

Rentekas-BTW zorgt voor toename vrij actief

mr. J. Wind¹

1. Inleiding

In *Roeffen q.q./Ontvanger*² heeft de Hoge Raad op 15 december 2017 beslist, samengevat, dat de zogenaamde Rentekas-BTW geen boedelschuld is. Daarnaast heeft de wetgever met ingang van 1 januari 2018 art. 42d Invorderingswet 1990 ingevoerd.

Naar het zich laat aanzien zal het actief in de boedel als gevolg van de beslissing van de Hoge Raad én de invoering van art. 42d Invorderingswet 1990 toenemen, waardoor (ook) het aantal 'lege boedels' zal afnemen.

2. De Rentekas-BTW

Op 6 mei 1983 heeft de Hoge Raad beslist dat de hypotheekhouder zich bij de uitwinning van zijn zekerheidsrecht eveneens mag verhalen op de in de opbrengst begrepen BTW.³ Voor de pandhouder is datzelfde beslist in 2002.⁴ Die in de opbrengst begrepen BTW wordt gewoonlijk aangeduid als de Rentekas-BTW.

Op grond van het bepaalde in art. 12 lid 1 Wet op de Omzetbelasting 1968 wordt de omzetbelasting geheven van de ondernemer die de levering verricht, waarbij onder levering wordt verstaan de overdracht of overgang van de macht om als eigenaar over het goed te beschikken.⁵ Daaruit volgt dat het de hypotheek-/pandgever is die de in zekerheid gegeven goederen in eigendom levert aan de executiekoper en dus dat die hypotheek-/pandgever degene is die de omzetbelasting moet afdragen.⁶

Tot *Roeffen q.q./Ontvanger* werd de failliete/WSNP boedel aangemerkt als degene die de in zekerheid gegeven goederen leverde aan de executiekoper, waardoor die boedel de afdrachtplichtige was voor de Rentekas-BTW.

Voor de goede orde: van een executieverkoop (tijdens een insolventie) is ook sprake indien die ver-

koop plaatsvindt op grond van een overeenkomst tussen de curator en de separatist.⁷

De Rentekas-BTW 'verstoot' in beginsel de zogenaamde neutraliteit van het BTW-stelsel.⁸ Immers, de BTW is voor een ondernemer 'neutraal' in die zin dat het geen kosten noch baten zijn, maar (hooguit) een vordering respectievelijk schuld. Ontvangen BTW moet worden afgedragen en betaalde BTW kan worden teruggevorderd. Dat geldt ook in een insolventie.⁹

Bij Rentekas-BTW is er geen sprake van dat de boedel die BTW (daadwerkelijk) ontvangt – want daarop verhaalt zich immers de zekerheidsgerechtigde – terwijl die boedel (tot in ieder geval 15 december 2017) wel die BTW moest afdragen. Oftewel: de (afdracht)schuld die normaal gesproken kon worden betaald met hetgeen aan BTW daadwerkelijk was ontvangen, moet bij Rentekas-BTW betaald worden ten laste van het eigen vermogen.

Anders geschreven: de verplichting tot de afdracht van BTW is geen kostenpost, maar een schuld. Evenmin is het recht om de betaalde BTW terug te vorderen geen opbrengst, maar een vordering. De consequentie daarvan is dat de BTW niet in de omslag van de algemene faillissementskosten wordt 'meegenomen'.¹⁰

Daaruit volgt dat de Rentekas-BTW rechtstreeks ten laste kwam van het actief van de boedel, waardoor per definitie de omslag van de algemene faillissementskosten hoger werd. Die Rentekas-BTW werd daardoor dus de facto betaald door alle andere schuldeisers (dan de hypotheek-/pandhouder).

Een cijfervoorbeeld ter illustratie:

In het faillissement van een BTW-plichtige ondernemer bestaat het actief uit een banksaldo van 40 en 60 aan ontvangen schadenpenningen, ten aanzien waarvan het voorrecht van art. 3:287 BW van toepassing is,¹¹ alsmede een verpande voorraad die

1. Hans Wind is werkzaam als advocaat bij Windsir en zit tevens in de redactie van TvCu.
2. HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3149.
3. HR 6 mei 1983, NJ 1984, 228, m.nt. WMK.
4. Hof Leeuwarden, 29 mei 2002, JOR 2002/181, m.nt. Faber.
5. Zie art. 3 lid 1 sub a Wet op de Omzetbelasting 1968.
6. Dit leidt uitzondering in het geval er sprake is van een veiling als bedoeld in art. 3 lid 5 Wet op de Omzetbelasting 1968.

7. Zie o.m. HR 25 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:B07109 (*ING/Hielkema q.q.*) en HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:319 (*Feenstra q.q./ING*).
8. Dat geldt natuurlijk alleen maar als de gefailleerde/schuldenaar een ondernemer is als bedoeld in de Wet op de Omzetbelasting 1968.
9. Dat wil zeggen in een faillissement en een WSNP. Hoewel hierna steeds het faillissement als uitgangspunt wordt genomen geldt het gestelde ook in een WSNP.
10. Zie *Rapport Insolad Afwikkeling Faillissementen*, Deventer: Kluwer december 2011, p. 27 e.v.
11. De vordering van de art. 3:287 BW-gerechtigde is ge-

bij (een executorial) verkoop eveneens 100, exclusief 20% BTW, zal opleveren. De vordering van de pandhouder bedraagt 150.

De algemene faillissementskosten bestaan alleen uit het salaris en de verschotten van de curator en bedragen 50, exclusief 20% BTW.

Op basis van een overeenkomst tussen de curator en de pandhouder executeert de curator, namens de pandhouder, de in zekerheid gegeven voorraad en realiseert een opbrengst, inclusief 20 aan BTW, van 120. De pandhouder verhaalt zich op die opbrengst van 120 en brengt die in mindering op diens vordering, waardoor er een (concurrente) vordering van 30 resteert.

Stel dat de pandhouder zich niet zou verhalen op de BTW in de opbrengst, maar het bedrag van die BTW aan de boedel afdraagt. In dat geval heeft de boedel die BTW daadwerkelijk ontvangen en kan die ook (in dit voorbeeld)¹² daadwerkelijk worden afgedragen. Daartegenover staat dat de boedel recht heeft op een vooraf trek van 10 aan BTW over de algemene faillissementskosten, waardoor per saldo 10 aan BTW moet worden afgedragen.

De omslag is in dit geval 50/100 is 50%. De gerechtigde tot het 3:287 BW-actief ontvangt dan uit de opbrengst: 60 minus de omslag (60*50%) is 30.

Verhaalt de pandhouder zich wel op de BTW in de opbrengst van de verpande voorraad, dan ontvangt de boedel die BTW niet daadwerkelijk, maar had¹³ wel de verplichting om die af te dragen. Het recht op vooraf trek blijft bestaan, dus moet ook hier per saldo 10 worden afgedragen en die komt direct in mindering op het actief, waardoor dat 90 bedraagt. De omslag wordt daardoor 50/90 is 55,6%. De gerechtigde tot het 3:287 BW-actief ontvangt dan uit de opbrengst: 60 minus de omslag (60*55,6%) is 26,67.

De Rentekas-BTW kon in de praktijk door de fiscus vaak niet op de boedel verhaald worden, als gevolg van het hoge aantal negatieve boedels.¹⁴ Dat is (mede) de aanleiding geweest de verleggingsregeling¹⁵ ook van toepassing te verklaren op, samengevat, executieverkopen (van de separatist).¹⁶ Een verleggingsregeling komt erop neer dat de afdrachtverplichting van de afdrachtplichtige (lees: de boedel) wordt verlegd naar de (executie)koper. De verleggingsregeling is niet van toepassing op

(executie)verkopen aan niet-BTW-plichtige ondernemers, lees: consumenten, waardoor bij (executie) verkopen aan consumenten het 'probleem' van de niet-verhaalbare Rentekas-BTW bleef bestaan.

3. Art. 42d Invorderingswet

Blijkens de Memorie van Toelichting bij art. 42d heeft de fiscus in de afgelopen jaren gemiddeld zo'n € 10 miljoen op jaarbasis 'misgelopen' (als gevolg van executieverkopen aan met name consumenten).¹⁷ Het is de bedoeling met de invoering van art. 42d dat 'gat' te dichten of, zoals de Memorie van Toelichting dat verwoordt, '[d]e voorgestelde regeling dient ter aanvulling op de mogelijkheden die de regelgeving thans de Belastingdienst biedt in de vorm van de verleggingsregeling ... om de inning van de verschuldigde omzetbelasting te waarborgen.

In art. 42d is bepaald dat, samengevat, de hypotheek-/pandhouder (of de executant) hoofdelijk aansprakelijk is voor de in de (executie)verkoopopbrengst begrepen BTW, indien die hypotheek-/pandhouder (of executant) zich op die BTW heeft verhaald.

Verhaalt de hypotheek-/pandhouder zich niet op de Rentekas-BTW, dan is die dus niet (hoofdelijk) aansprakelijk. Betaalt de hypotheek-/pandhouder, die zich heeft verhaald op de Rentekas-BTW, de fiscus na aansprakelijk te zijn gesteld op grond van art. 42d, dan krijgt die hypotheek-/pandhouder een regresvordering op de afdrachtplichtige voor het betaalde bedrag.¹⁸

Nu de Rentekas-BTW geen boedelschuld is, aldus de Hoge Raad, is ook de regresvordering van de hypotheek-/pandhouder dat niet; zie ook r.o. 3.5 in *Roeffen q.q./Ontvanger*.

4. De (financiële) consequenties

De beslissing dat de Rentekas-BTW (zonder enige beperking) geen boedelschuld is betekent in de eerste plaats dat in de boedel geen rekening meer met een afdrachtverplichting van die BTW rekening mag houden. Oftewel: er is in de boedel geen fiscale vordering meer ter zake van die Rentekas-BTW.

De Hoge Raad heeft overigens niet beslist dat zijn beslissing alleen betrekking heeft op, bijvoorbeeld, de insolventies vanaf diens uitspraak; de beslissing ziet dus op alle (lopende) insolventies.¹⁹

Bedacht dient te worden dat de in zekerheid gegeven goederen behoren tot het failliete/WSNP-ver-

lijk aan de hoogte van de ontvangen schadepegnningen.

12. Is het overige actief niet voldoende voor de betaling van het salaris en de verschotten van de curator, dan wordt het ontvangen bedrag aan BTW in de eerste plaats gebruikt ter dekking van dat salaris en die verschotten, omdat de rang daarvan hoger is dan die van de fiscus.
13. Tot *Roeffen q.q./Ontvanger*.
14. Daaronder versta ik een failliete/WSNP boedel waarin onvoldoende actief aanwezig is om het salaris en de verschotten van de curator/bewindvoerder (geheel) te betalen.
15. Zie art. 3 lid 5 Wet op de Omzetbelasting 1968.
16. Zie art. 24ba lid 1 sub d Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968.

17. Zie Memorie van Toelichting Belastingplan 2018, p. 24 e.v., *Kamerstukken II 2017/18*, 34785.

18. De schuld – de Rentekas-BTW – gaat de hypotheek-/pandhouder immers niet aan; zie art. 6:10 BW.

19. Art. 42d Invorderingswet geldt met ingang van 1 januari 2018 en heeft – zie art. 4 Wet Algemene Bepalingen – geen terugwerkende kracht. De aansprakelijkheid geldt mitsdien voor alle verhaald op de Rentekas-BTW vanaf 1 januari 2018.

mogen,²⁰ zij het dat de separatist zich daarop het eerst mag verhalen. Het voorgaande houdt in dat de (executie)opbrengst, inclusief de ontvangen BTW, actief van de boedel is.

Dat de separatist zich (als eerste) mag verhalen op de (executie)opbrengst, brengt mijns inziens ook mee dat die separatist er ook voor mag kiezen zich slechts op een deel van die opbrengst te verhalen of zelfs van het gehele verhaal afziet. Maar hoe dan ook, voor zover de separatist zich niet verhaalt op die opbrengst komt het restant aan de boedel toe. Vervolgens kan de vraag worden gesteld welk (financieel) belang de hypotheek-/pandhouder nu nog heeft om zich op de Rentekas-BTW te verhalen?

Ter illustratie hetzelfde cijfervoorbeeld als hiervoor:

Actief in de boedel: banksaldo 40 en 3:287 BW-actief van 60 en verpande voorraad die voor 100, exclusief 20 BTW te gelde kan worden gemaakt. De vordering van de pandhouder bedraagt 150 en de algemene faillissementskosten 50, exclusief 10 BTW.

Verhaalt de pandhouder zich op de Rentekas-BTW dan resteert voor hem een concurrente vordering van $(150-120)=30$.

De uitdeling is dan als volgt, bij een omslagpercentage van $(50/100)=50\%$:

Totaal actief	100
AF:	
Algemene faillissementskosten	50 ./.
3:287 BW-gerechtigde	30 ./.
(60-60*50%)	
Resteert voor concurrente crediteuren	20

Zowel de pandhouder als de 3:287 BW-gerechtigde hebben een concurrente restantvordering van 30, zodat ieder uit het beschikbare actief 10 ontvangt. De pandhouder heeft dan in totaal ontvangen $(120+10)=130$. Nu de pandhouder zich heeft verhaald op de Rentekas-BTW is die hoofdelijk aansprakelijk daarvoor en zal dus 20 aan de fiscus moeten afdragen, waardoor die per saldo 110 heeft ontvangen.

Stel dat het faillissement nog niet is afgewikkeld nadat de pandhouder op grond van art. 42d 20 aan de fiscus heeft betaald. In dat geval kan de pandhouder hetgeen hij op zijn vordering tekort komt ter verificatie indienen. In deze casus is dat 50.

De verdeling van het restant van 20 wijzigt dan: De 3:287 BW-gerechtigde heeft nog steeds een concurrente restantvordering van 30, terwijl de vordering van de pandhouder 50 is. Dat betekent dat de pandhouder krijgt uitgekeerd $(5/8*20)=12,5$, zodat die totaal heeft ontvangen $(100+12,5)=112,50$.

Nu de situatie dat de pandhouder zich niet verhaalt op de Rentekas-BTW en dat bedrag aan de boedel afdraagt. Het totale actief stijgt daardoor naar 120. De omslag daalt naar 41,667%. De uitdeling luidt dan:

Totaal actief	120
AF:	
Algemene faillissementskosten	50 ./.
3:287 BW-gerechtigde	35 ./.
(60-60*41,667%)	
Resteert voor concurrente crediteuren	35

De concurrente restantvordering van de 3:287 BW-gerechtigde bedraagt dan 25 en die van de pandhouder 50. Uit het restant van 35 ontvangt de pandhouder dan $(50/75*35)=23,33$. In totaal zal de pandhouder in dit scenario $(100+23,33)=123,33$ ontvangen.

Uitgaande van de veronderstelling dat wanneer de separatist zich heeft verhaald op de Rentekas-BTW de fiscus die separatist (altijd) aansprakelijk zal stellen ex art. 42d, heeft die separatist er, zo blijkt uit het cijfervoorbeeld, geen enkel financieel belang bij zich op die Rentekas-BTW te verhalen.

Denkbaar is de situatie dat de hypotheek-/pandhouder met de fiscus de afspraak maakt dat de hypotheekhouder zich zal verhalen op Rentekas-BTW en dat de fiscus de hypotheek-/pandhouder ex art. 42d aansprakelijk zal stellen, waarna de afdracht van de Rentekas-BTW aan de fiscus plaatsvindt.

Is een dergelijke of vergelijkbare afspraak rechtens toelaatbaar?

Naar mijn mening moet die vraag ontkennend worden beantwoord. Die afspraak komt er immers op neer dat de hypotheek-/pandhouder zich alleen 'op papier' verhaalt op de Rentekas-BTW en niet materieel. Datzelfde kan gezegd worden over de aansprakelijkstelling door de fiscus. Het doel van een dergelijke of vergelijkbare afspraak lijkt niet anders te zijn dan een aan boedel toekomend bedrag – te weten: het bedrag waarop de hypotheek-/pandhouder zich (materieel) niet heeft willen verhalen – aan die boedel te onttrekken.

Maar ook al zou een dergelijke/soortgelijke afspraak wel toelaatbaar zijn, welk (financieel) belang heeft de hypotheek-/pandhouder dan? Geen enkel belang, lijkt mij. Want in dat geval is diens concurrente restantvordering, gelet op het cijfervoorbeeld, (slechts) 30 en ontvangt die in totaal niet meer dan 112,5.

Het heeft er alle schijn van dat dergelijke/soortgelijke afspraken niet zullen worden gemaakt.

Ook denkbaar is dat de hypotheek-/pandhouder met de curator/bewindvoerder de afspraak maakt die er materieel op neer komt dat de curator/bewindvoerder zijn medewerking verleent aan de (executie)verkoop, maar daarvoor geen enkele (boedel)vergoeding ontvangt omdat de hypotheek-/pandhouder toezegt zich niet te zullen verhalen op de Rentekas-BTW.

Het lijkt mij niet onwaarschijnlijk dat ten aanzien van dergelijke/soortgelijke afspraken geoordeeld zal worden dat de hypotheek-/pandhouder zich alsdan wel degelijk (materieel) verhaalt op de Rentekas-BTW en dus ex art. 42d aansprakelijk is. De in de praktijk gebruikelijke vergoedingen voor de medewerking van de curator/bewindvoerder aan de (executie)verkoop zullen dus niet wijzigingen in mijn verwachting.

20. Zie art. 20 en 295 Fw.

De volgende casus lijkt ook (theoretisch) mogelijk: Stel dat de vordering van de pandhouder 150 bedraagt, dat de executieverkoop 120 heeft opgeleverd, waarvan 20 aan BTW.

Stel dat het in de boedel aanwezig actief 50 is en het salaris en de verschotten van de curator bedragen in totaal 65, dat wil zeggen dat er een 'tekort' is ter hoogte van 15; er is een negatieve boedel.

In een dergelijk geval zou de hypotheek-/pandhouder zich op het standpunt kunnen stellen om zich voor het 'tekort' niet te verhalen op de Rentekas-BTW. Op het restant (20-15=) 5 verhaalt die zich wel.

De fiscus stelt vervolgens de hypotheek-/pandhouder aansprakelijk. Het zou mijns inziens in de rede liggen dat die aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag waarop verhaal heeft plaatsgevonden, in het voorbeeld 5. Maar dat blijkt niet uit art. 42d: die nuancering is daarin niet te vinden. In de Memorie van Toelichting is daarvoor ook geen aanknopingspunt te vinden en leest men eerder het tegendeel. Daarin is o.m. vermeld: *'... Indien de curator namens de failliet de verschuldigde omzetbelasting niet of niet volledig kan voldoen, krijgt de Belastingdienst vervolgens door middel van een naheffingsaanslag een vordering voor de niet voldane omzetbelasting op de overblijvende boedel.'* In het geval de Rentekas-BTW in het geheel niet kan worden betaald, is de naheffingsaanslag gelijk aan 100% van die BTW, in alle andere gevallen zou die dan beperkt zijn tot het onvoldane gedeelte. Nu de Hoge Raad beslist heeft dat de Rentekas-BTW geen boedelschuld is, is het onvoldane gedeelte per definitie 100%²¹ en daarvoor is de hypotheek-/pandhouder ex art. 42d aansprakelijk.

Ook in dit scenario doet de hypotheek-/pandhouder er goed aan zich niet te verhalen op de Rentekas-BTW, maar die af te dragen aan de boedel.

5. Conclusie

Door te beslissen dat de Rentekas-BTW geen boedelschuld is, in combinatie met de invoering van art. 42d Invorderingswet, heeft de Hoge Raad er voor gezorgd dat de hypotheek-/pandhouder er geen enkel (financieel) belang (meer) bij heeft zich op de Rentekas-BTW te verhalen. Diens (financiële) belang is er juist mee gediend die Rentekas-BTW ongeconditioneerd geheel af te dragen aan de boedel. Het (vrije) actief van de boedel zal daardoor toenemen, waardoor het aantal 'lege boedels' zal dalen.

Het doel dat de wetgever voor ogen stond bij de invoering van art. 42d Invorderingswet – het incasseren van de Rentekas-BTW bij verkoop aan consumenten – zal niet bereikt kunnen worden, omdat de Hoge Raad heeft beslist dat die BTW geen boedelschuld is.

21. De boedel betaalt immers niets in mindering op de Rentekas-BTW; het is een schuld van de schuldenaar.

Annotatie bij Gerechtshof 's-Hertogenbosch d.d. 13 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:580

mr. L. Kriekaert¹

1. Inleiding

Deze uitspraak van het gerechtshof 's-Hertogenbosch gaat over termijnstelling door de curator aan de hypotheekhouder op grond van art. 58 Fw. In deze noot bespreek ik twee onderwerpen: (i) of een termijn ex art. 58 Fw is gesteld en gehandhaafd en zo ja, (ii) of sprake is van misbruik van bevoegdheid in de zin van art. 3:13 lid 2, laatste zinsnede, BW (on-evenredigheid van betrokken belangen).

2. Feiten

De casus die ten grondslag ligt aan dit arrest leidde eerder tot een lezenswaardige conclusie van A-G Wuisman (ECLI:NL:PHR:2013:BZ2782) en een 81 RO-beschikking van de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2013:BZ2782). Het betrof cassatieberoep tegen de beschikking van de rechter-commissaris over de gestelde termijn ex art. 58 Fw. Deze bodemprocedure volgt daarop.

Rabobank (de 'Bank') procedeert als hypotheekhouder tegen mr. Aarts q.q. als curator (de 'Curator'). De onroerende zaken waarvoor de Curator later een termijn zou stellen, waren reeds voor datum faillissement verkocht in overleg met de Bank als hypotheekhouder. Op datum faillissement, 20 maart 2012, had echter nog geen levering plaatsgevonden. De Bank heeft de Curator verzocht de koopovereenkomst gestand te doen tegen betaling van een boedelbijdrage. Hoewel daarover overeenstemming bestond, ontbond de koper de koopovereenkomst. De Curator heeft vervolgens op 5 april 2012 aan de Bank de keuze gelaten *'het pand opnieuw in de verkoop te nemen, dan wel om het te veilen'*. Over dat eventuele tweede scenario deelde de Curator mede: *'Mocht uw cliënte niet meer willen streven naar een onderhandse verkoop, dan stel ik haar bij deze een termijn van twee maanden om tot uitoefening van haar*

hypotheekrecht over te gaan. Binnen de gestelde termijn dient de executie te zijn voltooid.'

Kennelijk heeft de Bank pas na twee maanden en drie dagen aan de Curator laten weten dat zij opteerde voor een onderhandse verkoop (die volgens haar zo'n vijf maanden in beslag zou gaan nemen). De Curator heeft de Bank daarop laten weten dat de gestelde termijn ex art. 58 Fw van twee maanden is verstreken, en dat de Curator de onroerende zaken opeist en zelf zal gaan verkopen. Daarbij geeft de Curator ook te kennen zich erover te zullen beraden *'of de verdere verkoop onderhands, dan wel door middel van een veiling zal plaatsvinden.'* De Bank heeft hiermee niet ingestemd en op grond van art. 69 Fw verzocht de Curator te bevelen (alsnog) een redelijke termijn ex art. 58 Fw te verstrekken. Dit beroep strandde definitief met de hiervoor genoemde beschikking van de Hoge Raad.

3. Termijnstelling

Het stellen van een termijn dient te strekken tot een voortvarende afwikkeling van de boedel (HR 11 april 2011, JOR 2008/180; HR 20 december 2013, JOR 2014/86. Vgl. ook *Van der Feltz I*, p. 476). In de regel zal termijnstelling op grond van art. 58 Fw nodig zijn een 'talmende' separatist tot actie te dwingen. Voor de uitzondering zie voormeld *Zalco*-arrest uit 2013.

De eerste vraag die zich hier aandient, is of de Curator de Bank een termijn ex art. 58 Fw heeft gesteld en zo ja, wanneer die termijn is gaan lopen en geëindigd. De Bank verdedigt dat de termijn niet is gaan lopen op 5 april 2012 en dat zij uit de brief van de Curator terecht heeft afgeleid dat haar de vrijheid is geboden de zaken opnieuw onderhands te gaan verkopen. De Curator wijst erop dat de Bank niet heeft gereageerd op zijn verzoek, en dat hij bij de optie van onderhandse verkoop te kennen heeft gegeven binnen 4 werkdagen te willen vernemen van de Bank. Toen dat niet gebeurde trad het alternatieve scenario van termijnstelling in werking, aldus de curator. Vreemd genoeg volgt het gerechtshof deze uitleg van de curator, en oordeelt dat de termijn ex art. 58 Fw is gaan lopen op 5 april 2012. Hoewel

1. Lars Kriekaert is werkzaam bij Fender Advocaten en tevens redactielid van TvCu.

ik ook vind dat (zeker) een bank als professionele partij de consequenties van haar eigen stilzwijgen dient te dragen (vgl. Rb. Gelderland 22 april 2015, JOR 2015/305 en Rb. Zeeland-West-Brabant 26 november 2014, JOR 2015/212), begrijp ik niet waarom de door de Curator verdedigde uitleg van zijn brief van 5 april 2012 stand houdt. Zelfs een professionele partij als de Bank had hieruit niet hoeven afleiden dat meteen ook een termijn ex art. 58 Fw werd gesteld voor zover niet binnen 4 werkdagen na 5 april 2012 zou zijn gereageerd op het voorstel omtrent onderhandse verkoop. De woorden 'bij deze' in de brief van 5 april 2012 zijn een flinterdunne motivering (r.o. 3.6.2), zeker gelet op de herinneringen van de Curator op 19 april 2012 en 7 juni 2012. Daarin verzoekt hij om een reactie op zijn eerdere 'verzoeken en aanzeggingen', en op 7 juni 2012 vraagt hij verder om een reactie binnen 3 werkdagen na heden. Als de Bank op 8 juni 2012 – en dus 1 werkdag later – vervolgens wel reageert, zou dat te laat zijn en eist de Curator de zaken op. Onder de door de Curator verdedigde uitleg van zijn brief van 5 april 2012 valt niet in te zien op welke verzoeken van de Curator de Bank na 7 juni 2012 nog had kunnen reageren. Het zou juist zijn geweest de Bank éérs (langere) termijn te geven om te reageren op het voorstel over een onderhandse verkoop en, zo nodig, de Bank pas daarna een termijn in de zin van art. 58 Fw te stellen. Daarbij strookt de door de Curator geboden mogelijkheid van een onderhandse verkoop niet helemaal met het veronderstelde doel van de door hem gestelde termijn ex art. 58 Fw, namelijk een voortvarende afwikkeling van de boedel. De binnen twee weken na datum faillissement strak gestelde termijn van twee maanden wekt de indruk dat haast geboden was. Zou de Bank tijdig hebben geopteerd voor een onderhandse verkoop, dan zou dat veel langer dan twee maanden hebben geduurd (en was dat dan geen probleem voor de Curator, zie r.o. 3.1 onder (k) voor de voorwaarden van onderhandse verkoop).

4. Misbruik van bevoegdheid

De parallellen tussen de onderhavige casus en de casus die leidde tot het arrest *Rabobank/Welage q.q.* (Gerechtshof 's-Hertogenbosch 9 juli 2013, JOR 2014/49) zijn treffend. In die laatste procedure had de curator een redelijke termijn ex art. 58 Fw gesteld, maar was de bank kort voor het verstrijken daarvan in de gelegenheid gesteld de verpande zaken in vuistpand te nemen met het oog op de executie van haar pandrecht. Zodoende mocht de bank in dat geval gerechtvaardigd erop vertrouwen dat de aanvankelijk gestelde termijn van art. 58 Fw van de baan was en de curator de verpande zaken niet zou opeisen en verkopen, aldus het gerechtshof 's-Hertogenbosch. De e-mail aan de Bank van 7 juni 2012 kon moeilijk anders worden uitgelegd dan een geboden mogelijkheid om alsnog in actie te komen; door alsnog onderhands te gaan verkopen of door alsnog een executieveiling in gang te zetten.

Toch oordeelt het gerechtshof hier anders, van misbruik van bevoegdheid is volgens haar geen sprake (r.o. 3.6.6). Er vanuit gaande dat de Bank heeft gesteld dat de boedel geen rechtens te respecteren belang had bij het stellen van een termijn (vgl. HR 16 januari 2015, JOR 2015/308), roept de motivering vragen op. Dat de Bank door tijdig te reageren had kunnen voorkomen dat de gestelde termijn in werking trad, betekent niet dat de boedel daarbij dus een rechtens te respecteren belang had. Het gerechtshof oordeelt verder dat het financiële belang van de boedel bij opeising (zelfstandig) voldoende zwaarwegend is om opeising te rechtvaardigen (r.o. 3.7.2). Ook hierbij mis ik dat in de eerste plaats termijnstelling en in het verlengde daarvan opeising en verkoop strekten tot voortvarende afwikkeling van de boedel. Vooral dat had voorop moeten staan, mogelijk aangevuld met een financieel belang na ommekomst van de gestelde termijn omdat die financiële gevolgen voortvloeien uit de wet (art. 182 Fw).

5. Conclusie

Hoewel de Bank deze procedure waarschijnlijk had kunnen voorkomen door tijdig te reageren op brieven, heeft deze procedure wat mij betreft een onbevredigende uitkomst. De feiten rechtvaardigen de uitkomst niet. Met het oordeel dat door de Curator een geldige termijn in de zin van art. 58 Fw was gesteld en gehandhaafd, bleven voor de Bank weinig argumenten over om alsnog succesvol een beroep te doen op het correctiemechanisme van art. 3:13 BW.

Beschouwingen naar aanleiding van Hoge Raad 31 maart 2017, NJ 2018/142 (VKP/Eshuis en Ubbens q.q.)¹

mr. E. Loesberg²

1. Inleiding

De Provincie Limburg heeft een terrein om niet in gebruik gegeven aan VKP. Na de faillietverklaring van Aluminium Delfzijl (hierna: Adel) blijkt dat Adel op het terrein 'van' VKP reststoffen heeft opgeslagen. VKP vordert in kort geding de veroordeling van Eshuis en Ubbens q.q. (hierna: de curatoren) de reststoffen (die een negatieve waarde hadden) te verwijderen. Nadat de voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Nederland de vordering van VKP had toegewezen, hebben de curatoren – onder protest van gehoudenheid daartoe – een bedrag aan VKP voldaan zodat VKP zelf voor verwijdering zorg kon dragen. In appel heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd en de vordering van VKP alsnog afgewezen.³ Tevens is VKP veroordeeld het van de curatoren ontvangen bedrag aan hen terug te betalen. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden en verwijst het geding naar het Hof Den Bosch.

Het arrest van de Hoge Raad inzake *VKP/Eshuis en Ubbens q.q.* is een vervolg op het arrest van de Hoge Raad van 9 juni 2006, NJ 2007/21 (*Smit/Van Hees q.q.*)⁴. Ik zal eerst het arrest van de Hoge Raad inzake *Smit/Van Hees q.q.* bespreken. Daarna ga ik in op het arrest van de Hoge Raad inzake *VKP/Eshuis en Ubbens q.q.* Ten slotte vraag ik mij af hoe de praktijk met deze arresten moet 'omgaan'.

1. Vgl. de noten van A.J. Tekstra in JOR 2017/211 en A.A.J. Smelt in *Ondernemingsrecht* 2017/131.
2. E. Loesberg is senior rechter in de Rechtbank Oost Brabant. Hij is werkzaam als voorzieningenrechter en is redacteur van dit blad.
3. Vgl. A. Steneker en A.J. Tekstra, 'De boedelschuldenvolgenslijst (II)', *FIP* 2015/368.
4. In zijn arrest van 19 april 2013, NJ 2013/291 (*Koot/Tideman q.q.*) overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.8. dat '(.) de gewezen verhuurder uit hoofde van zijn recht op het gehuurde [kan] verlangen dat de curator de tot de boedel behorende zaken uit het gehuurde verwijdert'. Hij verwijst daarbij naar *Smit/Van Hees q.q.* De Hoge Raad is in *Koot/Tideman q.q.* derhalve niet teruggekomen op *Smit/Van Hees q.q.*

2. Smit/Van Hees q.q.

Smit had twee bedrijfshallen aan Smittrans verhuurd. Een dag voor de faillietverklaring van Smittrans, heeft Smit de huurovereenkomst met onmiddellijke ingang opgezegd. Volgens de Hoge Raad was de curator van Smittrans verplicht om voor ontruiming van de roerende zaken van Smittrans te zorgen die nog aanwezig waren in de door Smittrans van Smit gehuurde bedrijfshallen. Hij overweegt in r.o. 3.5.2. dat de (voormalige) verhuurder: '(.) wél als eigenaar van de bedrijfspanden van de curator [kon] verlangen dat deze de tot de boedel behorende zaken daaruit zou verwijderen'. Uit dit arrest volgt dat de eigenaar niet alleen zijn zaak van een derde kan revindiceren⁵, maar tevens dat de eigendom het goederenrechtelijke recht inhoudt van een ieder die inbreuk maakt op dat recht te vorderen dat die inbreuk wordt beëindigd.⁶

3. VKP/Eshuis en Ubbens q.q.

De casus die in dit arrest speelde, was in zoverre bijzonder dat niet de eigenaar maar een derde met een aan de eigenaar ontleend gebruiksrecht de curator tot verwijdering aansprak. De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.5. onder andere: 'Indien de wederpartij van de failliet, zoals in het onderhavige geval, geen eigenaar is van het gebouw waarin of van het terrein waarop zich na ontbinding van de overeenkomst nog tot de boedel behorende zaken bevinden, maar zij daarvan wel een exclusief gebruiksrecht heeft, ontleent zij aan dat gebruiksrecht in beginsel evenzeer het recht om van de curator verwijdering van die zaken te verlangen'. Kan de gebruiker zich erop beroepen dat zijn recht exclusief is, dan kan hij net zo als de eigenaar zelf de curator tot verwijdering van de roerende zaken die deel uitmaken van de

5. Art. 5:2 BW
6. Vgl. P.C. van Es, *De actio negatoria*, diss. Leiden 2005, p. 249-258; A.A.J. Smelt, *Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 45, 69 en 124.

boedel nopen. Dit is volgens de Hoge Raad alleen anders wanneer de curator: 'stelt en bij tegenspraak bewijst dat de wederpartij daarop uit hoofde van haar rechtsverhouding met de eigenaar van het gebouw of terrein geen aanspraak kan maken'.

worden verwacht dat hij rechterlijke uitspraken nakomt.¹⁴

4. Eigen beschouwing

Uit de arresten van de Hoge Raad inzake *Smit/Van Hees q.q.* en *VKP/Eshuis en Ubbens q.q.* vloeit voort dat de eigenaar of gebruiker (met een absoluut gebruiksrecht) van een zaak van de curator (in beginsel) kan vorderen dat hij de tot de boedel behorende zaken die zich op de bodem van de eigenaar of gebruiker bevinden door hem worden verwijderd. Zorgt de curator niet voor verwijdering, dan kan de eigenaar of gebruiker op grond van art. 3:296 BW de veroordeling van de curator tot verwijdering vorderen. De veroordeling tot verwijdering van de zaken die tot de boedel behoren, kan met een dwangsom⁷ worden versterkt.⁸ Een dwangsom zal niet aan de veroordeling worden verbonden, als de curator stelt en 'bewijst' dat hij in de onmogelijkheid verkeert om voor verwijdering zorg te dragen omdat de boedel daarvoor geen financiële middelen heeft.⁹ Verwijdert de curator de zaken niet en verbeurt hij dwangsommen, dan kwalificeren de verbeurde dwangsommen als concurrente boedel-schuld.¹⁰ In het geval in de boedel geen fondsen zijn om de kosten van verwijdering te betalen, kan de curator zich erop beroepen dat hij in de onmogelijkheid verkeert om tot verwijdering over te gaan en kan hij vorderen dat de rechter die hem heeft veroordeeld tot het betalen van dwangsommen die dwangsommen opheft.¹¹

Heeft de curator voldoende financiële middelen in de boedel om voor verwijdering van de aan de boedel toebehorende roerende zaken te zorgen en voldoet hij niet aan de veroordeling tot verwijdering, dan handelt hij jegens degene die wenst dat die roerende zaken verwijderd worden, onrechtmatig.¹² Wat mij betreft handelt de curator dan ook pro se onrechtmatig.¹³ Van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht mag immers

7. Art. 611a Rv. Vgl. E. Loesberg, 'Enige beschouwingen over executie- en Beslagrecht', *JBP* 2015/906;
8. Art. 611^a Rv staat daaraan niet in de weg. Deze bepaling ziet op dwangsommen waartoe de schuldenaar voor zijn faillietverklaring is veroordeeld. Deze bepaling ziet niet op het geval dat de curator onder verbeurde van een dwangsom tot verwijdering is veroordeeld. Vgl. M.B. Beekhoven van den Boezem, *De dwangsom*, Diss. Groningen 2007, p. 295-297.
9. Vgl. art. 611d Rv.
10. Hoge Raad 28 september 1990, NJ 1991/305 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*). Vgl. Hoge Raad 31 oktober 2014, NJ 2014/484 (*CZ/Scholtes q.q.*).
11. Art. 611d lid 1 Rv.
12. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/31; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011/36.
13. Hoge Raad 19 april 1996, NJ 1996/727 (*Maclou*).

14. Vgl. Hoge Raad 27 november 1998, NJ 1999/685 (*Komdeur/Antrillen*); Hoge Raad 16 december 2011, NJ 2012/515 (*Prakke/Gips*).

Overzicht rechtspraak februari en maart 2018

mr. J. Wind

Rechtbank Noord-Holland 7 februari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:793

Op 14 februari 2017 is het faillissement van X vof uitgesproken. In de periode november 2015 tot en met januari 2017 is X in diverse procedures bijgestaan door advocaat. Advocaat is ook aanwezig geweest bij de behandeling van het faillissementsverzoek op 17 januari 2017.

Op 16 januari 2017 heeft een gerechtsdeurwaarder (ten behoeve van X) ruim EURO 16K overgemaakt naar de stichting derdengeld van advocaat. Advocaat heeft op 7 februari 2017 een declaratie aan X gezonden van ruim EURO 16K betreffende diens werkzaamheden over de periode 23 augustus 2016 tot 6 januari 2017. De stichting heeft vervolgens op 7 februari 2017 het onder haar bevindende bedrag van EURO 16K overgemaakt naar advocaat.

De curator vordert op grond van art. 47 Fw het betaalde bedrag van advocaat.

De kantonrechter stelt allereerst vast dat niet in geschil is dat advocaat op de hoogte was van de aanvraag van het faillissement van X.

Het eerste verweer van advocaat is dat de betaling niet tot doel had hem te bevoordelen boven andere schuldeisers, maar dat die schuldeisers juist baat hadden bij de betaling en het daarmee voortzetten van de lopende juridische procedures. De kantonrechter volgt advocaat niet in diens standpunt, omdat niet is in te zien waarom diens diensten verschillen van die van de andere schuldeisers van X. Voor advocaat is er geen uitzonderingssituatie, omdat de gedeclareerde werkzaamheden geen betrekking hebben op de juridische bijstand rondom de aanvraag van het faillissement.

De kantonrechter wijst de vordering van de curator toe.

Rechtbank Den Haag 13 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1561

Y verzoekt het faillissement van X BV. Hoewel X BV op de hoogte is van de behandeldatum van het verzoek is zij niet verschenen. In een faxbericht aan de rechtbank heeft X BV de (hoofd)vordering van Y (bloot) betwist.

De vordering van Y is door haar niet met stukken onderbouwd, noch heeft zij dat ter gelegenheid van de behandeling gedaan.

Op grond van het voorgaande overweegt de rechtbank dat de blote stelling van Y over de vordering, X BV kan volstaan met een blote ontkenning, zodat niet summierlijk blijkt van het vorderingsrecht van Y. Het verzoek wordt afgewezen.

Rechtbank Den Haag 19 februari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:1885

Op 2 oktober 2012 is X BV in staat van faillissement verklaard. Op 3 oktober 2012 heeft een schuldeiser van X BV een betaling ontvangen ten laste van de bankrekening van X BV.

De curator vordert dat bedrag van de schuldeiser terug.

De kantonrechter stelt vast dat er zowel op 2 als op 3 oktober 2012 sprake was van een negatief saldo op de bankrekening van X BV. De omvang van de boedel – zie art. 20 Fw – is door de betaling aan de schuldeiser niet gewijzigd, omdat het (bestaande) negatieve banksaldo geen onderdeel was van de failliete boedel.

De vordering van de curator wordt vervolgens afgewezen.

Rechtbank Midden-Nederland 21 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:686

Schuldeiser A in het faillissement van X verzoekt de rechtbank op 29 december 2017 de heropening van de (na aanhouding op 17 oktober 2017) op 21 november 2017 gesloten verificatievergadering, dan wel verbetering van het proces-verbaal van de verificatievergadering.

Voorafgaande aan de verificatievergadering op 17 oktober 2017 heeft A bij brief van 29 september 2017 naast aanpassing van de hoogte van haar vordering, vorderingen op de lijsten betwist en over de plaatsing en hoogte vragen gesteld. Van voornoemde betwisting(en) blijkt niet uit het proces-verbaal van de verificatievergadering(en). Het belang van A is dat zij een hogere uitkering krijgt als de andere vordering voor een lager bedrag worden geverifieerd en/of niet worden geverifieerd.

De rechtbank stelt in de eerste plaats vast dat de Faillissementswet niet voorziet in het opnieuw houden van een verificatieprocedure. Het doel van de verificatieprocedure is niet, aldus de rechtbank, de waarheidsvinding, maar een doeltreffende en voortvarende afwikkeling van het faillissement, terwijl het proces-verbaal op bindende wijze wordt vastgelegd tot welk bedrag schuldeisers aanspraak kunnen maken op de boedel. Tegen een beslissing van de rechter-commissaris om vorderingen te erkennen tijdens de verificatievergadering staat op grond van art. 67 Fw beroep open gedurende vijf dagen. Dat beroep heeft A niet tijdig ingesteld.

Het verzoek tot heropening wordt daarom door de rechtbank afgewezen.

Vervolgens buigt de rechtbank zich over het verzoek tot verbetering van het proces-verbaal, dat

mogelijk is ex art. 137 lid 2 Fw. Het moet dan gaan volgens de rechtbank om herstel van kennelijke fouten die zich voor eenvoudig herstel lenen, welke fouten uit de stukken zelf dienen te blijken. Na feitelijk onderzoek concludeert de rechtbank dat als al van een vergissing sprake zou zijn, deze zich niet eenvoudig laat herstellen, zodat ook dit verzoek wordt afgewezen.

In een overweging ten overvloede merkt de rechtbank op dat A ook geen redelijk belang heeft bij zijn verzoeken. Aan het onderzoek naar alle door A opgeworpen betwistingen en diens vragen zijn aanmerkelijk kosten verbonden en een eventuele wijziging van de vorderingen zal hoogstwaarschijnlijk leiden tot een zodanig geringe wijziging van het uitdelingspercentage dat dit niet opweegt tegen de te maken kosten.

**Rechtbank Rotterdam 22 februari 2018,
ECLI:NL:RBROT:2018:1985**

Accountant verzoekt de faillietverklaring van diens klant, X BV, voor een onbetaald gebleven vordering, inclusief rente en kosten, van EURO 5.751,00. Daarnaast stelt Accountant dat Z een (restant)vordering op X BV heeft en dat ook W nog een vordering heeft op X BV, die beide onbetaald blijven.

Ter zitting betwist X BV een deel van de vordering van Accountant. Daarnaast stelt zij, en onderbouwt dat met bescheiden, dat zij meer deelbetalingen op de vordering van Accountant heeft gedaan. Ook is X BV bereid een deel van de vordering van Accountant te betalen, maar die nam daar geen genoegen mee.

X BV heeft het bestaan van de (restant)vordering van Z betwist: Z heeft nagelaten tijdig een omgevingsvergunning aan te vragen, waardoor een project van X BV niet meer kon doorgaan en X BV een aanzienlijke schade heeft geleden (die hoger is dan de gepretendeerde vordering van Z).

Ook betwist X BV het bestaan van de vordering van W, want die zou niet bestaan. Accountant heeft ter onderbouwing daarvan een door haar bestuurder opgestelde en ondertekende brief van 20 oktober 2017 overgelegd waarin staat: 'W heeft ook een vordering op mij'.

Gelet op de betwisting van X BV is de rechtbank van oordeel dat voornoemde brief onvoldoende is om aan te nemen dat W een vordering op X BV heeft.

Op grond van al het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat niet summierlijk is gebleken van feiten en omstandigheden die aantonen dat X BV in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen en wijst het verzoek daarom af.

**Rechtbank Overijssel 28 februari 2018,
ECLI:NL:RBOVE:2018:602**

A en X zijn in 1970 met uitsluiting van iedere gemeenschap (op huwelijkse voorwaarden) met elkaar gehuwd. A is in 1988 eigenaresse geworden van een onroerende zaak. X is bij vonnis van 18 december 2012 in staat van faillissement verklaard. Ten name van A staan een paar bankrekeningen en een beleggingsrekening.

De curator vordert diverse verklaringen voor recht die erop neerkomen dat aan A niet het terugneemingsrecht als bedoeld in art. 61 Fw toekomt, zodat zowel de onroerende zaak als de bank- en beleggingssaldi in de failliete boedel vallen.

De rechtbank overweegt (o.m.) dat uit art. 61 lid 4 Fw volgt dat A dient aan te tonen dat de onroerende zaak voor meer dan de helft met eigen middelen is gefinancierd, waarbij het moment van het verkrijgen van die onroerende zaak bepalend of dat zo is en, indien A in dat bewijs niet slaagt, de onroerende zaak in de failliete boedel valt. In dat laatste geval heeft A een concurrente vordering in het faillissement. Het voorgaande geldt ook ten aanzien van de bank- en beleggingssaldi. Ook overweegt de rechtbank dat art. 61 lid 4 bepaalt dat het bewijs door (alleen) 'voldoende bescheiden' geleverd moet worden, zodat bewijslevering door getuigen niet is toegestaan).

De door A overgelegde bescheiden zijn voor de rechtbank onvoldoende om het bewijs geleverd te achten, waarna de vorderingen van de curator worden toegewezen.

**Rechtbank Den Haag 6 maart 2018,
ECLI:NL:RBDHA:2018:2641**

Vrouw vraagt het faillissement van haar ex-echtgenoot, omdat hij de kinderalimentatie van EURO 62,93 over de maanden januari en februari 2018 onbetaald heeft gelaten.

De ex-echtgenoot heeft de vordering van de vrouw gemotiveerd en gedocumenteerd betwist; de vordering van de vrouw zou zijn voldaan.

Tijdens de behandeling op 6 maart 2018 wordt vastgesteld dat de ex-echtgenoot op 16 en 17 februari 2018 tweemaal EURP 62,00 heeft betaald en op 28 februari 2018 nogmaals EURO 62,00, waaruit volgt dat, met maart 2018 meegerekend, er driemaal EURO 0,93 te weinig zou zijn betaald. Ter zitting heeft de ex-echtgenoot het te weinig betaald (EURO 2,79) in 'klinkende munt' aan de vrouw betaald, waarna door haar is erkend dat de hoofdvordering niet langer bestaat en dus het verzoek moet worden afgewezen.

Gelet op de proceshouding van de vrouw ziet de rechtbank ambtshalve aanleiding haar in de proceskosten van de ex-echtgenoot te veroordelen (art. 289 Rv): Vóór de behandeling op 6 maart 2018 was de gehele vordering over januari en februari betaald en, maart meegerekend, resteerde er een restantschuld van EURO 2,79. Het voorgaande is voor de vrouw geen reden geweest het verzoek in te trekken; zij heeft dus nodeloos het verzoek gehandhaafd. Zelfs nadat tijdens de behandeling het resterende bedrag van EURO 2,79 was betaald heeft zij haar verzoek niet ingetrokken, maar eren aanhouding gevraagd om te bezien of de ex-echtgenoot zijn (toekomstige) verplichtingen zou nakomen.

**Rechtbank Noord-Nederland 7 maart 2018,
ECLI:NL:RBNNE:2018:817**

De bestuurder/aandeelhouder van X BV, A, heeft een surseanceverzoek namens X BV ingediend, welk verzoek is gehonoreerd. Een andere aandeel-

houder van X BV vraagt vervolgens de rechtbank de surseanceverlening te herroepen (zie art. 390 jo. 382 sub a Rv), omdat A in het verzoekschrift tot surseanceverlening zich van valse, onjuiste en niet onderbouwde gegevens en stellingen heeft bediend; als de rechtbank juist zou zijn geïnformeerd zou zij het verzoek niet hebben gehonoreerd.

De rechtbank overweegt dat het begrip 'bedrog' ruim moet worden uitgelegd en niet is onderworpen aan de beperkingen die in het overeenkomstenrecht (zie art. 3:44 BW) voor de uitleg van het begrip worden aangelegd. Onder 'bedrog' kan ook vallen het verzwijgen van feiten die tot een voor de wederpartij gunstige afloop van de procedure zouden kunnen hebben geleid. Van dat laatste is volgens de rechtbank sprake, herroept de beschikking waarbij de surseance is verleend, veroordeelt A in de kosten van de procedure en die van de surseance.

Rechtbank Limburg 7 maart 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:2075

X is tot 1 januari 2008 DGA geweest van de op 26 april 2012 in staat van faillissement verklaarde werkmaatschappij BV. Tot de datum van faillietverklaring is X werkzaam geweest, op basis van een arbeidsovereenkomst, voor de gefailleerde.

In de periode dat X DGA was is in eigen beheer van de gefailleerde ten behoeve van (o.m.) een ouderdomspensioen opgebouwd. X had recht op de uitkering van het ouderdomspensioen met ingang van januari 2012.

X dagvaardt de curator en vordert (o.m.) een verklaring voor recht dat, samengevat, dat de hem toekomende pensioenuitkering (uit hoofde van het in eigen beheer opgebouwde pensioen) valt onder het begrip 'loon' als bedoeld in art. 40 Fw.

De rechtbank overweegt (o.m.) dat de Pensioenwet weliswaar niet van toepassing is op een DGA, maar dat het belangrijke aanknopingspunten biedt op het vlak van de terminologie en de systematiek van het pensioenrecht. Daarnaast hanteert de rechtbank als uitgangspunt dat het loonbegrip in de Faillissementswet dezelfde inhoud heeft als in het arbeidsrecht.

Op basis van het voorgaande komt de rechtbank tot de conclusie dat een pensioenuitkering niet kan worden aangemerkt als loon omdat de pensioenuitkering niet is een tegenprestatie voor verrichte arbeid maar is een uitkering uit hoofde van opgebouwd pensioen, waarbij in aanmerking moet worden genomen dat die pensioenopbouw mede is gefinancierd door een werkgeversbijdrage, die ook ten tijde van de periode waarin arbeid wordt verricht en pensioen wordt opgebouwd niet wordt gekwalificeerd als loon.

Tot slot overweegt de rechtbank dat zij (mede) in aanmerking heeft genomen dat de heersende opvatting in zowel de arbeidsrechtelijke als de pensioenrechtelijke literatuur is dat pensioen geen loon is in de zin van het BW.

De vordering(en) van X worden afgewezen.

Rechtbank Midden-Nederland 13 maart 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:963

X, die een eenmanszaak exploiteert, heeft 4 schuldeisers. De enige preferente schuldeiser is de Belastingdienst. In het kader van een schuldsaneringsregeling is X een zogenaamd BBZ-krediet in het vooruitzicht gesteld waarmee hij tegen finale kwijting aan de Belastingdienst 73,38% en aan zijn concurrente crediteuren 36,69% zou kunnen betalen. De Belastingdienst weigert met die regeling in te stemmen. X vraagt de rechtbank te bevelen dat de Belastingdienst instemt met de aangeboden regeling; zie art. 287a Fw.

De Belastingdienst weigert om in te stemmen, omdat X ten aanzien van het ontstaan van de fiscale schuld niet te goeder trouw is geweest. X heeft, aldus de Belastingdienst, sinds 2015 voorlopige aanslagen teruggedraaid terwijl hij wist dat die terecht waren opgelegd, waardoor hij zijn onderneming heeft gefinancierd op kosten van de belastingbetaler. Daarnaast is de Belastingdienst van mening dat de onderneming van X niet levensvatbaar is.

De rechtbank overweegt dat de positie van de Belastingdienst wordt gekenmerkt door twee factoren. De Belastingdienst is in casu de enige preferente crediteur, waardoor haar belang niet één op één met die van de concurrente crediteuren gelijk is te stellen. Immers, aldus de rechtbank, als X niet tot de WSNP wordt toegelaten kan de Belastingdienst zich met voorrang verhalen op het vermogen van X. In de aangeboden schuldenregeling dan wel in het kader van een WSNP ontvangt de Belastingdienst het dubbele percentage van wat de concurrente crediteuren ontvangen. De omstandigheid dat X mogelijk niet tot de WSNP wordt toegelaten weegt daarom voor de preferente schuldeisers, zoals de Belastingdienst, zwaarder.

In de tweede plaats geldt dat de Belastingdienst onvrijwillig schuldeiser van X is geworden en bij voortzetting van de onderneming ook in de toekomst schuldeiser van hem zal worden. Dit betekent, aldus de rechtbank, dat de Belastingdienst bij de afweging of zij een aangeboden schuldenregeling afslaat, mede belang mag toekennen aan het antwoord op de vraag of X in staat is om nieuwe verplichtingen te voldoen.

De rechtbank overweegt vervolgens dat de belastingsschuld niet te goeder trouw is ontstaan en wijst het verzoek ex art. 287a Fw af.

Rechtbank Rotterdam 13 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2017:2053

De eigen aangifte van X wordt afgewezen omdat ter behandeling niet is gebleken dat er voldoende baten (zullen) zijn om de kosten van het faillissement te bestrijden, laat staan dat enige uitkering aan de schuldeisers valt te verwachten. In dit geval is er sprake van misbruik van recht, mede omdat niet gesteld of gebleken is dat belangen van derden een faillissement rechtvaardigen, noch van een ander voldoende gerechtvaardigd belang.

**Rechtbank Limburg, 13 maart 2018,
ECLI:NL:RBLIM:2018:2657**

Y verzoekt de rechtbank om X in staat van faillissement te verklaren. Y stelt een vordering te hebben van (bijna) EURO 27K, althans (ruim) EURO 8K. X beroept zich op een opschortingsrecht, omdat Y diens werkzaamheden niet, niet naar behoren en niet tijdig heeft uitgevoerd. De rechtbank passeert dat verweer, omdat X onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat zij in ieder geval de verschuldigdheid van een gedeelte van de vordering heeft erkend, te weten het bedrag van (ruim) EURO 8K. De rechtbank verklaart X in staat van faillissement, omdat ook aan alle overige voorwaarden daarvoor is voldaan.

**Rechtbank Rotterdam 15 maart 2018,
ECLI:NL:RBROT:2018:2124**

Tegen het vonnis van faillietverklaring van X van 6 februari 2018 wordt tijdig verzet ingesteld door stichting Y en Z BV. Dat verzet wordt ongegrond verklaard.

Allereerst betogen Y en Z dat W – de aanvrager van het faillissement van X – geen vordering op X heeft. Ten aanzien daarvan overweegt de rechtbank dat uit de conceptjaarcijfers over 2016 van X blijkt dat W een vordering op X heeft. Daarnaast heeft de curator tijdens de behandeling van het verzet toegelicht dat die conceptcijfers aansluiten bij de mutaties en de bankafschriften die hij in de administratie heeft aangetroffen. Op grond daarvan is de rechtbank van oordeel dat voldoende summierlijk is gebleken dat W een vordering op X heeft.

Daarnaast betogen Y en Z dat de vordering van W niet opeisbaar is, welk betoog door de rechtbank wordt verworpen omdat het, na betwisting, niet nader is onderbouwd. Dat laatste geldt ook voor het betoog dat X een tegenvordering op W heeft.

De rechtbank overweegt tevens dat de curator onweersproken heeft gesteld, samengevat, dat X meer crediteuren onbetaald heeft gelaten en dat 44% van hun vorderingen langer dan één jaar openstaat, op grond waarvan de rechtbank voldoende aannemelijk acht dat X verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen.

**Rechtbank Rotterdam 15 maart 2018,
ECLI:NL:RBROT:2018:2127**

Verzet tegen faillietverklaring wordt ongegrond verklaard. Hoewel het (ogenschijnlijk) om andere partijen handelt zijn de overwegingen in deze uitspraak (nagenoeg) identiek aan die van de vorige: ECLI:NL:RBROT:2018:2124.

Hoge Raad 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424

Beantwoording prejudiciële vragen van de rechtbank Amsterdam van 22 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1971. Zie ook *TvCU* 2017/2, pag. 75 e.v. Samenvatting van de casus:

CS heeft krediet verleend aan OSX. In de kredietovereenkomsten is (o.m.) bepaald dat in het geval van een 'Event of Default' Cs gehouden is tot vergoeding van de advocaatkosten die CS naar aanleiding van de default maakt.

Vóór 28 april 2015 was er al sprake van een default. Op 28 april 2015 wordt aan OSX (voorlopige) surseance van betaling verleend, die op 15 juli 2015 wordt 'omgezet' in een faillissement. Op de verificatievergadering van 5 november 2015 betwist de curator de door CS ingediende vordering van CS voor zover het de door haar gemaakte advocaatkosten na 28 april 2015 betreft. Er volgt een renvooiprocedure, waarin CS stelt dat zij recht heeft op vergoeding van die kosten, ongeacht of die kosten tijdens de surseance of het faillissement *zijn of zullen* worden gemaakt. De rechtbank stelt vervolgens prejudiciële vragen aan de Hoge Raad:

1. dienen, mede gelet op het fixatiebeginsel en art. 249 Fw, vorderingen die zijn ontstaan op of na de dag waarop aan de schuldenaar surseance van betaling is verleend (maar vóór de dag waarop de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard) in het faillissement te worden erkend?
2. dienen, mede gelet op de in rechtsoverweging 3.7.2 van het *Koot Beheer/Tideman q.q.* geformuleerde rechtsregel, de vorderingen van een schuldeiser die voortvloeien uit een op de dag waarop aan de schuldenaar surseance van betaling is verleend reeds met de schuldenaar bestaande rechtsverhouding maar die zijn ontstaan op of na die dag, althans op of na de dag waarop de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard, maar steeds vóór de dag waarop het faillissement eindigt, in het faillissement te worden erkend?
3. maakt het voor het antwoord op vraag 2. uit of op de dag waarop aan de schuldenaar surseance van betaling is verleend, althans op de dag waarop de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard, het ontstaan, althans de omvang, van de bedoelde vordering niet zeker was?
4. maakt het voor het antwoord op vraag 2. uit of het ontstaan en/of de omvang van de bedoelde vorderingen het gevolg was van handelingen van de schuldeiser (dan wel van handelingen van diens zijde) tijdens de surseance van betaling, althans het faillissement?
5. hoe en wanneer dienen, mede gelet op de belangen van de overige schuldeisers en de schuldenaar, na de verificatievergadering ontstane vorderingen te worden geverifieerd?

De Hoge Raad neemt als uitgangspunt dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten en dan ook niet leidt tot wijziging van de daaruit voortvloeiende verbintenissen. Daarmee is, aldus de Hoge Raad, echter nog niet beslist hoe deze verbintenissen in faillissement moeten worden behandeld. Die behandeling hangt mede af van het fixatiebeginsel.

Ten aanzien van bestaande wederkerige overeenkomsten is het bepaalde in art. 37 en 37a Fw van toepassing, waarbij geldt dat de faillissementstoestand de curator niet de bevoegdheid geeft om een door de schuldenaar vóór het faillissement verrichte prestatie ('actief') ongedaan te maken of een voortdurende prestatie voor zover die bestaat uit

een dulden of nalaten te beëindigen (zie *Berzona*-arrest: ECLI:NL:HR:2014:1681 r.o. 3.6.4)

Het gestelde in de vorige alinea geldt in beginsel ook voor verbintenissen die eerst tijdens het faillissement ontstaan, maar voortvloeien uit een bestaande overeenkomst. Het verifiëren van vorderingen die tijdens het faillissement ontstaan, mag niet in strijd komen met het fixatiebeginsel. Dat beginsel staat niet zonder meer eraan in de weg dat tijdens een faillissement uit een bestaande overeenkomst nog nieuwe vorderingen ontstaan die voor verificatie in aanmerking komen. Het fixatiebeginsel brengt echter wel mee dat verificatie van dergelijke nieuwe vorderingen uitsluitend mogelijk is indien en voor zover zij reeds besloten lagen in de rechtsverhouding zoals die bij het intreden van het faillissement bestond. Dat laatste is het geval indien de nieuwe vorderingen geen uitbreiding opleveren van de aanspraken die deze schuldeiser op grond van die rechtspositie op dat tijdstip al had. Voor zover er wel sprake is van een dergelijke uitbreiding, komen die vorderingen niet voor verificatie in aanmerking, behoudens voor zover de boedel ten gevolge van het ontstaan ervan is gebaat (zie art. 24 Fw). Niet valt in te zien, aldus de Hoge Raad, het voorgaande te beperken tot vorderingen die voortvloeien uit wederkerige overeenkomsten. Het geldt dus ook voor andere ten tijde van het intreden van het faillissement bestaande rechtsverhoudingen (bijvoorbeeld die uit onrechtmatige daad).

De Hoge Raad overweegt dat hij in het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* in r.o. 3.6.1. niet bedoeld heeft anders te oordelen dan in de vorige alinea is weergegeven. De bedoelde rechtsoverweging is te ruim geformuleerd en dient dus met de in de vorige alinea genoemde beperking te worden gelezen. Datzelfde geldt voor r.o. 3.7.2 in dat arrest. De genoemde overwegingen hebben dus geen betrekking op een vordering die eerst tijdens faillissement ontstaat en waarvan de toelating in het faillissement in strijd zou komen met het fixatiebeginsel.

Ten behoeve van de praktijk gaat de Hoge Raad vervolgens in op de betekenis van het voorgaande voor duurovereenkomsten en vorderingen tot betaling van schadevergoeding.

Duurovereenkomsten. Als voorbeelden van duurovereenkomsten noemt de Hoge Raad de volgende voorbeelden:

- a. een duurverplichting van de schuldenaar, zoals het verschaffen van huurgenot of een verplichting die voortvloeit uit een aan hem verleende licentie;
- b. een periodieke verplichting van de schuldenaar waarvoor de wederpartij geen prestatie meer verschuldigd is, zoals bijvoorbeeld een maandelijks verplichting van de schuldenaar waarbij de wederpartij bij jaarabonnement vooruit heeft betaald;
- c. een periodieke verplichting van de schuldenaar die de tegenprestatie vormt van de uitvoering van een duurverplichting door de wederpartij, zoals betaling van huur of een licentievergoeding;
- d. een (al dan niet periodieke) verplichting van de

schuldenaar die de tegenprestatie vormt van en telkens eerst wordt verschuldigd na en door een (al dan niet periodiek) door de wederpartij te verrichten prestatie, zoals de verplichting tot het betalen van onderhoudswerkzaamheden die de wederpartij in het kader van een raamovereenkomst verricht.

Ad a.: Deze verplichting blijft tijdens het faillissement doorlopen; zie *Tiethoff q.q./NMB* (ECLI:NL:HR:1989:AD0995) en *Berzona* (ECLI:NL:HR:2014:1681). De curator heeft niet de mogelijkheid deze verplichting niet na te komen. Hij kan wel gebruik maken van een eventueel in de overeenkomst of de wet geregelde mogelijkheid tot beëindiging.

Ad b.: De hieruit voortvloeiende vordering kan geverifieerd worden met toepassing van het bepaalde in art. 131 Fw.

Ad c.: Zolang de wederpartij diens verplichting blijft nakomen, blijft daarom telkens de tegenprestatie door de schuldenaar verschuldigd. De vordering van de wederpartij komt dus voor verificatie in aanmerking. Indien de voortzetting van de overeenkomst niet in het belang van de boedel is dient de curator die zo spoedig (als) mogelijk te beëindigen.

Ad d.: Hierbij moet onderscheid gemaakt worden: Als de wederpartij verplicht is in de toekomst prestaties te verrichten dan is die situatie gelijk aan die van c. Als de wederpartij wel de mogelijkheid had, maar niet de verplichting tot het verrichten van diens prestatie(s), dan komt diens daaruit voortvloeiende vordering niet voor verificatie in aanmerking, want in dat geval breidt die wederpartij diens aanspraken tijdens het faillissement uit door na het intreden daarvan, zonder daartoe gehouden te zijn, nadere prestatie te verrichten die nieuwe vorderingen opleveren, hetgeen in strijd is met het fixatiebeginsel.

Schadevergoeding. Vorderingen tot betaling van schadevergoeding die tijdens het faillissement ontstaan kunnen voor verificatie in aanmerking komen indien deze voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding en die verificatie niet in strijd komt met het fixatiebeginsel, zoals hierboven beschreven. In een dergelijk geval is niet van belang of de schade pas ontstaat, of de omvang daarvan pas duidelijk wordt, tijdens het faillissement. Met betrekking tot de schadevergoeding wegens van niet-nakoming van een verbintenis uit overeenkomst is art. 37a Fw van toepassing. Bestaat er grond voor vernietiging of ontbinding van de overeenkomst tijdens het faillissement dan kunnen de daaruit voortvloeiende vorderingen ter verificatie worden ingediend ook voor zover die betrekking hebben op de nakoming van de overeenkomst na het intreden van het faillissement.

Een voor verificatie in aanmerking komende vordering tot schadevergoeding kan als zodanig zijn neergelegd in een bij het ingaan van het faillissement bestaande overeenkomst – zie *BaByXL* (ECLI:NL:HR:2005:AT2650) – of direct uit de wet voortvloeien – zie *Koot Beheer/Tideman q.q.* – waarin de schuldenaar ex art. 7:224 BW de verplichting had het gehuurde bij het einde van de huur te herstellen.

Het voorgaande laat onverlet dat een contractueel beding dat een partij aanspraak heeft op schadevergoeding of een boete onder omstandigheden niet jegens de boedel kan worden ingeroepen; zie *Megapool* (ECLI:NL:HR:2013:BY9087), *Romania* (ECLI:NL:HR:2013:1244) en *Papierfabrieken Van Gelder* (ECLI:NL:HR:1990:AC2325). Daarnaast staan de curator de algemene middelen ten dienste om tegen een dergelijk beding op te treden, zoals matiging van een boete (art. 6:94 lid 1 BW) en/of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW).

Voor vorderingen ten aanzien waarvan de surseance werking heeft, geldt in de gevallen als bedoeld in art. 249 Fw het bovenstaand ook vanaf het moment van het ingaan van de surseance.

Als de waarde van de na faillietverklaring ontstane vorderingen onzeker is, zijn de in de art. 131 en 133 Fw voortvloeiende regels van overeenkomstige toepassing. Die vorderingen dienen op de in art. 108 lid 1, aanhef en onder 1 Fw bepaalde moment ter verificatie te worden ingediend, ook voor zover het gaat om vorderingen die nog tijdens maar na de verificatievergadering zullen ontstaan.

In deze zaak handelt het om een beding (het 'Event of Default') dat strekt tot schadevergoeding, als hierboven beschreven, en niet om vorderingen die tijdens een faillissement uit een duurovereenkomst ontstaan. Een dergelijke vordering tot schadevergoeding (wegens wanprestatie) komt voor verificatie in aanmerking binnen de hierboven genoemde grenzen. Daarbij is niet van belang of de schade pas ontstaat of de omvang daarvan pas duidelijk wordt tijdens de surseance of het (daaropvolgende) faillissement.

De vragen 1. tot en met 3. worden vervolgens door de Hoge Raad als volgt beantwoord:

Vorderingen die zijn ontstaan tijdens een faillissement of een daaraan voorafgaande surseance komen in beginsel niet voor erkenning in aanmerking, omdat dat in strijd zou zijn met het fixatiebeginsel. Zij moeten echter wel worden erkend indien en voor zover zij besloten lagen in een ten tijde van het ingaan van dat faillissement of die surseance reeds bestaande rechtspositie van de schuldeiser, zodat geen sprake is van een uitbreiding van aanspraken die in strijd komt met het fixatiebeginsel. In dat geval maakt het niet uit of het ontstaan of de omvang van de vordering op het moment van het ingaan van de surseance nog niet zeker was.

Het antwoord op vraag 4. luidt:

Als een vordering ontstaat of in omvang toeneemt als gevolg van handelingen (aan de zijde) van de schuldeiser, staat dit in de weg aan de verificatie van de vordering (in deze omvang) indien dit ontstaan of deze toename van de omvang moet worden aangemerkt als een uitbreiding van de aanspraken zoals die ten tijde van het ingaan van de surseance (of van een niet op surseance aansluitend faillissement) al bestonden of

in de rechtspositie van deze schuldeiser besloten lagen.

Ten slotte het samengevatte antwoord op vraag 5:

Als de waarde van de na faillietverklaring ontstane vorderingen onzeker is, zijn de in art. 131 en 133 Fw voortvloeiende regels van overeenkomstige toepassing. Die vorderingen dienen op de in art. 108 lid 1, aanhef en onder 1 Fw bepaalde moment ter verificatie te worden ingediend, ook voor zover het gaat om vorderingen die nog tijdens maar na de verificatievergadering zullen ontstaan.

Rechtbank Rotterdam 23 maart 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:2621

Op 27 september 2016 is X, een natuurlijk persoon, bij verstek in staat van faillissement verklaard. Hij verzoekt de rechtbank dat faillissement op te heffen onder het gelijktijdig uitspreken van de toepassing van de WSNP. Ten aanzien van dat verzoek adviseert de curator positief.

Tijdens de behandeling van het verzoek op 15 maart 2018 verklaart X dat hij de brief van de griffier ex art. 3 lid 1 Fw indertijd heeft ontvangen en er bewust voor gekozen heeft bij de behandeling niet aanwezig te zijn. Daarnaast heeft hij verklaard de Nederlandse taal niet goed te beheersen en dat hij geen hulp heeft ingeroepen na de ontvangst van de brief van de griffier.

De rechtbank verklaart X niet-ontvankelijk in zijn verzoek, want het is zijn eigen risico als hij de Nederlandse taal niet (voldoende) machtig is en daarom de brief van de griffier niet (goed) heeft begrepen. Het had op de weg van X gelegen iemand in te schakelen om hem te helpen.

Hoge Raad 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:471

X is op verzoek van diens schuldeiser Z op 22 juli 2008 door de rechtbank in staat van faillissement verklaard, met aanstelling van mr. J. tot curator.

Een andere schuldeiser van X, te weten V, had voorafgaande aan het faillissement conservatoir beslag gelegd op onroerende zaken van X, waarvan de hoofdzak nog aanhangig was ten tijde van de faillietverklaring.

X gaat van de faillietverklaring in hoger beroep. De vorderingen van o.m. Z en V zijn door de curator geplaatst op de lijst van voorlopig erkende crediteuren. Daarnaast heeft het curator, na verkregen machtiging van de rechter-commissaris, de onroerende zaken, waarop het beslag namens V lag, verkocht en geleverd op 13 augustus 2008. Op 15 augustus is de koopsom, na aftrek van hetgeen o.m. de Rabobank toekwam, op de derdengeldrekening van de curator gestort.

Tijdens de behandeling in hoger beroep heeft de curator aangevoerd dat X met Z een minnelijke regeling heeft getroffen en dat het zich op zijn derdengeldrekening bevindende bedrag voldoende is om alle faillissementskosten te voldoen alsmede de vorderingen van alle (voorlopig) erkende crediteuren en dat er dan nog voldoende geld aanwezig is ter reservering van de betwiste vorderingen. Op grond van het voorgaande stelt de curator zich op

het standpunt dat X niet langer verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. Het Hof verenigt zich met dat standpunt en vernietigt het vonnis van faillietverklaring.

Bij brief van 22 augustus 2008 deelt de curator aan de advocaat van V mee, samengevat, dat er met de advocaat van X is afgesproken dat die op zich heeft genomen het totale crediteurenbestand van X af te wikkelen. De curator geeft de advocaat van V als advies om contact op te nemen met de advocaat van X.

Dat advies wordt door V en/of haar advocaat niet opgevolgd. V zet de aanhangige hoofdzaak voort hetgeen tot een toewijzend vonnis leidt op 18 november 2009. Vervolgens neemt de advocaat van V contact op met de curator met het verzoek het toegewezen bedrag te betalen.

Bij brief van 25 november 2009 deelt de curator mee welke afspraken er in augustus 2008 zijn gemaakt met de advocaat van X en dat het gegenereerde actief, na aftrek van de faillissementskosten, indertijd is overgemaakt naar de derdengeldrekening van de advocaat van X.

Vervolgens wordt door de advocaat van V de advocaat van X verzocht het toegewezen bedrag te betalen, aan welk verzoek niet wordt voldaan, waarop beslag wordt gelegd op de derdengeldrekening van de advocaat van X. Dan blijkt dat er zich geen actief van X meer op die derdengeldrekening aanwezig is. De volgende stap is dat V de curator pro se tot schadevergoeding aanspreekt, omdat die onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door er niet voor te zorgen dat er geld voor haar was gereserveerd.

De rechtbank wijst de vordering van V af, maar het Hof vernietigt dat vonnis en wijst het alsnog toe, waarbij het Hof 80% eigen schuld bij V heeft aangenomen.

In cassatie voert de curator als middel aan, samengevat, dat het Hof heeft miskend dat het de gefailleerde – X – en niet de curator is die in het kader van het door hem ingestelde hoger beroep tegen de faillietverklaring tracht om een minnelijke regeling te treffen. De rol van de curator is slechts om het Hof te informeren over de haalbaarheid van een dergelijke regeling.

Dat middel slaagt.

De HR overweegt dat het hier gaat om een vernietiging van een faillissement in hoger beroep op de grond dat de schuldenaar niet (of niet langer) verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen. In casu is de vernietiging erop gebaseerd dat de schuldenaar een minnelijke regeling heeft getroffen met de aanvrager van het faillissement, dat hij over voldoende middelen beschikt om alle andere schuldeisers en de faillissementskosten te voldoen, en dat hij tot die voldoening zal overgaan. Het bewerkstelligen van de vernietiging van een faillissement behoort niet tot de wettelijke taak van een curator, aldus de HR. Wel behoort het tot zijn taak dat hij de rechter, die moet oordelen over een door de schuldenaar ingesteld rechtsmiddel, informeert over de toestand van de boedel en dus onder meer inlichtingen geeft die van belang zijn voor de beoordeling of de schuldenaar zich al dan

niet (nog) bevindt in de toestand van te hebben opgehouden te betalen.

Volgt vernietiging en verwijzing.

VASTGOED CONTRACTEN.NL

ALLE VASTGOEDCONTRACTEN OP ÉÉN WEBSITE



vastgoedcontracten.nl
is een uitgave van

DEN HOLLANDER

100% up-to-date en bewerkbaar in Word
Ook abonnementen per onderdeel voor één vaste prijs
Opgesteld door topjuristen in vastgoedrecht
Met deskundig artikelsgewijs commentaar en alternatieve bepalingen

Download nu gratis een contract naar keuze:
www.vastgoedcontracten.nl/ct

Deelnemende kantoren

大成 DENTONS BOEKEL

ubink
rijs
Advocaten
vastgoed & overheid

Barnsteen
advocatuur

BvdV
ADVOCATEN & BELASTINGADVISEURS

Lexence
advocaten & notarissen

Hielkema & Co

HOUTHOFF