

172. Praktische afwikkeling van eigendomsvoorbehouden en aansprakelijkheid van de curator

MR. G.G. BOEVE EN MR. C. DE RUIJTER

De nieuwbakken curator wordt geconfronteerd met de afwikkeling van eigendomsvoorbehouden. Dat lijkt hem nog niet zo eenvoudig. Hoe stelt hij vast dat door hem aangetroffen zaken onder eigendomsvoorbehoud zijn overgedragen? Moet hij de leverancier over het faillissement informeren en moet hij hem in de gelegenheid stellen zijn zaken op te halen? Zo ja, mag hij daarvoor een vergoeding vragen? Mag de curator de zaken van de leverancier gebruiken, verbruiken en verkopen tijdens een afkoelingsperiode of in de feitelijke macht van een derde brengen en maakt het in dat verband verschil of de machtsverschaffing plaatsvindt in het kader van een pre-pack? Heeft de curator een zorgplicht ten aanzien van de zaken van de leverancier zolang deze zich nog onder de failliet bevinden? Heeft een door de fiscus gelegd bodembeslag gevolgen voor de leverancier en dient de curator de belangen van de fiscus te behartigen?

Om deze curator op weg te helpen geven wij in dit artikel enkele handvatten. Daarvoor bespreken wij eerst de juridische constructie van het eigendomsvoorbehoud en de vraag wanneer het handelen van de curator hem in hoedanigheid of persoon aangaat.

1. Uitgangspunt; leverancier is eigenaar

De positie van de leverancier is bepalend voor de afwikkeling van eigendomsvoorbehouden. De overdracht van een zaak onder eigendomsvoorbehoud is de constructie waarbij de leverancier zich de eigendom van een zaak voorbehoudt totdat een door de koper verschuldigde prestatie is voldaan.¹ De leverancier is en blijft eigenaar tot de betreffende prestatie is voldaan. De koper (de latere failliet) is tot die tijd houder van de zaak. Omdat de zaak eigendom is van de leverancier zolang de tegenprestatie nog niet is voldaan, valt de zaak niet onder het faillissementsbeslag. De leverancier kan de zaak daarom in beginsel revindiceren.² Aan de hand van dit uitgangspunt (leverancier is en blijft eigenaar) worden de in de inleiding gestelde vragen hierna zo veel mogelijk beantwoord.

1 Een en ander binnen de grenzen van art. 3:92 lid 2 BW. Zie voor wat betreft de vraag voor welke prestaties het eigendom kan worden voorbehouden o.m. G.G. Boeve, *Eigendomsvoorbehoud buiten en in faillissement*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2007, p. 23 e.v.

2 Op de voet van art. 5:2 BW.

2. Aansprakelijkheid curator q.q. en pro se

Het is voor de curator van belang om te weten of een inbreuk op het eigendomsrecht van de leverancier hem in hoedanigheid (*qualitate qua*) of in persoon (*pro se*) aangaat. De aansprakelijkheid in hoedanigheid wordt getoetst aan de 'gewone' maatstaven van art. 6:162 Burgerlijk Wetboek ('BW').³ Omdat een inbreuk op een recht als onrechtmatig wordt aangemerkt, behoudens aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, kwalificeert een inbreuk door de curator op het eigendomsrecht van de leverancier eveneens als onrechtmatig. Als dit handelen de curator in hoedanigheid kan worden toegerekend, is de boedel gehouden de leverancier schadeloos te stellen. Men kan zich afvragen of de bijzondere hoedanigheid van de curator aan toerekening

3 Zie onder meer de beslissing van de Hoge Raad inzake Curatoren Mobell/Interplan, HR 19 december 2003, «JOR» 2004/61, m.nt. JJvH (Curatoren Mobell/Interplan), zie eerder ook HR 24 februari 1995, NJ 1996/472, m.nt. WMK (Sigmacon II). De Hoge Raad overwoog inzake Curatoren Mobell/Interplan, nadat hij vaststelde dat de voorliggende aanspraak op curatoren een aanspraak in hun hoedanigheid betrof, dat: 'de handelswijze van de curatoren (derhalve) getoetst (dient) te worden aan de maatstaven van art. 6:162 BW'.

in de weg staat. Volgens ons niet.⁴ Het is niet redelijk om in een geval waarbij de curator inbreuk maakt op het eigendomsrecht van de leverancier, bijvoorbeeld door de zaken van de leverancier zonder diens instemming voor rekening van de boedel te verkopen, de leverancier een schadevergoedingsvordering op de boedel te ontzeggen.

De vraag is wat de boedelvordering (tot betaling van schadevergoeding) van de leverancier waard is. Waarschijnlijk niet zo heel veel als het actief van de boedel onvoldoende is om alle boedelschulden te voldoen. Uitkering van het actief aan de boedelschuldeisers vindt dan plaats met inachtneming van de wettelijke rangorde.⁵ Dat betekent dat eerst de hoger gerangschikte boedelschuldeisers worden voldaan, waaronder mede begrepen de curator die aanspraak heeft op zijn salaris, vóórdat de schadevergoedingsvordering van de leverancier kan worden voldaan. Het spreekt voor zich dat dit systeem misbruikgevoelig is. De curator zou zijn eigen salarisbetaling – op oneigenlijke wijze – mogelijk kunnen maken door inbreuk te maken op het eigendomsrecht van de leverancier.⁶ Aan de hand van de hierna te bespreken maatstaf dient beoordeeld te worden of de leverancier in een dergelijk geval ook een aanspraak op de curator *pro se* heeft.

De maatstaf voor aansprakelijkheid van de curator in persoon is af te leiden uit het arrest Prakke/Gips.⁷ Daarin bevestigde de Hoge Raad de Maclou-norm; een curator 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.⁸ Ook besliste de Hoge Raad dat deze norm naar zijn aard terughoudend moet worden getoetst en overwoog hij dat zolang de curator niet aan regels is gebonden hij, met inachtneming van de Maclou-norm, een ruime mate van handelingsvrijheid heeft. Daaruit leiden wij af dat voor persoonlijke aansprakelijkheid van de curator een ernstig verwijt is vereist.⁹ In het hiervoor besproken geval dat de curator profiteert van een inbreuk op het eigendomsrecht van de leverancier, betekent dit dat de curator eerst persoonlijk aansprakelijk is indien hij opzettelijk, eventuele schade van de leverancier op de koop toenemende, inbreuk heeft gemaakt op het subjectieve recht van de leverancier om zijn salarisbetaling mogelijk te maken.

4 Zie ook Van Hees in zijn noot onder HR 19 december 2003, «JOR» 2004/61 (curatoren Mobell/Interplan).

5 HR 28 september 1990, NJ 1991/305, m.nt. PvS (De Ranitz q.q./Ontvan-ger).

6 Vgl. de situatie bij actieve – onrechtmatige – inning van een stil verpande vordering door een curator gedurende de veertien dagen wachttijd zoals bedoeld in het arrest van de HR van 30 oktober 2009, «JOR» 2009/341, m.nt. Van Andel (Hamm q.q./ABN AMRO).

7 HR 16 december 2011, «JOR» 2012/65, m.nt. IS (Prakke/Gips).

8 Naar het arrest van de Hoge Raad van 19 april 1996, NJ 1996/727, m.nt. WMK (Maclou/Curatoren Van Schuppen).

9 Vgl. de norm die geldt bij gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid. Deze norm komt er *de facto* ook op neer dat de aangesproken bestuurder een ernstig verwijt moet kunnen worden gemaakt, wil hij persoonlijk aansprakelijk zijn voor door de schuldeisers van de vennootschap geleden schade.

Volledigheidshalve merken wij op dat in een geval waarbij de curator inbreuk heeft gemaakt op het eigendomsrecht van de leverancier, de curator in zijn algemeenheid niet persoonlijk aansprakelijkheid is als de boedel voldoende verhaal biedt voor zijn schadevergoedingsvordering.¹⁰ De boedel is dan immers niet benadeeld en zou bij afwijzing van de vordering van de leverancier worden bevoordeeld.¹¹ De boedel had namelijk geen recht op de betreffende zaak

De curator is eerst persoonlijk aansprakelijk als hij ernstig verwijtbaar heeft gehandeld

van de leverancier. Door toekenning van de aanspraak van de leverancier wordt de boedel in de staat gebracht die zij zou hebben gehad als de curator het eigendomsrecht had gerespecteerd.

3. Machtverschaffing door curator aan derde

Mag de curator voorbijgaan aan het eigendomsrecht van de leverancier door zijn zaken zonder diens instemming in de macht van een derde te brengen?

Onder verwijzing naar het arrest Maclou/Curatoren Van Schuppen wordt algemeen aangenomen dat dit onder omstandigheden niet leidt tot persoonlijke aansprakelijkheid van de curator. De in dat arrest gegeven relevante omstandigheden waren (i) de zwaarwegende belangen van werknemers en crediteuren bij een spoedige doorstart, (ii) de door de curatoren bedongen voorwaarde dat de koper de rechten van derden zou eerbiedigen en afwickelen en (iii) dat curatoren, mede gelet op de financiële situatie van koper, de knowhow en organisatie waarover koper beschikte en de executieprijis waartegen de – afgeslankte – onderneming werd gekocht, erop mochten vertrouwen dat de koper deze voorwaarde zou nakomen, zodat voor het bedingen van specifieke garanties geen aanleiding bestond. In het kader van een doorstart kan een belangenafweging er dus toe leiden dat de curator aan het eigendomsrecht van de leverancier voorbij mag gaan, mits hij zich voldoende inspant ter waarborging van de financiële belangen van de leverancier. De curator valt dan geen *ernstig verwijt* te maken. Dit laat overigens onverlet dat, zoals hiervoor in paragraaf 2 uiteengezet, de curator in hoedanigheid (lees: de boedel) aansprakelijk is voor door de leverancier geleden schade als gevolg van de ongewenste inbreuk op zijn eigendomsrecht.

Uit het arrest Curatoren Mobell/Interplan volgt dat een doelmatige afwikkeling van het faillissement gericht op liquidatieverkoop (en niet op een doorstart) in

10 Vgl. I. Spinath, 'De aansprakelijkheid van de curator – een leidraad', «TOP» 2010, 5, p. 175 e.v.

11 Uitzonderingen daargelaten. Denk bijvoorbeeld aan het geval dat de curator een zaak van een derde voor een te laag bedrag verkoopt. Biedt de boedel verhaal voor de vordering van de leverancier, dan komt de boedel onder omstandigheden een vordering op de curator in persoon toe. Zie verder Spinath 2010, p. 177.

zijn algemeenheid niet behoort tot de zwaarwegende belangen zoals bedoeld in het arrest Maclou/Curatoren Van Schuppen. Volgens de Hoge Raad behoeft de curator instemming van de leverancier wil hij zijn zaken in het kader van een zuivere liquidatieverkoop in de macht van een derde brengen; bij gebreke van instemming is de curator in hoedanigheid aansprakelijk. Dat spreekt wat ons betreft voor zich, gelet op de schending van het subjectieve

De leverancier is gehouden de kosten te vergoeden die de curator in redelijkheid maakt voor het verstrekken van door hem verzochte informatie over zijn eigendommen

recht van de leverancier. Ook in dit geval zal wat ons betreft de curator echter niet snel persoonlijk aansprakelijk zijn. Dit zal doorgaans eerst het geval zijn als (i) de boedel geen verhaal biedt en (ii) de curator een ernstig verwijt kan worden gemaakt, bijvoorbeeld omdat hij ten tijde van de machtsverschaffing – in het kader van de liquidatieverkoop – wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat de derde het recht van de leverancier niet zou eerbiedigen en afwikkelen en de boedel geen verhaal zou bieden.

De norm voor persoonlijke aansprakelijkheid bij machtsverschaffing in het kader van een doorstart is dus gelijk aan de norm bij machtsverschaffing in het kader van een zuivere liquidatieverkoop. Wij zijn geneigd om aan te nemen dat desondanks eerder sprake is van persoonlijke aansprakelijkheid in laatstgenoemd geval, omdat bij eerstgenoemd geval doorgaans andere zwaarwegende en voor de vaststelling van persoonlijke aansprakelijkheid relevante belangen zijn betrokken. Van geval tot geval dient derhalve beoordeeld te worden of de curator een ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Verandert het gegeven dat een doorstart in het kader van een pre-pack is voorbereid voordat het faillissement is uitgesproken iets aan het voorgaande? Volgens ons niet. Een overdracht in het kader van een pre-pack is naar zijn aard gericht op een doorstart en dient in beginsel zwaarwegende belangen (bijvoorbeeld belangen van werknemers en crediteuren) die rechtvaardigen dat de (beoogd) curator voorbijgaat aan het eigendomsrecht van de leverancier. Het is wel van belang dat de (beoogd) curator rekenschap kan geven van deze belangenafweging en dat hij zich voldoende heeft ingespannen om zich ervan te vergewissen dat de koper het recht van de leverancier eerbiedigt en afwikkelt. Aldus bestaat geen principieel verschil ten opzichte van een gewone doorstart vanuit faillissement. Wel verschillen de omstandigheden. In het kader van een pre-pack zal de (beoogd) curator doorgaans meer tijd hebben om zich een oordeel te vormen over een voorgenomen doorstart en de betrokken rechten van derden. Onder die omstandigheid mag een grotere inspanning van de curator worden verwacht ter inventarisering van rechten van derden en waarborging van hun belangen.

4. Gebruik, verbruik en verkoop door curator tijdens afkoelingsperiode

De rechter-commissaris kan een afkoelingsperiode afkondigen.¹² Als gevolg hiervan kan de leverancier zijn zaken alleen revindiceren met machtiging van de rechter-commissaris. In hoeverre is de curator bevoegd om zonder instemming van de leverancier zijn afgekoelde zaken te gebruiken, te verbruiken of te verkopen?

Een bevoegdheid tot gebruik, verbruik en verkoop blijkt niet rechtstreeks uit de Faillissementswet. Aangenomen wordt dat een dergelijke bevoegdheid kan worden gebaseerd op de strekking van de afkoelingsperiode.¹³ De strekking van de afkoelingsperiode is om de curator in de gelegenheid te stellen zijn beleid te bepalen ten aanzien van de vraag welke zaken hij voor de boedel wil behouden, bijvoorbeeld in het kader van een mogelijke voortzetting of doorstart van de onderneming.¹⁴ De bevoegdheid dient dan een zwaarwegend belang. Deze aanname wordt ook wel bestreden; kort gezegd zou de parlementaire geschiedenis een te wankel basis voor een dergelijk vergaande bevoegdheid vormen¹⁵ en zou zij niet stroken met overwegingen van de Hoge Raad in zijn arrest Van der Hel/Edon¹⁶. Wij zijn het daarmee oneens. De curator is volgens ons bevoegd tot gebruik, verbruik en verkoop van de zaken van de leverancier mits dit (i) dienstig is aan de strekking van de afkoelingsperiode en (ii) voor de curator in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs voorzienbaar is dat de leverancier wordt betaald of schadeloosgesteld. De leverancier kan zich dan voor schadevergoeding wenden tot de curator in hoedanigheid. Hij kan zich in zijn algemeenheid pas tot de curator in persoon wenden als (i) de boedel geen verhaal biedt en (ii) de curator een ernstig verwijt kan worden gemaakt, bijvoorbeeld indien de curator ten tijde van het gebruik, het verbruik of de verkoop, wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat de boedel geen verhaal zou bieden of de leverancier anderszins schadeloosgesteld zou worden. De norm is dus – ook hier – de norm uiteengezet in paragraaf 2. De drempel om persoonlijke aansprakelijkheid aan te nemen is hier overigens hoog, gelet op de beschikkingsbevoegdheid die is af te leiden uit de strekking van de afkoelingsperiode.

5. Informatieplicht curator

Is de curator gehouden om de leverancier op de hoogte te

12 Art. 63a Fw.

13 Vgl. S.C.J.J. Kortmann 'De afkoelingsperiode van art. 63a Fw: ondoordachte wetgeving', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Financiering en aansprakelijkheid* (Serie Onderneming en Recht Deel 1), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 152-156.

14 HR 17 oktober 2008, NJ 2009/92 (Singulus/Memox), zie recent ook HR 13 december 2013, «JOR» 2014/58, m.nt. Tekstra (Rabobank/Deterink q.q.).

15 Zie o.m. F.M.J. Verstijlen, *De Faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 195.

16 HR 16 oktober 1998, NJ 1998, 896 (Van der Hel/Edon). Zie hierover o.m. M.J. van der Aa, *De afkoelingsperiode in faillissement* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2007, p. 46.

stellen van het faillissement en hem, op zijn verzoek, andere informatie te verstrekken om hem in de gelegenheid te stellen zijn rechten uit te oefenen? Is de leverancier gehouden de door de curator gemaakte kosten te vergoeden?

De Faillissementswet bevat slechts een verplichting tot openbare bekendmaking van het faillissement.¹⁷ Verder verstrekt de curator in zijn algemeenheid slechts informatie over (het verloop van) het faillissement via de openbare faillissementsverslagen.¹⁸ In het arrest Maclou/Curatoren van Schuppen¹⁹ bepaalde de Hoge Raad echter dat de curator ook een inlichtingenplicht jegens individuele schuldeisers kan hebben, die meebrengt dat hij individuele schuldeisers op de hoogte stelt van het faillissement om hen zo in de gelegenheid te stellen hun rechten geldend te maken. Echter of, en zo ja wanneer de curator deze schuldeisers dient in te lichten, hangt af van de omstandigheden van het geval, waarbij andere zwaarwegende belangen voorrang kunnen toekomen boven de belangen van individuele schuldeisers. De inlichtingenplicht die de Hoge Raad hier formuleert, is overigens bescheiden: zij ziet slechts op berichtgeving over het uitspreken van het faillissement als zodanig.²⁰ Voor de curatoren in het faillissement van Van Schuppen betekende dit dat zij eerst de doorstart mochten realiseren vóór de schuldeisers van het uitgesproken faillissement op de hoogte te stellen.

Voorts kan de curator gehouden zijn om op verzoek van de leverancier informatie over zijn eigendom te verstrekken. Een parallel kan worden getrokken met de informatieplicht van de curator jegens de stil pandhouder op vorderingen. In het arrest Hamm q.q./ABN AMRO oordeelde de Hoge Raad dat uit de aard en de strekking van een stil pandrecht op vorderingen op naam voortvloeit dat de curator gehouden is om de pandhouder de voor hem noodzakelijke gegevens uit de administratie van de failliet te verstrekken.²¹ In het verlengde daarvan oordeelde de Hoge Raad dat de curator gerechtigd is om van de stille pandhouder te verlangen dat hij de boedel de kosten vergoedt die de curator in redelijkheid heeft gemaakt voor het verschaffen van de bedoelde gegevens of het verlenen van inzage. Door verschillende schrijvers wordt aangenomen dat de curator een vergelijkbare informatieverplichting heeft jegens de leverancier onder eigendomsvoorbehoud.²² Hof Arnhem lijkt in zijn arrest van 31 maart 2009 een dergelijke informatieplicht aan te nemen.²³ Het hof overwoog dat het tot de taak van de curator behoort om de crediteur te voorzien van de door hem verlangde gegevens om zijn eigendomsrecht uit te oefenen. Deze

overweging lijkt juist.²⁴ In het arrest Maclou/Curatoren Van Schuppen overwoog de Hoge Raad overigens dat een behoorlijke taakvervulling met zich mee kan brengen dat de curator individuele schuldeisers op de hoogte stelt van het faillissement. Het Hof Arnhem lijkt aldus een ruimere inlichtingenplicht aan te nemen door te overwegen dat de curator de crediteur niet alleen op de hoogte stelt van het faillissement, maar tevens behoort te voorzien van de door de crediteur verlangde gegevens.²⁵

Als de curator de leverancier van de verzochte gegevens voorziet, is de leverancier, naar onze mening, in lijn met het arrest Hamm q.q./ABN AMRO, gehouden de kosten te vergoeden die de curator in redelijkheid heeft gemaakt voor het verstrekken van de verzochte gegevens. De leverancier zal doorgaans overigens niet meer informatie verzoeken dan de locatie waar zijn eigendom zich bevindt en wanneer hij deze kan afhaken. In de regel maakt de curator geen kosten voor het verstrekken van deze gegevens.

6. Vergoedingsplicht leverancier

Is de leverancier gehouden de boedel een vergoeding te betalen voor de afgifte van zijn zaken? De curator verricht immers werkzaamheden ter inventarisering en beoordeling van aanspraken van derden en denkbaar is ook dat de boedel kosten maakt, bijvoorbeeld voor de feitelijke afgifte op een zogenaamde teruggavedag die de curator (al dan niet) door een derde laat verzorgen.

De Rechtbank Den Haag oordeelde over deze vraag dat, vanwege de zorg die de curator als goed bewaarder ten aanzien van de zaken van derden in acht had te nemen, een boedelbijdrage ter hoogte van 3% van de nettowaarde

De leverancier is gehouden de kosten te vergoeden die de curator in redelijkheid maakt voor de feitelijke afgifte van zijn eigendommen op bijvoorbeeld een teruggavedag

van de door de crediteuren meegenomen eigendommen gerechtvaardigd was.²⁶ De door de boedel gemaakte kosten, voor de feitelijke uitlevering en de instandhouding van het magazijn waarin de zaken waren opgeslagen, zouden alleen de belangen van de belanghebbenden hebben gediend die hun rechten buiten faillissement geldend konden maken en niet de belangen van de boedel. Volgens de Rechtbank Den Haag komen dergelijke kosten op grond van de redelijkheid en billijkheid voor rekening van degene in wiens belang deze kosten zijn gemaakt.

Recenter kwam de Rechtbank Haarlem tot een vergelijkbare beslissing, waarbij zij de boedelbijdrage bepaalde op 4%, eveneens gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid.²⁷ De

17 Art. 14 en 19a Fw.

18 Art. 73a lid 1 Fw.

19 HR 19 april 1996, NJ 1996/727, m.nt. WMK (Maclou/Curatoren Van Schuppen).

20 Aldus F.J.M. Verstijlen 'Wat niet weet, wat niet deert. Informatierechten van schuldeisers', *Tvl* 2010, 33, p. 208.

21 HR 30 oktober 2009, «JOR» 2009/341 (Hamm q.q./ABN AMRO).

22 Verstijlen 2010. Zie ook Verdaas, 'De informatieplicht van de curator jegens de crediteur', in: J.J. Reiziger e.a. (red.), *De curator en informatie* (Insolad jaarboek 2013), Deventer: Kluwer 2013 p. 109-125.

23 Gerechtshof Arnhem 31 maart 2009, «JOR» 2009/181.

24 Zie ook Verdaas 2013.

25 Zie hierover kritisch Verstijlen 2010.

26 Rb. Den Haag 16 juni 1993, NJ 1995/205 (Infotheek).

27 Rb. Haarlem 15 september 2011, «JOR» 2011/264 (Lekker van der Laan)

rechtbank overwoog dat voor vergoeding in aanmerking komen de kosten van een door de curator ingeschakelde derde die was belast met de feitelijke uitlevering van de zaken en ook werkzaamheden had verricht ter beoordeling van de validiteit van de verzoeken tot afgifte. Niet voor vergoeding in aanmerking zouden komen de kosten van het inventariseren van de activa en het beoordelen van de aanspraken op die activa door de medewerkers van de curator. Laatstgenoemde werkzaamheden zijn, aldus de Rechtbank Haarlem, voor rekening van de curator vanwege zijn wettelijke taak.

In een eveneens recentere uitspraak, in dit geval van de Rechtbank Zwolle, was een geval aan de orde waarbij de door de curator verrichte werkzaamheden tot afgifte van zaken (auto's) aan de eigenaar (een leasemaatschappij) kennelijk in overwegende mate in het belang van de boedel waren verricht en niet in het kader van afgifte en in het belang van de eigenaar.²⁸ De rechtbank oordeelde dat in een dergelijk geval de eigenaar niet is gehouden tot betaling van een boedelbijdrage. Uit de uitspraak lijkt te volgen dat indien de curator de werkzaamheden wel voor de leasemaatschappij in het kader van afgifte zou hebben verricht, de leasemaatschappij een boedelbijdrage zou zijn verschuldigd. De uitspraak van de rechtbank Zwolle stemt aldus overeen met de uitspraak van de rechtbank Haarlem. Wij kunnen ons vinden in de overweging van de rechtbank Haarlem. Het is redelijk dat de leverancier de redelijke kosten vergoedt die de curator maakt voor de feitelijke afgifte van zijn eigendommen, waaronder mede begrepen de werkzaamheden ter plaatse ter controle van de aanspraken van de leverancier, en dat deze kosten niet voor rekening komen van de gezamenlijke crediteuren.²⁹ Het maakt in dat verband niet uit of een door de curator ingeschakelde derde, de curator zelf of een medewerker van de curator de afgifte verzorgt. In het algemeen nemen wij aan dat de initiële werkzaamheden van de curator ter inventarisering en waardering van de aanspraken van derden, waaronder mede begrepen leveranciers, niet door deze derden behoeven te worden vergoed. Deze werkzaamheden kunnen tot de taak van de curator tot het beheer en de vereffening van de boedel worden gerekend.

7. De zorgplicht voor zaken van derden

De curator heeft de plicht om voor het beheer van de boedel zorg te dragen.³⁰ Deze wettelijke zorgplicht ziet niet op goederen die niet tot de boedel behoren. In hoeverre heeft de curator voor deze goederen, waaronder mede begrepen zaken van de leverancier, een zorgplicht?

Hierover zijn ons slechts twee relevante uitspraken bekend. In zijn arrest van 21 augustus 1990 oordeelde het Hof

Dekker).

28 Rb. Zwolle 11 januari 2012, «JOR» 2012/366.

29 Een door curatoren veelgebruikt advies- en waarderingbureau hanteert tarieven tussen de 4% en 10% van de inkoopwaarde van de door de leverancier teruggenomen goederen.

30 Art. 92 Fw.

's-Hertogenbosch dat wanneer de curator in het kader van de afwikkeling van het faillissement goederen van derden in zijn macht krijgt, hij de zorg van een goed bewaarder in acht behoort te nemen.³¹ Verstijlen verdedigt naar aanleiding van dit arrest dat de curator, ten aanzien van te bewaren goederen van derden, de zorg van een goed huisvader in acht behoort te nemen.³² Deze verplichting brengt in ieder geval met zich mee het (tijdelijk) veiligstellen en in goede staat houden van de goederen.³³ Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie Nederlandse Antillen en Aruba kwam tot een vergelijkbare beslissing.³⁴ In deze zaak waren zaken van derden, die de curator onder zich had, tijdens het faillissement verdwenen. Voor het antwoord op de vraag of de curator in hoedanigheid aansprakelijk was voor de schade, overwoog het hof dat de curator als goed huisvader dient te zorgen voor de zaken van derden. Nu de zaken van derden tijdens het faillissement waren verdwenen zonder braaksporen en opheldering daarover door de curator, achtte het hof de curator in hoedanigheid aansprakelijk. Relevante omstandigheid was overigens dat de zaken waren verdwenen voordat de termijn was afgelopen die de curator de derde had gesteld om de zaken op te halen. Wij kunnen ons voorstellen dat indien de zaken verdwijnen na afloop van een door de curator gestelde redelijke termijn, dit een relevante omstandigheid kan zijn bij de vaststelling van aansprakelijkheid en toerekening van schade.

8. Inbreuk fiscus op eigendomsrecht leverancier

Als laatste onderwerp bespreken wij de vraag of de leverancier een inbreuk door de fiscus op zijn eigendomsrecht heeft te dulden en zo ja, of de curator het belang van een van partijen heeft te behartigen.

Uitgangspunt is dat schuldeisers hun vorderingen op alle goederen van hun schuldenaar kunnen verhalen.³⁵ Zij kunnen in beginsel geen verhaal nemen op goederen die niet aan de schuldenaar toebehoren. Hiertoe behoren bijvoorbeeld de zaken van de leverancier. Uitzondering wordt gemaakt voor de fiscus. Op bepaalde zaken, de bodemzaken,³⁶ heeft zij onder omstandigheden een verhaalsrecht, ook als deze zaken niet aan de belastingschuldige toebehoren. Op grond van de Leidraad Invordering 2008 (de Leidraad) ontziet de fiscus echter reële eigendom van derden.³⁷ Hiervan is geen sprake als de economische verhouding tussen de belastingschuldige

31 Hof 's-Hertogenbosch 21 augustus 1990, NJ 1991/425.

32 Verstijlen 1998, p. 343 e.v.; F.M.J. Verstijlen, *Groene serie Faillissementswet, aantekeningen bij artikel 92 Fw*, nr. 2 (zaken van derden), Kluwer, 2012. Zie ook: B. Wessels, *Insolventierecht IV; Bestuur en beheer na faillietverklaring*, Deventer: Kluwer 2010, p. 62.

33 Vgl. de zorgplicht die geldt voor degene die een goed zonder rechtsgrond heeft ontvangen vanaf het moment dat hij redelijkerwijze met een verplichting tot teruggave van dat goed rekening behoeft te houden; art. 6:204 BW.

34 Gem. HvJ Ned. Ant. en Aruba 25 januari 2000, «JOR» 2000/38.

35 Art. 3:276 BW.

36 Art. 22 lid 3 IW 1990.

37 Art. 22.8.10 Leidraad Invordering 2008.

en de zaak aanleiding geeft de zaak als zijn economisch eigendom aan te merken. Als voorbeeld van aanspraken die de fiscus niet ontziet, noemt de Leidraad onder eigendomsvoorbehoud overgedragen zaken.

De leverancier heeft de verplichting om in het geval dat hij zijn 'bodem'zaken wil terughalen de fiscus daarvan eerst schriftelijk mededeling te doen.³⁸ Na het doen van deze mededeling mag de leverancier zijn rechten op de bodemzaak gedurende vier weken niet uitoefenen en geen andere handeling verrichten of laten verrichten waardoor de fiscus wordt beperkt in zijn recht met betrekking tot de bodemzaak.³⁹ Tijdens deze periode staat het de fiscus vrij om bodembeslag te leggen, waaronder ook de bodemzaken van de leverancier zullen vallen. Voor overdracht van zaken onder eigendomsvoorbehoud in het kader van 'objectfinanciering' geldt overigens een ontheffing van de meldingsplicht.⁴⁰ De verplichting tot mededeling geldt echter alsnog onverkort in het geval wordt voldaan aan een van de voorwaarden opgesomd in art. 22bis.2 van de Leidraad, bijvoorbeeld indien ter zake van de financiering enige betalingsachterstand is ontstaan die ten tijde van het in art. 22bis lid 2 IW 1990 bedoelde handelen meer dan vier maanden heeft voortgeduurd.

38 Art. 22bis lid 2 IW 1990.

39 Art. 22bis lid 5 IW 1990.

40 Zie de Leidraad bij art. 22bis.1.

Omdat de zaken van de leverancier niet tot de boedel behoren, zien wij geen rol weggelegd voor de curator ter behartiging van de belangen van de fiscus, bijvoorbeeld in de vorm van een verplichte meldingsplicht aan de fiscus indien de curator op de hoogte is van een voorgenomen bodembeslag en een voornemen van de leverancier om zijn zaken op te halen. De fiscus is zelf verantwoordelijk voor het (tijdig) leggen van bodembeslag. Onze ervaring is overigens dat de fiscus oplettend is en bij een faillissement met enige omvang spoedig na de faillissementsuitspraak overgaat tot het leggen van bodembeslag.

9. Tot besluit

De afwikkeling van eigendomsvoorbehouden is niet zo moeilijk. In beginsel moet de curator de leverancier in staat stellen zijn rechten uit te kunnen oefenen. De curator heeft echter, voor zover hij niet aan regels is gebonden, een ruime mate van handelingsvrijheid. Hij heeft in dat kader de ruimte om andere belangen te laten prevaleren boven het belang van de leverancier. Aldus kan de curator voorbijgaan aan het eigendomsrecht van de leverancier, zonder persoonlijk aansprakelijkheidsrisico's te lopen.

Over de auteurs

Mr. G.G. Boeve is advocaat en curator bij Schenkeveld Advocaten en mr. C. de Ruijter is als juridisch medewerker verbonden aan Schenkeveld Advocaten.