

min of meer gelijk gesteld kan worden met de verzetprocedure tegen de tenuitvoerlegging van het dwangbevel, waarvan in casu sprake is, heb ik reeds in noot 4 aangestipt. In voornoemde fiscale zaak heeft de Hoge Raad zijn oordeel echter met name gebaseerd op de bedoeling van de wetgever, terwijl ten aanzien van het cassatieberoep volgend op het verzet tegen de tenuitvoerlegging van het dwangbevel in de wetsgeschiedenis geen aanknopingspunten te vinden zijn om de verplichting tot het betalen van de zekerheidstelling om enige reden, waaronder betalingsonmacht, achterwege te laten. De wetgever heeft kennelijk geen ruimte willen laten voor een dergelijke uitzondering, zoals ik al eerder heb betoogd onder 4.4. Bovendien gaat het in een zaak als de onderhavige niet (alleen) om de griffiekosten maar om de verplichting tot zekerheidstelling ten bedrage van het nog verschuldigde bedrag. Daar komt bij dat onderhavige verzetprocedure een andersoortig karakter heeft dan een hoger beroepprocedure in een fiscale zaak. Het gaat hier immers uitsluitend om de rechtmatigheidstoetsing van de tenuitvoerlegging via een dwangbevel, waartoe – zonder nadere beperkingen – een rechtsgang bij de rechtbank heeft opengestaan. Wat in art. 575 Sv 'beperkt' wordt is de toegang tot de cassatierechter. Die afweging heeft de wetgever naar ik meen zonder in strijd te komen met het recht op toegang tot een rechter kunnen maken. Ik merk daarbij op dat binnen de systematiek van het Wetboek van Strafvordering het ook bepaald geen regel is dat van beschikkingen van de rechter cassatieberoep openstaat.<sup>6</sup>

4.7. Kortom: ik zie geen reden af te wijken van de regel dat zekerheidsstelling is vereist voordat het cassatieberoep ex art. 575 Sv in behandeling kan worden genomen.

4.8. Geheel ten overvloede merk ik tenslotte op dat voor de veroordeelde nog wel de mogelijkheid open staat om de in art. 577b Sv voorziene weg te bewandelen. Op grond van het tweede lid van die bepaling kan een veroordeelde, mocht in de executiefase blijken dat hij daadwerkelijk niet (volledig) aan de aan hem opgelegde betalingsverplichting kan voldoen, de rechter die de ontnemingsmaatregel heeft opgelegd verzoeken het daarin vastgestelde bedrag te verminderen of kwijt te schelden.

4.9. Uit het voorgaande volgt dat de veroordeelde niet kan worden ontvangen in het cassatieberoep, zodat het middel buiten bespreking kan blijven.

5. Deze conclusie strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van de veroordeelde in het cassatieberoep.

<sup>6</sup> Vgl. art. 445 Sv.

## RI 2017/4

### HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

11 november 2016, nr. 15/04198

(Mrs. F.B. Bakels, A.H.T. Heisterkamp, M.V. Polak, C.E. du Perron, M.J. Kroeze; A-G mr. T. Hartlief)

Art. 13, 15 Fw

RvdW 2016/1151

NJB 2016/2121

JWB 2016/399

ECLI:NL:PHR:2016:873

ECLI:NL:HR:2016:2577

### Vernietiging faillietverklaring. Kracht van gewijsde. Beschikkingshandelingen curator.

**Hebben beschikkingshandelingen van de curator, verricht na vernietiging van de faillietverklaring en voor het in kracht van gewijsde gaan daarvan, goederenrechtelijke werking?**

*Schuldenaar (eiser in cassatie) wordt op verzoek van een schuldeiser bij vonnis van 20 augustus 2014 failliet verklaard. Het hof vernietigt de faillietverklaring bij arrest van 9 oktober 2014. Tegen dat arrest stelt de schuldeiser cassatieberoep in. Bij arrest van 6 maart 2015 verwerpt de Hoge Raad het cassatieberoep tegen de vernietiging van het faillissementsvonnis door het hof.*

*Na vernietiging van de faillietverklaring door het hof, maar voor de uitspraak in cassatie, gaat de curator over tot de verkoop aan verweerder in cassatie van vermogensbestanddelen die in eigendom toebehoren aan de failliet. In kort geding vordert failliet na de vernietiging van het faillissementsvonnis door het hof afgifte van de eigendommen aan haar. Bij kortgedingvonnis van 21 november 2014 verklaart de voorzieningenrechter failliet niet-ontvankelijk in de door haar ingestelde vordering. De failliet appelleert. Het hof verklaart bij arrest van 7 juli 2015 failliet, die door de uitspraak van de Hoge Raad (6 maart 2015) met terugwerkende kracht in beginsel geacht wordt nooit failliet te zijn geweest, ontvankelijk. Het hof acht de schuldenaar echter gebonden aan de beschikkingshandelingen van de curator. De schuldenaar stelt cassatieberoep in.*

*HR: Het oordeel van het hof strookt met de regel van art. 13 Fw dat handelingen van de curator die zijn verricht na vernietiging van het vonnis tot faillietverklaring, maar vóór of op de dag waarop aan het voorschrift tot aankondiging overeenkomstig art. 15 Fw is voldaan, voor de schuldenaar geldig en verbindend blijven (vgl. HR 22 oktober 1940, NJ 1941/431). Uitoefening van een bevoegdheid met onomkeerbare gevolgen door de curator dient in beginsel beperkt te blijven tot gevallen waarin de uitoefening in het*

*belang is van de boedel en uitstel in de gegeven omstandigheden, gelet op alle betrokken belangen, niet kan worden geduld, zoals wanneer deze uitoefening noodzakelijk is voor de voortzetting van de onderneming van de schuldenaar.*

**Zie ook:**

- HR 22 oktober 1940, NJ 1941/431;
- Hof Arnhem-Leeuwarden 13 oktober 2015, RI 2016/5;
- D. Faber & B. Kortmann, *Geschiedenis van de Faillissementswet 2-1* (Heruitgave Van der Feltz 1, Serie Onderneming en Recht, deel 2-1) Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 319-322.

**Wenk:**

In deze uitspraak gaat het over de geldigheid van beschikkingshandelingen van de curator hangende cassatieberoep tegen de vernietiging van de faillietverklaring door het hof. Onder verwijzing naar oude rechtspraak (een arrest uit 1940) overweegt de Hoge Raad dat handelingen van de curator die zijn verricht na vernietiging van het vonnis tot faillietverklaring maar voordat die uitspraak kracht van gewijsde krijgt, voor de schuldenaar geldig en verbindend blijven. De beschikkingshandeling van de curator is dus geldig.

Hoe zit het ook alweer? De standaardregel is dat een vonnis pas werking heeft wanneer het kracht van gewijsde heeft gekregen. Het faillissementsvonnis wijkt van de hoofdregel af. Op grond van art. 4 lid 5 Fw heeft het faillissementsvonnis werking bij voorraad en op de minuut. De faillissementstoestand blijft ook bestaan na het instellen van een rechtsmiddel. Het duurt zelfs voort nadat het vonnis van faillietverklaring is vernietigd, zolang de vernietigingsuitspraak nog geen kracht van gewijsde heeft. Zodra de vernietigingsuitspraak echter kracht van gewijsde heeft, staat – met terugwerkende kracht – vast dat de schuldenaar nooit failliet is geweest. Omdat vanaf het moment van faillietverklaring tot het in kracht van gewijsde gaan van de vernietigingsuitspraak de curator het beheer over de failliete boedel heeft gevoerd, doet zich de vraag voor wat er met zijn handelingen gebeurt. Daarvoor treft art. 13 Fw een voorziening. De handelingen van de curator blijven voor de schuldenaar geldig en verbindend, wanneer zij zijn verricht voor of op de dag waarop aan het voorschrift tot aankondiging overeenkomstig art. 15 Fw is voldaan. In art. 15 Fw gaat het om de kennisgeving aan de curator en de griffier van de rechtbank die het faillissementsvonnis uitsprak, zodra de vernietigingsuitspraak kracht van gewijsde heeft gekregen. Deze

wettelijke voorziening brengt zowel voor de schuldenaar als de curator onzekerheid met zich mee. Kan de curator zonder meer zijn bevoegdheden uitoefenen of moet hij in het belang van de schuldenaar zoveel mogelijk stilzitten? Art. 13 lid 2 Fw geeft voor dit dilemma een aanwijzing. Tijdens de behandeling van een rechtsmiddel kan geen raadgeving over een akkoord plaatshebben of tot vereffening van de boedel buiten toestemming van de schuldenaar worden overgegaan. Dat is logisch, omdat een en ander op of na de verificatievergadering plaatsvindt. Voor die verificatievergadering wordt pas een datum bepaald nadat het vonnis van faillietverklaring in kracht van gewijsde is gegaan. Tot een verificatievergadering komt het echter zelden. De meeste vervreemdingen door de curator vinden voordien plaats krachtens art. 101 Fw. Voor die vervreemdingen heeft de curator op grond van art. 101 lid 2 jo. 176 lid 1 Fw de toestemming van de rechter-commissaris nodig. Het antwoord op de vraag of vervreemdingen ex art. 101 Fw in een geval als het onderhavige mogen plaatsvinden, geeft art. 13 Fw niet. De Hoge Raad wijdt er wel een overweging ten overvloede aan (ro. 3.4). Met verwijzing naar de parlementaire geschiedenis (heruitgave Van der Feltz 1, 2016, p. 319-322) overweegt de Hoge Raad dat de curator van zijn bevoegdheden terughoudend gebruik moet maken in de situatie waarin het vonnis tot faillietverklaring is vernietigd maar de vernietiging nog niet onherroepelijk is geworden. Uitoefening van de bevoegdheid met onomkeerbare gevolgen (zoals vervreemding van vermogensbestanddelen uit de boedel) dient in beginsel te worden beperkt tot gevallen waarin die uitoefening in het belang van de boedel is en uitstel in de gegeven omstandigheden, gelet op alle betrokken belangen, niet kan worden geduld.

In dit geval lijkt de curator die terughoudendheid onvoldoende in acht te hebben genomen. Eerder had het Hof Arnhem-Leeuwarden in deze zaak te oordelen over een salarisverzoek van de curator (ex art. 15 lid 3 Fw), zie RI 2016/5. In die uitspraak oordeelde het hof dat het salaris voor werkzaamheden inzake doorstart en voortzetting van de onderneming, inzake activa enz. niet voor vergoeding in aanmerking kwam (hoewel de rechter-commissaris daarvoor wel toestemming had verleend). Gelet op de door de curator in acht te nemen terughoudendheid waren deze werkzaamheden volgens het hof kennelijk niet noodzakelijk. Het salaris werd teruggebracht tot een derde van het door de curator verzochte.

Het voorlopig einde van dit liedje is dat de koper van de activa eigenaar daarvan is en blijft. De schuldenaar kan over die activa, ondanks de vernietiging van het faillissementsvonnis, niet meer beschikken. De curator ziet een groot deel van zijn werkzaamheden niet vergoed. Mogelijk dat de curator nog een aansprakelijkstelling van de schuldenaar kan verwachten (mede gelet op het obiter dictum van de Hoge Raad in dit arrest).

(J.A. Stal)

Eiseres, eiseres tot cassatie, adv. mr. H.J.W. Alt, tegen

1. Verweerster 1,
2. Verweerster 2,
3. Verweerder 3,
4. Verweerder 4, verweerdens in cassatie, hierna gezamenlijk: verweerder c.s., niet verschenen.

### Hoge Raad:

#### 1. *Het geding in feitelijke instantie*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. het vonnis in de zaak C/08/163734/KG ZA 14-370 van de voorzieningenrechter in de Rechtbank Overijssel van 21 november 2014;
  - b. het arrest in de zaak 200.161.046 van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 7 juli 2015.
- (...)

#### 2. *Het geding in cassatie*

Tegen het arrest van het hof heeft eiseres beroep in cassatie ingesteld.

(...)

Tegen verweerder c.s. is verstek verleend.

De conclusie van de advocaat-generaal T. Hartlief strekt tot verwerping.

De advocaat van eiseres heeft bij brief van 16 september 2016 op die conclusie gereageerd.

#### 3. *Beoordeling van het middel*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Eiseres is op 20 augustus 2014 failliet verklaard. Op 9 oktober 2014 is de faillietverklaring in hoger beroep vernietigd. Het tegen die vernietiging gericht cassatieberoep is verworpen bij arrest van de Hoge Raad van 6 maart 2015 (ECLI:NL:HR:2015:530).

(ii) Op of omstreeks 22 november 2014, derhalve na vernietiging van de faillietverklaring, heeft de curator van eiseres zaken die in eigendom toebehoorden aan eiseres, verkocht en geleverd aan een derde.

3.2.1 In dit kort geding vordert eiseres afgifte van de haar in eigendom toebehorende zaken.

3.2.2 De voorzieningenrechter heeft eiseres niet-ontvankelijk verklaard in haar vordering. Het hof heeft – voor zover in cassatie van belang – de vordering van eiseres afgewezen en daartoe overwogen als volgt:

“4.7 (...) Art. 4 lid 5 Fw bepaalt dat het vonnis tot faillietverklaring bij voorraad op de minuut uitvoerbaar is niettegenstaande enige daartegen gerichte voorziening. Uitvoerbaar bij voorraad op de minuut houdt verband met de omstandigheid dat een faillissement, waardoor de schuldenaar het beheer en de beschikking over zijn vermogen verliest, meteen na de uitspraak werking behoort te hebben. De faillissementstoestand treedt met het uitspreken van het faillissement in en blijft ook bestaan na het instellen van een rechtsmiddel. Die rechtstoestand duurt voort totdat het vonnis van faillietverklaring is vernietigd en de uitspraak waarbij de faillietverklaring wordt vernietigd in kracht van gewijsde is gegaan (HR 22 oktober 1940, NJ 1941/431; Hof Leeuwarden 25 januari 1989, ECLI:NL:GHLE:1989:AD0598 en Conclusie A-G 18 oktober 2013, ECLI:NL:PHR:2013:985, onder 2.18).

4.8 Art. 13 Fw bepaalt, voor zover hier van belang, dat, indien ten gevolge van verzet, hoger beroep of cassatie de faillietverklaring wordt vernietigd, handelingen van de curator, verricht vóór de vernietiging, geldig en verbindend voor de schuldenaar blijven. Nu de curator van eiseres de eigendommen van eiseres heeft verkocht en geleverd ná het arrest, waarbij het vonnis van faillietverklaring is vernietigd, maar vóór het in kracht van gewijsde gaan van dit arrest, is de vraag of eiseres daaraan is gebonden. Het hof is voorshands van oordeel dat dit het geval is. Hierbij wordt het stelsel van de Faillissementswet in acht genomen, evenals het belang van de rechtszekerheid en het belang te voorkomen dat na een eventuele vernietiging van het arrest, waarbij het vonnis van faillietverklaring is vernietigd, schuldeisers het nakijken hebben. Het woord ‘niettemin’ in art. 13 Fw duidt er naar het oordeel van het hof eveneens op dat handelingen die zijn verricht tijdens de faillissementstoestand als rechtsgeldig moeten worden aangemerkt ook al is het vonnis van faillietverklaring vernietigd en blijkt achteraf dat er geen faillissement was.”

3.3.1 Onderdeel 2.1 klaagt, zakelijk weergegeven, dat het hof heeft miskend dat de vernietiging van het faillissement in hoger beroep onmiddellijke werking heeft zodat de faillissementstoestand daarmee onmiddellijk wordt

opgeheven om slechts te herleven indien en voor zover een rechtsmiddel daartegen slaagt.

3.3.2 De klacht faalt. Het oordeel van het hof strookt met de regel van art. 13 Fw dat handelingen van de curator die zijn verricht na vernietiging van het vonnis tot faillietverklaring, maar vóór of op de dag waarop aan het voorschrift tot aankondiging overeenkomstig art. 15 Fw is voldaan, voor de schuldenaar geldig en verbindend blijven (vgl. HR 22 oktober 1940, NJ 1941/431).

3.4 Opmerking verdient dat van een curator mag worden verwacht dat hij terughoudend gebruikmaakt van zijn bevoegdheden in een situatie als de onderhavige, waarin het vonnis tot faillietverklaring is vernietigd, maar deze vernietiging nog niet onherroepelijk is geworden (vgl. de parlementaire geschiedenis zoals vermeld in de conclusie van de advocaat-generaal onder 4.12). Uitoefening van een bevoegdheid met onomkeerbare gevolgen dient in beginsel te worden beperkt tot gevallen waarin deze in het belang is van de boedel en uitstel in de gegeven omstandigheden, gelet op alle betrokken belangen, niet kan worden geduld, zoals wanneer deze uitoefening noodzakelijk is voor de voortzetting van de onderneming van de schuldenaar.

3.5 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

#### 4. *Beslissing*

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep;

Veroordeelt eiseres in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van verweerder c.s. begroot op nihil.

#### **Conclusie A-G mr. T. Hartlief:**

##### 1. *Inleiding*

1.1 In deze zaak gaat het kort gezegd om het volgende.

1.2 Eiseres is door de rechtbank failliet verklaard (vonnis 20 augustus 2014). Het hof heeft de faillietverklaring vernietigd (arrest 9 oktober 2014). Tegen het arrest van het hof is cassatieberoep ingesteld, welk cassatieberoep door Uw Raad met toepassing van art. 81 RO is verworpen (HR 6 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:530). Tussen de uitspraak van het hof inhoudende de vernietiging van de faillietverklaring en het in kracht van gewijsde gaan van die vernietiging door de verwerping van het daartegen gerichte cassatieberoep, is de curator kenmerkend op enig moment overgegaan tot de verkoop aan verweerder c.s. van vermogensbe-

standdelen die in eigendom toebehoren aan eiseres.

1.3 Eiseres is een kortgedingprocedure gestart waarin zij afgifte door verweerder c.s. vordert van haar eigendommen op straffe van verbeurte van een dwangsom.<sup>1</sup> De rechtbank heeft eiseres niet-ontvankelijk verklaard (vonnis 21 november 2014). Het hof heeft de verdringen van eiseres afgewezen (arrest 7 juli 2015).

1.4 In cassatie staat de vraag centraal wat rechtens is wanneer de faillietverklaring wordt vernietigd en vervolgens daartegen cassatieberoep wordt ingesteld. Is er dan (meteen na de beslissing houdende vernietiging) (nog) wél een staat van faillissement of niet? En kan de curator dan (nog) geldig beschikkingshandelingen verrichten?

1.4.1 Het standpunt dat er wel sprake is van een staat van faillissement wordt bepleit door verweerders in cassatie, verweerder c.s., door de curator (zij het dat zulks voor laatstgenoemde pas bij nader inzien gold; aanvankelijk heeft hij zijn werkzaamheden namelijk meteen gestaakt)<sup>2</sup> en (na overleg met de voorzitter van de kamer die vernietiging van de faillietverklaring heeft uitgesproken)<sup>3</sup> door de griffie van het hof.

1.4.2 Het standpunt dat er geen staat van faillissement meer is, wordt bepleit door eiseres in cassatie, die aanvankelijk na de beslissing van het hof ook zelf weer aan de slag ging, maar daarop na enige tijd door de curator werd aangesproken.

1.5 De rechtbank oordeelde in de onderhavige procedure, in lijn met het standpunt van verweerders in cassatie, de curator en de griffie van het hof dat de vernietiging van de faillietverklaring uitsprak, dat deze vernietiging kracht van gewijsde moet hebben gekregen. Dat was ten tijde van haar beslissing nog niet het geval. Aan vragen van eigendom van goederen en de waarde van beschikkingshandelingen door de curator kwam de rechtbank dan ook niet toe, omdat er nog steeds, ondanks de beslissing van het hof houdende de vernietiging van de faillietverklaring, gelet op het ahangige cassatieberoep sprake was van een faillissementstoestand. Nu de door eiseres ingestelde vordering een boedelvordering betreft, verklaarde de rechtbank eiseres niet-ontvankelijk. In hoger beroep echter diende het hof, dat inmiddels ambtshalve bekend was met het feit dat het cassatieberoep tegen de vernie-

1 Strikt genomen is deze procedure aanhangig gemaakt, voordat de eigendommen zijn vervreemd, wat ermee te maken heeft dat eiseres reeds daarvoor al niet meer bij haar eigendommen kon (zie hierna, onder 2.6).

2 Vgl. productie 7 bij de inleidende dagvaarding.

3 Vgl. productie 3 bij de inleidende dagvaarding. Over deze gang van zaken is een klacht ingediend en gegrond verklaard, zo blijkt uit productie XIII bij de appeldagvaarding.

tiging van de faillietverklaring door Uw Raad was verworpen, uit te gaan van deze vernietiging zodat er geen faillissementstoestand meer was.<sup>4</sup> Eiseres was dus wel ontvankelijk in haar vordering, zodat het hof ook aan een inhoudelijk oordeel over de afgiftevordering van eiseres is toegekomen. Hij heeft de vordering afgewezen. Daarbij is onder meer art. 13 Fw in beeld gekomen.

## 2. Feiten

2.1 Het hof heeft in rov. 3.1 tot en met 3.5 van zijn uitspraak van 7 juli 2015 de feiten vastgesteld. Deze overwegingen zijn in cassatie onbestreden gebleven. De onderstaande feitenweergave is aan deze overwegingen ontleend. Om de zaak iets overzichtelijker te maken, voeg ik aan de feitenweergave ook de door eiseres gestelde, door het hof niet onjuist bevonden, feiten (de hypothetische feitelijke grondslag in cassatie) toe, zoals deze valt op te maken uit de processtukken die partijen hebben aangeleverd.

2.2 Eiseres heeft de activiteiten doorgestart van de op 7 mei 2014 in staat van faillissement verklaarde eiseres. Zij heeft in dat kader de machines, voor zover niet verkocht door de curator, en het bedrijfspand gehuurd van verweerster 1.<sup>5</sup> Al snel ontstaat een conflict tussen eiseres en verweerster 1, die samen met betrokkene het faillissement van eiseres aanvraagt.

2.3 Bij vonnis van de Rechtbank Overijssel, zittingsplaats Almelo, van 20 augustus 2014 is eiseres in staat van faillissement verklaard. Het faillissement is met name een gevolg van genoemd conflict tussen eiseres en verweerster 1 die voorheen bestuurder van eiseres was.

2.4 Bij arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 9 oktober 2014 is het vonnis van de Rechtbank Overijssel van 20 augustus 2014 vernietigd.

2.5 De aanvragers van het faillissement, te weten betrokkene en verweerster 1, zijn van het arrest tijdig in cassatie gekomen bij de Hoge Raad.

2.6 Kort na de vernietiging van het faillissement van eiseres op 9 oktober 2014 heeft verweerster 1 aan eiseres gemeld dat zij het bedrijfspand en de machines had verkocht aan (een vennootschap van) verweerder 4 en heeft verweerder 4 aan eiseres medegedeeld dat zij per direct geen gebruik meer kon maken van

het gehuurde. De sloten van het gehuurde zijn direct vervangen. Eiseres heeft getracht haar zich in het gehuurde bevindende eigendommen (inventaris, voorraad en computerserver) op te halen, maar haar werd op 15 oktober 2014 door verweerster 1 de toegang geweigerd althans werd het haar onmogelijk gemaakt om haar eigendommen op te halen. Op 16 oktober 2014 heeft eiseres bericht ontvangen van verweerster 1 dat haar eigendommen waren opgeslagen en tegen vergoeding van die kosten konden worden opgehaald. Uiteindelijk is een deel van die zaken – met goedkeuring van de rechter-commissaris – door de curator verkocht en geleverd aan een bedrijf genaamd C.<sup>6</sup>

## 3. Procesverloop

3.1 Bij dagvaarding van 7 november 2014 is eiseres een kortgedingprocedure gestart tegen verweerder c.s. Eiseres heeft gevorderd verweerder c.s. bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, hoofdelijk te gebieden om binnen 24 uur na betekening van het vonnis over te gaan tot afgifte van de eigendommen van eiseres, onder meer bestaande uit voorraden, inventaris en computerserver op straffe van verbeurte van een dwangsom, met hoofdelijke veroordeling in de kosten van het geding.

3.2 Eiseres legt aan haar vordering ten grondslag dat verweerder c.s. eigendommen van eiseres onder zich houden, zonder dat daar grond voor bestaat. Onduidelijk is wie van hen de eigendommen onder zich houdt. Doordat verweerder c.s. niet tot afgifte zijn overgegaan, lijdt eiseres schade.

3.3 Verweerder c.s. voeren verweer en betogen dat de vordering van eiseres een boedelvordering is, die door de curator kan worden ingesteld. Verweerder c.s. beroepen zich op niet-ontvankelijkheid van eiseres.<sup>7</sup>

3.4 Bij vonnis van 21 november 2014 heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Overijssel, zittingsplaats Almelo, eiseres niet-ontvankelijk verklaard in de door haar ingestelde vordering.

3.5 Bij appeldagvaarding van 3 december 2014 heeft eiseres hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter en een drietal grieven voorgesteld. De grieven zijn gericht tegen het voorshands oordeel van de voorzieningenrechter dat het faillissement voortduurt totdat de beslissing van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 9 oktober 2014, waarbij

4 Sterker nog: door de terugwerkende kracht van de vernietiging is er nooit een faillissement geweest; wat dat voor de desondanks door de curator genomen beslissingen en verrichte handelingen betekent, wordt bepaald door art. 13 jo. 15 Fw.

5 Of het hier daadwerkelijk gaat om huur of iets anders waarbij een gebruiksvergoeding aan de orde is, wordt uit het dossier niet duidelijk.

6 Zie rov. 4.6 van het bestreden arrest.

7 Strikt genomen maakt art. 25 lid 2 Fw mogelijk dat ook de failliet een dergelijke vordering instelt, maar dan kunnen, zoals in casu ook met succes is gebeurd, de in rechte aangesproken partijen zich beroepen op niet-ontvankelijkheid. Zie de rechtbank in haar vonnis van 21 november 2014, rov. 4.3 onder verwijzing naar het arrest van Uw Raad van 1 mei 1914, NJ 1914, p. 709.

het vonnis tot faillietverklaring is vernietigd, in kracht van gewijsde is gegaan en dat art. 25 lid 2 Fw meebrengt dat eiseres niet-ontvankelijk is in haar vordering, omdat onweersproken is gesteld dat sprake is van een boedelvordering en verweerder c.s. de niet-ontvankelijkheid van de eis hebben ingeroepen.

3.6 Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft bij arrest van 7 juli 2015 als volgt overwogen:

“4.4 Ambtshalve is het hof ermee bekend dat de Hoge Raad op 6 maart 2015 het cassatieberoep tegen het arrest van dit hof van 9 oktober 2014 met toepassing van art. 81 RO heeft verworpen (HR 6 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:530). De beslissing om het vonnis tot faillietverklaring te vernietigen is daarmee in kracht van gewijsde gegaan. Nu de vernietiging van het vonnis van faillietverklaring terugwerkende kracht heeft, wordt eiseres in beginsel geacht nooit failliet te zijn geweest. Reeds dit brengt mee dat eiseres kan worden ontvangen in haar vordering. In zoverre slagen de eerste twee grieven. In hetgeen hierna volgt, zal het hof beoordelen of dit ertoe leidt dat de vordering van eiseres tot afgifte van haar eigendommen kan worden toegewezen.

4.5 Verweerder c.s. hebben in hun inhoudelijk verweer ter zitting van de voorzieningenrechter tegen de vordering onder meer aangevoerd dat de curator van eiseres een doorstart is overeengekomen met B B.V. en dat het pand en de machines door die vennootschap werden gehuurd en (een gedeelte van) de inventaris en de goodwill door haar waren overgenomen. Gelet hierop had het op de weg van eiseres gelegen om voldoende aannemelijk te maken dat zij de eigenaar is van de voorraden, inventaris en de computerserver, waarvan zij afgifte vordert. Dit heeft eiseres nagelaten. De beoordeling van de stelling dat eiseres eigenaar is van voormelde zaken vergt een onderzoek van feitelijke aard, waarvoor in het beperkte kader van dit kort geding geen plaats is.

4.6 Verweerder c.s. hebben voorts aangevoerd dat de zaken waarvan afgifte is gevorderd en die, naar het hof begrijpt, wel in eigendom aan eiseres toebehoorden geldig en voor eiseres verbindend door de curator van eiseres aan C zijn verkocht en geleverd, aangezien de faillissementstoestand van eiseres op 22 november 2014 voortduurde en de transactie door de rechter-commissaris is goedgekeurd. Eiseres heeft hierop geanticipeerd onder punt 5, vierde gedachtestreepje, en punt 22 van de memorie van grieven.

4.7 Het hof stelt het volgende voorop. Art. 4 lid 5 Fw bepaalt dat het vonnis tot faillietverklaring bij voorraad op de minuut uitvoerbaar is niettegenstaande enige daartegen gerichte voorziening. Uitvoerbaar bij

voorraad op de minuut houdt verband met de omstandigheid dat een faillissement, waardoor de schuldenaar het beheer en de beschikking over zijn vermogen verliest, meteen na de uitspraak werking behoort te hebben. De faillissementstoestand treedt met het uitspreken van het faillissement in en blijft ook bestaan na het instellen van een rechtsmiddel. Die rechtstoestand duurt voort totdat het vonnis van faillietverklaring is vernietigd en de uitspraak waarbij de faillietverklaring wordt vernietigd in kracht van gewijsde is gegaan (HR 22 oktober 1940, NJ 1941/431; Hof Leeuwarden 25 januari 1989, ECLI:NL:GHLEE:1989:AD0598 en Conclusie A-G 18 oktober 2013, ECLI:NL:PHR:2013:985, onder 2.18).

4.8 Art. 13 Fw bepaalt, voor zover hier van belang, dat, indien ten gevolge van verzet, hoger beroep of cassatie de faillietverklaring wordt vernietigd, handelingen van de curator, verricht vóór de vernietiging, geldig en verbindend voor de schuldenaar blijven. Nu de curator van eiseres de eigendommen van eiseres heeft verkocht en geleverd ná het arrest, waarbij het vonnis van de faillietverklaring is vernietigd, maar vóór het in kracht van gewijsde gaan van dit arrest, is de vraag of eiseres daaraan is gebonden. Het hof is voorshands van oordeel dat dit het geval is. Hierbij wordt het stelsel van de Faillissementswet in acht genomen, evenals het belang van de rechtzekerheid en het belang te voorkomen dat na een eventuele vernietiging van het arrest, waarbij het vonnis van de faillietverklaring is vernietigd, schuldeisers het nakijken hebben. Het woord ‘niettemin’ in art. 13 Fw duidt er naar het oordeel van het hof eveneens op dat handelingen die zijn verricht tijdens de faillissementstoestand als rechtsgeldig moeten worden aangemerkt ook al is het vonnis van faillietverklaring vernietigd en blijkt achteraf dat er geen faillissement was.

4.9 Het beroep van eiseres op het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 16 november 2010 (ECLI:NL:GHSHE:2010:BO4344) slaagt niet. De analogie met het geval zoals beslist in HR 28 september 1984 (NJ 1985/83) acht het hof niet overtuigend.”

3.7 Eiseres heeft bij cassatiedagvaarding van 1 september 2015 cassatieberoep ingesteld tegen 's hofs arrest. Tegen verweerder c.s. is verstek verleend.

#### 4. *Bespreking van het cassatiemiddel*

##### Inleiding

4.1 Het cassatiemiddel bestaat uit een tweetal onderdelen waarvan alleen het onderdeel genummerd 2.1 een zelfstandige klacht bevat. Die klacht komt met enkele subklachten

op tegen 's hofs oordeel dat het faillissement ook na vernietiging in appel in zekere zin voortduurt totdat de appelluitspraak in kracht van gewijsde is gegaan, zoals neergelegd in rov. 4.7-4.9 en 5 van het bestreden arrest.

4.2 *Onderdeel 2.1* betoogt dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting nu de vernietiging van een vonnis strekkende tot faillietverklaring ertoe leidt dat de faillissements-toestand onmiddellijk wordt opgeheven en slechts herleeft indien met succes een rechtsmiddel is aangewend tegen de uitspraak waarmee de faillietverklaring is vernietigd. Dat wordt in de randnummers 2.1.1 tot en met 2.1.6 uitgewerkt in een aantal subklachten die puntsgewijs op het volgende neerkomen:

- het hof miskent dat vernietiging van een faillissementsuitspraak onmiddellijk werkt en terugwerkende kracht heeft, waardoor het algemeen faillissementsbeslag onmiddellijk komt te vervallen;
- het hof miskent dat slechts de rechtshandelingen verricht vóór de vernietiging hun gelding behouden en niet ook de rechtshandelingen verricht tussen de vernietiging en het in kracht van gewijsde gaan van de uitspraak waarbij het faillissementsvonnis is vernietigd;
- het hof miskent het stelsel van de Faillissementswet;
- het hof miskent dat de rechtszekerheid in de weg staat aan het gegeven oordeel;
- het hof geeft een onjuiste uitleg aan art. 13 en 15 Fw;
- door te oordelen dat de rechtstoestand van het faillissement voortduurt totdat de uitspraak van het hof in kracht van gewijsde is gegaan, maakt het hof een -ontoelaatbare inbreuk op het eigendomsrecht van de gefailleerde, zoals beschermd in art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM;
- het leidt tot praktische problemen als de faillissementstoestand ondanks de vernietiging voortduurt;
- het hof maakt onvoldoende duidelijk waarom de analogie met de in rov. 4.9 genoemde uitspraak niet overtuigend is.

4.3 *Onderdeel 2.2* bevat slechts een veegklacht en betoogt dat rov. 5 en 6 niet in stand kunnen blijven als een van de in onderdeel 2.1 geponeerde klachten slaagt.

4.4 Alvorens te komen tot een bespreking van de klachten komt het mij dienstig voor eerst enkele, meer algemene, opmerkingen te maken over het beheer en de beschikking over de faillissementsboedel en de rol van de art. 13 en 15 Fw in dat geheel.

4.5 Ik stel bij het navolgende voorop dat het hof een voorshands oordeel heeft gegeven, passend bij het feit dat het een kortgedingprocedure betreft. Een oordeel in een kort geding kan geen afbreuk doen aan de bodemprocedure. Om te komen tot een definitieve vaststelling

van de materiële rechtsverhouding zijn partijen aangewezen op een bodemprocedure. Weliswaar is de kortgedingrechter gebonden aan het recht, maar gelet op de aard van het kort geding geeft hij slechts een voorshands oordeel over die materiële rechtsverhouding. Hij loopt als het ware vooruit op de uitkomst in de bodemprocedure. De uitkomst in een kort geding is dus niet alleen afhankelijk van het toepasselijke recht, maar ook van de belangenafweging van de kortgedingrechter. Kan hij, gegeven een onzekere juridische situatie, komen tot het treffen van een bepaalde voorziening, of zou hij door het treffen van die voorziening afbreuk doen aan de bodemprocedure?<sup>8</sup>

Beheer en beschikking over de faillissementsboedel

4.6 De Fw kent een bijzonder regime dat afwijkt van het normale regime dat geldt voor constitutieve vonnissen, waarvan de faillietverklaring een voorbeeld is. Dat reguliere regime houdt in dat de werking er pas is wanneer de beslissing kracht van gewijsde heeft gekregen.<sup>9</sup> Het voor het faillissementsvonnis geldende regime wijkt daarvan af, zo volgt uit art. 4 lid 5 Fw.<sup>10</sup>

4.7 Als aan de voorwaarden voor het uitspreken van een faillissement is voldaan, kan de rechter overgaan tot faillietverklaring. Na het uitspreken van het faillissement wordt direct overgegaan tot publicatie van het vonnis, ongeacht of er een rechtsmiddel is ingesteld. Het uitgesproken vonnis van faillietverklaring is ex art. 4 lid 5 Fw bij voorraad, op de minuut, uitvoerbaar, niettegenstaande een daartegen gerichte voorziening. Met het uitspreken van het faillissement verliest de gefailleerde immers het beheer en de beschikking over zijn vermogen. De werking van een faillietverklaring dient derhalve direct aan te vangen, zelfs als er niet onmiddellijk een grosse beschikbaar is.<sup>11</sup>

4.8 Vanaf de dag waarop de faillietverklaring is uitgesproken, rust een algemeen faillissementsbeslag op het vermogen van de gefailleerde. Dat beslag werkt terug tot 0.00 uur van de dag van faillietverklaring, zo volgt uit art. 23 Fw. De gefailleerde wordt geacht die gehele dag het beheer en de beschikking over zijn vermogen te hebben verloren. Dat beheer en die beschikking komt vanaf die dag toe aan de curator.

<sup>8</sup> Vgl. *Asser Procesrecht/Van Schaick* 2 2011/235 e.v.

<sup>9</sup> HR 2 december 1949, NJ 1950/20. Zie ook Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Dordrecht: Convooy 2015, nr. 124 en 127.

<sup>10</sup> N.J. Polak/M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2014, par. 3.15.1.

<sup>11</sup> B. Wessels, *Insolventierecht* 1, 3e druk, Deventer: Kluwer 2012, par. 1300.

4.9 De schuldenaar jegens wie het faillissement is uitgesproken, staat een aantal rechtsmiddelen ter beschikking.<sup>12</sup> In het onderhavige geval heeft de schuldenaar op voet van art. 8 Fw hoger beroep ingesteld tegen de jegens haar uitgesproken faillietverklaring. In hoger beroep maakt de appelrechter een zelfstandige afweging of de schuldenaar in een toestand verkeert waarin deze is opgehouden te betalen en of de aanvrager inderdaad beschikt over een vorderingsrecht jegens de schuldenaar. Het betreft in appel een *ex nunc*-toetsing. Ook omstandigheden die zijn opgekomen na het vonnis houdende faillietverklaring kunnen door de appelrechter worden meegewogen.<sup>13</sup> Ten aanzien van eiseres is in appel vastgesteld dat de door de rechtbank uitgesproken faillietverklaring niet in stand kan blijven.

4.10 De in het onderhavige geval voorliggende vraag betreft de werking van een uitspraak in appel waarbij de faillietverklaring is vernietigd. Juist in verband met art. 4 lid 5 Fw, dat uiteindelijk mogelijk maakt dat de curator achteraf gezien heeft opgetreden terwijl er geen faillissement was, geeft art. 13 Fw, dat op zijn beurt weer in samenhang met art. 15 Fw moet worden gelezen, een belangrijke regeling die voorkomt dat wat de curator heeft gedaan achteraf gezien geen rechtskracht heeft en/of door de schuldenaar kan worden teruggedraaid. Art. 13 Fw dient de rechtszekerheid.<sup>14</sup> Het artikel luidt als volgt:

1. Indien ten gevolge van verzet, hoger beroep of cassatie de faillietverklaring wordt vernietigd, blijven niettemin geldig en verbindend voor de schuldenaar de handelingen, door de curator verricht vóór of op de dag, waarop aan het voorschrift tot aankondiging overeenkomstig art. 15 is voldaan.

2. Hangende het verzet, het hoger beroep of de cassatie kan geen raadpleging over een akkoord plaats hebben, noch tot de vereffening van de boedel buiten toestemming van de schuldenaar worden overgegaan.

Art. 15 Fw, waarnaar art. 13 Fw verwijst, luidt aldus:

1. Zodra een vonnis van faillietverklaring ten gevolge van verzet, hoger beroep of cassatie is vernietigd, en in de twee eerste gevallen de termijn, om in het hoger beroep of in cassatie te ko-

men, verstreken is zonder dat daarvan gebruik is gemaakt, wordt door de griffier van het rechtscollege, dat de vernietiging heeft uitgesproken, van die uitspraak kennis gegeven aan de curator en aan het postvervoerbedrijf of de postvervoerbedrijven die zijn aangewezen als verlener van de universele postdienst, alsmede de andere geregistreerde postvervoerbedrijven, bedoeld in de Postwet.

2. Gelijke kennisgeving geschiedt, in geval van vernietiging van een vonnis van faillietverklaring in hoger beroep of cassatie, aan de griffier van de rechtbank, die het vonnis heeft gegeven.

3. De rechter, die de vernietiging van een vonnis van faillietverklaring uitspreekt, stelt tevens het bedrag vast van de faillissementskosten en van het salaris des curators. Hij brengt dit bedrag ten laste van degene, die de faillietverklaring heeft aangevraagd, van de schuldenaar, of van beide in de door de rechter te bepalen verhouding. Tegen deze beslissing staat geen rechtsmiddel open. Een bevelschrift van tenuitvoerlegging zal daarvan worden uitgegeven ten behoeve van de curator.

De vraag is nu tot welk moment de curator bevoegd is om handelingen te verrichten met betrekking tot de faillissementsboedel. Daartoe blijft hij bevoegd tot het moment waarop de uitspraak waarbij de faillietverklaring is vernietigd overeenkomstig art. 15 Fw is aangekondigd, zo volgt uit art. 13 lid 1 Fw. De schuldenaar is tot dat moment aan de handelingen van de curator gebonden als waren zij door hemzelf verricht.<sup>15</sup> Die in art. 15 Fw bedoelde aankondiging geschiedt door de griffier van het rechtscollege dat de vernietiging uitsprak nadat de uitspraak onherroepelijk is geworden, zo volgt uit het eerste lid van die bepaling.<sup>16</sup>

4.11 In lijn hiermee – kracht van gewijsde van de uitspraak waarbij de faillietverklaring is vernietigd is vereist – oordeelde Uw Raad in 1940 over de vraag wanneer de rechtstoestand van het faillissement een einde neemt:

“(…) dat de faillissementstoestand, ingetreden door het bij voorraad uitvoerbare vonnis van faillietverklaring, geacht moet worden, hangende de behandeling van een tegen dat vonnis gericht rechtsmiddel, te blijven bestaan en eerst een einde te nemen, nadat de uitspraak, waarbij dat vonnis

<sup>12</sup> Datzelfde geldt voor de aanvrager wiens aanvraag tot het uitspreken van een faillissement wordt afgewezen, hetgeen in casu niet aan de orde is. Zie B. Wessels, *Faillietverklaring (Wessels Insolventierecht nr. 1)*, 3e druk, Deventer: Kluwer 2012, par. 1387.

<sup>13</sup> Zie bijvoorbeeld HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3705, NJ 2008/404 (*Van den Akker c.s./Brood- en Bankbakkerij in de Veste BV*). Hierover N.J. Polak/M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2014, par. 3.14.6.

<sup>14</sup> M.A.L.M. Willems, in M.Ph. van Sint Truiden en F.M.J. Verstijnen (red.), *T&C Insolventierecht*, art. 13, aant. 1.

<sup>15</sup> B. Wessels, *Faillietverklaring (Wessels Insolventierecht nr. 1)*, 3e druk, Deventer: Kluwer 2012, par. 1450 en 1458.

<sup>16</sup> In het onderhavige geval heeft de griffier dat direct na het uitspreken van de vernietiging gedaan, zo volgt uit de stukken in eerste aanleg, onder 3. Vervolgens is die vernietiging ingeschreven in het Centraal Insolventieregister, zo volgt uit diezelfde stukken en de producties VIII en IX bij de appeldagvaarding.



is vernietigd, in kracht van gewijsde is gegaan;<sup>17</sup>

Een uitzondering op deze hoofdregel (kracht van gewijsde van de uitspraak waarbij de faillietverklaring is vernietigd) betreft de situatie waarin een faillietverklaring eerst in cassatie wordt vernietigd waarna de zaak wordt verwezen naar een verwijzingshof. In een dergelijk geval eindigt de faillissementsstoestand wel, zo volgt uit het arrest van Uw Raad van 11 juni 1982.<sup>18</sup> Tot deze uitkomst concludeerde ook A-G Ten Kate, die dat als volgt beargumenteerde:

“Nu het hof, na de afwijzing door de rb., i.c. de faillietverklaring heeft uitgesproken, zal vernietiging door Uw Raad van dat arrest het faillissement doen eindigen. De leer van HR 22 okt. 1940, *NJ* 1941/431 (vgl. Polak, *Faillissement en surséance van betaling* 1972, p. 63) gaat voor de cassatie-instantie niet op, mede gezien art. 15 Fw. Uw Raad zal in geval van vernietiging lid 3 van dat artikel in acht moeten nemen (dat lid betreft de faillissementskosten en het salaris van de curator;<sup>19</sup> A-G).<sup>20</sup>

Waarom de leer van het arrest van Uw Raad van 22 oktober 1940, *NJ* 1941/431 niet op gaat, is echter niet meteen duidelijk. Wachter is in zijn annotatie dan ook kritisch. Hij schetst een tweetal opties:

- 1) het faillissement is geëindigd door het arrest van de Hoge Raad;
- 2) het faillissement is pas geëindigd door de in kracht van gewijsde gegane beslissing na verwijzing waarin het verzoek uiteindelijk niet-ontvankelijk wordt verklaard of is afgewezen of waarbij de rechter zich onbevoegd verklaart.

A-G Ten Kate en Uw Raad kozen voor de eerste optie, hoewel de tweede optie beter zou aansluiten bij genoemde hoofdregel, bij het arrest van Uw Raad van 30 oktober 1981, *NJ* 1982/13 én bij art. 424 Rv waaruit immers blijkt dat de behandeling van de zaak na verwijzing wordt voortgezet. Tegelijkertijd, maar ook dat bevestigt eerder de juistheid van de tweede optie, maakt Uw Raad de inhoudelijke beslissing over de kosten afhankelijk van de uitkomst na verwijzing. Dat Uw Raad toch voor de eerste optie

heeft gekozen, zou verklaard kunnen worden door art. 15 lid 3 Fw, welk artikellid niet uitdrukkelijk ziet op vernietiging van de faillietverklaring in cassatie met verwijzing. Art. 15 lid 3 Fw is blijkens de toelichting geschreven voor situaties waarin sprake is van ‘definitieve vernietiging van een uitgesproken faillissement’.<sup>21</sup> Daarom was het beter geweest de lacune, volgens annotator Wachter, als volgt op te vullen: de rechter naar wie wordt verwezen handelt conform art. 15 lid 3 Fw wanneer het faillissement tenminste uit de wereld geholpen wordt. Het arrest van Uw Raad van 22 oktober 1940, *NJ* 1941/431 zou niet met het door Wachter betoogde in strijd zijn omdat de feitenconstellatie geheel anders is.

4.12 Art. 13 Fw voorziet in het tweede lid in een regeling voor het geval de faillietverklaring nog niet in kracht van gewijsde is gegaan. In dat geval kan geen raadpleging over een akkoord plaats hebben noch tot vereffening van de boedel buiten toestemming van de schuldenaar worden overgegaan. Dit tweede lid is in de praktijk eigenlijk zinledig, nu de vereffening eerst na de verificatievergadering kan plaatsvinden en deze verificatievergadering niet voor het in kracht van gewijsde gaan van de faillietverklaring pleegt plaats te vinden.<sup>22</sup> Het tweede lid kan echter wel worden gezien als een duidelijk signaal voor de curator. Hij dient terughoudend te zijn in het verrichten van beschikkingshandelingen, zolang de faillietverklaring in rechte nog ter discussie staat. In dit verband wordt er wel op gewezen dat beschikkingshandelingen met een verstrekkend karakter, zoals de vervreemding van goederen, zoveel mogelijk moeten worden beperkt.<sup>23</sup> Dit volgt ook uit de parlementaire geschiedenis bij art. 13 Fw:

“Wat de curator krachtens dit uitdrukkelijk wetsvoorschrift verricht, verricht hij de jure, en moet later niet meer ongedaan gemaakt kunnen worden. De voorloopige tenuitvoerlegging zou elke betekenis verliezen, het voorgestelde doel geheel missen, slechts verwarring stichten, en een toestand van rechtsonzekerheid in het leven roepen, indien den maatregelen waarin de voorloopige tenuitvoerlegging zich juist openbaart, steeds het Damocleszwaard van latere vernietiging boven het hoofd hing. En wat zou

17 HR 22 oktober 1940, *NJ* 1941/431, p. 622. In die zin ook P-G Berger in zijn conclusie voorafgaand aan het arrest en GS *Faillissementsrecht*, art. 13 Fw, aant. 1 (F.P. van Koppen, losbl.).

18 HR 11 juni 1982, *NJ* 1983/11 m.nt. B. Wachter, rov. 4 (*X/ Nederlandsche Middenstandsbank*).

19 Het brengt mee dat, de rechter die vernietigt, ook al is de vernietiging nog niet in kracht van gewijsde gegaan, al wel het salaris van de curator vaststelt.

20 Aldus afgedrukt in *NJ* 1983/11, p. 44. Kritisch over deze uitkomst is annotator B. Wachter onder het arrest, die meent dat pas met de verwijzingsprocedure een definitief oordeel wordt geveld.

21 MvT bij art. 13 Fw, gebundeld door J.M. Hummelen & M.S. Breeman (red.) in *Parlementaire Geschiedenis van de Faillissementswet Heruitgave Van der Feltz I*, Den Haag: Bju 2016, p. 27.

22 Vgl. art. 108, 139 en 173a jo. 175 Fw. Zie ook M.A.L.M. Willems, in M.Ph. van Sint Truiden en F.M.J. Verstijlen (red.), *T&C Insolventierecht*, art. 13, aant. 3 alsmede GS *Faillissementswet*, art. 13 Fw, aant. 3 (F.P. van Koppen, losbl.).

23 N.J. Polak/M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2014, par. 3.15.1.

het gevolg dier vernietiging moeten zijn? De curator kan niet aansprakelijk gesteld worden; hij handelt krachtens opdracht van de wet, gehoorzaam slechts aan een rechterlijk bevel, wat elk denkbeeld aan een handelen suo periculo uitsluit. De schuldeischers kunnen evenmin aansprakelijk zijn; zij handelen in het geheel niet, de wet handelt voor hen. Wie zullen het dan wezen? De derden, die ter goeder trouw met den tot handelen bevoegden en zelfs verplichten curator zich inlieten, kan men toch zeker niet de schade eener vernietiging laten dragen.

Bij eene juiste appreciatie der omstandigheden springt dus de noodzakelijkheid van de voorgestelde bepaling in het oog. Zij kan te minder gemist worden daar voor het geldende recht door velen het tegendeel wordt aangenomen.

Of en in hoeverre de schuldeischer, die faillietverklaring heeft aangevraagd, jegens den schuldenaar aansprakelijk kan zijn uit onrechtmatige daad, is, men houde dit wel in het oog, eene geheel andere quaestie, waaromtrent artikel 11 (lees: 13, A-G) niets beslist en niets praejudiceert.

Art. 12 (lees: 13 lid 2, A-G). Dit artikel wijst de grenzen der voorloopige tenuitvoerlegging aan. Deze zijn zoo getrokken dat de voorloopige tenuitvoerlegging alleen die maatregelen omvat, die in het faillissement een voorloopig, of liever, conservatoir karakter dragen. De definitieve beslissing zal den curator eerst machtigen om definitieve stappen te doen. Een definitief karakter bezitten in het faillissement alleen de vereffening en de raadpleging over een akkoord. Al wat daaraan voorafgaat strekt slechts tot voorbereiding van beide. Dit volgt uit het wezen van het faillissement als gerechtelijk beslag; beslag is een rechtsmiddel, hetwelk dient om executie, realisatie mogelijk te maken en voor te bereiden; het draagt daarom steeds een min of meer conservatoir, in elk geval een voorloopig karakter. Het is niet bestemd om te blijven, maar om door de realisatie geconsumeerd te worden.

Bezorgdheid voor de belangen des schuldenaars mag van de voorgenomen bepaling allerminst weerhouden. Zijne belangen worden juist behartigd en gewaarborgd, waar door uitsluiting van de vereffening alleen al die voorloopige voorzieningen worden toegelaten, die met name in de vierde afdeling van het Ontwerp zijn aangewezen. De curator zal niet beschikken over den boedel (behoudens de rationeële uitzonderingen in ieders belang van de artikelen 98 en 101; veeleer er zich toe bepalen hem te bewaren. Alle handelingen, die hij ingevolge artikel 12 (lees: 13 lid 2, A-G) mag toepas-

sen, strekken om den boedel pendente lite in zijn geheel te houden. De schuldenaar zal zich daarover nimmer kunnen beklagen, ook al moge er voor hem eenig ongerief uit voortvloeien.<sup>24</sup>

In dit citaat kan worden gelezen dat het de regering voor ogen heeft gestaan dat de curator tot aan het moment dat de faillietverklaring kracht van gewijsde krijgt vooral bewarende handelingen verricht. Zulks blijkt ook het antwoord van de regering op vragen dienaangaande uit de Eerste Kamer:

“(…) Men mag en moet verwachten, dat de curator, zoolang er onzekerheid omtrent het definitieve der faillietverklaring blijft bestaan, van de hem toegekende bevoegdheden, tot welker uitoefening hij vooraf ook nog het advies van de commissie uit de schuldeischer, zoo die er is, moet inwinnen (artt. 78 en 104), geen gebruik zal maken dan bij volstreckte noodzakelijkheid en altijd in het belang van den boedel, dat is wanneer de faillietverklaring wordt vernietigd, in het belang van den schuldenaar. Het spreekt toch van zelf, dat de curator, in zoodanigen onzekeren toestand, zich van ingrijpende maatregelen zal onthouden en, mocht het hem aan inzicht en beleid ontbreken, de rechter-commissaris hem daarvan wel zal terughouden of ze verhinderen. Ware het ook al doenlijk, de wet zou haar doel voorbijstreven, indien zij alles precies en absoluut voorschreef. In elk bijzonder geval moet hetgeen het practisch beleid ten aanzien van beheer en beredding medebrengt, aan de prudentie van rechter-commissaris en curator worden overgelaten. (…)<sup>25</sup>

Instellen van een rechtsmiddel tegen de vernietiging van de faillietverklaring door een belanghebbende verlengt, door de werking van art. 15 Fw, in wezen de periode waarin ingevolge art. 13 Fw uiteindelijk toch bindende beslissingen door curator kunnen worden genomen. Weliswaar moet hij dat zoveel mogelijk beperken tot 'bewaren' maar hoe langer het duurt (en het duurt, zo blijkt ook in casu, al snel een aantal maanden), des te meer druk kan er ontstaan om eventueel toch meer te doen in het belang van de boedel (bijvoorbeeld omdat vervreemding van goederen nodig is ter bestrijding van de kosten van het faillissement of omdat het bewaren van de goederen nadeel voor de boedel oplevert, vgl. art. 101 Fw).

4.13 In het voorliggende geval heeft de curator gehandeld in het tijdsbestek tussen de uitspraak houdende de vernietiging van de faillietverklaring en de verwerping van het daartegen gericht cassatieberoep. Of een dergelijk

<sup>24</sup> *Heruitgave Van der Feltz I*, 2016, p. 319-320.

<sup>25</sup> *Heruitgave Van der Feltz I*, 2016, p. 322.

optreden in het belang van de boedel en de schuldenaar was en of de curator daarmee zijn bevoegdheden heeft overschreden, ligt in cassatie niet voor. Wat wel voorligt, is de door *middelonderdeel 2.1* voorgelegde vraag of het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de beschikkingshandelingen van de curator na de vernietiging, maar voordat deze vernietiging in kracht van gewijsde is gegaan, op voet van art. 13 Fw hebben te gelden als rechtsgeldige, als waren zij van de schuldenaar afkomstige, beschikkingshandelingen. Mij dunkt dat het hof door aldus te oordelen niet is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Zowel in de wet (art. 13 en 15 Fw), de wetsgeschiedenis, de literatuur als de jurisprudentie van Uw Raad wordt duidelijk naar voren gebracht dat het moment waarop de handelingen van de curator niet meer aan de schuldenaar kunnen worden tegengeworpen, het moment is waarop de vernietiging van de faillietverklaring kracht van gewijsde verkrijgt.

4.14 Ik teken bij het voorgaande wel aan, dat het hof in rov. 4.8 de koppeling die art. 13 Fw met art. 15 Fw maakt, achterwege laat. Hoewel het hof materieel tot het mijns inziens juiste eindresultaat komt, had het hof beter, in plaats van te wijzen op het stelsel van de Faillissementswet, verwezen naar het samenspel tussen art. 13 en 15 Fw. Dat had volstaan. Niet-tegenstaande deze omweg van het hof kan de bestreden uitspraak in stand blijven. Goederenrechtelijk gezien heeft het handelen van de curator er dus toe geleid dat eiseres haar eigendomsrecht op de door de curator vervreemde boedelbestanddelen is verloren, of, gelet op art. 3:84 BW, beter: heeft overgedragen. Dat een dergelijke uitkomst in strijd zou zijn met de rechtszekerheid ben ik niet met eiseres eens. Het stelsel van de Faillissementswet is er immers op gebaseerd dat een uitgesproken faillietverklaring de rechtstoestand van het faillissement doet ontstaan. Het daarmee gelegde algemeen vermogensbeslag blijft rusten na de vernietiging van de faillietverklaring in appel, tot het moment waarop de vernietiging van de faillietverklaring in kracht van gewijsde gaat. Dat is vervolgens het moment waarop de vernietiging wordt aangekondigd en vanaf dat moment kan het handelen van de curator niet meer aan de schuldenaar worden tegengeworpen. Bovendien worden derden vanaf dat tijdstip geacht ermee bekend te zijn dat beheer en de beschikking over de vermogensbestanddelen behorend tot de boedel weer zijn komen te rusten bij de schuldenaar. In tegenstelling tot hetgeen wordt betoogd in de cassatiedagvaarding, p. 9, wordt een nog niet in kracht van gewijsde gegane vernietiging niet aangetekend in het faillissementsregister. In dat register wordt enkel opgenomen dat er een faillietverklaring

is uitgesproken en eventueel dat er tegen die faillietverklaring een rechtsmiddel is ingesteld.<sup>26</sup> Art. 15 Fw voorziet er juist in dat de curator noch de griffier van de rechtbank waar het faillissementsregister wordt aangehouden kennis krijgt van de vernietiging totdat deze in kracht van gewijsde is gegaan. Eerst na dat moment kan de faillietverklaring in het register worden doorgehaald. Dat het in de onderhavige zaak anders is verlopen (zie hiervoor onder 4.10), maakt niet dat de uitkomst ook materieel gezien anders zou moeten zijn.

4.15 De in de toelichting op het middel aangehaalde uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch<sup>27</sup> maakt dit evenmin anders. In die uitspraak komt het hof tot het oordeel dat een in verzet vernietigde faillietverklaring ertoe leidt dat de rechtstoestand van faillissement een einde neemt, welke rechtstoestand weliswaar herleeft met een in appel uitgesproken faillietverklaring, maar met dien verstande dat tussentijdse wijzigingen in de rechtstoestand dienen te worden gerespecteerd. Het hof komt tot dit oordeel onder verwijzing naar een arrest van Uw Raad dat niet specifiek ziet op een faillissementsprocedure en in algemene termen ingaat op de vernietiging van een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde beslissing.<sup>28</sup> Mij lijkt deze uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch toch minder goed in te passen in het stelsel van art. 13 en 15 Fw.

#### Verhouding met art. 1 Eerste Protocol EVRM

4.16 Vormt dit stelsel nu, zoals in cassatie (randnummer 2.1.4) wordt betoogd, een ontoelaatbare inbreuk op het eigendomsrecht van eiseres, zoals dat wordt beschermd door art. 1 Eerste Protocol (hierna: 'EP') EVRM? Art. 1 EP EVRM beschermt tegen een willekeurige inmenging van overheidswege in privé-eigendom. Het bevat geen ongeclausuleerd recht om gevrijwaard te blijven van inmenging, maar verbiedt een willekeurige, niet op de wet gebaseerde inmenging in privé-eigendom. De mogelijkheid om met een regeling een inbreuk te maken op het eigendomsrecht van een natuurlijk persoon of rechtspersoon is, in tegenstelling tot de rechten gewaarborgd door het EVRM, niet beperkt tot gevallen waarin een dergelijke inbreuk noodzakelijk is vanuit het

<sup>26</sup> Het belang dat de faillietverklaring onmiddellijk wordt aangetekend in het faillissementsregister hangt samen met de mogelijkheid dat na de faillietverklaring maar vóór inschrijving in het register onder omstandigheden bevrijdend kan worden betaald aan de failliet verklaarde schuldenaar (art. 52 Fw). Zie hierover M.A.L.M. Willems, *T&C Insolventierecht*, art. 14, aant. 4.

<sup>27</sup> Hof 's-Hertogenbosch 16 november 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BO4344, RI 2011/12.

<sup>28</sup> HR 28 september 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4866, NJ 1985/83 m.nt. W.H. Heemskerck (*B./Staat*).

oogpunt van een dwingende maatschappelijke behoefte.<sup>29</sup>

4.17 Het toetsingskader van art. 1 EP EVRM is door Uw Raad onder andere uiteengezet in een arrest van 4 april 2014,<sup>30</sup> zulks onder verwijzing naar uitspraken van het EHRM.<sup>31</sup> Art. 1 EP EVRM kent drie bestanddelen. Als hoofdregel heeft te gelden dat een natuurlijk persoon of rechtspersoon recht heeft op een ongestoord genot van de eigendom. Op dat ongestoorde genot kan een inbreuk worden gemaakt door de ontneming van het eigendom als aan de daarvoor geldende voorwaarden is voldaan. Verder is het mogelijk om het gebruik van het eigendom te reguleren.<sup>32</sup>

Op het moment dat een natuurlijk persoon of rechtspersoon van mening is dat de overheid zich op niet gerechtvaardigde wijze inmengt in het eigendomsrecht, kan art. 1 EP EVRM worden ingeroepen. De Staat is echter niet aansprakelijk voor privaatrechtelijke procedures of de regeling van privaatrechtelijke rechten. Als een regeling van overheidswege ertoe leidt dat het eigendomsrecht onvoldoende wordt beschermd, kan de Staat daarvoor wel aansprakelijk worden gesteld. In strikt horizontale verhoudingen is art. 1 EP EVRM niet van toepassing.<sup>33</sup>

In het onderhavige geval wordt art. 1 EP EVRM in de strijd geworpen, zo kan bij een welwillende lezing van de cassatiedagvaarding worden betoogd, om de aan het stelsel van de art. 13 en 15 Fw te geven uitleg te beïnvloeden. Een dergelijke vorm van doorwerking in horizontale verhoudingen lijkt mij toegestaan.<sup>34</sup>

4.18 Een faillietverklaring en de daarmee gepaard gaande beheers- en beschikkingshandelingen van de curator vormen in zekere zin steeds een inmenging in iemands ongestoord genot van de eigendom (in dit geval van de failliet). Of een dergelijke inmenging toelaatbaar is, vergt een toetsing aan de hand van de volgende drie vragen:

– gaat het om een inmenging die in overeenstemming is met de wet, die voldoende toe-

gankelijk, precies en voorspelbaar in zijn toepassing is?;

– heeft de inmenging een legitieme doelstelling in het algemeen belang?;

– is de inmenging evenredig, anders gezegd: is er een behoorlijk evenwicht gehandhaafd tussen de vereisten van het algemeen belang van de samenleving en de bescherming van de fundamentele rechten van het individu?<sup>35</sup>

Negatieve beantwoording van één (of meer) van deze vragen leidt tot de conclusie dat er sprake is van schending van art. 1 EP EVRM.<sup>36</sup>

4.19 Bij de toetsing van het stelsel van de art. 13 en 15 Fw gaat het om het afzetten van de wettelijke regeling tegen art. 1 EP EVRM. Het gaat nadrukkelijk niet om het toetsen van de concrete toepassing van die regeling in het voorliggende geval. Zou dat anders zijn, dan verkrijgt art. 1 EP EVRM immers directe horizontale werking. Als ik dat stelsel van de art. 13 en 15 Fw bezie, kan inderdaad worden geconcludeerd dat met dit stelsel van overheidswege inmenging plaatsvindt in het ongestoord genot van het eigendom. Zij lijkt mij echter gerechtvaardigd. Er ligt een wettelijke regeling ten grondslag aan de inmenging en de doelstelling van deze regeling is legitiem: het zoveel mogelijk voldoen van schuldeisers van de failliet. Dat schuldeisers van de failliet zoveel mogelijk worden voldaan, is eveneens in het algemeen belang, nu het economisch verkeer ernstig ontwricht zou raken als er voor de schuldeisers geen manier zou bestaan om zich te verhalen op de schuldenaar.<sup>37</sup> De belangen van het individu worden hierbij zoveel mogelijk in ogenschouw genomen. Zo is het uitgangspunt van de regeling in de Faillissementswet dat terughoudendheid dient te worden betracht met het verrichten van onomkeerbare beschikkingshandelingen zolang de faillietverklaring geen kracht van gewijsde heeft gekregen en houdt een rechter-commissaris toezicht op hetgeen de curator verricht in het kader van de afwikkeling van de faillissementsboedel. Mochten voordien al onomkeerbare handelingen noodzakelijk zijn, dan dient zulks (mede) in het belang van de boedel (bij vernietiging van de faillietverklaring tevens het belang van de

29 J. Vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM* (II), Antwerpen: Intersentia 2004, p. 304-306.

30 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:826, *NJ* 2014/426 m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (*Nobel/Brommert*), rov. 3.4.1-3.4.6.

31 EHRM 28 januari 2014, nr. 30255/09 (*Bittó e.a./Slowakije*) en EHRM 2 juli 2013, nr. 27126/11 (*X/Nederland*).

32 Zie rov. 3.4.2 van bovengenoemd arrest van Uw Raad van 4 april 2014. Voorts EHRM 23 september 1982, Serie A, 52, pt. 61 (*Sporrong en Lönnroth/Zweden*) en EHRM 21 februari 1986, Serie A, 98, par. 37 (*James e.a./Verenigd Koninkrijk*).

33 J. Van de Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM* (II), Antwerpen: Intersentia 2004, p. 313-314.

34 Vgl. J. Vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM* (II), Antwerpen: Intersentia 2004, p. 387.

35 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:826, *NJ* 2014/426 m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (*Nobel/Brommert*) rov. 3.4.3-3.4.4.

36 J. Vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM* (II), Antwerpen: Intersentia 2004, p. 353.

37 Dat dit een algemeen belang is, volgt ook uit EHRM 25 oktober 2001, nr. 41879/98, pt. 29. In deze zin ook J. Vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM* (II), Antwerpen: Intersentia 2004, p. 362. Hierbij dient bedacht te worden dat de wetgever op dit vlak een ruime beoordelingsvrijheid geniet, aldus Uw Raad in het arrest van 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:826, *NJ* 2014/426 m.nt. J.L.R.A. Huydecoper (*Nobel/Brommert*), onder verwijzing naar rechtspraak van het EHRM, m.n. in rov. 3.4.3.

schuldenaar) te zijn. Ik herhaal de hiervoor onder 4.12 al geciteerde opmerking uit de parlementaire geschiedenis:

“Men mag en moet verwachten, dat de curator, zolang er onzekerheid omtrent het definitieve der faillietverklaring blijft bestaan, van de hem toegekende bevoegdheden, tot welke uitoefening hij vooraf ook nog het advies van de commissie uit de schuldeischer, zoo die er is, moet inwinnen (artt. 78 en 104), geen gebruik zal maken dan bij volstreckte noodzakelijkheid en altijd in het belang van den boedel, dat is wanneer de faillietverklaring wordt vernietigd, in het belang van den schuldenaar.”<sup>38</sup>

4.20 Of de beschikkingshandelingen van de curator vallen onder deze door de wetgever voorziene uitzonderingen op de in principe terughoudende benadering die de curator moet volgen, voordat de faillietverklaring kracht van gewijsde verkrijgt, ligt in deze zaak niet voor. Die vraag is ook niet van belang voor de verhouding tussen de art. 13 en 15 Fw en art. 1 EP EVRM. Als de curator zijn bevoegdheden zou hebben overschreden, kan eiseres de door haar als gevolg daarvan geleden schade op de curator trachten te verhalen in een separate procedure.

4.21 De onder 2.1.5 van de cassatiedagvaarding geschetste praktische problemen bij het voortduren van de rechtstoestand van het faillissement totdat de vernietigingskracht van gewijsde verkrijgt, doen zich inderdaad voor, maar zijn tot op zekere hoogte eigen aan iedere situatie waarin de rechter een oordeel geeft dat nog geen kracht van gewijsde heeft verkregen. Het hof had om die reden niet tot een ander oordeel behoeven te komen. De bijzonderheid in deze kwestie is dat de uitvoerbaar bij voorraadverklaring, zoals bewerkstelligd door art. 4 lid 5 Fw, niet wordt aangetast door de vernietiging van de faillietverklaring. Die afwijking van het normale regime met betrekking tot constitutieve vonnissen wordt mogelijk gemaakt door de art. 13 en 15 Fw. Voor zover het middelonderdeel bedoelt te betogen dat het stelsel van de art. 13 en 15 Fw te weinig oog en aandacht heeft voor de praktijk waarin een vernietigde, maar nog niet in kracht van gewijsde gegane, faillietverklaring ertoe kan leiden dat de bedrijfsvoering wordt gefrustreerd en door een ander stelsel zou moeten worden vervangen, zou ik menen dat een dergelijk oordeel de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat. Een dergelijke afweging zou, gegeven de inherente beleidsmatige vragen waar men dan

tegenaan loopt, het beste door de wetgever kunnen worden gemaakt.<sup>39</sup>

4.22 's Hof's oordeel in rov. 4.9 van het bestreden arrest, waarin wordt overwogen dat het beroep van eiseres op het hiervoor onder 4.15 besproken arrest van het Hof 's-Hertogenbosch niet tot een ander oordeel leidt, wordt in cassatie bestreden met een motiveringsklacht. Het oordeel van het hof is echter een rechtsoordeel nu het ingaat op de vraag of de jurisprudentie van het Hof 's-Hertogenbosch en Uw Raad tot een andere uitleg van de art. 13 en 15 Fw dienen te leiden. Een dergelijk oordeel kan niet worden bestreden met een motiveringsklacht.<sup>40</sup> Reeds om die reden kan deze klacht niet tot cassatie leiden.

Mocht Uw Raad het oordeel van het hof echter niet als rechtsoordeel beschouwen, dan faalt de klacht nog steeds, omdat klacht noch toelichting vermelden waarom het hof gehouden zou zijn tot een uitvoeriger motivering. Daar komt bij dat het hof in rov. 4.7 en 4.8 van het bestreden arrest juist omstandig overweegt waarom de rechtstoestand van het faillissement is blijven voortduren.

4.23 Nu geen van de klachten van middelonderdeel 2.1 met succes is voorgesteld, kan ook de (veeg)klacht van middelonderdeel 2.2 niet tot cassatie leiden.

## 5. Afronding

5.1 Het voorliggende geschil betreft de goederenrechtelijke werking van beschikkingshandelingen van de curator verricht in de periode die ligt tussen het moment van vernietiging van de faillietverklaring en het in kracht van gewijsde gaan van die vernietiging. Gelet op (de toelichting op) art. 13 Fw en, in het bijzonder, art. 15 Fw, alsmede de jurisprudentie van Uw Raad zou ik willen aannemen dat handelingen van de curator in deze periode hebben te gelden als handelingen van de schuldenaar tot het moment waarop de vernietiging van de faillietverklaring in kracht van gewijsde is gegaan, zodat de eigendom van de goederen van eiseres in casu door het handelen van de curator is overgegaan op de verkrijger daarvan.

5.2 Dit neemt niet weg dat het de uitdrukkelijke wens van de regering bij de totstandkoming van de Faillissementswet was dat de curator slechts bij uitzondering zou overgaan tot

<sup>39</sup> Vgl. HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, NJ 2000/170 m.nt. A.R. Bloembergen (*Arbeidskostenforfait*), HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240 m.nt. J.B.M. Vranken (*Kindertaxi*), HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, NJ 2003/691 m.nt. T. Koopmans (*Waterpakt*) en HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, NJ 2010/388 m.nt. E.A. Alkema (*SGP*).

<sup>40</sup> Vgl. *Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen* 7 2015/218 (p. 311), met verwijzingen naar jurisprudentie van Uw Raad t.a.p.

<sup>38</sup> *Heruitgave Van der Feltz I*, 2016, p. 322.

beschikkingshandelingen met betrekking tot een faillissementsboedel zolang de faillietverklaring nog geen kracht van gewijsde heeft verkregen. Tot dat moment is het veeleer de taak van de curator ervoor te zorgen dat de faillissementsboedel zoveel mogelijk bewaard blijft en gereed wordt gemaakt voor vereffening waarmee pas daadwerkelijk wordt aangevangen als de faillietverklaring in kracht van gewijsde is gegaan. In dit geval is dat niet gebeurd. Dat klemt nog meer nu de faillietverklaring nota bene was vernietigd maar de vernietiging nog geen kracht van gewijsde had verkregen door het instellen van een rechtsmiddel door de aanvragers van het faillissement, die i.c. belang hadden bij de beschikkingshandelingen van de curator en aan wie, althans aan enkele van hen, ook daadwerkelijk goederen uit de faillissementsboedel zijn overgedragen. Tegelijk dient bedacht te worden dat het samenspel van art. 4 lid 5, 13 en 15 Fw ertoe kan leiden dat er gedurende een lange periode onduidelijkheid bestaat over de status van de schuldenaar/failliet en gedurende die periode de druk op de curator toeneemt om tot beschikkingshandelingen over te gaan.

5.3 De curator kan dus beschikken tussen het moment van vernietiging en het moment van het in kracht van gewijsde gaan van de vernietiging. Hij dient daar terughoudend in te zijn en zou dat beschikken moeten beperken tot gevallen waarin het algemeen belang en het belang van de boedel respectievelijk de schuldenaar daartoe nopen.

5.4 Ongeacht of het algemeen belang, het belang van de boedel en het belang van de schuldenaar daartoe nopen, goederenrechtelijk gezien slaagt de overdracht steeds. Als de curator beschikt terwijl zulks niet in het algemeen belang en het belang van de boedel respectievelijk de schuldenaar is, loopt hij wel het risico aansprakelijk te worden gesteld voor de daaruit voortvloeiende schade.

5.5 Of daarvan sprake is, hoeft in het voorliggende geval niet te worden beoordeeld, nu het hier niet gaat om de aansprakelijkheid van de curator maar om de goederenrechtelijke werking van zijn handelingen. Het oordeel van het hof daarover, nota bene een voorshands oordeel (hiervoor onder 4.5), geeft m.i. geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

## 6. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping.

## RI 2017/5

### AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

19 oktober 2016, nr. 201408698/1/A3  
(Mrs. M. Vlasblom, C.M. Wissels, R.J. Koopman)

Art. 27 lid 1, 34 Wbp

ECLI:NL:RVS:2016:2743

#### Privacy.

#### Moet de curator de publicatie op internet staken van faillissementsverslagen waarin persoonsgegevens voorkomen?

*Appellant heeft als adviseur de debiteurenincasso's verzorgd voor een gefailleerde onderneming. In het faillissementsverslag van de curator is informatie opgenomen over appellant. Het verslag is gepubliceerd op de kantoorwebsite van de curator ('website curator') en op [www.insolventies.rechtspraak.nl](http://www.insolventies.rechtspraak.nl) ('website RvR'). Appellant vindt deze publicaties een onaanvaardbare inbreuk op zijn recht op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer. Hij vordert dat de curator en de Staat de verspreiding en publicatie van deze en alle andere faillissementsverslagen, waarin persoonsgegevens voorkomen waaronder hem betreffende persoonsgegevens, via het internet te staken en gestaakt te houden en te verwijderen, m.u.v. deponering ex art. 73a Fw van die verslagen ter griffie van de rechtbank. De Autoriteit Persoonsgegevens ('AP') oordeelt dat appellant geen belang meer heeft bij zijn hoger beroep, omdat de faillissementsverslagen zijn verwijderd van internet. AP heeft het bezwaar van appellant niet-ontvankelijk verklaard voor zover dat zich richt op het beleid uit de Beleidsregels handhaving door het Cbp ('Beleidsregels') en voor het overige ongegrond verklaard. AP oordeelde dat tegen beleidsregels geen bezwaar open staat en dat AP als onafhankelijk bestuursorgaan vrij is in het opstellen van prioriteiten bij de handhaving. Wat betreft het faillissementsverslag stelt AP dat niet is voldaan aan de criteria opgenomen in de Beleidsregels. Zo wordt volgens AP de Wet bescherming persoonsgegevens ('Wbp') niet overtreden door de publicatie van faillissementsverslagen op de sites. Rechtstreekse toegang tot de verslagen via zoekmachines is namelijk uitgesloten. Ook aan de overige criteria van art. 4.1 Beleidsregels wordt niet voldaan. Publicatie van de faillissementsverslagen is niet in strijd met art. 16 VWEU en de Privacyrichtlijn. Voorts is de publicatie gebaseerd op een gerechtvaardigd belang en dienstig aan goed functioneren van het economisch verkeer, zodat de verwerking voldoet aan de eisen van art. 8 EVRM. De rechtbank heeft bevestigd dat AP appellant terecht niet-ontvankelijk heeft verklaard en vrij was het bezwaar*