

242

Curator niet persoonlijk aansprakelijk voor niet-afgeven administratie na einde faillissement

Gerechtshof Amsterdam
 11 juni 2024, zaaknr. 200.316.774/01,
 ECLI:NL:GHAMS:2024:2189
 (mr. Deen, mr. Tillemma, mr. Molin)
 Noot mr. L.C.H.J. Hox

Curator geeft na einde faillissement niet alle administratie aan schuldenaar af. Schending art. 193 lid 3 Fw, maar geen persoonlijke aansprakelijkheid curator. Verwijzing naar HR 19 april 1996, «JOR» 1996/48, m.nt. Kortmann (Maclou); HR 16 december 2011, «JOR» 2012/65, m.nt. Spinath (Prakke/Gips); HR 8 april 2016, «JOR» 2016/180, m.nt. Bijloo (Schmitz q.q./Aerts Europa) en HR 9 november 2018, «JOR» 2019/26, m.nt. Tekstra (De Klerk q.q. c.s./X). Samenhang met Vzng. Rb. Noord-Holland 13 september 2018, «JOR» 2018/315, m.nt. Harmsen en Hof Amsterdam 10 december 2019, «JOR» 2020/125, m.nt. De Haan. Hoger beroep van Rb. Noord-Holland 22 juni 2022, «JOR» 2022/248, m.nt. Harmsen.

[Fw art. 193 lid 3; Rv art. 843a; BW art. 6:162]

Voor zover de faillissementscurator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels, komt hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toe (HR 16 december 2011, «JOR» 2012/65, m.nt. Spinath (Prakke/Gips)). Bij het gebruikmaken van die vrijheid geldt de norm van het Maclou-arrest, te weten dat een curator, kort gezegd, behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht (HR 19 april 1996, «JOR» 1996/48, m.nt. Kortmann (Maclou)). De curator dient zich te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan zijn inzicht overgelaten op welke wijze en langs welke weg dat belang het beste kan worden gediend. Bij toetsing aan de Maclou-norm moet worden be-

oordeeld of de curator in de gegeven omstandigheden in redelijkheid tot de desbetreffende gedragslijn heeft kunnen komen. Bij deze toets past volgens de Hoge Raad terughoudendheid. Voor persoonlijke aansprakelijkheid is immers vereist dat de curator ook persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt van zijn handelen. Daarvoor is vereist dat hij gehandeld heeft terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijze behoorde in te zien. Voor zover de curator wel is gebonden aan regels, heeft hij de hiervoor genoemde beleidsvrijheid niet. Komt hij die regels niet na, dan zal hij in beginsel op die grond persoonlijk aansprakelijk zijn jegens degenen met de belangen van wie hij bij de naleving van die regels rekening diende te houden. De omstandigheid dat een curator bij zijn gebondenheid aan regels niet de in het arrest Prakke/Gips bedoelde beleidsvrijheid heeft, betekent nog niet dat het enkele niet-naleven van die regels steeds tot zijn persoonlijke aansprakelijkheid leidt. Of dit zo is, hangt af van de individuele omstandigheden van het geval (HR 9 november 2018, «JOR» 2019/26, m.nt. Tekstra (De Klerk q.q. c.s./X)). Verder is vereist dat de curator een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt in de hiervoor bedoelde zin.

Toepassing van deze maatstaf leidt ertoe dat voor zover gedaagde handelde in strijd met de regel van art. 193 lid 3 Fw door de stukken na het einde van het faillissement onder zich te houden, hij hiervoor slechts persoonlijk aansprakelijk is als hem ter zake een persoonlijk verwijt treft. Of dit zo is, wordt beoordeeld in het licht van de omstandigheden van het geval. De volgende omstandigheden zijn daarbij van belang. Gedaagde mocht het dringende en herhaalde verzoek van de concurrente schuldeisers om afgifte van delen van de administratie en de boodschap dat ze zich niet zouden neerleggen bij zijn weigering tot afgifte, opvatten als een aanspraak op grond van art. 843a Rv. Dat een dergelijke aanspraak mogelijk is, volgt uit HR 8 april 2016, «JOR» 2016/180, m.nt. Bijloo (Schmitz q.q./Aerts Europa). Daaruit volgt dat gedaagde rekening moest houden met een wettelijke verplichting om (delen van) de administratie af te geven. Daarnaast rustte op gedaagde voornoemde plicht om op grond van art. 193 lid 3 Fw de administratie bij beëindiging van het faillissement aan de schuldenaar over te dragen. Gedaagde bevond zich dus in een situatie waarin hij te maken kreeg met onderling tegenstrijdige belangen van appellanten enerzijds en schuldeisers

anderzijds, en met meerdere wettelijke verplichtingen. Nu gedaagde te maken had met een vordering ex art. 843a Rv en hem daarover bovendien een procedure in het vooruitzicht was gesteld, is het niet persoonlijk verwijtbaar dat gedaagde ervoor koos om niet zelf te bepalen in hoeverre de aanspraak op art. 843a Rv terecht was, met het risico dat hij te veel of te weinig stukken aan de schuldeisers zou verstrekken, maar het oordeel over te laten aan de rechter.

Ook het door gedaagde onder zich houden van een deel van de administratie ná het kortgedingvonnis is niet persoonlijk verwijtbaar. In dit vonnis werd omschreven welke stukken in kopie afgegeven moesten worden aan de schuldeisers, waardoor de omvang van de aanspraak op grond van art. 843a Rv voor gedaagde duidelijk werd. In hetzelfde vonnis werd echter ook bepaald dat gedaagde niet gehouden was de administratie die hij op dat moment nog onder zich had, aan appellanten af te geven.

Dat het hof gedaagde daarna wel verplichtte tot afgifte van de administratie maakt dit niet anders. Omdat gedaagde in afwachting van de uitspraak in het hoger beroep handelde conform het kortgedingvonnis, kan niet worden gezegd dat hij het onjuiste van zijn handelen inzag of behoorde in te zien. Ten aanzien van het onder zich houden van een deel van de administratie kan gedaagde geen persoonlijk verwijt worden gemaakt. Een en ander leidt tot de conclusie dat gedaagde niet persoonlijk aansprakelijk is ten aanzien van dit handelen.

1. Pro Dev BV te Haarlem,

2. X,

appellanten,

advocaat: mr. M.S.F. Loor,

tegen

mr. Y,

geïntimeerde,

advocaat: mr. M.A. van der Pool.

1. De zaak in het kort

Deze zaak gaat over de vraag of [geïntimeerde] persoonlijk aansprakelijk is voor de schade die [appellanten] stelt te hebben geleden door het handelen van [geïntimeerde]. [geïntimeerde] was curator in het faillissement van H'lem Afbouw B.V. waarvan [appellanten] (indirect) bestuurder was. Het hof komt, net als de rechtbank, tot de conclusie dat [geïntimeerde] al het verweten han-

delen verrichtte in de hoedanigheid van curator. Verder is ook de conclusie van het hof dat het niet afgeven van een deel van de administratie door [geïntimeerde] in de gegeven omstandigheden er niet toe kan leiden dat hij persoonlijk aansprakelijk is voor de door [appellanten] gestelde schade. Het overige aan [geïntimeerde] verweten handelen toetst het hof aan de "Maclou-norm". Die toetsing leidt evenmin tot persoonlijke aansprakelijkheid van [geïntimeerde]. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank, waarin de vordering van [appellanten] is afgewezen.

(...; red.)

3. Feiten

De rechtbank heeft onder 2 van het bestreden vonnis de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. In hoger beroep is niet in geschil dat de feiten juist zijn weergegeven, zodat ook het hof van deze, hieronder weergegeven, feiten uitgaat, aangevuld met enkele feiten die eveneens tussen partijen vaststaan.

3.1. Bij vonnis van de rechtbank Noord-Holland van 6 september 2016 is bouwbedrijf H'lem Afbouw B.V. (hierna: H'lem Afbouw) in staat van faillissement verklaard (hierna: het faillissement) met aanstelling van [geïntimeerde] als curator.

3.2. Pro Dev was van 1 april 2011 tot 22 juli 2016 enig aandeelhouder en bestuurder van H'lem Afbouw. Sinds 22 juli 2016 is H'lem Bouw B.V. (hierna: H'lem Bouw) enig aandeelhouder en bestuurder van H'lem Afbouw. [appellant 2] is enig aandeelhouder en bestuurder van zowel Pro Dev als H'lem Bouw en in die hoedanigheid indirect bestuurder en enig aandeelhouder van H'lem Afbouw.

3.3. [geïntimeerde] heeft de advocaat van enkele concurrente schuldeisers op 10 april 2017 per e-mail het volgende bericht gestuurd:

"Ik kan je meedelen dat een accountant de administratie heeft beoordeeld. Aan de hand van zijn onderzoek kan de conclusie worden getrokken dat de bestuurder na het eerste kwartaal de stekker uit de onderneming had moeten trekken. Toen was immers voor hem duidelijk dat de onderneming niet meer levensvatbaar was. In een gesprek met de bestuurder heb ik dit aangegeven maar vooralsnog wijst hij elke aansprakelijkheid af. Ik zal op korte termijn een dagvaarding voorbereiden."

3.4. [geïntimeerde] en [appellanten] zijn in juli 2017 een vaststellingsovereenkomst overeengekomen (hierna: de vaststellingsovereenkomst). [geïntimeerde] heeft zich daarbij verplicht de volgende tekst in het faillissementsverslag op te nemen:

“In de afgelopen verslagperiode heeft de curator overleg gevoerd met de bestuurder ter zake de stelling van de curator dat de bestuurder de onderneming te lang heeft voortgezet en dat de bestuurder als gevolg hiervan aansprakelijk is. De bestuurder heeft uitgebreid tekst en uitleg gegeven en zich op het standpunt gesteld dat er geen sprake is van onrechtmatig handelen en aansprakelijkheid. Omdat de bestuurder van dit geschil af wil zijn, is door de bestuurder € 120.000,00 aan de boedel betaald tegen finale kwijting over en weer.”

3.5. Artikel 5 van de vaststellingsovereenkomst luidt:

“Partijen verplichten zich tot geheimhouding van alle gegevens, achtergronden en informatie ten aanzien van de minnelijke schikking tenzij deze gegevens, achtergronden en informatie van algemene bekendheid zijn dan wel openbaarmaking wettelijk verplicht is.”

3.6. Het openbare faillissementsverslag van [geïntimeerde] van 15 november 2017 vermeldt het volgende:

“Onbehoorlijk bestuur

In onderzoek

1-5-2017

De curator meent dat de bestuurder de onderneming te lang heeft voortgezet. Als gevolg hiervan is failliet doorgegaan met het aangaan van verplichtingen terwijl de bestuurder wist of behoorde te weten dat failliet deze verplichtingen niet meer kon nakomen. Hierdoor hebben schuldeisers schade geleden waarvoor de bestuurder aansprakelijk is, zo meent de curator. De curator is hierover in overleg getreden met de bestuurder. Deze wijst echter elke aansprakelijkheid af. De curator beraadt zich op te ondernemen stappen.

31 juli 2017

In de afgelopen verslagperiode heeft de curator overleg gevoerd met de bestuurder ter zake de stelling van de curator dat de bestuurder de onderneming te lang heeft voortgezet en dat de bestuurder als gevolg hiervan aansprakelijk is. De bestuurder heeft uitgebreid tekst en uitleg gegeven en zich op het standpunt gesteld dat er geen sprake is van onrechtmatig handelen en aansprakelijkheid. Omdat de bestuurder van dit geschil af

wil zijn, is door de bestuurder € 120.000,-- aan de boedel betaald tegen finale kwijting over en weer.”

3.7. [geïntimeerde] schrijft op 4 december 2017 per e-mail aan [appellant 2]:

“(…) Naar verwachting zal het faillissement in januari/februari 2018 zijn afgewikkeld.

Ik heb nog een 12tal mappen. Als bestuurder van de vennootschap verzoek ik u deze mappen op korte termijn op te halen en te bewaren.”

Deze mappen zijn vervolgens door [appellant 2] opgehaald. Dit betrof echter niet de volledige administratie van H'lem Afbouw. Een aantal mappen behorend tot die administratie heeft [geïntimeerde] op dat moment onder zich gehouden.

3.8. Het faillissement is op 21 februari 2018 door middel van een vereenvoudigde afwikkeling ex artikel 137a Faillissementswet (Fw) opgeheven.

3.9. Bij kortgedingvonnis van de rechtbank Noord-Holland van 13 september 2018 (hierna: het kortgedingvonnis) heeft de voorzieningenrechter geoordeeld dat [geïntimeerde] niet gehouden is tot afgifte aan [appellant 2] (als schuldenaar) van alle boeken en bescheiden als bedoeld in artikel 193 lid 3 Fw. Wel dient hij een kopie van die stukken aan [appellant 2] af te geven, teneinde deze in staat te stellen tot verweer, mocht het tot een procedure komen. De voorzieningenrechter heeft de vordering van de concurrente schuldeisers tot afgifte van bepaalde bescheiden grotendeels toegewezen. De beslissing in dit vonnis luidt:

“5.3. gebiedt Hoff q.q. op eerste verzoek van Bolle en Zoon B.V. c.s. doch niet eerder dan 30 dagen na betekening van dit vonnis, aan Bolle en Zoon B.V. c.s., (...) kopieën van de (financiële) administratie van H'lem Afbouw voor zover die door de accountant in het kader van het oorzakenonderzoek van de curator is beoordeeld af te geven,

5.4. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad.”

3.10. Bij kortgedingvonnis van de rechtbank Noord-Holland van 19 oktober 2018 (hierna: het executievonnis) heeft de voorzieningenrechter de vordering van [appellant 2] en H'lem Bouw tot het schorsen van de tenuitvoerlegging van de beslissing onder 5.3 van het kortgedingvonnis afgewezen.

3.11. Op 25 oktober 2018 heeft [geïntimeerde] – na sommatie daartoe – kopieën van de (financiële) administratie van H'lem Afbouw, voor zover die door de accountant in het kader van het oorzakenonderzoek van de curator is beoordeeld, afgegeven aan de concurrente schuldeisers.

3.12. Bij arrest van dit hof van 10 december 2019 is het kortgedingvonnis vernietigd voor zover dit is geweest tussen [appellant 2]/H'lem Bouw en [geïntimeerde]. Het hof heeft [geïntimeerde] veroordeeld tot afgifte aan H'lem Bouw (bestuurder van H'lem Afbouw) van alle boeken en bescheiden van H'lem Afbouw als bedoeld in artikel 193 lid 3 Fw, voor zover nog niet aan [appellant 2] of H'lem Bouw overhandigd. Het hof heeft [geïntimeerde] verboden om tot afgifte van stukken die behoren tot de boeken en bescheiden van H'lem Afbouw als bedoeld in artikel 193 lid 3 Fw aan derden over te gaan. [geïntimeerde] heeft de resterende administratie die hij nog onder zich hield op 7 januari 2020 aan [appellant 2] afgegeven.

3.13. Bij vonnis van 17 juni 2020 van de rechtbank Noord-Holland is [appellanten] gelet op zijn positie als bestuurder op grond van artikel 2:11 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) veroordeeld tot betaling van in totaal circa € 90.000,- aan de concurrente schuldeisers wegens aansprakelijkheid voor onrechtmatig handelen van H'lem Bouw.

3.14. In een brief van 24 juli 2020 van de advocaat van [appellanten] aan [geïntimeerde] staat onder meer:

“Allereerst heeft cliënte door uw handelen kosten moeten maken in de verschillende procedures (...). Ook stelt cliënte u aansprakelijk voor de overige kosten gemaakt in de verschillende procedures tegen zowel u als de verschillende crediteuren van H'lem Afbouw B.V. (u welbekend). De totale kosten hiervan bedragen €30.735,24.

Verder direct gevolg van uw handelen is dat u de met cliënte gesloten vaststellingsovereenkomst van 27 juli 2017 (en meer in het bijzonder het in artikel 5 opgenomen geheimhoudingsbeding) niet bent nagekomen en ook niet meer kan worden nagekomen. Cliënte ontbindt dan ook de vaststellingsovereenkomst en vordert betaling van het door haar betaalde bedrag ad € 120.000,-. Nu de boedel deze niet meer kan voldoen, geldt dat ook dit schade is die cliënte heeft geleden door uw handelen en waarvoor u persoonlijk aansprakelijk wordt gesteld.”

4. Eerste aanleg

4.1. [appellanten] heeft in eerste aanleg – samen-gevat – gevorderd [geïntimeerde] te veroordelen, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, tot betaling van € 150.735,24 vermeerderd met de contractuele vertragsrente, buitengerechtelijke

incassokosten vermeerderd met de wettelijke handelsrente en de proces- en nakosten, vermeerderd met de wettelijke handelsrente. Het bedrag van € 150.735,24 bestaat uit het bedrag van € 120.000,- dat uit hoofde van de vaststellingsovereenkomst is betaald, juridische kosten en betaalde alsmede niet ontvangen proceskosten.

4.2. De rechtbank heeft (kort gezegd) geoordeeld dat [geïntimeerde] steeds handelde in de hoedanigheid van curator. Voorts heeft de rechtbank geoordeeld dat niet kan worden gezegd dat [geïntimeerde] bij het niet afgeven van de administratie heeft gehandeld terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijs behoorde in te zien en dat met betrekking tot de overige verweten handelingen [geïntimeerde] in redelijkheid tot de desbetreffende gedragslijn heeft kunnen komen. [geïntimeerde] kan volgens de rechtbank geen persoonlijk verwijt worden gemaakt, waardoor er geen sprake is van persoonlijke aansprakelijkheid. De rechtbank heeft de vorderingen van [appellanten] afgewezen en hem veroordeeld in de kosten van de procedure in eerste aanleg.

5. Beoordeling

5.1. [appellanten] heeft in hoger beroep negen grieven aangevoerd. [appellanten] heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en zijn vorderingen alsnog zal toewijzen.

5.2. [geïntimeerde] heeft geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met veroordeling van [appellanten] in de kosten van het geding met nakosten en rente.

Hoedanigheid

5.3. Met zijn eerste grief richt [appellanten] zich tegen het oordeel van de rechtbank dat [geïntimeerde] de verweten gedragingen in zijn hoedanigheid van curator verrichtte.

5.4. Het hof overweegt dat [geïntimeerde] in essentie wordt verweten dat hij twee verplichtingen niet is nagekomen. Ten eerste de verplichting op grond van artikel 193 lid 3 Fw om bij het einde van het faillissement de boeken en papieren die door [geïntimeerde] in de boedel werden gevonden aan [appellant 2] af te geven. Deze verplichting rustte op [geïntimeerde] in zijn hoedanigheid van curator. De tweede is de contractuele geheimhoudingsverplichting uit de tussen partijen gesloten vaststellingsovereenkomst. De vaststellingsovereenkomst is [geïntimeerde] uitdrukkelijk

aangegaan in zijn hoedanigheid van curator. Bij het handelen ter uitvoering van of in verband met deze genoemde twee verplichtingen gaat het daarom in beginsel ook om handelingen die [geïntimeerde] verrichtte in zijn rol als curator, ook waar het gaat om de periode na de beëindiging van het faillissement. In zoverre duurde zijn rol nog voort. Concrete feiten waaruit volgt dat [geïntimeerde] daarbij niettemin voor zichzelf handelde heeft [appellanten] niet gesteld. Het hof is dan ook van oordeel dat het [geïntimeerde] verweten handelen moet worden beoordeeld in het kader van zijn hoedanigheid van curator. Hieruit volgt dat grief 1 faalt.

Persoonlijke aansprakelijkheid curator

Maatstaf

5.5. Het hof stelt voorop dat de maatstaf zoals geformuleerd door de rechtbank in rov. 4.6 niet is bestreden. Deze maatstaf houdt het volgende in. Voor zover de faillissementscurator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels, komt hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toe (HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, Prakke/Gips). Bij het gebruikmaken van die vrijheid geldt de norm van het Maclou-arrest, te weten dat een curator, kort gezegd, behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht (HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047). De curator dient zich te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan zijn inzicht overgelaten op welke wijze en langs welke weg dat belang het beste kan worden gediend. Bij toetsing aan de Maclou-norm moet worden beoordeeld of de curator in de gegeven omstandigheden in redelijkheid tot de desbetreffende gedragslijn heeft kunnen komen. Bij deze toets past volgens de Hoge Raad terughoudendheid. Voor persoonlijke aansprakelijkheid is immers vereist dat de curator ook persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt van zijn handelen. Daarvoor is vereist dat hij gehandeld heeft terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijze behoorde in te zien.

Voor zover de curator wel is gebonden aan regels, heeft hij de hiervoor genoemde beleidsvrijheid niet. Komt hij die regels niet na, dan zal hij in beginsel op die grond persoonlijk aansprakelijk zijn

jegens degenen met de belangen van wie hij bij de naleving van die regels rekening diende te houden. De omstandigheid dat een curator bij zijn gebondenheid aan regels niet de in het arrest Prakke/Gips bedoelde beleidsvrijheid heeft, betekent nog niet dat het enkele niet naleven van die regels steeds tot zijn persoonlijke aansprakelijkheid leidt. Of dit zo is, hangt af van de individuele omstandigheden van het geval (HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067 («JOR» 2019/26, m.nt. Tekstra; red.), De Klerk q.q. en El Ayoubi pro se/X). Verder is vereist dat de curator een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt in de hiervoor bedoelde zin.

Afgifte administratie ex artikel 193 lid 3 Fw

5.6. In zijn tweede en vijfde grief komt [appellanten] op tegen het oordeel van de rechtbank dat [geïntimeerde] geen persoonlijk verwijt treft met betrekking tot het in strijd met artikel 193 lid 3 Fw onder zich houden van een deel van de administratie van H'lem Afbouw. [appellanten] stelt dat het niet klopt dat [geïntimeerde] bij het nemen van de beslissing om de administratie onder zich te houden handelende in een situatie van tegenstrijdige belangen, omdat de belangen van de concurrente schuldeisers al in aanmerking waren genomen bij het sluiten van de vaststellingsovereenkomst.

5.7. [geïntimeerde] voert aan dat hij voor het einde van het faillissement is benaderd door de advocaat van meerdere schuldeisers. De advocaat zocht contact omdat de schuldeisers geen reactie hadden ontvangen op de aansprakelijkstelling die zij [appellant 2] stuurden naar aanleiding van het openbare faillissementsverslag van 15 november 2017. De advocaat verzocht [geïntimeerde] om het beschikbaar stellen van delen van de administratie van H'lem Afbouw. [geïntimeerde] heeft daar naar eigen zeggen geen gehoor aan gegeven omdat hij betwijfelde of de schuldeisers recht hadden op inzage in alle stukken. [geïntimeerde] heeft ter zitting toegelicht dat de advocaat van de schuldeisers bij het eerste contact al duidelijk liet weten serieus werk te gaan maken van de verordening op [appellanten] en het verkrijgen van inzage in de stukken. Ook is toen de mogelijkheid om de stukken op te vragen met een beroep op artikel 843a Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) ter sprake gekomen, aldus [geïntimeerde]. Na dit contact besloot [geïntimeerde] om enkele mappen met administratie nog niet af

te geven aan [appellanten] Na een herhaald verzoek van de advocaat van schuldeisers, begin februari 2018, besloot [geïntimeerde] om na de aanstaande beëindiging van het faillissement deze mappen onder zich te houden en niet de gehele administratie aan [appellant 2] af te geven, maar het oordeel van de voorzieningenrechter over een op artikel 843a Rv gebaseerde vordering van de schuldeisers af te wachten.

5.8. Toepassing van de in rov. 5.5 weergegeven maatstaf leidt ertoe dat voor zover [geïntimeerde] handelde in strijd met de regel van artikel 193 lid 3 Fw door de stukken na het einde van het faillissement onder zich te houden, hij hiervoor slechts persoonlijk aansprakelijk is als hem ter zake een persoonlijk verwijt treft in de onder 5.5 genoemde zin. Of dit zo is wordt beoordeeld in het licht van de omstandigheden van het geval. De volgende omstandigheden zijn daarbij van belang.

5.9. [appellanten] stelt dat nu [geïntimeerde] bij het sluiten van de vaststellingsovereenkomst met [appellanten] de belangen van de concurrente schuldeisers al in aanmerking had genomen, de overweging dat [geïntimeerde] handelde in een situatie van onderling tegenstrijdige belangen niet kan worden gevolgd. [appellanten] miskent daarbij echter dat het sluiten van de vaststellingsovereenkomst door [geïntimeerde] de mogelijke individuele vorderingsrechten van de schuldeisers jegens [appellanten] onverlet liet. De belangen van de individuele schuldeisers bij hun vorderingen zijn dus in zoverre niet in aanmerking genomen bij het sluiten van de vaststellingsovereenkomst.

5.10. Het waren deze individuele schuldeisers die zich in november 2017 bij [geïntimeerde] meldten met een verzoek om stukken. Het hof overweegt dat [geïntimeerde] het dringende en herhaalde verzoek van de concurrente schuldeisers om afgifte van delen van de administratie en de boodschap dat ze zich niet zouden neerleggen bij zijn weigering tot afgifte, mocht opvatten als een aanspraak op grond van artikel 843a Rv. Dat een dergelijke aanspraak mogelijk is, volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 8 april 2016 (ECLI:NL:HR:2016:612 («JOR» 2016/180, m.nt. Bijloo (*Schmitz q.q./Aerts Europa*); red.)). In dat arrest overweegt de Hoge Raad dat indien een schuldeiser van de failliet informatie uit diens boekhouding wenst te verkrijgen met het oog op een mogelijkere wijze door hem in te stellen vordering tegen een derde, hij daartoe de weg kan be-

wandelen van een op de voet van artikel 843a Rv aanhangig te maken vordering tegen de curator. Daaruit volgt dat [geïntimeerde] rekening moest houden met een wettelijke verplichting om (delen van) de administratie af te geven.

5.11. Daarnaast rustte op [geïntimeerde] voornoemde plicht om op grond van artikel 193 lid 3 Fw de administratie bij beëindiging van het faillissement aan de schuldenaar over te dragen.

5.12. [geïntimeerde] bevond zich dus in een situatie waarin hij te maken kreeg met onderling tegenstrijdige belangen van [appellanten] enerzijds en schuldeisers anderzijds, en met meerdere wettelijke verplichtingen. Nu [geïntimeerde] te maken had met een vordering ex artikel 843a Rv en hem daarover bovendien een procedure in het vooruitzicht was gesteld, acht het hof het niet persoonlijk verwijtbaar dat [geïntimeerde] ervoor koos om niet zelf te bepalen in hoeverre de aanspraak op artikel 843a Rv terecht was, met het risico dat hij te veel of te weinig stukken aan de schuldeisers zou verstrekken, maar het oordeel over te laten aan de rechter. Op die manier was immers gewaarborgd dat de schuldeisers ook daadwerkelijk de beschikking zouden krijgen over de documenten waarop zij recht hadden op grond van artikel 843a Rv, maar niet over méér dan dat. Daarmee beoogde [geïntimeerde] recht te doen aan de gerechtvaardigde belangen van zowel [appellanten] als de schuldeisers.

5.13. Wat betreft het door [geïntimeerde] onder zich houden van een deel van de administratie ná het kortgedingvonnis overweegt het hof als volgt. In dit vonnis werd omschreven welke stukken in kopie afgegeven moesten worden aan de schuldeisers, waardoor de omvang van de aanspraak op grond van artikel 843a Rv voor [geïntimeerde] duidelijk werd. In hetzelfde vonnis werd echter ook bepaald dat [geïntimeerde] niet gehouden was de administratie die hij op dat moment nog onder zich had aan [appellanten] af te geven. Het hof acht het, gelet op deze omstandigheid, niet persoonlijk verwijtbaar dat [geïntimeerde] na het kortgedingvonnis ervoor heeft gekozen genoemde administratie onder zich te houden. Dat dit hof [geïntimeerde] daarna wel verplichtte tot afgifte van de administratie maakt dit niet anders. Omdat [geïntimeerde] in afwachting van de uitspraak in het hoger beroep handelde conform het kortgedingvonnis kan niet worden gezegd dat hij het onjuiste van zijn handelen inzag of behoorde in te zien.

5.14. Hoewel van [geïntimeerde] verwacht had mogen worden dat hij [appellant 2] bij het ophalen van de administratie had uitgelegd dat en waarom hij maar een deel van de administratie mee kreeg, kan niet worden geoordeeld dat [geïntimeerde] de belangen van [appellanten] uit het oog is verloren. Na zijn keuze om het oordeel over de verstrekking van de stukken aan de voorzieningenrechter over te laten, heeft [geïntimeerde] verweer gevoerd in de door de concurrente schuldeisers gestarte artikel 843a Rv-procedure. Na het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde vonnis in die procedure heeft [geïntimeerde] bovendien de uitkomst van het door [appellanten] gestarte executiegeschil afgewacht alvorens hij uitvoering heeft gegeven aan het vonnis.

5.15. Het hof is gezien het voorgaande van oordeel dat ten aanzien van het onder zich houden van een deel van de administratie geen persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. Een en ander leidt tot de conclusie dat [geïntimeerde] niet persoonlijk aansprakelijk is ten aanzien van dit handelen. Daarmee falen de grieven 2 en 5 en komt het hof niet toe aan grief 3. Eveneens faalt hierdoor grief 4 voor zover daarin door [appellanten] aanspraak wordt gemaakt op vergoeding van de juridische kosten van de procedure die hij tegen [geïntimeerde] voerde over deze stukken. Met betrekking tot grief 4 verwijst het hof voor het overige nog naar rov. 5.27 e.v. hierna.

Overig verweten handelen

Schending geheimhoudingsbepaling vaststellings-overeenkomst

5.16. In zijn grieven 6 en 8 stelt [appellanten] dat de rechtbank ten onrechte tot het oordeel is gekomen dat [geïntimeerde] niet heeft gehandeld in strijd met de geheimhoudingsbepaling uit de vaststellingsovereenkomst, en dat de rechtbank ten onrechte heeft geconcludeerd dat [geïntimeerde] ter zake geen persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. [appellanten] stelt dat [geïntimeerde] door in strijd met de wet de administratie niet af te geven, zichzelf in een situatie heeft gebracht waarin hij de administratie moest afgeven op grond van een vonnis. Nu [geïntimeerde] dus via een kunstgreep een situatie heeft gecreëerd waarin hij gebruik zou kunnen maken van de uitzondering in de geheimhoudingsbepaling (“tenzij (...) openbaarmaking wettelijk verplicht

is.”), komt [geïntimeerde] geen beroep op deze uitzondering toe, aldus [appellanten]

5.17. [geïntimeerde] wijst naast hetgeen hij aanvoerde ten aanzien van zijn verplichting op grond van artikel 193 lid 3 Fw onder meer op het volgende. Het gebod in het kortgedingvonnis tot afgifte van kopieën van een deel van de administratie aan de concurrente schuldeisers was uitvoerbaar bij voorraad verklaard, zodat hij daar binnen de gestelde voorwaarden aan moest voldoen. Te meer omdat in het executievonnis de vordering tot het schorsen van de tenuitvoerlegging van dat gebod werd afgewezen.

5.18. Het hof overweegt dat met het oordeel dat [geïntimeerde] geen persoonlijk verwijt kan worden gemaakt met betrekking tot het na het faillissement onder zich houden van de administratie van H'lem Afbouw, de grond onder de stelling van [appellanten] dat [geïntimeerde] geen beroep toekomt op de uitzonderingsbepaling uit het geheimhoudingsbeding omdat hij de stukken überhaupt niet meer onder zich had mogen hebben, komt te vervallen.

5.19. Het hof stelt voor het overige voorop dat overeenkomstig hetgeen de Hoge Raad overwoog in het arrest *Prakke/Gips* (HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204 («JOR» 2012/65, m.nt. Spinath (*Prakke/Gips*); red.)) [geïntimeerde] een ruime mate van vrijheid toekwam met betrekking tot het overige hem verweten handelen, nu hij hierbij als curator niet aan regels was gebonden. Bij de beoordeling of hij ter zake van dit handelen persoonlijk aansprakelijk is, zal het hof zijn handelen daarom toetsen aan de in rov. 5.5 besproken norm van het *Maclou*-arrest (HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047). Zoals gezegd, is het oordeel van de rechtbank over de toepasselijkheid van deze norm op het overige aan [geïntimeerde] verweten handelen bovendien niet bestreden (bestreden vonnis, rov. 4.15).

5.20. Bij de beantwoording van de vraag of [geïntimeerde] een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt ten aanzien van het delen van de (financiële) administratie van H'lem Afbouw met de concurrente schuldeisers is het volgende van belang. [appellanten] stelt dat dit handelen strijdig is met de geheimhoudingsbepaling uit de vaststellingsovereenkomst. Het hof overweegt dat in deze bepaling is opgenomen dat partijen niet tot geheimhouding verplicht zijn als zij wettelijk verplicht zijn tot openbaarmaking. Het in een vonnis neergelegd gebod tot het delen van bepaalde be-

scheiden is een dergelijke wettelijke plicht. In het kortgedingvonnis van 13 september 2018 heeft de voorzieningenrechter [geïntimeerde] in een in zoverre uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis geboden op het eerste verzoek van de concurrente schuldeisers, doch niet eerder dan 30 dagen na betekening van dat vonnis kopieën van de (financiële) administratie voor zover die door de accountant in het kader van het oorzakenonderzoek van de curator is beoordeeld af te geven. [geïntimeerde] heeft na sommatie gewacht met het afgeven van deze stukken tot dat de vordering van [appellanten] tot schorsing van de tenuitvoerlegging van het kortgedingvonnis in het executievonnis van 19 oktober 2018 werd afgewezen. Dit delen van stukken met de concurrente schuldeisers valt hierdoor onder de uitzondering van de geheimhoudingsbepaling. Het hof komt dan ook tot de conclusie dat geen sprake is van een tekortkoming in de nakoming van de vaststellingsovereenkomst door voornoemd handelen van [geïntimeerde] en dat hem ter zake geen persoonlijk verwijt treft. Hiermee faalt grief 6.

5.21. Gezien het voorgaande komt het hof niet toe aan behandeling van de in grief 8 neergelegde stelling van [appellanten] dat de rechtbank ten onrechte heeft geconcludeerd dat [appellanten] onvoldoende heeft onderbouwd dat de financiële administratie van H'lem Bouw (het hof begrijpt Afbouw) die door de accountant in het kader van het oorzakenonderzoek is beoordeeld, onder de geheimhoudingsplicht valt.

5.22. Voor zover [appellanten] heeft gesteld dat [geïntimeerde] nog meer informatie heeft gedeeld met de concurrente schuldeisers of andere derden heeft [appellanten] onvoldoende concreet gemaakt welke informatie daardoor is geopenbaard terwijl deze op basis van de vaststellingsovereenkomst geheim had moeten blijven.

5.23. Met betrekking tot het delen van informatie met de concurrente schuldeisers door [geïntimeerde] concludeert het hof dat [geïntimeerde] niet in strijd heeft gehandeld met het geheimhoudingsbeding in de vaststellingsovereenkomst, dat hij in redelijkheid tot zijn gedragslijn heeft kunnen komen en dat hem ter zake geen persoonlijk verwijt treft.

Te laat informeren over artikel 843a Rv-procedure

5.24. In grief 7 stelt [appellanten] dat niet valt in te zien hoe de rechtbank tot het oordeel heeft kunnen komen dat [appellanten] voldoende tijd heeft

gehad om zich tegen de vorderingen van de concurrente schuldeisers te verweren. Dit oordeel ziet op het verwijt van [appellanten] dat [geïntimeerde] hem pas op een zeer laat tijdstip heeft geïnformeerd over de door de concurrente schuldeisers gestarte procedure om de administratie af te geven, waarbij hij [appellanten] ook pas voor het eerst informeerde over het feit dat hij nog administratie in bezit had. Dit had volgens [appellanten] als gevolg dat hij niet meer voldoende tijd had om zich tegen de afgifte te verzetten.

5.25. [geïntimeerde] heeft de grief betwist onder verwijzing naar de gevoegde en gelijktijdige behandeling van de zaken tussen de schuldeisers en [geïntimeerde] en tussen H'lem Bouw B.V./[appellant 2] en [geïntimeerde].

5.26. Het hof overweegt dat uit hetgeen [appellanten] aanvoert in de toelichting op grief 7 niet volgt dat en waarom hij onvoldoende tijd had om zich tegen de vorderingen van de schuldeisers te verzetten, zodat dit oordeel onvoldoende gemotiveerd is bestreden en de grief reeds daarom faalt. Bovendien lag het op de weg van [appellanten] om te onderbouwen wat hij zou hebben aangevoerd als hij meer tijd had gehad om zich te verweren tegen de artikel 843a Rv-vordering van de concurrente schuldeisers en hoe dat tot een voor hem gunstiger uitkomst zou hebben geleid. Dat heeft hij, ook na een vraag hierover op zitting, niet gedaan. Benadeling van [appellanten] op dit punt komt dan ook niet vast te staan. Grief 7 faalt.

Causaal verband en schade

5.27. Hoewel reeds uit het voorgaande volgt dat de vorderingen van [appellanten] niet voor toewijzing in aanmerking komen, overweegt het hof ten overvloede het volgende over het causaal verband tussen de door [appellanten] gestelde schade en het handelen dat hij [geïntimeerde] verwijt. In grief 4 stelt [appellanten] schade te lijden doordat hij door de tekortkoming in de nakoming van de vaststellingsovereenkomst door [geïntimeerde] grond heeft om de vaststellingsovereenkomst te ontbinden.

5.28. Het bestaan van causaal verband tussen het verweten handelen en de gestelde schade wordt door [geïntimeerde] betwist.

5.29. Het hof stelt voorop dat de gestelde schade pas voor vergoeding in aanmerking kan komen als vastgesteld wordt dat de schade niet zou bestaan als de schadeveroorzakende gebeurtenis

niet zou hebben plaatsgevonden (condicio sine qua non-verband). In dit geval is de schadeveroorzakende gebeurtenis volgens [appellanten] de tekortkoming in de nakoming van de vaststellingsovereenkomst door [geïntimeerde], waardoor [appellanten] deze overeenkomst kan ontbinden. Ontbinding van de vaststellingsovereenkomst leidt tot een terugbetalingsverplichting van € 120.000,- voor de boedel. Nu de boedel dit bedrag niet kan terugbetalen, ontstaat voor [appellanten] een niet-verhaalbare vordering op de boedel en lijdt hij dus schade, aldus [appellanten]. Het hof overweegt dat als de schadeveroorzakende gebeurtenis wordt weggedacht, de vaststellingsovereenkomst tussen partijen nog steeds geldt en [appellanten] geen vordering op de boedel heeft. In beide situaties, dus zowel met als zonder de gestelde tekortkoming, heeft [appellanten] geen (verhaalbare) vordering van € 120.000,- op de boedel. Het hof komt dan ook tot de conclusie dat ook als sprake zou zijn van een tekortkoming in de nakoming van de vaststellingsovereenkomst, een causaal verband tussen deze tekortkoming en de door [appellanten] gestelde schade, niet komt vast te staan. Dit leidt ertoe dat grief 4 ook voor het overige faalt.

Slot

5.30. Een en ander leidt tot de conclusie dat dat [geïntimeerde] niet persoonlijk aansprakelijk is voor de door [appellanten] gestelde schade, en dat ook grief 9 faalt. Geen van de grieven treft doel. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. [appellanten] is in het hoger beroep in het ongelijk gesteld en zal daarom worden veroordeeld in de proceskosten in hoger beroep. Het hof stelt deze kosten als volgt vast:
(...; red.)

6. Beslissing

Het hof:
bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;
veroordeelt [appellanten] in de kosten van het geding in hoger beroep (...; red.).

NOOT

1. De curator van een bouwbedrijf (een bv) doet, met behulp van een accountant, onderzoek naar de oorzaken van het faillissement en concludeert tot aansprakelijkheid van het bestuur. De onder-

neming zou na de peildatum te lang zijn voortgezet, waardoor de gezamenlijke schuldeisers schade hebben geleden. De curator maakt hiervan op hoofdlijnen melding in zijn verslag en mailt daarover separaat met de advocaat van een aantal individuele schuldeisers. De curator schikt met het bestuur, waarna hij het faillissement voordraagt voor vereenvoudigde afwikkeling. De concurrente schuldeisers, waaronder de individuele schuldeisers, ontvangen dus geen uitdeling uit het faillissement.

2. In de afwikkelingsfase nodigt de curator het bestuur uit om de administratie op te halen. De curator geeft echter niet alle administratie af. Hij houdt een paar klappers onder zich met de delen van de administratie die zijn gedeeld met de accountant in het kader van zijn onderzoek. Het achterhouden van die klappers wordt kennelijk niet gedeeld met het bestuur. Het faillissement wordt vervolgens wel gewoon afgewikkeld. Voorafgaand aan en ook na de afwikkeling correspondeert de curator nog met de advocaat van de individuele schuldeisers. Die advocaat kondigt concreet actie aan tegen het bestuur.

3. Diens eerste actie is het in kort geding instellen van een exhibitievordering ex art. 843a Rv tegen de dan al gedefungeerde curator. Zo willen de individuele schuldeisers de achtergehouden klappers verkrijgen om hun informatieachterstand te verkleinen. Dat art. 843a Rv het juiste middel hiervoor is, in plaats van art. 3:15j sub d BW, volgt uit HR 8 april 2016, «JOR» 2016/180, m.nt. Bijloo (*Schmitz q.q./Aerts Europa*).

4. Het bestuur verneemt van de curator over de art. 843a Rv-procedure en de achtergehouden klappers. Het bestuur start vervolgens ook een kort geding tegen de curator. Het bestuur vordert ex art. 193 lid 3 Fw afgifte van de volledige administratie door de curator. Het bestuur is immers, nu niet anders is geregeld, ex art. 2:24 lid 1 BW en op grond van de statuten de bewaarder van de boeken en bescheiden van de ontbonden bv. De procedures worden tegelijkertijd behandeld, zie Rb. Noord-Holland 13 september 2018, «JOR» 2018/315, m.nt. Harmsen. Deze procedure wordt gevolgd door een procedure tot schorsing van de executie (afgewezen en niet gepubliceerd) en, slechts tussen het bestuur en de curator, een hoger beroep, zie Hof Amsterdam 10 december 2019, «JOR» 2020/125, m.nt. De Haan.

5. De uitkomst van het hoger beroep is dat de curator alsnog gehouden is om de volledige ad-

ministratie af te geven aan het bestuur. Daarnaast is het de curator verboden om de administratie af te geven aan derden, zoals aan de individuele schuldeisers. Wat betreft dat tweede punt: daar was het kwaad (bezien vanuit het perspectief van het bestuur) al geschied. Nadat het verzoek van het bestuur tot schorsing van de executie was afgewezen, had de curator de betreffende administratie in kopie al verstrekt aan de individuele schuldeisers.

6. De individuele schuldeisers pakken door richting het bestuur. Mede op basis van de achterhaalde administratie wordt een dagvaarding uitgebracht. De rechtbank stelt gedeeltelijke aansprakelijkheid vast, zie Rb. Noord-Holland 7 juni 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:4451. De bv is na de peildatum, enkele maanden voorafgaand aan het faillissement, nog nieuwe verplichtingen aangegaan, terwijl het bestuur wist of behoorde te weten dat die nieuwe verplichtingen niet zouden worden nagekomen en de bv ook geen verhaal zou bieden voor de schade geleden door bepaalde individuele crediteuren (schending Beklamel-norm). Het bestuur betaalt vervolgens ook aanzienlijke bedragen aan een deel van de individuele schuldeisers.

7. Het bestuur voelt zich belazerd door de curator. De curator wordt aansprakelijk gesteld voor onnodig gemaakte proceskosten door het bestuur en tot terugbetaling van het schikkingsbedrag. Ik kan niet beoordelen of het bestuur zich terecht belazerd voelt, of wellicht geërgerd naar de eigen advocaat moet kijken. Ik kan mij wel voorstellen dat het niet prettig is om door de kat én de hond te worden gebeten. Ik heb de uitkomst van HR 21 december 2001, «JOR» 2002/37, m.nt. Faber (*Lunderstädt/De Kok I*), hoewel juridisch navolgbaar, altijd onhandig gevonden. Het gegeven dat zowel de curator als de individuele schuldeisers op grond van hetzelfde feitencomplex een onrechtmatigedaadvordering kunnen instellen tegen het bestuur, zorgt er geregeld voor dat dit soort kwesties zeer ingewikkeld zijn op te lossen. Een exclusieve bevoegdheid van de één of de ander is wellicht efficiënter.

8. De vordering van het bestuur op de curator wordt in twee instanties afgewezen. In beide instanties wordt vastgesteld dat de curator, hoewel reeds gedefungeerd, de verweten gedragingen steeds in hoedanigheid heeft verricht. De hoedanigheid van curator kan onder omstandigheden

en voor bepaalde gedragingen dus voort blijven duren na het faillissement.

9. Voorts wordt vastgesteld dat art. 193 lid 3 Fw een “regel” is in de zin van HR 16 december 2011, «JOR» 2012/65, m.nt. Spinath (*Prakke/Gips*). Deze regel is in casu geschonden door de curator. Het enkele niet-naleven van die regel leidt evenwel niet automatisch tot persoonlijke aansprakelijkheid. Hiervoor moeten ook de individuele omstandigheden van het geval worden meegewogen, zie HR 9 november 2018, «JOR» 2019/26, m.nt. Tekstra (*De Klerk q.q. c.s./X*). Rechtbank en hof maken klip en klaar dat de curator in de gegeven omstandigheden, met tegenstrijdige belangen, de afwegingen kon maken zoals hij die heeft gemaakt. Daarnaast ontbreken de relativiteit en causaliteit. Ik volsta hiervoor te verwijzen naar de noot van Harmsen bij Rb. Noord-Holland 22 juni 2022, «JOR» 2022/248.

10. De lat voor persoonlijke aansprakelijkheid van een curator wordt terecht hoog gelegd en in deze casus niet gehaald. Dat de curator in kwestie niet persoonlijk aansprakelijk is, wil echter niet zeggen dat er geen lessen zijn te leren.

11. De curator had eerder, vollediger en transparanter kunnen communiceren met het bestuur over de informatiebehoefte van de individuele schuldeisers. Het zonder uitleg achterhouden van delen van de administratie is ook onwenselijk en zal hebben bijgedragen aan het gevoel van bedonderd zijn. Het handelen van de curator, die lid is van INSOLAD, zou vermoedelijk de toets van de INSOLAD Toetsingscommissie niet hebben doorstaan. Zie een recente uitspraak van de Toetsingscommissie in een zeer vergelijkbare casus (24 mei 2023, 2023/4): “Het achterwege laten van informatie waar niet expliciet naar gevraagd is maar wel naar gevraagd kon worden, wetende dat die informatie van belang is voor Verzoeker, geeft geen blijk van zorgvuldig handelen. Bij het juist informeren hoort naar het oordeel van de Toetsingscommissie ook dat een curator specifieke zaken niet weglaat die (mogelijk) van belang kunnen zijn voor een juiste voorstelling van zaken. Het gebod om juiste informatie te verstrekken omvat de verplichting om (ook) volledig te informeren.”

12. De Toetsingscommissie geeft ook nog enkele andere handvatten voor dit soort kwesties: “De Curator had (eenvoudig) met het belang van Verzoeker [LH: de getrapte bestuurder] rekening kunnen houden door bijvoorbeeld 1) eerst na een

rechterlijk vonnis mee te werken aan afgifte, 2) Verzoeker de gelegenheid te bieden om zijn visie te geven op het verzoek op grond van art. 843a Rv en/of 3) Verzoeker te informeren over zijn voornemen tot het verstrekken van de gevraagde informatie, zodat Verzoeker in de gelegenheid zou zijn gesteld om zijn bezwaren daar tegen kenbaar te maken respectievelijk (zo nodig) daartegen rechtsmaatregelen te nemen. De Curator heeft echter geen van deze mogelijkheden gebruikt en daarmee het belang van Verzoeker veronachtzaamd.”

13. Had de curator in casu eerder en duidelijker gecommuniceerd met de diverse betrokkenen, dan had het geschil over de informatiebehoefte zich waarschijnlijk afgespeeld gedurende het faillissement. De curator had zich dan ook niet hoeven mengen in het geschil. De curator had dat geschil, zelfs al was hij gedagvaard, gewoon kunnen overlaten aan de materieel belanghebbenden, zijnde het bestuur en de individuele schuldeisers. Zou de curator al verschijnen, dan kan hij kiezen om zich te refereren aan het oordeel van de rechter. De curator had ook, ter voorkoming van een proceskostenveroordeling en griffierechten, gewoon verstek kunnen laten gaan. Het verstek laten gaan door de curator verhindert het bestuur namelijk niet om zich te voegen aan de zijde van de curator en alsnog als materieel belanghebbende verweer te voeren tegen de art. 843a Rv-vordering. Ik verwijs naar Rb. Amsterdam 11 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:3969. Soms is transparant communiceren en vervolgens niets doen echt het beste.

mr. L.C.H.J. Hox
advocaat Corporate Investigations bij Boels Zanders Advocaten te Eindhoven

243

Coronasteunvorderingen zijn overdraagbaar en verpandbaar

Rechtbank Amsterdam
26 juni 2024, rolnr. HA ZA 23-1046,
ECLI:NL:RBAMS:2024:3796
(mr. Jongeneel, mr. Blankevoort,
mr. Bolkestein)
Noot prof. mr. N.E.D. Faber

**Verrekening in zicht van faillissement.
Vorderingen uit hoofde van NOW en TVL zijn overdraagbaar en verpandbaar. Verwijzing naar HR 17 februari 1995, «JOR» 2023/172, m.nt. Faber (Mulder q.q./CLBN).**

[Fw art. 54; BW art. 3:83 lid 1, 3:228]

De TVL-gelden (Tegemoetkoming Vaste Lasten) zijn vóór het faillissement van failliet ontvangen op de bij de bank aangehouden bankrekening op een moment dat de peildatum in de zin van art. 54 Fw was gepasseerd. De NOW-betalingen (Noodmaatregel Overbrugging Werkgelegenheid) zijn na datum van het faillissement ontvangen op de bij de bank aangehouden bankrekening. Als de TVL- en NOW-gelden verpandbaar zijn en dus onder het stil pandrecht van de bank vallen, dan mocht de bank verrekenen op grond van HR 17 februari 1995, «JOR» 2023/172, m.nt. Faber (Mulder q.q./CLBN). Dit als uitzondering op art. 54 lid 1 en 2 Fw.

De vorderingen zowel uit hoofde van de NOW-regeling als uit hoofde van de TVL-regeling zijn overdraagbaar en verpandbaar. In art. 3:83 lid 1 BW staat het wettelijk uitgangspunt dat vorderingsrechten overdraagbaar zijn, tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet. Dit geldt ook voor vorderingsrechten uit publiekrechtelijke rechtsverhoudingen. Uit art. 3:228 BW volgt dat vorderingsrechten die overdraagbaar zijn, tevens verpandbaar zijn. Bij wet is niet bepaald dat de vorderingen uit hoofde van de NOW- en TVL-regelingen niet overdraagbaar zijn. Ook de aard van deze vorderingsrechten verzet zich niet tegen overdacht. Dat is het geval als het vorderingsrecht een persoonlijk karakter heeft.