

pandhouder of de derde-eigenaar aanwezig te zijn, behoudens het – bijzondere – geval dat de verhuurder tevens de pandhouder of de derde-eigenaar is.

6. Zegt de huurder voorafgaand aan het faillissement de huurovereenkomst op – aannemende dat hij/zij daartoe bevoegd is – dan zal er een meldingsplicht zijn op grond van het nieuwe art. 22bis lid 3 lw 1990. Verder kunnen de verhuurder en de huurder voorafgaand aan de faillietverklaring van de huurder een beëindigingsafpraak maken. In dat geval zal er op de huurder waarschijnlijk een meldingsplicht rusten. De huurder verricht dan immers medewerking aan een handeling in de zin van art. 22bis lid 3 lw 1990. Pandhouder of derde-eigenaar hoeven dan niet te melden, tenzij zij tevens verhuurder zijn.

7. Ook tijdens het faillissement kan de beëindiging van de huurovereenkomst gevolgen hebben voor het bodemrecht. In dat geval uitsluitend nog ten aanzien van het bodembeslag van art. 22 lid 3 lw 1990. De fiscus kan immers tijdens het faillissement van een belastingschuldige nog bodembeslag leggen op zaken van derden, met name op zaken van leasemaatschappijen en leveranciers onder eigendomsvoorbehoud. Ingeval de verhuurder tijdens faillissement de huur opzegt op de voet van art. 39 Fw, zal er geen meldingsplicht rusten op de derde-eigenaar of de belastingschuldige. Dat kan anders zijn als de curator tot opzegging van de huur overgaat conform deze bepaling, of als de curator met de verhuurder een beëindigingsafpraak maakt. De vrij existentiële vraag doet zich dan voor of ook op de curator een meldingsplicht rust in het kader van art. 22bis lid 3 lw 1990. Ik zou menen dat het niet de bedoeling van de meldingsregeling is, of zou moeten zijn, om bij de reguliere afwikkeling van een faillissement op een curator een meldingsplicht te leggen. De meldingsregeling is sowieso eigenlijk alleen maar bedoeld om bodemverhuur te mitigeren.

8. Het zou veel te ver gaan de curator met een meldingsplicht te belasten in een situatie die niets met bodemverhuur of iets dergelijks van doen heeft. Het merkwaardige gevolg van een op de curator rustende meldingsplicht zou zijn dat de curator eerst vier weken zou moeten wachten, totdat hij of zij de huur daadwerkelijk mag beëindigen (art. 22bis lid 6, tweede zin, lw 1990). Een ander vreemd gevolg zou zijn dat als de curator zich niet aan de meldingsplicht houdt bij de op-

zegging van de huur via art. 39 Fw, de derde-eigenaar geconfronteerd kan worden met een claim van de fiscus om de executiewaarde van de betreffende zaken te “vergoeden”. Op grond van art. 22bis lid 9, tweede zin, lw 1990 wordt het niet-doen van de mededeling door de belastingschuldige (aannemende dat het niet-handelen van de curator aan de belastingschuldige kan worden toegerekend) aangemerkt als het in gebreke blijven van de pandhouder of de derde-eigenaar. Dit alles kan niet de bedoeling van de meldingsregeling zijn.

A.J. Tekstra

236

Verkoop supermarkt door franchisenemer aan franchisegever was niet benadelend voor schuldeisers

Rechtbank Rotterdam
5 juni 2019, r.o.nr. HA ZA 18-456,
ECLI:NL:RBROT:2019:4579
(mr. Volker)
Noot mr. F. Ortiz Aldana

Faillissementspauliana. Verkoop supermarkt door franchisenemer aan franchisegever na beëindiging franchiseovereenkomst, waarna franchisenemer failliet gaat. Geen benadeling van schuldeisers. Niet aangetoond dat geen marktconforme prijs is betaald voor inventaris, huurdersbelang en goodwill.

[Fw art. 42]

Art. 42 Fw bepaalt dat de curator ten behoeve van de boedel elke rechtshandeling die de schuldenaar vóór de faillietverklaring onverplicht heeft verricht en waarvan deze bij dit verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, door een buitengerechtigde verklaring kan vernietigen. Een rechtshandeling anders dan om niet kan wegens benadeling slechts worden vernietigd, indien ook degene met wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte, wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn. Partijen twisten over de vraag of de

koopovereenkomst benadeling van schuldeisers tot gevolg heeft gehad en of gedaagde wist of behoorde te weten van die benadeling. Gedaagde heeft onder de koopovereenkomst € 13.000 betaald. De curator baseert zijn stelling dat schuldeisers zijn benadeeld doordat voor de onderneming geen marktconforme prijs is betaald op drie aspecten: de waarde van de inventaris, het huurdersbelang en de goodwill. Ten aanzien van de waarde van de inventaris stelt de curator zich op het standpunt dat er in beginsel € 63.000 voor de inventaris betaald had moeten worden, omdat er going concern is gekocht. De curator wordt daarin niet gevolgd. De supermarkt heeft eind september 2015 de deuren gesloten en is na het sluiten van de koopovereenkomst twee maanden gesloten gebleven. Bij een sluiting van die termijn (meer dan drie maanden) kan niet worden gezegd dat een onderneming going concern is verkocht. Het gevolg is dat de liquidatiewaarde als uitgangspunt moet worden genomen. Ook over de hoogte van de liquidatiewaarde wordt getwist. In het taxatierapport is de liquidatiewaarde op € 18.315 bepaald. Gedaagde heeft aangevoerd dat (ook) dat bedrag te hoog is, omdat er geen rekening is gehouden met de staat waarin de inventaris verkeerde. De inventaris was gedateerd, slecht onderhouden en grotendeels ongeschikt voor voortgezet gebruik. Gedaagde wijst erop dat in geval van een supermarktinventaris met name de koelininstallaties de waarde daarvan vertegenwoordigen, welke in slechte staat verkeerden. Indien de inventaris inderdaad in slechte staat van onderhoud verkeerde, ligt het in de lijn der verwachtingen dat de waarde van de inventaris lager is dan door de taxateur is vastgesteld. Een verlaging van de waarde als gevolg daarvan van ongeveer dertig procent (van € 18.315 naar € 13.000) lijkt dan niet onaannemelijk. Het had dan ook op de weg van de curator gelegen om zijn stelling dat de inventaris juist (substantieel) meer waard was nader te onderbouwen. Dit heeft hij niet, althans onvoldoende, gedaan. Voorts heeft de curator zijn stelling dat men is gaan kijken en dat de inventaris (een week voor de comparitie) nog grotendeels intact was, niet onderbouwd met stukken, bijv. met foto's. Het was in dat geval overigens eveneens mogelijk geweest de taxateur destijds de inventaris te laten schouwen. Dat dit niet is gebeurd, komt voor risico van de curator. De conclusie van het voorstaande is, dat de curator zijn stelling dat de inventaris meer waard was dan € 13.000 onvol-

doende heeft onderbouwd. Een benadeling van schuldeisers is op dit punt niet gebleken. Ter onderbouwing van zijn stelling dat er sprake was van een huurdersbelang, heeft de curator aangevoerd dat, nu in de koopovereenkomst is opgenomen dat failliet mee zal werken aan de indeplaatsstelling van gedaagde als huurder, gedaagde heeft geprofiteerd van de door failliet gefinancierde aanpassingen en verbeteringen met betrekking tot de gehuurde winkelruimte in 2009. Deze investeringen bedroegen € 122.974,04. Gezien die investeringen heeft de curator verzocht eveneens een waarde te laten bepalen voor het huurdersbelang. De curator heeft zijn stellingen ook op dit punt onvoldoende onderbouwd. De in 2009 gedane bouwkundige investeringen hadden weinig waarde meer en uit de kosten van de verbouwing van € 345.925,18 kan worden opgemaakt dat er in elk geval flink verbouwd is door gedaagde. In dat licht had het op de weg van de curator gelegen toe te lichten waarom de destijds door failliet gedane investeringen in de winkelruimte toch nog een aanmerkelijke waarde vertegenwoordigden. Het ligt immers in het algemeen niet in de lijn der verwachtingen dat verbouwingskosten van enige omvang onnodig worden gemaakt. De curator onderbouwt zijn stelling dat er sprake was van goodwill door aan te voeren dat het (grotendeels overgenomen) personeel van failliet reeds jarenlang contact had met de vaste klanten. De kring van vaste klanten bleek geheel ontdaan vanwege de tijdelijke sluiting, zo blijkt uit een stille tocht georganiseerd in verband daarmee en een bericht van een scholier op Facebook. Die feiten (wat daar ook van zij) zijn onvoldoende om te kunnen komen tot de vaststelling dat er sprake was van goodwill. Nu gedaagde het bestaan van goodwill ten tijde van de overname betwist heeft, heeft de curator zijn stelling onvoldoende onderbouwd. De conclusie is dat niet is gebleken dat door het aangaan van de koopovereenkomst schuldeisers zijn benadeeld.

Mr. X, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van M.S. Joemai BV,
eiser,
advocaat: mr. M.L. van Dokkum,
tegen
Boon Sliedrecht BV te Sliedrecht,
gedaagde,
advocaat: mr. L.M. Kaptein.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. Boon drijft een groothandel in levensmiddelen alsmede een detailhandel, waarvan de winkel formule MCD (hierna: de winkelformule) onderdeel uitmaakt.

2.2. In 2009 heeft Boon een samenwerkings- en franchiseovereenkomst (hierna: de franchiseovereenkomst) met Joemai gesloten, op grond waarvan Boon aan Joemai het recht heeft verleend om aan de [adres] in Utrecht als zelfstandig ondernemer een supermarkt te exploiteren conform de winkelformule. Boon en Joemai zijn bovendien overeengekomen dat Boon de supermarkt van Joemai ging bevoorraden.

2.3. Bij brief van 10 maart 2015 heeft Joemai aan de verhuurder van de winkelruimte bericht:

“[...]

Sinds oktober 2014 is de omzet van mijn supermarkt drastisch gedaald. De reden hiervoor is door de opening van een nieuwe Albert Heijn, Nettorama en een verbouwing van Aldi die haar pand heeft vergroot die allemaal dichtbij onze buurt gevestigd zijn. Hierdoor heb ik een groot deel van mijn klanten verloren.

Ik ben bezig met bezuinigingen in mijn bedrijf om financieel uit te komen. Echter wordt dit steeds moeilijker. Het is zelfs zover gekomen dat ik bijna genooddaakt ben om mijn bedrijf failliet te verklaren. Mijn hoofdleverancier genaamd Boon B.V. samen met andere leveranciers weten ook van mijn situatie en probeert mij dan ook zoveel als mogelijk te ondersteunen.

[...]”

2.4. Op 26 juni 2015 heeft Joemai de supermarkt aan Boon te koop aangeboden voor een bedrag van € 875.000,00. Boon heeft Joemai vervolgens verzocht om stukken toe te zenden, teneinde de verwerving van de winkelexploitatie met Joemai te kunnen bespreken. Joemai heeft eind augustus 2015 stukken aan Boon verstrekt.

2.5. In een e-mailbericht van 23 september 2015 schrijft de heer [naam 1] (hierna: [naam 1]), werkzaam bij Carrier Refrigeration Benelux B.V. en vaste installateur van Boon, aan de heer [naam 2] (hierna: [naam 2]), projectleider bij Boon:

“[...]

Hierbij de (technische) opname met foto's betreffende MCD Utrecht [adres]

Advies; winkel is in slechte staat, we verwachten hier veel toekomstige kosten om deze 5 jaar door

te laten draaien, gezien de huidige staat. Tevens is er een koelmachine nog voorzien van R22, deze mag bij lekkage niet meer bijgevuld worden. Veel achterstallig onderhoud gezien de staat van de meubels, installaties en condensors. Verwachting is dat de Keuringsdienst meubels zal afkeuring i.v.m. vervuiling.

[...]”

2.6. Bij brief van 24 september 2015 heeft Boon aan Joemai medegedeeld:

“[...]

Reeds eerder is bij monde van de heer [naam 3] het openstaande debiteurensaldo onder uw aandacht gebracht. Momenteel is het saldo, afgezien van mutaties in de leveringen deze week, € 243.140,30.

Wij sommeren u de achterstand in de betaling thans circa € 170.000,- per direct terug te brengen naar 2 weken door een betaling van genoemd bedrag van € 170.000,- bij gebreke waarvan wij genooddaakt zijn de vordering uit handen te geven. Tevens schorten wij leveringen van nog te verzamelen orders met onmiddellijke ingang op tot het moment dat betaling van de achterstand is ingelopen.

Het is ons na inventarisatie en beoordeling gebleken dat de winkelinventaris in een dusdanige staat verkeert dat het ons thans onmogelijk is een bod op de aangeboden winkel uit te brengen.

[...]”

2.7. Bij brief van 30 september 2015 heeft Boon aan Joemai medegedeeld:

“[...]

Hierbij delen wij u mee dat wij de tussen u en ons gesloten samenwerkings-franchise overeenkomst d.d. 26 november 2009 met ingang van heden, 30 september 2015, beëindigen op grond van artikel 19 van genoemde overeenkomst.

Wij verzoeken u onverwijld de nog in bezit zijnde handboeken, formulieren e.d. terug te geven en het gebruik van intellectuele eigendomsrechten terstond stop te zetten.

Tevens verzoeken wij u alle formule-uitingen uit de onderneming te verwijderen.

[...]”

2.8. In oktober 2015 heeft Joemai met de heer [naam 4] (hierna: [naam 4]) onderhandeld over de overname van de onderneming van Joemai. Op 26 oktober 2015 heeft [naam 4] een bod van € 50.000,00 uitgebracht alsmede aangeboden om de achterstallige huur van € 10.850,00 en een schuld aan de bank van € 20.000,00 over te ne-

men. Een overeenkomst tussen Joemai en [naam 4] is niet tot stand gekomen.

2.9. Op 9 november 2015 is een koopovereenkomst (hierna: de koopovereenkomst) tussen Boon en Joemai tot stand gekomen. Daarin staat, voor zover van belang, het volgende vermeld:

“[...]

ARTIKEL 1. KOOP INVENTARIS

1.1 Onder de voorwaarden van deze Overeenkomst, verkoopt Joemai hierbij aan Boon Sliedrecht, gelijk Boon Sliedrecht hierbij van Joemai koopt de inventaris behorende bij de Supermarkt, welke nader uiteen is gezet op *Bijlage 1* (hierna: de ‘*Inventaris*’).

1.2 De koopprijs voor de Inventaris bedraagt een bedrag van € 13.000,- (zegge: dertienduizend euro) exclusief btw (de ‘*Koopprijs*’). [...]

[...]

ARTIKEL 2. VOORWAARDEN

2.1. Deze Overeenkomst wordt gesloten onder de navolgende (opschortende) voorwaarden:

2.1.1. Joemai levert haar volledige medewerking aan de indeplaatsstelling van Boon Sliedrecht (dan wel een aan haar gelieerde groepsmaatschappij) als huurder in de plaats van Joemai onder de huidige huurovereenkomst van de Supermarkt door middel van het ondertekenen van een overeenkomst van indeplaatsstelling, waarbij Joemai zich verplicht tot het betalen van de nog verschuldigde huurpenningen tot aan de Ondertekeningdatum; en

2.1.2. de heer [naam 5] [...] schriftelijk instemt met de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst per 1 november 2015 zonder toekenning van een ontslagvergoeding.

[...]

ARTIKEL 3. OVERGANG VAN ONDERNEMING

3.1. Partijen stellen zich op het standpunt dat de verkoop van de Inventaris niet kwalificeert als een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. van het Burgerlijk Wetboek, waarbij Joemai de arbeidsverhoudingen met haar werknemers zelfstandig en voor eigen rekening en risico zal afwickelen. Indien mocht worden vastgesteld dat de onderhavige verkoop wel zal kwalificeren als overgang van onderneming zal Boon Sliedrecht (dan wel haar rechtsopvolger) de rechten van de werknemers respecteren.”

2.10. Met ingang van 19 november 2015 exploiteert Harpal vof (hierna: Harpal) conform de winkelformule een supermarkt aan de [adres] in Utrecht. De heer [naam 6], een van de vennoten

van Harpal, is de voormalig bedrijfsleider van Joemai.

2.11. Bij vonnis van 19 juli 2016 is Joemai in staat van faillissement verklaard, met benoeming van de curator als zodanig.

2.12. De curator heeft Makelaarskantoor [naam 7] B.V. (hierna: [naam 7]) opdracht gegeven om de inventaris te taxeren. In een taxatierapport van [naam 7] van 17 november 2016 staat, voor zover hier van belang, het volgende vermeld:

“[...]

Liquidatiewaarde

Onder de liquidatiewaarde wordt verstaan: ‘het bedrag dat een zaak, binnen een redelijke termijn en bij een gedwongen openbare verkoop, op een door de wet voorgeschreven wijze, na de beste voorbereiding en aanbidding op de voor de aard van de zaken gebruikelijke wijze, zal kunnen opbrengen.’

Onderhandse verkoopwaarde gelijkblijvende locatie en voortgezet gebruik

Onder de onderhandse verkoopwaarde bij gelijkblijvende locatie en gebruik wordt verstaan: ‘het bedrag dat een zaak, binnen een redelijke termijn en bij vrijwillige onderhandse verkoop, na de beste voorbereiding en aanbidding op de voor de aard van de zaken gebruikelijke wijze en bij gelijkblijvende locatie en gebruik, zal kunnen opbrengen.’

[...]

Bijzonderheden

Inspectie ter plaatse heeft niet plaatsgevonden. Ten behoeve van de waardering is het beschikbaar gestelde inventarisoverzicht als uitgangspunt gehanteerd.

Recapitulatie

Nr.	Omschrijving	Liq. Waarde	Ohlg. waarde
		€	€
1.	Bedrijfsinventaris	18.315,00	63.390,00
2.	Huurdersbelang		50.000,00
	Totaal exclusief B.T.W.	18.315,00	113.390,00

[...]

Onder huurdersbelang worden alle veranderingen en verbeteringen aan het pand en bedrijfsterrein verstaan die door huurder voor eigen reke-

ning zijn aangebracht en welke bij voortgezet gebruik een financieel voordeel opleveren.
[...]"

2.13. Bij brief van 29 november 2016 heeft de curator aan Boon medegedeeld:

"[...]"

Inmiddels heeft de curator al wel door een onafhankelijke deskundige de inventaris en het huurdersbelang laten taxeren. Uit die taxatie blijkt dat de inventaris en het huurdersbelang een veel hogere waarde vertegenwoordigen dan het bedrag dat door Boon Sliedrecht B.V. is betaald. De bedrijfsinventaris is namelijk gewaardeerd op € 63.390,00, terwijl het huurdersbelang is gewaardeerd op € 50.000,00. De gezamenlijke crediteuren zijn derhalve als gevolg van de (paulianeuze) transactie met Boon Sliedrecht B.V. fors benadeeld.

Namens de curator vernietig ik derhalve hierbij ex artikel 42 jo. 43 Fw de aan de koopovereenkomst d.d. 9 november 2015 ten grondslag liggende rechtshandelingen. Deze vernietiging heeft tot gevolg dat u gehouden bent om de inventaris aan de curator terug te leveren. Ook zal de door u afgedwongen indeplaatsstelling daarmee komen te vervallen.

[...]"

3. Het geschil

3.1. De curator vordert – verkort en zakelijk weergegeven – om bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

primair:

– te verklaren voor recht dat de aan de transactie van 9 november 2015 ten grondslag liggende rechtshandelingen paulianeus zijn verricht, en

– Boon te veroordelen tot vergoeding van de door de boedel geleden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet,

subsidiair:

– te verklaren voor recht dat Boon misbruik heeft gemaakt van de omstandigheden waarin Joemai op dat moment verkeerde, door haar te bewegen tot het aangaan van de transactie van 9 november 2015,

– vernietiging van de aan voornoemde transactie van 9 november 2015 ten grondslag liggende rechtshandeling(en),

– Boon te veroordelen tot vergoeding van de door de boedel geleden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet,

meer subsidiair:

– te verklaren voor recht dat Boon onrechtmatig heeft gehandeld jegens de boedel door de onderneming van Joemai naar zich toe te trekken, en

– Boon te veroordelen tot vergoeding van de als gevolg van haar onrechtmatig handelen ontstane schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet,

primair, subsidiair en meer subsidiair:

– Boon te veroordelen in de kosten van het geding, waaronder de nakosten ten bedrage van € 131,00 zonder betekening en € 199,00 in geval van betekening, indien en voor zover Boon niet binnen de termijn van twee dagen, althans binnen een door de rechtbank redelijk geachte termijn na betekening van het vonnis heeft voldaan.

3.2. Het verweer van Boon strekt tot afwijzing van de vordering, met veroordeling van de curator bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis in de kosten van de procedure, inclusief de nakosten van de eventuele executie.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. De curator grondt zijn primaire vordering op de stelling dat hij de aan de koopovereenkomst ten grondslag liggende rechtshandelingen op grond van artikel 42 van de Faillissementswet (Fw) heeft vernietigd. Zijn subsidiaire vordering grondt de curator op artikel 3:44 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Hij stelt daartoe dat Boon misbruik heeft gemaakt van omstandigheden door de totstandkoming van de koopovereenkomst te bevorderen, terwijl zij wist of moest begrijpen dat Joemai door afhankelijkheid werd bewogen tot het sluiten daarvan. Volgens de curator kunnen de reeds ingetreden gevolgen van de koopovereenkomst thans bezwaarlijk ongedaan gemaakt worden. Hij vordert zowel primair als subsidiair schadevergoeding nader op te maken bij staat. Zijn meer subsidiaire vordering grondt de curator op artikel 6:162 BW.

4.2. Boon betwist dat de curator de aan de koopovereenkomst ten grondslag liggende rechtshandelingen rechtsgeldig heeft vernietigd, omdat niet is voldaan aan de vereisten van artikel 42 Fw. Voorts betwist Boon dat zij misbruik heeft gemaakt van omstandigheden, althans onrechtmatig heeft gehandeld.

Faillissementspauliana

4.3. Ter beoordeling ligt allereerst de vraag voor of de curator de koopovereenkomst, althans de daaraan ten grondslag liggende rechtshandelingen, rechtsgeldig heeft vernietigd.

4.4. Artikel 42 Fw bepaalt dat de curator ten behoeve van de boedel elke rechtshandeling die de schuldenaar vóór de faillietverklaring onverplicht heeft verricht en waarvan deze bij dit verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, door een buitengerechtigde verklaring kan vernietigen. Een rechtshandeling anders dan om niet kan wegens benadeling slechts worden vernietigd, indien ook degene met wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte, wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn.

4.5. Tussen partijen is niet in geschil dat de aan de koopovereenkomst ten grondslag liggende rechtshandelingen onverplicht zijn verricht. Wel twisten zij over de vraag of de koopovereenkomst benadeling van schuldeisers tot gevolg heeft gehad en of Boon wist of behoorde te weten van die benadeling.

4.6. Boon heeft onder de koopovereenkomst € 13.000,00 betaald.

4.7. De curator stelt dat als gevolg van de koopovereenkomst schuldeisers zijn benadeeld. Volgens de curator heeft Joemai – anders dan in de koopovereenkomst is bepaald – niet slechts de inventaris maar (vrijwel) de gehele onderneming aan Boon overgedragen. Doordat Boon geen marktconforme prijs voor de onderneming heeft betaald, is er thans een kleiner boedelactief waarop de schuldeisers zich kunnen verhalen. Boon heeft de onderneming van Joemai op dezelfde locatie voortgezet, waarmee sprake is van een *going concern*, zodat voor de inventaris de getaxeerde onderhandse verkoopwaarde van € 63.390,00 had moeten worden betaald. Daarnaast is Boon als huurder in de plaats van Joemai getreden en had door haar een vergoeding voor het huurderbelang moeten worden voldaan. Ook heeft Boon het (overgrote deel van het) personeel van Joemai overgenomen en had, gezien het contact van dat personeel met vaste klanten, een goodwillvergoeding moeten worden betaald.

4.8. Boon betwist dat als gevolg van de koopovereenkomst schuldeisers zijn benadeeld. Zij heeft enkel de inventaris van Joemai gekocht, waarvoor een meer dan reële prijs is betaald. Er is niet *going*

concern verkocht; ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst was de supermarkt al twee maanden gesloten, zodat voor de waardering van de inventaris uit dient te worden gegaan van de liquidatiewaarde. In het taxatierapport is echter geen rekening gehouden met de staat van de inventaris en er heeft geen visuele inspectie plaatsgevonden. De inventaris was gedateerd, slecht onderhouden en goeddeels ongeschikt voor voortgezet gebruik en daardoor niet meer waard dan € 4.930,00.

Er was geen sprake van een huurdersbelang; en voor zover dat er wel was, is het blijkens de koopovereenkomst niet door Boon overgenomen, maar betrof het iets tussen de verhuurder van het pand en Joemai. Van goodwill was evenmin sprake, nu de onderneming van Joemai verlieslatend was en ook de verwachting van de resultaten naar de toekomst toe, zonder investeringen, negatief was. Het enkele feit dat de supermarkt vaste klanten had, kan dan niet de conclusie rechtvaardigen dat er een bedrag aan goodwill door Boon betaald moet worden, aldus Boon.

4.9. De curator baseert zijn stelling dat schuldeisers zijn benadeeld doordat voor de onderneming geen marktconforme prijs is betaald op drie aspecten: de waarde van de inventaris; het huurdersbelang; en de goodwill. De rechtbank zal deze aspecten hierna afzonderlijk behandelen.

Waarde van de inventaris

4.10. Ten aanzien van de waarde van de inventaris stelt de curator zich op het standpunt er in beginsel € 63.000,00 voor de inventaris betaald had moeten worden, omdat er *going concern* is gekocht. De rechtbank volgt de curator daarin niet. Door Boon is – onbetwist – gesteld dat de supermarkt eind september 2015 de deuren heeft gesloten en dat de supermarkt na het sluiten van de koopovereenkomst twee maanden gesloten is gebleven. Bij een sluiting van die termijn (meer dan drie maanden) kan niet worden gezegd dat een onderneming *going concern* is verkocht. Het gevolg is dat de liquidatiewaarde als uitgangspunt moet worden genomen.

4.11. Ook over de hoogte van de liquidatiewaarde wordt getwist. In het taxatierapport (zie 2.12 hierboven) is de liquidatiewaarde op € 18.315,00 bepaald. Boon heeft aangevoerd dat (ook) dat bedrag te hoog is, omdat er (nu er geen schouw heeft plaatsgevonden) geen rekening is gehouden met de staat waarin de inventaris verkeerde. De inven-

taris was gedateerd, slecht onderhouden en gedeels ongeschikt voor voortgezet gebruik. Boon wijst er op dat ingeval van een supermarktinventaris met name de koelininstallaties de waarde daarvan vertegenwoordigen, welke blijkens de e-mail van 23 september 2015 van [naam 1] (zie 2.5 hierboven) in slechte staat verkeerden. Ook wijst Boon op de verklaring van [naam 2] die na een schouw van de inventaris tot de conclusie kwam dat de inventaris nauwelijks waarde vertegenwoordigde (bijlage 4 van productie 31 bij dagvaarding). De door de curator, ter onderbouwing van zijn stelling dat er op regelmatige basis onderhoud werd gepleegd, overgelegde facturen (bijlage 4 van productie 32 bij dagvaarding) zien volgens Boon niet op onderhoud van de installaties, maar op ongediertebestrijding en op vervanging van een regelaar. De koel- en vrieskasten waren onbruikbaar en zijn afgevoerd.

4.12. De rechtbank overweegt dat, indien de inventaris inderdaad in slechte staat van onderhoud verkeerde, het in de lijn der verwachtingen ligt dat de waarde van de inventaris lager is dan door de taxateur is vastgesteld. Een verlaging van de waarde als gevolg daarvan van ongeveer dertig procent (€ 18.315,00 naar € 13.000,00) lijkt dan niet onaannemelijk. Naar het oordeel van de rechtbank had het dan ook op de weg van de curator gelegen om zijn stelling dat de inventaris juist (substantieel) meer waard was nader te onderbouwen, in het bijzonder door nader in te gaan op het gepleegde onderhoud. Dit heeft hij niet, althans onvoldoende, gedaan. Het ter comparitie herhalen van de stelling dat uit de (als bijlage 4 van productie 32 bij dagvaarding) overgelegde factuur van 31 augustus 2015 blijkt dat de koelcellen werden onderhouden is – gezien de eerdere reactie van Boon daarop – onvoldoende.

4.13. De rechtbank neemt daarbij voorts in aanmerking dat de curator zijn stelling dat men is gaan kijken en de inventaris (een week voor de comparitie) nog grotendeels intact was niet heeft onderbouwd met stukken, bijvoorbeeld met foto's. Het was in dat geval overigens naar het de rechtbank voorkomt eveneens mogelijk geweest de taxateur destijds de inventaris te laten schouwen. Dat dit niet is gebeurd, komt voor risico van de curator.

4.14. De curator heeft nog aangevoerd, ten aanzien van de hoogte van de waarde van de inventaris, dat die door Boon zelf op € 20.000,00 is getaxeed. In aanmerking nemend dat Boon

daartegen heeft aangevoerd dat hij die taxatie deed op basis van de boekwaarden, voordat een schouw van de inventaris had plaatsgevonden, en gezien hetgeen hiervoor in 4.12 overwogen, zal de rechtbank de curator ook op dit punt niet volgen. Voor zover de curator met het aanhalen van de waarde (€ 350.000,00) die Joemai in haar brief van 31 juli 2015 aan de inventaris toekent (zie productie 9 bij dagvaarding) heeft willen aantonen dat de waarde van de inventaris in elk geval hoger is dan € 13.000,00, heeft te gelden dat het eerstgenoemde bedrag niet is onderbouwd. Het (volgens de curator) eerder tijdens de overnamebesprekingen met Boon door Joemai genoemde bedrag van € 90.000,00, kan evenmin gelden als basis voor de stelling dat de inventaris – dan wel de gehele onderneming – meer waard was dan € 13.000,00. Gesteld wordt immers dat het bedrag van € 90.000,00 is genoemd, omdat Joemai met dat bedrag in staat was een groot deel van zijn schulden af te lossen.

4.15. De conclusie van het voorstaande is, dat de curator zijn stelling dat de inventaris meer waard was dan € 13.000,00 onvoldoende heeft onderbouwd. Een benadeling van schuldeisers is op dit punt niet gebleken.

Huurdersbelang

4.16. Ter onderbouwing van zijn stelling dat er sprake was van een huurdersbelang, heeft de curator aangevoerd dat, nu in de koopovereenkomst is opgenomen dat Joemai mee zal werken aan de indeplaatsstelling van Boon als huurder (zie 2.9 hierboven), Boon heeft geprofiteerd van de door Joemai gefinancierde aanpassingen en verbeteringen met betrekking tot de gehuurde winkelruimte in 2009. Deze investeringen bedroegen € 122.974,04. Gezien die investeringen heeft de curator [naam 7] verzocht eveneens een waarde te laten bepalen voor het huurdersbelang.

4.17. Boon heeft onder meer aangevoerd dat hetgeen constructief in het pand was aangebracht, voor haar niet bruikbaar was of diende te worden gerepareerd. Boon stelt het pand volledig te hebben moeten strippen en weer opbouwen om exploitatie van de supermarkt mogelijk te maken, en verwijst naar de overgelegde foto's van de supermarkt en verklaringen van [naam 2] en de heer [naam 6] (bijlagen 3 en 4 van productie 31 bij dagvaarding).

4.18. De rechtbank oordeelt dat de curator zijn stellingen ook op dit punt onvoldoende heeft on-

derbouwd. Uit de door Boon overgelegde verklaringen blijkt dat – in elk geval in de visie van [naam 2] – de in 2009 gedane bouwkundige investeringen weinig waarde meer hadden, en uit de verklaring van de heer [naam 6] en de – niet betwiste – kosten van de verbouwing van € 345.925,18 (zie bijlage 1 van productie 29 bij dagvaarding) kan worden opgemaakt dat er in elk geval flink verbouwd is door Boon. In dat licht had het op de weg van de curator gelegen toe te lichten waarom de destijds door Joemai gedane investeringen in de winkelruimte toch nog een aanmerkelijke waarde vertegenwoordigden. Het ligt immers in het algemeen niet in de lijn der verwachtingen dat verbouwingskosten van enige omvang onnodig worden gemaakt. Ten aanzien van de stelling van de curator ter comparitie dat de supermarkt niet volledig is gestript, dat er is gekeken en dat de supermarkt nog voor een groot deel intact is, verwijst de rechtbank naar hetgeen zij heeft opgemerkt onder 4.13.

Goodwill

4.19. De curator onderbouwt zijn stelling dat er sprake was van goodwill door aan te voeren dat het (grotendeels overgenomen) personeel van Joemai reeds jarenlang contact had met de vaste klanten. De kring aan vaste klanten bleek geheel ontdaan vanwege de tijdelijke sluiting, zo blijkt uit een stille tocht georganiseerd in verband daarmee en een bericht van een scholier op Facebook.

4.20. De rechtbank oordeelt dat die feiten (wat daar ook van zij) onvoldoende zijn om te kunnen komen tot de vaststelling dat er sprake was van goodwill. Nu Boon het bestaan van goodwill ten tijde van de overname betwist heeft, heeft de curator zijn stelling onvoldoende onderbouwd.

4.21. De conclusie is dat niet is gebleken dat door het aangaan van de koopovereenkomst schuldeisers zijn benadeeld. De curator was niet bevoegd om de koopovereenkomst, althans de daaraan ten grondslag liggende rechtshandelingen, op grond van artikel 42 Fw te vernietigen. De primaire vordering zal derhalve worden afgewezen.

Misbruik van omstandigheden

4.22. De curator vordert subsidiair vernietiging van de aan de koopovereenkomst ten grondslag liggende rechtshandelingen op grond van artikel 3:44 lid 4 BW. Hij stelt daartoe dat Boon misbruik heeft gemaakt van de afhankelijke positie waarin Joemai ten tijde van het sluiten van de koopover-

eenkomst verkeerde. Boon wist dat de exploitatie van de onderneming van Joemai als gevolg van de leveringsstop en de uitwinning van het eigendomsvoorbehoud van Boon ten einde zou lopen en er derhalve geen inkomsten meer konden worden gegenereerd, terwijl de schulden opliepen. Daarbij komt dat Boon niet bereid was om met de verkoop van de onderneming aan [naam 4] in te stemmen. Vervolgens heeft Boon de verkoop van de onderneming aan haar afgedwongen door te dreigen met het aanvragen van het faillissement van Joemai, aldus de curator.

4.23. Boon betwist dat er sprake was van misbruik van omstandigheden. Ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst was de franchiseovereenkomst tussen Boon en Joemai geëindigd, zodat Joemai ten opzichte van Boon niet in een afhankelijke positie verkeerde. Boon heeft geen franchiseovereenkomst met [naam 4] willen aangaan, omdat hij niet over financiële middelen en de benodigde retailervaring beschikte. Ook betwist Boon dat bedreigd is met het aanvragen van een faillissement.

4.24. De rechtbank overweegt als volgt. Artikel 3:44 lid 1 BW bepaalt dat een rechtshandeling vernietigbaar is, wanneer zij door bedreiging, door bedrog of door misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen. Lid 4 van genoemd artikel, waar de curator zich op beroept, bepaalt dat misbruik van omstandigheden aanwezig is wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid, bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het tot stand komen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden.

4.25. Tussen partijen staat vast dat Boon de franchiseovereenkomst met Joemai op 30 september 2015 heeft beëindigd. De onderhandelingen tussen Boon en Joemai over de overdracht van de inventaris hebben vervolgens in november 2015 plaatsgevonden, zodat op het moment van het sluiten van de koopovereenkomst in elk geval geen afhankelijkheid op basis van de franchiseovereenkomst bestond. De stelling van de curator die erop neerkomt dat Joemai tot het sluiten van de koopovereenkomst werd bewogen doordat zij niet langer inkomsten genereerde en behoefte had aan liquide middelen teneinde haar schulden

te kunnen voldoen, rechtvaardigt evenmin de conclusie dat sprake was van afhankelijkheid. Het stond Joemai vrij om op andere wijze haar financiële problemen op te lossen, inclusief de verkoop van de onderneming aan een derde. Weliswaar heeft Boon door geen franchiserelatie met [naam 4] te willen aangaan, de verkoop aan hem belemmerd, maar gezien de redenen die Boon daarvoor heeft gegeven (kort samengevat: [naam 4] beschikte niet over de benodigde financiële middelen noch over enige serieuze retailervaring) blijkt daaruit niet dat Boon elke voorgestelde franchise-nemer zou hebben geweigerd, nog daargelaten dat er voor Joemai wellicht ook andere oplossingen waren, zoals verkoop voor exploitatie zonder een franchiserelatie met Boon of externe financiering. Een dreigement van Boon dat zij het faillissement van Joemai zou aanvragen als deze niet zou verkopen – wat er ook zij van de vraag of dat dreigement daadwerkelijk is geuit – kwalificeert niet als een bijzondere omstandigheid in de zin van artikel 3:44 lid 4 BW.

4.26. Nu evenmin is gebleken van een andere bijzondere omstandigheid als bedoeld in artikel 3:44 lid 4 BW (zie 4.24 hierboven), moet ook de subsidiaire vordering worden afgewezen.

Onrechtmatige daad

4.27. De curator grondt zijn meer subsidiaire vordering op onrechtmatige daad. Hij stelt in dit verband dat Boon wist dat door het opschorten van haar leveringsverplichting en de beëindiging van de franchiseovereenkomst de exploitatie van de onderneming van Joemai tot een einde zou komen. Met de opzegging van de franchiseovereenkomst heeft Boon de onderneming lam gelegd. Boon heeft daarmee een situatie gecreëerd waarin de onderneming voor een (te) lage prijs kon worden overgenomen en waarbij zij de overdracht aan haar vervolgens heeft afgedwongen.

4.28. Boon betwist dat zij onrechtmatig heeft gehandeld. Er is geen sprake geweest van een geregisseerd proces, waarbij zij de franchiseovereenkomst zou hebben beëindigd om zich de onderneming van Joemai vervolgens voor een (te) lage prijs te kunnen toe-eigenen. Boon was gerechtigd tot beëindiging van de franchiseovereenkomst, omdat Joemai haar betalingsverplichtingen niet nakwam en reeds geruime tijd in verzuim verkeerde. Boon heeft Joemai ruimschoots de tijd gegeven om de betalingsachterstand in te lopen of maatregelen te nemen die daartoe zouden kun-

nen leiden, maar Joemai heeft de zaak op zijn be-
loop gelaten en pas op het allerlaatste moment
maatregelen willen treffen in de vorm van ver-
koop van de supermarkt. Boon heeft eerst na het
eindigen van de franchiseovereenkomst met Joe-
mai willen onderhandelen over de overname van
de inventaris. Boon wilde op dat moment een
franchiseovereenkomst sluiten met [naam 6] en
de inventaris van Joemai in dat kader overnemen.

4.29. De rechtbank oordeelt – bovenstaand ver-
weer van Boon in aanmerking nemend – dat het-
geen door de curator is aangevoerd onvoldoende
is om de stelling te kunnen dragen dat Boon on-
rechtmatig heeft gehandeld. Het moge zo zijn dat
– zoals door Boon ook niet wordt betwist – ver-
wacht mocht worden dat het opschorten van de
levering door Boon aan Joemai en de beëindiging
van de franchiseovereenkomst zou leiden tot de
beëindiging van de exploitatie van de onderne-
ming van Joemai, maar dat brengt op zichzelf
geen onrechtmatige daad van Boon met zich.
Boon mocht op basis van de franchiseovereen-
komst de levering opschorten en de franchi-
seovereenkomst beëindigen. Mede gezien de door
de curator niet betwiste gang van zaken in de
aanloop naar genoemde maatregelen (door Boon
aangegeven in randnummer 8 tot en met 11 van
de dagvaarding) hoefde van Boon niet verwacht
te worden nog langer uitstel van betaling te ver-
lenen. Het feit dat Joemai gedurende dat proces
aanbood zijn onderneming aan Boon te verko-
pen, maakt dat in de gegeven omstandigheden
niet anders. Dat Boon op dat moment geen be-
langstelling voor de supermarkt had, is gezien de
vraagprijs van € 875.000,00 niet op voorhand on-
begrijpelijk.

De stelling dat Boon vervolgens, na de opzegging
van de franchiseovereenkomst, door Boon ge-
dwongen werd om de onderneming voor een te
laag bedrag te verkopen, is hierboven onder 4.25
reeds weersproken.

Voor het aannemen van een vooropgezet plan,
inhoudende dat Boon de franchiseovereenkomst
heeft opgezegd met het oog op een (latere) over-
name van de onderneming, heeft de curator te
weinig gesteld. Zijn stelling dat Boon reeds voor
het aangaan van de verkoopovereenkomst in
overleg was met de heer [naam 6], wordt door
Boon bevestigd. Hieruit volgt echter niet dat
Boon al voor het opzeggen van de franchiseover-
eenkomst het voornemen had de onderneming te

kopen, laat staan dat zij om die reden de franchisovereenkomst heeft opgezegd.

4.30. De slotsom is dat ook het meer subsidiair gevorderde niet kan worden toegewezen.

Kosten

4.31. De curator zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Boon worden begroot op: (...; red.)

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt de curator in de proceskosten (...; red.),

5.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Het gaat in deze zaak om een supermarkt van de winkelformule MCD. De curator van de franchisenemer, M.S. Joemai BV ("Joemai"), heeft een activaovereenkomst met de franchisegever, gedaagde Boon Sliedrecht BV ("Boon"), getracht te vernietigen op grond van de faillissementspauliana (art. 42 Fw). De rechtbank oordeelt echter dat niet voldaan is aan het benadelingsvereiste, zodat de rechtshandeling niet rechtsgeldig is vernietigd.

2. De faillissementspauliana is bedoeld om de concursus creditorum te handhaven c.q. te herstellen, of anders gezegd, om de faillissementsboedel te reconstrueren (zie hierover Wessels, *Insolventierecht III* 2013/3092 en *Van der Feltz I*, p. 434). De bedoeling daarvan is de faillissementsboedel terug te brengen in de staat waarin deze zich bevond voordat de gewraakte rechtshandeling plaatsvond. De actie kan alleen met succes worden ingesteld als schuldeisers zijn benadeeld door die rechtshandeling. Zonder benadeling van de schuldeisers valt er immers achteraf gezien ook niets te herstellen. Die benadeling kan bestaan uit (a) elke vermindering van het actief in de faillissementsboedel, en (b) elke verstoring van de onderlinge rangorde tussen de faillissementscrediteuren (zie o.a. Wessels, *Insolventierecht III* 2013/3092).

3. In de onderhavige casus twisten partijen dus over de vraag of er wel sprake is van benadeling

van schuldeisers (r.o. 4.5). Voor de vraag of daarvan sprake is, dient volgens vaste jurisprudentie een vergelijking te worden gemaakt tussen de hypothetische situatie dat de rechtshandeling achterwege zou zijn gebleven, en de situatie waarin partijen feitelijk verkeren als gevolg van de gewraakte rechtshandeling (HR 29 november 2001, «JOR» 2001/269, m.nt. NEDF (*Diepstraten/Gilhuis q.q.*) en HR 23 december 1949, NJ 1950/262 (*Boendermaker c.s./Schopman*)). Daarbij dienen positieve gevolgen van de gewraakte rechtshandeling in de vergelijking te worden betrokken (HR 10 december 1976, NJ 1977/617 (*Eneca*)). Benadeling van schuldeisers moet aanwezig zijn op het tijdstip waarop de curator zijn rechten doet gelden. Wanneer in rechte wordt gestreden over de vraag of de curator terecht een beroep doet op de faillissementspauliana, dient benadeling aanwezig te zijn op het moment dat op het beroep op de faillissementspauliana wordt beslist (HR 29 november 2001, «JOR» 2001/269, m.nt. NEDF (*Diepstraten/Gilhuis*) en HR 22 september 1995, NJ 1996/706 (*Ravast e.a./Ontvanger*)).

4. Op 9 november 2015 sloten Boon en Joemai een koopovereenkomst waarbij Boon de inventaris van de supermarkt van Joemai kocht voor € 13.000 (excl. btw). Ruim een half jaar later, op 19 juli 2016, is Joemai failliet verklaard. Voor de curator lijkt de pijn vooral te zitten in het feit dat zijn failliet, Joemai, de supermarkt medio 2015 nog voor € 875.000 aan Boon heeft aangeboden (r.o. 2.4) en er dus een hoop waarde verloren lijkt te zijn gegaan. Op dat moment bleek de supermarkt echter al in slechte staat (r.o. 2.5) en kort daarna bedroeg de schuld van Joemai aan Boon al € 243.140,30. Boon is niet ingegaan op het aanbod van Joemai en heeft in plaats daarvan gedreigd leveranties te stoppen als de betalingsachterstand niet werd ingelopen (r.o. 2.6). Kort daarna, eind september 2015, heeft Boon de franchisovereenkomst opgezegd (r.o. 2.7) en is de supermarkt gesloten.

5. Vervolgens heeft Joemai in oktober 2015 tevergeefs geprobeerd de supermarkt voor € 50.000 aan een derde te verkopen (r.o. 2.8). Uiteindelijk verkocht zij in november 2015 de inventaris voor de genoemde € 13.000 aan Boon (r.o. 2.9). Daarbij spraken partijen af dat Joemai zou meewerken aan een indeplaatsstelling ten aanzien van de huur van het winkelpand en dat Joemai zelf de arbeidsverhoudingen met werknemers zou

gaan afwickelen. Boon heeft vervolgens een andere exploitant gevonden die vanaf eind november 2015 de supermarkt is gaan exploiteren (r.o. 2.10).

6. De curator is van mening dat de inventaris voor een te lage prijs is verkocht en heeft daarom de koopovereenkomst vernietigd. Uit een later, op 17 november 2016, in opdracht van de curator verrichte (bureau)taxatie bleek een liquidatiewaarde van € 18.315 (excl. btw) en een marktwaarde bij voortgezet gebruik van € 63.390 (excl. btw). Ook zou er een huurdersbelang zijn met een getaxeerde waarde van € 50.000 (excl. btw). Verder stelt de curator zich op het standpunt dat er sprake is van een *going concern*-overname, omdat in feite de hele onderneming van Joemai aan Boon is overgedragen. Daarom had Boon de marktwaarde voor de inventaris moeten betalen en tevens een bedrag voor het huurdersbelang en goodwill moeten betalen, aldus de curator. De curator beroept zich daarbij subsidiair op misbruik van omstandigheden en onrechtmatige daad. Die laatste twee grondslagen laat ik in deze annotatie verder buiten beschouwing.

7. Het oordeel van de rechtbank over de vraag of sprake is van benadeling is op zich begrijpelijk en te volgen (r.o. 4.7 t/m 4.21), maar daarin is de hiervoor genoemde vermogensvergelijking niet terug te vinden. De rechtbank neemt drie aspecten afzonderlijk van elkaar in ogenschouw (r.o. 4.9): (i) de waarde van de inventaris, (ii) het huurdersbelang en (iii) goodwill, en beoordeelt vervolgens of Boon daarvoor een redelijke prijs heeft betaald. Ten aanzien van de waarde van de inventaris blijkt dat het taxatierapport van de curator een zogenoemde bureautaxatie is. De door de curator ingeschakelde taxateur heeft de inventaris getaxeerd op basis van documentatie en is niet zelf gaan kijken. Boon heeft daar zelf het nodige tegenovergesteld en de rechtbank oordeelt dan ook dat het op de weg van de curator had gelegen om zijn stelling dat de inventaris juist meer waard was dan de afgesproken koopsom nader te onderbouwen. Wat betreft het huurdersbelang en de goodwill is de rechtbank van oordeel dat daarvan geen sprake meer was omdat de supermarkt al enige tijd gesloten was. De prijs die Boon heeft betaald, was dus niet te laag en dus is er geen sprake van benadeling van schuldeisers van Joemai, aldus de rechtbank.

8. De vraag is of de uitkomst anders zou zijn geweest als de rechtbank de vermogensvergelijking

had toegepast zoals volgt uit voornoemde jurisprudentie. Er had dan een vergelijking moeten worden gemaakt tussen de hypothetische situatie waarin de koopovereenkomst met Boon niet was gesloten en de huidige situatie. Het lastige daarbij is om te achterhalen wat de meest aannemelijke hypothese is. In die hypothese zullen een aantal feiten in ieder geval als vaststaand moeten worden aangenomen. Voordat de koopovereenkomst met Boon was gesloten, was de supermarkt al in slechte staat, had Boon de leveranties gestopt, is de franchiseovereenkomst opgezegd en de supermarkt gesloten. Het is niet mogelijk die feiten “weg te denken” in de hypothese, omdat die feiten vóór het verrichten van de gewraakte rechtshandeling al hadden plaatsgevonden.

9. Gegeven die situatie, is het dan nog aannemelijk dat de supermarkt überhaupt als *going concern* kon worden verkocht? Laat staan aan een andere partij dan Boon, gegeven het feit dat er geen andere geïnteresseerden (meer) waren? Is het aannemelijk dat de curator zelf na faillietverklaring van Joemai (acht maanden na sluiting van de supermarkt) het huurdersbelang, goodwill en *going concern*-waarde voor de inventaris had kunnen realiseren? Of moet worden uitgegaan van de hypothetische situatie dat de derde die eind november een nieuwe franchiseovereenkomst met Boon heeft gesloten, een koopovereenkomst met Joemai zou hebben gesloten en daarbij een koopsom voor de gehele onderneming als *going concern*, het huurdersbelang en goodwill zou hebben betaald?

10. De rechter hoeft in ieder geval niet ambtshalve een onderzoek in te stellen naar de vermogensverschuivingen in de periode tussen het tijdstip van de (later vernietigde) rechtshandeling en het tijdstip waarop de benadeling aanwezig moet zijn, zoals volgt uit HR 29 november 2001, «JOR» 2001/269, m.nt. NEDF (*Diepstraten/Gilhuis*). De curator zou dan ook in het kader van zijn stelplicht en bewijslast in beginsel kunnen volstaan met het simpelweg “wegdenken” van de gewraakte rechtshandeling en dus uit kunnen gaan van de meest simpele hypothese, namelijk dat de supermarkt ten tijde van de faillietverklaring nog onderdeel van de boedel zou zijn. Als daar op het eerste gezicht benadeling uit blijkt, dan is het aan de wederpartij om aan te tonen dat die benadeling er niet is of kleiner is (zie Faber, *Verrekening*

(diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, par. 2.2.3).

11. Wanneer de benadeling groter is dan op het eerste gezicht uit de vermogensvergelijking blijkt, dan is het aan de curator om dat aan te tonen (Faber, *Verrekening*, par. 2.2.3). In casu lijkt het "wegdenken" van de gewraakte rechtshandeling de hypothetische situatie op te leveren dat de supermarkt tot aan haar faillietverklaring (acht maanden later) gesloten zou zijn geweest en de curator daarvoor na de faillietverklaring dan ook geen *going concern*-waarde, huurdersbelang en goodwill meer had kunnen realiseren. Mijs inziens ligt het in deze situatie dus op de weg van de curator om aan te tonen dat de benadeling groter is dan op het eerste gezicht uit de vermogensvergelijking blijkt.

12. Tot slot nog iets over de gevolgen die de buitengerechtigde vernietiging zou hebben gehad. De curator schreef in zijn vernietigingsbrief dat de vernietiging tot gevolg had dat Boon de inventaris aan de curator moest terugleveren (r.o. 2.13). Ik vind dat een ongelukkige formulering. Vernietiging heeft namelijk terugwerkende kracht (art. 3:53 lid 1 BW) en dus ook goederenrechtelijke werking (zie HR 13 april 2001, «JOR» 2001/274 (*Braat/Ros*)). Dat houdt in dat de titel (de koopovereenkomst) aan de overdracht komt te ontvallen en de eigendom van de inventaris van rechtswege, als gevolg van het causale stelsel van art. 3:84 lid 1 BW, zou zijn teruggevallen in de boedel van Joemai. Daarvoor is dus geen teruglevering vereist. De verplichting om de inventaris aan de curator terug te geven (art. 51 lid 1 Fw) is een obligatoire verplichting die naast het goederenrechtelijk effect van de vernietiging bestaat. Vgl. ook HR 24 april 2009, «JOR» 2010/22, m.nt. NEDF (*Dekker q.q./Lutèce*). Voorts zou de curator de mogelijkheid hebben om de in het vermogen van Joemai teruggekeerde inventaris te revindiceren (art. 5:2 BW); HR 3 juni 1921, *NJ* 1921/p. 968 e.v. (*Faillissement Janse*). Zie art. 51 lid 2 Fw voor mogelijke derdenbescherming indien de inventaris zich niet meer bij Boon zou bevinden.

F. Ortiz Aldana

advocaat bij Recoup Advocaten en als buitenpromovendus verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit

237

Opheffing faillissement van lege boedel ondanks mogelijk verhaal wegens kennelijk onbehoorlijk bestuur ex art. 2:248 BW

Gerechtshof 's-Hertogenbosch
23 mei 2019, zaaknr. 200.256.114/01,
ECLI:NL:GHSHE:2019:1902
(mr. De Moor, mr. Henzen, mr. Zweers-van Vollenhoven)
Noot mr. drs. R. Mulder onder «JOR»
2019/238

Beroep tegen opheffing faillissement. Geen uitwinning van mogelijk aanwezige baten voor de boedel, ondanks vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur ex art. 2:248 BW. Curator kan niet gedwongen worden in te stemmen met voorstel tot onderzoekscommissie door schuldeisers buiten curator om of om een garantieregeling aan te vragen.

[Fw art. 18; BW art. 2:10, 2:248, 2:394]

Art. 18 Fw omvat tekstueel niet meer dan het recht op te komen tegen een beschikking bevelende de opheffing van het faillissement. Daarmee verwijst het naar art. 16 Fw en het daarin genoemde criterium. Derhalve dient te worden getoetst of er een situatie bestaat dat niet voldoende baten beschikbaar zijn voor de voldoening van de faillissementskosten en de overige boedelschulden. Dit is een zeer beperkte toetsing. Appellanten dienen aannemelijk te maken dat er nog wel baten in dit faillissement aanwezig zijn. Bij gebrek aan gedeponeerde jaarstukken over de jaren 2006, 2008 en latere jaren alsmede het aan de curator overleggen van een gebrekkige administratie door de bestuurder van gefailleerde is sprake van het in art. 2:248 jo art. 2:10 en art. 2:394 BW genoemde bewijsvermoeden. Dit nu door de bestuurders, waaronder belanghebbende, niet voldaan is aan de administratieplicht en publicatieplicht. De bestuurders van gefailleerde dienen – teneinde dit bewijsvermoeden te weerleggen – een belangrijke andere oorzaak van het faillissement aannemelijk te maken. Bij gebrek aan de gegevens in deze