij de toelichting van verzoeksters van 31 oktober jl.) kunnen bezwaarlijk als onderbouwing van de rechtsverhouding of de verschuldigdheid gelden.

Het vorderingsrecht van verzoeksters is derhalve niet summierlijk komen vast te staan, zodat het

verzoek tot faillietverklaring reeds daarom dient te worden afgewezen.

Kantonrechter Arnhem 9 november 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:6078

Cessie vorderingsrecht op zorgverzekeraar niet aangehouden. Eiser heeft vorderingen uit het faillissement van zorgverlener gekocht. Eiser heeft een vordering op de cliënt van de zorgverlener, niet op het VGZ

4.1. VGZ bestrijdt in de eerste plaats dat de vordering rechtsgeldig aan [eisende partij] is overgedragen, althans dat [eisende partij] door middel van de cessie eigenaar van de vordering is geworden.

Volgens [eisende partij] heeft zij de vordering van [handelsnaam] door middel van de met de curator gesloten vaststellingsovereenkomst (r.o. 2.6.) geceedeerd gekregen. [Handelsnaam] mocht op grond van een mondelinge betaalovereenkomst tussen haar en VGZ de behandelingen rechtstreeks aan VGZ declareren. VGZ heeft in het verleden naar aanleiding van rechtstreekse declaraties ook vele honderdduizenden euro's aan [handelsnaam] voldaan, zodat sprake was van een gewoonte als bedoeld in art. 6:2 lid 2 BW, aldus [eisende partij].

Dit betoog gaat niet op. [handelsnaam] heeft voor de verleende zorg aan [persoon A] een vordering op laatstgenoemde, terwijl [persoon A] een vorderingsrecht heeft op VGZ. Nu gesteld noch gebleken is dat [persoon A] haar vorderingsrecht aan [handelsnaam] heeft gecedeerd, is niet komen vast te staan dat de vordering op VGZ rechtsgeldig door de curator van [handelsnaam] aan [eisende partij] is overgedragen. Aldus kan niet worden vastgesteld dat [eisende partij] als gerechtigde tot de vordering heeft te gelden. De stelling van [eisende partij] dat tussen [handelsnaam] en VGZ mondelings was overeengekomen dat de facturen rechtstreeks aan VGZ zouden worden gestuurd en dat vervolgens betaling door VGZ aan [handelsnaam] zou plaatsvinden, heeft niet het gewenste resultaat. Een dergelijke betalingsafpraak kan immers niet als cessie worden aangemerkt.

4.2. Dit betekent dat het gevorderde niet voor toewijzing in aanmerking komt.

Rb. Gelderland, zp. Arnhem 14 december 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:7069

Gedaagde in paulianageschil faillieert tijdens procedure. Belang om de zaak waarop pauliana zich richt, buiten de boedel te krijgen

2.1. [eiser sub 1] en [eiser sub 2] verzoeken voortzetting van de procedure. Zij wijzen in hun eerste onder 1.1 genoemde akte op het belang van de vordering die in het petitum onder H is opgenomen, welk belang erin bestaat dat de boedel van [gedaagde sub 1] wordt teruggebracht in de staat waarin deze zou hebben verkeerd zonder de gestelde paulianeuze handeling. Om die reden wensen eisers 'de procedure wat betreft de vordering, genoemd onder punt H van het petitum van de dagvaarding, te hervatten en verzoeken eisers (de) rechtbank deze vordering te kwalificeren als een vordering ex art. 28 Fw en een termijn te bepalen waarbinnen eiser de curator in het geding dient te (...) roepen'.

2.2. De hier bedoelde vordering onder H is erop gericht de op 20 mei 2015 door [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 4] verrichte rechtshandelingen tot overdracht van het aandeel van [eiser sub 2] in de onroerende zaak, staande of gelegen aan het [adres] 12 te [woonplaats], en in het effectendepot, beide aandelen als omschreven in de als productie 12 aan de dagvaarding gehechte notariële akte d.d. 20 mei 2015, verleden door mr. Hendrik Jean Herman Cornelis Eekhoff, notaris te Amsterdam, te vernietigen. Deze vordering heeft dus niet, overweegt de rechtbank, de voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel in de zin van art. 29 Fw.

2.3. 'Na het al dan niet verschijnen van de curator,' vervolgen eisers in hun akte, 'kan de procedure, voor zover deze ziet op de vordering van eisers tot vernietiging van de door [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 4] verrichte rechtshandelingen tot overdracht van het aandeel van [gedaagde sub 1] in het onroerend goed, staande of gelegen aan het [adres] 12 te [woonplaats], en in het effectendepot, worden vervolgd'.

2.4. De curator is bij exploit van 26 oktober 2016 opgeroepen te verschijnen op de rolzitting van 9 november 2016 om de procespositie van [gedaagde sub 1] over te nemen om ex art. 28 lid 2 Fw dadelijk in de eis toe te stemmen of niet in de eis in te stemmen, en om te vernemen dat de procedure zal worden hervat teneinde op de onderdelen H en I – de vordering tot veroordeling in de proceskosten – van het petitum een uitspraak te verkrijgen.

2.5. De curator heeft hierop niet gereageerd. Dit betekent dat op een tegen de gefailleerde te verkrijgen vonnis de bepaling van het tweede lid van art. 25 niet toepasselijk is (art. 28 lid 4 Fw). Art. 25 lid 2 Fw houdt in dat als rechtshandelingen, die rechten of verplichtingen tot de failliete boedel behorende ten onderwerp hebben, door of tegen de gefailleerde ingesteld of voortgezet zijn en een veroordeling van de gefailleerde ten gevolge hebben, die veroordeling tegenover de failliete boedel geen rechtskracht heeft. Deze bepaling geldt dus niet in een situatie als de onderhavige waarin de curator, behoorlijk opgeroepen, niet is verschenen.

2.6. In de stand van de faillissementen van de gedaagden [gedaagde sub 1], [gedaagde sub 2] en [gedaagde sub 3] is geen verandering gekomen. Uit het voorgaande volgen naar het oordeel van de rechtbank zowel het belang van eisers bij behandeling van de onderdelen H en I van de vordering die de gefailleerde gedaagde [gedaagde sub 1] en de niet gefailleerde [gedaagde sub 4] betreffen, als de mogelijkheid om tot deze behandeling over te gaan. Het gaat hierbij om het volgende.

2.7. Op 20 mei 2015 is een akte van verdeling tussen [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 4] opgemaakt. Uit deze akte blijkt volgens eisers niet van enige plicht van [gedaagde sub 1] om zijn aandeel in de onroerende zaak en het effectendepot over te dragen aan [gedaagde sub 4]. [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 4] blijven, zo stellen eisers, het desbetreffende onroerend goed bewonen en beiden zullen de betalingsverplichtingen voortvloeiend uit de hypothecaire schuld blijven voldoen. In de akte van

verdeling valt ook te lezen dat wegens onderbedeling nog een verplichting op [gedaagde sub 1] rust om een bedrag van € 119.500,00 aan [gedaagde sub 4] te voldoen, dat de vordering die in dit verband bestaat wordt omgezet in een geldlening waarbij wordt overeengekomen dat de betaling van rente en aflossing pas zal starten wanneer de affectieve relatie tussen [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 4] eindigt, en dat, als er conservatoir beslag gelegd wordt op een wezenlijk deel van de goederen van [gedaagde sub 1] deze lening direct opeisbaar wordt, zonder ingebrekestelling.

2.8. Eisers concluderen hieruit, vooral gelet op het feit dat uit de akte van 20 mei 2015 op geen enkele wijze blijkt van een plicht van [gedaagde sub 1] om zijn aandeel over te dragen of van enig ander te respecteren belang hierbij, dat [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 4] met deze als verdeling aangeduide rechtshandeling hebben getracht de in de verdelingsakte genoemde goederen van [gedaagde sub 1] – te weten zijn 50% aandeel in de woning en zijn 50% aandeel in het effectendepot, aangehouden bij Stichting ING Bank Beleggersgiro – aan het vermogen van [gedaagde sub 1] te onttrekken. In dit kader betwisten eisers bij gebrek aan een goede en onafhankelijke taxatie de in genoemde akte van verdeling opgenomen waarden en de daaruit mogelijk voortvloeiende vordering van [gedaagde sub 4] op [gedaagde sub 1] uit de gestelde onderbedeling.

2.9. Eisers stellen dat zij door de in genoemde akte van verdeling opgenomen onverplichte overdrachten in hun verhaalsmogelijkheden benadeeld zijn, nu hierdoor geen verhaal kan worden genomen op het aandeel van [gedaagde sub 1] in de onroerende zaak en in het effectendepot. De wetenschap van [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 4] dat de verdeling tot benadeling van schuldeisers zou leiden wordt op grond van art. 3:46 lid 1 sub 3a juncto art. 3:46 lid 2 BW vermoed aanwezig te zijn nu de rechtshandeling onverplicht was, deze binnen een jaar voorafgaand aan de in deze dagvaarding opgenomen vordering heeft plaatsgevonden en de rechtshandeling is verricht tussen [gedaagde sub 1] en zijn levensgezel (art. 3:46 lid 2 BW).

2.10. Eisers vorderen op grond van het voorgaande de vernietiging van de in de akte van verdeling bedoelde overdrachten op grond van de actio pauliana bedoeld in art. 45 Boek 3 BW.

2.11. Dat [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 4] sedert 1995 een affectieve relatie hebben en sinds 2000 aan het [adres] 12 te [woonplaats] wonen, staat als onbetwist vast. [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 4] betwisten dat [eiser sub 2] door de overdracht op grond van de verdeling benadeeld zou zijn, hetgeen wordt onderbouwd met een beroep op de hypothecaire schuld die op de woning in [woonplaats] drukt en die zou hebben meegebracht dat [eiser sub 2] bij een executie niet zou hebben meegedeeld in de opbrengst van deze onroerende zaak.

2.12. Naar het oordeel van de rechtbank treft deze betwisting geen doel. Het gaat immers niet om de mogelijkheid van verhaal op [gedaagde sub 1] zonder meer, die zeker beïnvloed kan zijn door de hypothecaire schuld die op de onroerende zaak drukt, maar om de

samenstelling van zijn vermogen, waartoe de onroerende zaak behoorde, die ook van de hypotheek bevrijd kan worden, nog daargelaten dat [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 4] zich niet over het effectendepot uitlaten.

2.13. Buiten het hierboven bedoelde, is geen verweer naar voren gebracht. Mede gelet op de vermoedens van art. 3:46 BW moet dan ook worden geoordeeld dat de op de paulianeuze overdracht gebaseerde vordering onvoldoende weersproken en dus toewijsbaar is.

2.14. Op dit onderdeel zal de rechtbank een eindbeslissing nemen, alle overige beslissingen zullen worden aangehouden, waaronder ook, gelet op de lopende faillissementen, elke beslissing over de proceskosten.

Rb. Den Haag 21 december 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:16655

Curator vordert een verklaring voor recht met betrekking tot goederen die op grond van artikel 94a Sv in beslag genomen zijn. De curator dient de beklagprocedure ex artikel 552a Sv te doorlopen. Dat in die beklagprocedure geen verklaring voor recht gevraagd kan worden maakt dat niet anders. De curator is derhalve niet-ontvankelijk in zijn vordering bij de civiele rechter

Inleiding

4.1. Op verzoek van de Duitse autoriteiten heeft het Openbaar Ministerie in 2011 ten behoeve van een ontnemingsvordering jegens [B] in het kader van een Duitse strafzaak conservatoir strafvorderlijk beslag (ex art. 94a Sv) gelegd op sierraden en een geldbedrag die zijn aangetroffen in een winkelpand dat door [A] werd geëxploiteerd. Bij Duits vonnis van 25 februari 2013 is [B] strafrechtelijk veroordeeld. De Duitse autoriteiten hebben via een rechtshulpverzoek bericht dat de tenuitvoerlegging van de met die veroordeling samenhangende ontnemingsvordering toelaatbaar is. Ten tijde van de comparitie had het Openbaar Ministerie in onderhavige ontnemingsvordering nog geen rechtshulpverzoek ontvangen om over te gaan tot de executie en de uitwinning van de in beslag genomen goederen. Dit betekent dat thans op de goederen nog een conservatoir strafvorderlijk beslag ex art. 94a Sv rust.

4.2. Tussen partijen is in geschil of de inbeslaggenomen sierraden en het geld in het vermogen van [B] vallen en of, in het verlengde daarvan, het beslag rechtmatig is. [De curator] qq heeft zich op het standpunt gesteld dat dit niet zo is. Hij stelt dat deze goederen in de huwelijksgemeenschap van [B] en [A] vallen, althans in eigendom toebehoren aan [A]. De goederen zijn in ieder geval geen eigendom van [B], aldus [de curator] qq, zodat het beslag ongegrond is en de goederen onder het faillissementsbeslag vallen. In dit verband heeft [de curator] qq de verklaringen voor recht gevorderd. Het beoogde doel van de gevorderde verklaringen voor recht is dat rechtens komt vast te staan dat de inbeslaggenomen goederen in de faillissementsboedel vallen zodat [de curator] qq deze goederen kan uitwinnen ten behoeve van de crediteuren van [A].

Ontvankelijkheid

4.3. Voordat de zaak inhoudelijk behandeld kan worden, moet de rechtbank eerst beoordelen of [de curator] qq ontvankelijk is in zijn vordering. De Staat heeft in dit verband als verweer gevoerd dat dat laatste niet het geval is en dat [de curator] qq zijn vorderingen in een strafvorderlijke procedure ahangig kan respectievelijk had moeten maken. De rechtbank overweegt als volgt.

4.4. Voorop staat dat de burgerlijke rechter 'rest-rechter' is. De rechtzoekende is slechts ontvankelijk bij de burgerlijke rechter, indien voor de betrokkene (i) geen strafrechtelijke rechtsgang openstaat of heeft opengestaan waarin de eigendomsrechten op de inbeslaggenomen goederen en, in het verlengde daarvan, de inbeslagname getoetst kunnen worden, of (ii) indien weliswaar een mogelijkheid bestaat of heeft bestaan om het geschil aan de orde te stellen in een bijzondere, daarvoor aangewezen rechtsgang, maar deze rechtsgang niet met voldoende waarborgen is omkleed. Bijvoorbeeld indien de strafvorderlijke procedure zodanig in strijd is met fundamentele rechtsbeginselen, dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke behandeling van de zaak door een onpartijdige rechter. Derhalve zal de rechtbank moeten beoordelen of [de curator] een strafvorderlijke rechtsgang tot zijn beschikking heeft (gehad).

Beklagprocedure ex art. 552a Sv

4.5. De rechtbank overweegt dat art. 552a lid 1 Sv aan belanghebbenden de mogelijkheid biedt om zich schriftelijk te beklagen over de inbeslagname en over het uitblijven van een last tot teruggave. De beklagprocedure van art. 552a Sv wordt naar vaste rechtspraak aangemerkt als een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang. [A] heeft, voordat zij failliet verklaard is, beklag gedaan tegen de inbeslagname van de goederen. De rechtbank Zwolle-Lelystad heeft dit klaagschrift bij beschikking van 16 mei 2012 afgewezen omdat, samengevat, niet kan worden gezegd dat buiten redelijke twijfel staat dat [A] eigenaar is van de in beslag genomen goederen. Tegen deze beschikking is geen cassatieberoep ingesteld, zodat deze beslissing onherroepelijk is, en als uitgangspunt heeft te gelden dat de goederen toebehoren aan [B] en dat onder hem rechtmatig conservatoir beslag gelegd is.

4.6. Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen staat er in beginsel aan in de weg dat [de curator] qq, als degene die in de rechten van [A] is getreden, nogmaals in een procedure bij de civiele rechter de eigendom van de in beslag genomen goederen nogmaals kan laten toetsen. Dat het niet mogelijk is om in het kader van de procedure ex art. 552a Sv een verklaring voor recht te vorderen maakt dit niet anders. Het doel van deze verklaring voor recht is immers evenzeer om de eigendom van de inbeslaggenomen goederen te laten toetsen en in het verlengde daarvan de rechtmatigheid van het conservatoir beslag. Indien zich nieuwe feiten en omstandigheden voordoen die een ander licht doen schijnen op de eigendom van de in beslag genomen goederen, dan is het nog wel mogelijk om het beslag opnieuw te laten

beoordelen, zij het door de strafrechter. Het ligt dan op de weg van de curator als belanghebbende om binnen de in art. 552a lid 3 Sv genoemde termijnen een klaagschrift bij de bevoegde strafrechter in te dienen en in het licht van die nieuwe feiten en omstandigheden de eigendomsrechten en de rechtmatigheid van het conservatoir beslag op de goederen te laten toetsen.

4.7. Verder overweegt de rechtbank nog in het kader van hetgeen onder 3.1 sub ii gevorderd is dat aan de beoordeling van de vraag of het conservatoir beslag ex art. 94a Sv is overgegaan in het algemene faillissementsbeslag ex art. 33 Fw de vraag vooraf gaat wie de eigenaar is van de in beslag genomen goederen. Immers, alleen in het geval in rechte komt vast te staan dat de in beslag genomen goederen geen eigendom zijn van [B], dan vervalt het beslag en vallen deze goederen in de faillissementsboedel. In het licht van hetgeen de rechtbank hiervoor heeft overwogen, dient de beoordeling van die eigendomsvraag plaats te vinden in het kader van de beklagprocedure ex art. 552a Sv, zodat de gevorderde verklaring voor recht geen zelfstandige rechtsingang biedt bij de burgerlijke rechter.

4.8. De rechtbank komt dan ook tot het oordeel dat [de curator] qq een met voldoende waarborgen omklede rechtsingang ter beschikking staat althans gestaan heeft en hij derhalve niet-ontvankelijk is in zijn procedure.

Vordering ex artikel 438 Rv

4.9. Volledigheidshalve overweegt de rechtbank nog dat vanaf het moment dat de Staat overgaat tot executie, [de curator] qq de mogelijkheid heeft om als belanghebbende het eigendomsrecht van de in beslag genomen goederen (nogmaals) door de burgerlijke rechter te laten toetsen. Op voorwerpen waarop strafvorderlijk conservatoir beslag gelegd is, zo is bepaald in art. 574 Sv, geschiedt het verhaal volgens de regels van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, verder ook te noemen: Rv. Dit betekent dat zodra het Openbaar Ministerie de beschikking heeft over een executoriale titel, het conservatoir beslag overgaat in een executoriaal beslag (art. 704 lid 1 Rv). Geschillen die vervolgens in verband met de executie rijzen worden in kort geding gebracht voor de (civiele) voorzieningenrechter die naar de gewone regels bevoegd is (art. 438 lid 1 en 2 Rv). Derden die een belang hebben bij de executie, bijvoorbeeld omdat zij pretenderen een eigendomsrecht te hebben op de in beslag genomen goederen, kunnen zich verzetten tegen de executie door dagvaarding van zowel de executant als de geëxecuteerde, in dit geval de Staat en [B] (art. 438 lid 5 Rv). Voor zover een zaak zich niet leent voor behandeling in kort geding, kan de voorzieningenrechter de zaak op verlangen van de eiser verwijzen naar de bodemrechter (art. 438 lid 3 Rv). Indien [de curator] qq te zijner tijd in de executiefase de eigendomsvraag wil laten toetsen, dan dient hij een executiegeschil aanhangig te maken en die procedure te doorlopen.

In het incident ex art. 223 Rv.

4.10. De incidentele vordering om voor de duur van het geding een verbod op de vervreemding van de in beslag genomen goederen op te leggen, volgt hetzelfde lot als de hoofdzaak. Ook deze vordering wordt niet-ontvankelijk verklaard.

In de hoofdzaak en het incident ex art. 223 Rv

4.11. [De curator] qq wordt als in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de kosten aan de zijde van de Staat. Deze kosten worden begroot op een bedrag van € 619 (griffierecht) en € 904 (salaris advocaat), hetgeen uitkomt op een totaalbedrag van € 1.523. Het salaris advocaat is gebaseerd op twee punten tegen tarief II. In het kader van de incidentele vordering ex art. 223 Rv wordt het salaris advocaat op nihil gesteld, nu deze vordering inhoudelijk samenvalt met de vordering in de hoofdzaak en niet gebleken is dat het incident extra handelingen van de zijde van de advocaat van de Staat heeft vereist.

Vzr. 's-Hertogenbosch 23 december 2016, ECLI: NL:RBOBR:2016:7242

Vordering van curator tot schorsing executie bodemvonnissen door failliet afgewezen. Geen sprake van kennelijke misslag. Ook overigens geen misbruik van bevoegdheid. Vordering failliet om waarde door bodemrechter afgewezen vorderingen uit boedel op derdengeldrekening te storten afgewezen. Andere maatstaf dan bij verzoek om conservatoir beslag

5 De beoordeling in conventie

5.1. Aan de orde is de vraag of de executie van het vonnis van de rechtbank van 21 september 2016 door gedaagde dient te worden geschorst, primair totdat vast staat dat alle boedelcrediteuren volledig kunnen worden betaald en subsidiair totdat het vonnis van 21 september 2016 in kracht van gewijsde is gegaan en of in dat kader het door gedaagde gelegde beslag op de boedelrekening dient te worden opgeheven.

5.2. In een executiegeschil als het onderhavige kan de voorzieningenrechter de tenuitvoerlegging van een vonnis slechts schorsen, indien hij van oordeel is dat de executant mede gelet op de belangen aan de zijde van de geëxecuteerde die door de executie zullen worden geschaad – geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid tot tenuitvoerlegging over te gaan. Dat zal het geval kunnen zijn indien het te executeren vonnis klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust of indien de tenuitvoerlegging op grond van na dit vonnis voorgevallen of aan het licht gekomen feiten klaarblijkelijk aan de zijde van de geëxecuteerde een noodtoestand zal doen ontstaan, waardoor een onverwijlde tenuitvoerlegging niet kan worden aanvaard.

5.3. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter berust het vonnis van de rechtbank van 21 september 2016 niet op een kennelijke misslag. Een kennelijke misslag moet voor een ieder op het eerste gezicht als zodanig herkenbaar zijn. Het moet dus gaan om een evidente vergissing. Daarvan is geen sprake. De rechtbank heeft in het vonnis gemotiveerd waarom zij in dit geval art. 22a FW heeft toegepast en waarom zij van oordeel is dat het bedrag van € 38.700,00 buiten de faillissementsboedel

valt. Dat de curator een andere rechtsopvatting is toegegaan en zich daarom niet kan vinden in het oordeel van de rechtbank, levert nog geen kennelijke misslag op. Zelfs indien zou moeten worden aangenomen dat de rechtsopvatting van de curator de juiste is, dan is nog steeds geen sprake van een evidente vergissing.

5.4. Ook het feit dat de rechtbank in het vonnis geen doorslaggevend betekenis heeft toegekend aan de door de rechter-commissaris verleende machtiging om de polissen over te dragen, levert geen evidente vergissing op. Het is immers niet de rechter-commissaris die de rechten en plichten van de curator bepaalt. Dat vindt ook uitdrukking in het karakter van art. 72 lid 1 Fw, waarin is bepaald dat het ontbreken van een machtiging van de rechter-commissaris jegens derden geen invloed heeft op de geldigheid van de door de curator verrichte handeling. Daar komt nog bij dat, zoals de curator zelf ook stelt, in dit geval helemaal geen machtiging van de rechter-commissaris was vereist.

5.5. Voor zover de curator stelt dat een belangenafweging in zijn voordeel dient uit te vallen, overweegt de voorzieningenrechter dat de uitkomst van een belangenafweging op zichzelf onvoldoende grond biedt om de executie te kunnen schorsen. Daarvoor is vereist dat sprake is van een dusdanige onevenredigheid tussen het belang van de curator dat door de executie wordt geschaad en het belang van gedaagde bij de executie dat gedaagde naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen. Er dient met andere woorden sprake te zijn van misbruik van bevoegdheid door gedaagde. Daarvan is naar het oordeel van de voorzieningenrechter geen sprake. Gedaagde heeft er belang bij om over het bedrag dat de rechtbank hem heeft toegewezen te kunnen beschikken als onderdeel van zijn (toekomstige) pensioenvoorziening. Het feit dat de curator (en daarmee dus de overige boedelcrediteuren) een zeer aanzienlijk restituterisico loopt is onvoldoende. Ook het feit dat de totale omvang van de boedelschuld thans nog niet duidelijk is, leidt niet tot de bedoelde onevenredigheid van belangen. In dat kader is voorts van belang dat de rechtbank het vonnis van 21 september 2016 op verzoek van gedaagde uitvoerbaar bij voorraad heeft verklaard.

5.6. Het vorenstaande leidt tot de slotsom dat naar het oordeel van de voorzieningenrechter onvoldoende grond bestaat om de executie van het vonnis van 26 september 2016 te schorsen en om het door de curator gelegde beslag op te heffen. De primaire en subsidiaire vordering van de curator zullen daarom worden afgewezen.

5.7. Ook de meer subsidiaire vordering van de curator die strekt tot het verbinden van zekerheid aan de executie door gedaagde zal worden afgewezen. Zoals hierboven reeds is aangehaald heeft de rechtbank het vonnis van 21 september 2016 uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Daarmee heeft zij er bewust voor gekozen om aan een eventueel door de curator in te stellen hoger beroep tegen het vonnis, schorsende werking te onthouden. Hetgeen door de curator is gesteld geeft onvoldoende aanleiding om de uitvoerbaarheid bij voorraad feitelijk te doorbre-

ken door aan de executie de voorwaarde te verbinden dat gedaagde zekerheid dient te stellen.

5.8. De curator zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld.

(..)

6 De beoordeling in reconventie

6.1. Strekking van de vordering van gedaagde in reconventie is dat de waarde van de polis van Reaal en de waarde van de levensloopregeling bij Delta Lloyd uit de boedel wordt gesepareerd en wordt geparkeerd op de derdengeldrekening van de advocaat van gedaagde. Gedaagde tracht daarmee dezelfde zekerheid te krijgen als met een conservatoir beslag, maar wil de procedure voor het verkrijgen van verlof om een dergelijk beslag te kunnen leggen met deze vordering omzeilen, zo stelt hij. Verlof voor het leggen van conservatoir beslag dient te geschieden in een verzoekschriftprocedure. Dat betekent dat deze in beginsel niet kan geschieden bij eis in reconventie zonder het risico te lopen dat de zaken gesplitst worden (art. 138 lid 2 Rv), behoudens de uitzondering dat in conventie opheffing van beslag worden gevorderd, hetgeen hier niet het geval is. Dat neemt echter niet weg dat de maatstaf voor de beoordeling van de onderhavige vordering in reconventie een andere is dan die bij de beoordeling van een verzoek om verlof voor het leggen van conservatoir beslag.

6.2. Uitgangspunt is dat de voorzieningenrechter zijn oordeel in beginsel dient af te stemmen op het oordeel van de bodemrechter. In dit geval is dat het vonnis van de rechtbank van 26 september 2016. De rechtbank heeft de vorderingen van gedaagde met betrekking tot de polis van Reaal en de levensloopregeling bij Delta Lloyd afgewezen. Er bestaat thans onvoldoende grond om in afwijking van dat oordeel de curator te veroordelen om de bedragen uit de boedel te separeren om de verhaalsmogelijkheden van gedaagde veilig te stellen. Gesteld noch gebleken is namelijk dat het vonnis berust op een kennelijke misslag. Gedaagde stelt slechts dat het oordeel van de rechtbank onjuist is. De enkele mogelijkheid dat in hoger beroep anders zal worden geoordeeld is onvoldoende.

6.3. Het vorenstaande leidt tot de slotsom dat de vordering van gedaagde zal worden afgewezen.

6.4. Gedaagde zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld.(..)

Ktr. Maastricht 10 januari 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:178

Toewijzing in kort geding van gevorderde ontruiming woonruimte, betaling van huurachterstand en incassokosten. Huurovereenkomst is aangegaan nadat één van de twee huurders in staat van faillissement is verklaard. Voor zover de vordering is gericht tegen de curator, is deze afgewezen op grond van art. 24 Fw

4.1. De kantonrechter stelt ambtshalve vast dat uit het openbaar Centraal Insolventieregister blijkt dat [gedaagde sub 2] bij beschikking van 22 maart 2016 in staat van faillissement verklaard is. De huurovereenkomst is door [gedaagde sub 2] eerst daarna aangegaan op 30 maart 2016. De verbintenissen

die voortvloeien uit deze huurovereenkomst zijn derhalve eerst na faillietverklaring ontstaan. Op grond van art. 24 Fw komt de kantonrechter tot het oordeel dat, nu de boedel ten gevolge van deze verbintenissen niet is gebaat, de boedel voor die verbintenissen niet aansprakelijk is. Art. 26 Fw is derhalve niet van toepassing. Hieruit volgt dat de vordering van VBC voor zover deze is gericht tegen de curator afgewezen zal worden.

4.2. Tegen [gedaagde sub 2] is verstek verleend. Omdat [gedaagde sub 1] wel in het geding verschenen is, dient dit vonnis ingevolge art. 140 Rv als een vonnis op tegenspraak beschouwd te worden.

4.3. De hoogte van de door VBC gestelde huurachterstand wordt niet betwist. Vaststaat derhalve dat [gedaagde sub 2] en [gedaagde sub 1] tot en met januari 2017 € 6.350,00 huurachterstand hebben laten ontstaan. Voorts is gesteld noch gebleken dat [gedaagde sub 2] of [gedaagde sub 1] op korte termijn deze huurachterstand zullen betalen en/of de lopende huur zullen gaan voldoen. In die omstandigheden, waarbij er dus geen zicht is op betaling van de huurachterstand en deze huurachterstand alleen maar zal toenemen, staat het spoedeisend belang van VBC bij de gevorderde voorzieningen vast.

4.4. De huurachterstand is dermate groot dat in een bodemprocedure een vordering tot ontbinding van de huurovereenkomst reeds om die reden met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zal worden toegewezen. Daarom kan, vooruitlopend op die uitkomst, de vordering onder 1. toegewezen worden. Gelet hierop kan de stelling van [gedaagde sub 2] dat zij onder druk van VBC de huur opgezegd heeft, onbesproken blijven. Zelfs indien namelijk zou worden geoordeeld dat die opzegging geen stand kan houden, laat dit onverlet dat de huurachterstand voldoende grond is om in een bodemprocedure de huurovereenkomst te ontbinden. De gevorderde ontruimingstermijn van twee dagen is naar het oordeel van de kantonrechter te kort. [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] zullen worden veroordeeld tot ontruiming van de woning binnen twee weken na betekening van het vonnis.

4.5. [gedaagde sub 2] en [gedaagde sub 1] zullen worden veroordeeld tot betaling van de huurachterstand tot en met januari 2017 van € 6.350,00. Voorts zullen zij worden veroordeeld tot betaling van de huur, althans een vergoeding gelijk aan de huur, van € 750,00 voor iedere maand of gedeelte van een maand dat zij na 1 februari 2017 het gehuurde nog in gebruik hebben, tot de dag van ontruiming.

4.6. De gevorderde vergoeding van buitengerechtigde kosten van € 792,55 heeft VBC gegrond op de door haar bij brief van 14 december 2016 aan [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] gezonden sommatie. Deze brief voldoet aan het bepaalde in art. 6:96 lid 6 BW. Ook dit onderdeel van de vordering van VBC zal worden toegewezen.

Rb. Rotterdam 11 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:436

De curator in het faillissement van een transportbedrijf vordert van X (landbouwbedrijf) alsnog betaling koop-prijs. X kocht binnen jaar vóór faillissement twee voertuigen van het transportbedrijf en betaalde deze via verrekening met een tegenvordering. De tegenvordering zou betrekking hebben op 'rouwkoop' van een door het transportbedrijf gekochte maar niet afgenomen partij van 1.200 ton uien van X. X legt wel schriftelijke overeenkomst over, maar de echtheid wordt betwist.

X onderbouwt de tegenvordering onvoldoende, de transactie is ongebruikelijk voor transportbedrijf, in boekhouding en administratie ontbreekt deze en X kan door onttrekking van advocaat vóór comparitie geen bewijs leveren. De vordering van de curator wordt toegewezen

4.3. De rechtbank stelt voorop dat op gedaagde in beginsel de bewijslast rust van de door hem gestelde (verrekening met een) tegenvordering. Gedaagde heeft daartoe een schriftelijke koopovereenkomst van mei 2012 overgelegd. Uit deze overeenkomst volgt naar het oordeel van de rechtbank niet, althans niet rechtstreeks dat aan gedaagde een vordering terzake 'rouwkoop' toekomt. De curator heeft bovendien de echtheid van de overgelegde overeenkomst gemotiveerd betwist en daarbij aangegeven dat de koopovereenkomst niet is aangetroffen in de administratie van Kievit, dat daarin evenmin andere koopovereenkomsten met betrekking tot uien zijn aangetroffen en dat het ook niet behoort tot de normale bedrijfsuitoefening van een transportonderneming. Evenmin zijn een aansprakelijkheidstelling of sommatie ter zake de beweerde (tegen-) vordering aangetroffen. Op de factuur wordt verwezen naar een sinds 2008 niet meer bestaand nummer van de Kamer van Koophandel en de naam van Kievit is zowel op de koopovereenkomst van 2012 als op de vrachtnota van 2002 in eenzelfde van de rest van het document afwijkend handschrift ingevuld. De curator heeft gedaagde schriftelijk uitgenodigd voor een gesprek en om nader bewijs van deze of eerdere soortgelijke transacties te overleggen.

Gedaagde heeft hierop een aan duidelijkheid te wensen overlatende vrachtnota d.d. 2 oktober 2002 overgelegd waarin eveneens sprake zou zijn van een leverantie uien aan Kievit. De in mei 2012 door Kievit aangekochte uien zouden door gedaagde ruim een half jaar later over het land zijn uitgereden. Er is volgens gedaagde ter zake deze transactie geen factuur en evenmin een schriftelijke aansprakelijkheidstelling en/of sommatie uitgegaan omdat gedaagde ervan uitging dat Kievit toch niet kon betalen.

De rechtbank is van oordeel dat gedaagde hiermee niet kon volstaan. De door gedaagde voorgestelde gang van zaken kwalificeert niet als gebruikelijk. Dit geldt ten eerste omdat het voor een transporteur niet gebruikelijk moet worden geacht om een – grote (veertig vrachtauto's a 30 ton) – partij uien te kopen. Dat tien jaren voordien ook eens een kleine partij zou zijn gekocht, maakt dit, indien al juist, de vrachtbrief laat aan duidelijkheid te wensen over,

niet anders. Vervolgens is de gang van zaken ook ongebruikelijk omdat toen deze overeenkomst – beweerdelijk – uitmondde in een vordering ter zake van 'rouwkoop', door gedaagde daarvoor noch een factuur, noch een (eerdere) aansprakelijkheidstelling zou zijn verstuurd. De bewering dat geen factuur of aanmaning zou zijn gestuurd omdat Kievit toch niet zou betalen kan niet als een verklarende toelichting worden aangemerkt. Deze door hem voorgestelde gang van zaken is naar het oordeel van de rechtbank zo ongebruikelijk dat deze zonder nadere toelichting, die er niet is, onaannemelijk is. Dit geldt ook voor de bewering dat met de verrekening een rechtszaak over de rouwkoop zou zijn voorkomen.

Gedaagde heeft zijn stelling dan ook onvoldoende onderbouwd en/of te bewijzen aangeboden. Het lag op zijn weg om, bijvoorbeeld aan de hand van de eigen bedrijfsadministratie, aangifte BTW, grootboekrekening e.d., het bestaan van de (tegen-)vordering nader te onderbouwen dan wel specifiek daarvan bewijs aan te bieden. De bewering dat de bedrijfsadministratie hem niet meer ter beschikking zou staan omdat hij inmiddels met de handel in uien is gestopt, indien al juist, discolpeert niet.

Mede gelet op de procespositie van gedaagde, zijn advocaat heeft zich onttrokken en gedaagde wenst geen aanhouding voor het stellen van een andere proces-vertegenwoordiger, moet het ervoor worden gehouden dat gedaagde ook reeds daarom niet in de gelegenheid is alsnog nader bewijs van de hier bedoelde tegenvordering aan te bieden.

Het bestaan van de tegenvordering is daarmee niet komen vast te staan. Dit brengt met zich dat de door de curator gevorderde betaling van de op 25 juni 2014 overeengekomen koopprijs, reeds daarom, voor toewijzing vatbaar is. De vraag of de voertuigen voor een te laag bedrag zijn verkocht – zoals de curator stelt – kan derhalve in het midden blijven, nu dit niet tot een ander oordeel leidt.

4.4. Ten overvloede merkt de rechtbank op dat ook indien de tegenvordering wel was komen vast te staan dit niet tot een andere uitkomst had geleid nu de curator op goede gronden de vernietiging van de verrekening met die vordering heeft ingeroepen. Uit de vaststaande feiten volgt dat de koopovereenkomst een onverplichte rechtshandeling anders dan om niet betreft, die – door het beroep op verrekening – heeft geleid tot benadeling van de (overige) crediteuren van Kievit wegens doorbreking van de rangorde. De vraag of er bij Kievit en gedaagde wetenschap was van benadeling dient naar het oordeel van de rechtbank bevestigend te worden beantwoord. Bij Kievit, die blijkens jaarstukken vier jaar achtereenvolgens verlies leed, is dat evident en ten aanzien van gedaagde geldt dat zijn verklaring ter comparitie en voordien (op 10 maart 2015) jegens de curator er op neer komt dat hij op de datum van het sluiten van de overeenkomst wist dat Kievit al enige tijd zijn betalingsverplichtingen niet meer na kon komen en dat hij – gedaagde – de voertuigen van Kievit juist daarom kocht om door verrekening van de koopsom met de eigendom van deze voertuigen nog iets van zijn vordering op Kievit terug te

zien. De verkoop van voertuigen maakt geen deel uit (evenmin als de handel in uien, zoals hierboven is overwogen) van de normale bedrijfsvoering van Kievit. Ook gedaagde had deze voertuigen niet nodig voor haar bedrijfsvoering en heeft deze alleen gekocht om door te verkopen. Het ging partijen derhalve niet zozeer om de verkoop van de voertuigen, doch veeleer om de waarde van deze activa naar gedaagde door te sluizen, waardoor deze is onttrokken aan het verhaal door de gezamenlijke crediteuren. Daarmee staat naar het oordeel van de rechtbank vast dat ook gedaagde ten tijde van het aangaan van de overeenkomst het faillissement van Kievit en het tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid heeft kunnen voorzien. Het samenstel van de (koop)overeenkomst en het beroep op verrekening is daarmee paulianeus als bedoeld in art. 42 Fw. Aldus zou – bij afwijzing van de primaire vordering – de subsidiaire vordering van de curator tot vergoeding van schade ter hoogte van de verrekende koopsom – teruggave van de goederen is immers niet mogelijk nu deze zijn doorgeleverd – in dat geval toewijsbaar zijn geweest.

4.5. Het betoog van gedaagde dat het de curator als kantoorgenoot van een juridisch adviseur (juridisch adviseur) van gedaagde als schuldeiser in dit faillissement niet vrij stond als zodanig op te treden, ontbeert een juridische conclusie en kan naar het oordeel van de rechtbank in de onderhavige zaak geen rol spelen. De omstandigheid dat een kantoorgenoot van de curator een van de schuldeisers heeft bijgestaan staat, indien al juist, niet aan zijn benoeming in de weg. De curator heeft zich bovendien in de onderhavige procedure laten vertegenwoordigen door een advocaat van een ander kantoor. Hiertegen zijn overigens ook geen bezwaren ingebracht.

4.6. De curator maakt voorts aanspraak op vergoeding van de wettelijke handelsrente vanaf 25 juni 2014 en op betaling van buitengerechtelijk incassokosten van € 1.255,-.

Gedaagde heeft de verschuldigdheid daarvan bij conclusie van antwoord in algemene termen betwist, doch de rechtbank gaat hieraan voorbij, met dien verstande dat de gevorderde handelsrente toewijsbaar is vanaf de dagvaarding nu het verschuldigd zijn van die rente per 25 juni 2014 niet uit de overeenkomst volgt en de curator niet heeft gesteld dat hij daar eerder dan bij dagvaarding aanspraak op heeft gemaakt. De buitengerechtelijke incassokosten zijn naar het oordeel van de rechtbank redelijk en in redelijkheid gemaakt. Uit het dossier blijkt afdoende dat de curator diverse werkzaamheden heeft verricht die niet onder een normale procesvoorbereiding vallen waarvoor de proceskostenveroordeling een vergoeding pleegt in te sluiten. Er waren naast diverse brieven ook diverse besprekingen. De kosten zijn berekend overeenkomstig de staffel (€ 875, plus 1% over € 48.000,- minus € 10.000,-).

4.7. Gedaagde zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld.(..)