

Curator en eigendomsvoorbehoud: het blijft soms lastig

TvI 2025/19

In 1996 wees de Hoge Raad het Maclou-arrest over de verhouding tussen de leverancier onder eigendomsvoorbehoud en de faillissementscurator. De rechtspraak toont dat met dit arrest nog niet alle vragen zijn beantwoord. In dit artikel wordt aan de hand van de jurisprudentie in kaart gebracht wanneer aansprakelijkheid van de curator jegens de leverancier onder eigendomsvoorbehoud in zicht komt.

1. Inleiding

De curator die voorbijgaat aan eigendomsrechten van derden kan daarvoor in hoedanigheid en soms ook persoonlijk aansprakelijk zijn, zo werd al in 1933 geoordeeld.² Specifiek over inbreuken op voorbehouden eigendomsrechten werd geoordeeld in het Maclou-arrest uit 1996.³ In die zaak hadden curatoren een aantal onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken in het kader van een doorstart in de feitelijke macht van een koper gebracht. De vraag was of de curatoren persoonlijk aansprakelijk waren nadat de leveranciers geen verhaal vonden bij deze, later gefailleerde, koper. Er is bijna dertig jaar verstreken sinds het Maclou-arrest. Discussies over de aansprakelijkheid van curatoren jegens leveranciers die onder eigendomsvoorbehoud hebben geleverd komen nog steeds regelmatig voor. Dat wordt geïllustreerd door een uitspraak uit februari 2025 over onbetaald gelaten leveringen van kleding van het merk Scotch&Soda.⁴ In dit soort discussies worden curatoren soms (ook) persoonlijk aansprakelijk gesteld. In dit artikel breng ik in kaart wanneer deze aansprakelijkheid in zicht komt en probeer ik aan de hand van die rechtspraak een aantal concrete spelregels te formuleren.⁵ Eerst geef ik in par. 2 en 3 het juridisch kader weer, daarna stel ik de volgende deelvragen aan de orde. In hoeverre en hoe moet de curator de leverancier benaderen (par. 4)? Heeft de curator een onderzoeksplicht naar eventuele eigendomsvoorbehouden (par. 5)? In hoeverre en hoe mag de curator mogelijk onder geleverde zaken feitelijk uit handen geven (par. 6)? Wat te doen wanneer de geldigheid of inroepbaarheid van het eigendomsrecht in geschil is (par. 7)? Welke zorg moet de curator betrachten zolang de zaken zich onder hem bevinden (par. 8)? Wanneer kan de curator kosten doorbelasten aan de leverancier (par.

9)? Het artikel wordt afgesloten met een korte slotbeschouwing (par. 10). Ik beantwoord de deelvragen aan de hand van gepubliceerde rechtspraak.⁶ Het is onvermijdelijk dat ik daarbij ook uitspraken aanhaal waarbij ik als advocaat van de aangesproken curator (in)direct betrokken was; ik behandel die uitspraken alleen in beschrijvende zin.

2. Juridisch kader: q.q. en pro se aansprakelijkheid

Voor handelingen die de curator in de uitoefening van zijn wettelijke taak verricht is de boedel in beginsel het aansprakelijke vermogen.⁷ Dit geldt ook voor onrechtmatige daden van de curator,⁸ mits in hoedanigheid verricht.⁹ De curator die in hoedanigheid inbreuk maakt op het eigendomsrecht van een ander of onzorgvuldig handelt jegens deze ander begaat qualitate qua ('q.q.') een onrechtmatige daad. Deze onrechtmatige daad leidt tot boedelaansprakelijkheid (aansprakelijkheid q.q.) en het ontstaan van een in beginsel concurrente boedelvordering.¹⁰ Soms kan de curator voor zijn in hoedanigheid verricht gedrag eveneens persoonlijk ('pro se') aansprakelijk zijn. Voor het vestigen van aansprakelijkheid pro se geldt een apart toetsingskader. Voor de beoordeling van boedelaansprakelijkheid geldt het reguliere aansprakelijkheidsregime.¹¹ Dat betekent dat de curator q.q. aansprakelijk kan zijn wegens rechtsinbreuk,¹² schending van een wettelijk voorschrift en/of onzorgvuldig handelen. Daarvoor is wel vereist dat de onrechtmatige daad de curator q.q. kan worden toegerekend. Toerekenbaarheid van de gedraging aan de curator q.q. kan plaatsvinden op alle in art. 6:162 lid 3 BW genoemde gronden: schuld, wet

1 Mr. dr. E.A.L. (Elisabeth) van Emden is advocate bij NN Advocaten (Nationale-Nederlanden) en fellow aan het Onderzoekscentrum voor onderneming en Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.
2 HR 26 mei 1933, ECLI:NL:HR:1933:AG1854; NJ 1933/870 m.nt. E.M. Meijers (Bink/Wiggemans) over de curator die zaken van de (buiten gemeenschap gehuwde) echtgenote van de schuldenaar vervreemde.
3 HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047; NJ 1996/727 m.nt. W.M. Klein (Maclou).
4 Rb. Amsterdam 26 februari 2025, JOR 2025/123 m.nt. S.A.C.R. Wahlbrinck.
5 Omwille van de omvang van dit artikel ga ik niet apart in op aanspraken van verkopers die het recht van reclame ex art. 7:39 e.v. BW toekomt.

6 Ik baseer mij daarbij met name op rechtspraak die is gepubliceerd op rechtspraak.nl en in vaktijdschriften zoals JOR, waarbij ik als zoektermen vooral combinaties van de termen "eigendomsvoorbehoud", "aansprakelijkheid" en "schadevergoeding" heb gebruikt. Daarnaast heb ik literatuur over deze onderwerpen geraadpleegd. Ik heb mij daarbij geconcentreerd op rechtspraak en literatuur die sinds (het Maclou-arrest uit) 1996 is verschenen.
7 De taak van de curator volgt uit art. 68 Fw.
8 HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643; NJ 1996/472 m.nt. W.M. Klein (Sigmacon II) en HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817, NJ 2004/293 m.nt. P. van Schilfgaarde (Curatoren Mobell/Interplan).
9 Om vast te stellen of gedrag in hoedanigheid werd verricht wordt de norm uit HR 6 april 1979, ECLI:NL:HR:1979:AH8595; NJ 1980/34 m.nt. C.J.H. Brunner (Kleuterschool Babbel) gebruikt. Bepalend is of het handelen van de curator naar verkeersopvattingen als handelen van de boedel moet worden beschouwd. Zie hierover nader. S.O.H. Bakkerus, 'De aansprakelijkheid voor onrechtmatige gedragingen van de curator', in S.C.J.J. Kortmann e.a., *De curator, een octopus*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, sub. 2.
10 Vgl. G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 205; HR 23 maart 2018, NJ 2018/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Koot/Tideman).
11 HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817, NJ 2004/293 m.nt. P. van Schilfgaarde (Curatoren Mobell/Interplan). Zie over boedelaansprakelijkheid F.M.J. Verstijlen (GS Faillissementswet), aant. 13 bij art. 68 Fw.
12 Vgl. G.G. Boeve & C. de Ruijter, 'Praktische afwikkeling van eigendomsvoorbehouden en aansprakelijkheid van de curator', FIP 2014/4 en I. Spinath, 'De aansprakelijkheid van de curator – een leidraad', TOP 2010/5.

of verkeersopvattingen.¹³ Logischerwijs kan de vordering tegen de curator q.q. slechts worden ingesteld zolang het faillissement loopt.¹⁴

De persoonlijke aansprakelijkheid van de curator wegens schending van de belangen van de leverancier onder eigendomsvoorbehoud kan mijns inziens niet worden gebaseerd op de onrechtmatigheidscategorie inbreuk op een recht. Enige inbreuk wordt immers gemaakt door de curator q.q., maar niet (tevens) door de curator persoonlijk.¹⁵ De curator die ter uitoefening van zijn taak een zaak van een leverancier beschadigt of vervreemdt, verricht daarmee niet 'in persoon' een goederenrechtelijke handeling; dat doet hij (alleen) q.q. Ter vergelijking: als de curator q.q. vexatoir beslag legt, wat een inbreuk op een recht behelst, is de boedel hiervoor (risico)aansprakelijk.¹⁶ Deze risicoaansprakelijkheid rust echter niet (tevens) op de curator pro se.¹⁷ Dat betekent dat de vordering van de leverancier tegen de curator persoonlijk gebaseerd moet worden op de schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die zich richt tot de curator pro se.¹⁸ Hiervoor wordt een maatmantoets aangelegd; bepalend is of de curator heeft gehandeld als een redelijk bekwaam en redelijk handelend curator die zijn taak met inzet en nauwgezetheid vervult.¹⁹ Zo nee, dan is sprake van een normschending die, mits toerekenbaar, kan leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid. Wanneer de wet of rechtspraak dwingend voorschrijft hoe een curator in een bepaalde situatie moet handelen zal afwijkend handelen al gauw een normschending inhouden.²⁰ Ontbreekt een richtinggevend kader, dan komt de curator bij de uitoefening van zijn taak als uitgangspunt ruime beleidsvrijheid toe en zal zijn gedrag slechts onrechtmatig zijn als hij de bandbreedte van

het redelijke overschrijdt. Deze beleidsvrijheid van de curator houdt verband met zijn taak; de curator moet vaak onder tijdsdruk handelen en ziet zich geconfronteerd met een veelheid aan, vaak tegenstrijdige, belangen.²¹

Er is doorgaans geen concreet spoorboekje dat bepaalt hoe de curator zich het beste van zijn, ruim geformuleerde, taak kan kwijten; vaak leiden vele goede wegen naar Rome. De Insolad Praktijkregels bevatten een aantal aanbevelingen aan de curator. De Praktijkregels hebben echter slechts een richtinggevend, en nadrukkelijk geen dwingend, karakter; zo volgt uit hun voorwoord. Ondertussen vormen de Praktijkregels ook geen recht ex art. 79 RO. Schending van een Praktijkregel leidt dus niet tot de automatische gevolgtrekking dat de curator onrechtmatig heeft gehandeld, zo is al vaker overwogen.²² Toch is denkbaar dat de rechter wel een zekere betekenis toekent aan de Praktijkregels, zelfs als de aangesproken curator geen lid van Insolad zou zijn. De rechter kan immers oordelen dat de Praktijkregels een zekere invulling geven aan de in de (gehele) beroepsgroep geldende opvattingen over de juiste taakvervulling.²³ Voor bepaalde handelingen, waaronder de onderhandse verkoop van zaken en tijdelijke voorzetting van de onderneming, heeft de curator de machtiging van de rechter-commissaris nodig.²⁴ Deze machtiging behelst geen vrijwaring voor aansprakelijkheid, maar vormt (in elk geval wanneer deze berust op complete en correcte informatieverstrekking) wel een indicatie dat de curator zorgvuldig heeft gehandeld.²⁵

Aansprakelijkheid vergt niet alleen een normschending, maar ook dat deze toerekenbaar is, aldus art. 6:162 lid 3 BW. Het Prakke/Gips-arrest uit 2011 leert dat voor het vestigen van persoonlijke aansprakelijkheid van de curator een toerekeningsdrempel geldt; er is persoonlijke verwijtbaarheid van de curator vereist.²⁶ Dit brengt naar mijn mening met

13 Vgl. Hof Arnhem 9 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX9279, r.o. 4.3.

14 Hof Arnhem 9 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX9279.

15 Zie in deze zin mogelijk ook F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 328, die schrijft dat een rechtsinbreuk niet automatisch tot persoonlijke aansprakelijkheid leidt, maar dit vooral lijkt te koppelen aan de eis van persoonlijke verwijtbaarheid.

16 Uit HR 21 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0512; NJ 1992/321 (*Van Gastel en Van de Laar q.q./Elink Schuurman q.q.*) en HR 11 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5602 volgt dat curatoren q.q. risicoaansprakelijk zijn voor een ten onrechte gelegd (en gehandhaafd) beslag en (dreigen met) executie van een nog niet-onherroepelijke uitspraak. Zie hierover ook A-G Verkade 21 april 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AV2637.

17 Hof Den Haag 7 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3065, onder toepassing van art. 81 RO bekrachtigd in HR 5 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:547. Zie in vergelijkbare zin Hof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7950; JOR 2020/46 m.nt. F.A. van Tilburg waarin werd geoordeeld dat de curator niet persoonlijk aansprakelijk was voor de executie van een later vernietigde uitspraak. Overigens kan een curator te dezer zake wel persoonlijk aansprakelijk zijn als hij persoonlijk verwijtbaar onzorgvuldig heeft gehandeld, zie voor een voorbeeld Rb. Rotterdam 18 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4166.

18 In theorie is mogelijk dat de vordering wordt gebaseerd op schending van een zich tot de curator persoonlijk gericht wettelijk voorschrift, maar in de praktijk is deze onrechtmatigheidsgrond niet aan de orde waar het gaat om de relatie tussen de curator pro se en de leverancier. Zie hierover ook Verstijlen a.w. 1998, p. 214.

19 HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047; NJ 1996/727 m.nt. W.M. Klein (*Macclou*).

20 HR 27 november 1998, JOR 1997/72 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Komdeur/Nederlandse Antillen*); HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204; NJ 2012/515 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Prakke/Gips*); HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199; NJ 2016/187 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Verdonk*); en HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067; NJ 2018/464 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Schoenenwinkel*).

21 HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047; NJ 1996/727 m.nt. W.M. Klein (*Macclou*) en HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204; NJ 2012/515 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Prakke/Gips*). Zie over de beleidsruimte van de curator Verstijlen, a.w. 1998, p. 226 e.v.

22 Vgl. HR 22 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2511; NJ 2007/520 (*ING/Verdonk*); Hof Arnhem 11 september 2007, ECLI:NL:GHARN:2011:BB8620; JOR 2007/416 m.nt. S.M. Bartman (*Tycho/Hermans*); Rb. Amsterdam 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY491 (*X/Van Hees*); Rb. Den Haag 20 april 2011, ECLI:NL:RBDHA:2011:BQ2516.

23 Zie over de betekenis van alternatieve regelgeving voor het aansprakelijkheidsrecht nader I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht, Monografie BW nr. 8*, Deventer: Kluwer 2007 en E.A.L. van Emden, 'De tuchtprocedure als opmaat naar civielrechtelijke aansprakelijkheid', in: F.M.A. 't Hart & A.J.C.C.M. Loonen, *Tuchtrecht in de financiële praktijk*, Zutphen: Paris 2020.

24 Art. 101 Fw respectievelijk art. 98 Fw (dat geen machtiging eist als een schuldeiserscommissie is benoemd).

25 Vgl. Verstijlen, a.w. 1998, p. 369. Zie ter illustratie Rb. Den Haag 20 april 2011, ECLI:NL:RBDHA:2011:BQ2516, r.o. 4.6.

26 HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204; NJ 2012/515 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Prakke/Gips*). Zie ook de annotatie van Verstijlen in NJ 2012/515 sub 9, die meent dat toerekening naar verkeersopvattingen ex art. 6:162 lid 3 BW lijkt uitgesloten, maar dat relatieve doordat het hanteren van de maatmannorm meebrengt dat onervarenheid wel voor rekening van de curator komt. De curator die in zijn eerste faillissement optreedt ontbeert immers mogelijk door gebrek aan ervaring het inzicht dat geveerd wordt van de redelijk handelend en redelijk bekwaam curator. Ik stel daar tegenover dat in de praktijk een onervaren curator wordt aangesteld in relatief overzichtelijke faillissementen die passen bij het ervarings- en inzichtsniveau van deze curator.

zich dat toerekening krachtens wet of verkeersopvattingen niet mogelijk is; in die gevallen is namelijk sprake van toerekening buiten schuld.²⁷ Prakke/Gips leert dat de curator zelf een verwijt gemaakt moet kunnen worden van zijn gedrag en dus zelf schuld moet hebben. Deze schuld ontbreekt onder meer in geval van verschoonbare rechtsdwaling, bijvoorbeeld waar de curator in redelijkheid een standpunt over de geldigheid van het eigendomsvoorbehoud heeft kunnen innemen dat later (toch) door de rechter wordt verworpen.²⁸ Bij gebrek aan schuld kan dan geen persoonlijke aansprakelijkheid van de curator worden gevestigd omdat aan het constitutieve vereiste van toerekenbaarheid niet is voldaan. Dit past ook bij het uitgangspunt dat het door de curator namens de boedel in rechte innemen van een standpunt dat als onjuist wordt beoordeeld, niet tot aansprakelijkheid pro se leidt, tenzij de stellingname misbruik van bevoegdheid behelst (in welk geval sprake zal zijn van persoonlijke verwijtbaarheid).²⁹

De Hoge Raad stelt voor het vestigen van persoonlijke aansprakelijkheid van de curator weliswaar de eis van persoonlijke, maar niet tevens de eis van *ernstige* verwijtbaarheid,³⁰ al is die aanvullende eis in literatuur wel voorgesteld.³¹ Wel lijkt voor persoonlijke aansprakelijkheid van de curator een hogere mate van verwijtbaarheid vereist dan de (zeer) lichte mate van verwijtbaarheid die in het algemene aansprakelijkheidsrecht volstaat voor toerekenbaarheid krachtens schuld.³² De Hoge Raad roept namelijk in r.o. 3.4.3 van het Prakke/Gips-arrest op tot terughoudendheid bij het vestigen van persoonlijke aansprakelijkheid. In de rechtspraak treft men (daarom) wel de eis dat de curator 'een voldoende

ernstig verwijt' gemaakt kan worden.³³ De eis van persoonlijke verwijtbaarheid houdt in dat de curator 'het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijze behoorde in te zien'.³⁴ Dit inzichtvereiste vergt dat de curator zelf over de relevante kennis beschikte, dan wel redelijkerwijs behoorde te beschikken. Bevindt de relevante wetenschap zich alleen bij een hulppersoon van de curator, zoals een faillissement-smedewerker, maar niet bij de curator zelf, dan kan die informatie als uitgangspunt niet in de beoordeling van het gedrag van de curator pro se worden betrokken. Bij gebrek aan persoonlijke kennis is van persoonlijk schuld van de curator immers geen sprake, terwijl toerekening van de kennis van de medewerker aan de curator pro se hier ook niet mogelijk lijkt.³⁵ Vanzelfsprekend moet het gewraakte gedrag ex tunc worden getoetst; bepalend is wat de curator ten tijde van zijn handeling wist en redelijkerwijs behoorde te weten.³⁶

De taak van de curator is primair de vereffening van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van zijn gemeenschappelijke schuldeisers.³⁷ Het boedelbelang is daarmee leidend; de curator moet als uitgangspunt streven naar boedelmaximalisatie (en boedelschuldenminimalisatie).³⁸ Daarmee is niet gezegd dat de curator voorbij kan gaan aan de rechten van leveranciers.³⁹ Het is daarbij in beginsel echter aan de leverancier om voor zijn eigen belangen op te komen; hij mag niet gerechtvaardigd verwachten of verlangen dat de curator zich bij zijn taakvervulling in het bijzonder door zijn belangen laat leiden.⁴⁰

3. Juridisch kader: eigendomsvoorbehoud

Het in art. 3:92 BW geregelde eigendomsvoorbehoud is een vorm van leverancierszekerheid; de leverancier heeft bedongen dat de eigendom van de geleverde zaak eerst volledig overgaat nadat de koper aan zijn (betalings)verplichtingen heeft voldaan.⁴¹ Er is daarmee sprake van overdracht

27 Vgl. Asser/Sieburgh 6-IV 2023/116.

28 Vgl. in algemene zin HR 11 oktober 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0360; NJ 1993/165 m.nt. C.J.H. Brunner en C.J.M. Corstens (Ovj) en ten aanzien van de curator bijvoorbeeld Rb. Noord-Nederland 23 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ0166, r.o. 4.24. Zie voorts Verstijlen, a.w. 1998, p. 217 e.v. en p. 339 e.v. Zie over de (on)mogelijkheid van toerekenbaarheid in geval van rechtsdwaling in bredere zin E.A.L. van Emden, *Toerekening van externe kennis bij onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, nr. 4.6.

29 Dit is voor het eerst uitgemaakt in Rb. Breda 19 maart 1996, JOR 1996/38 m.nt. G.A.J. Boekraad en herhaald in onder meer Hof Leeuwarden 17 maart 1999, NJ 2000/278; Rb. Amsterdam 6 juni 2001, JOR 2001/218; Rb. Leeuwarden 14 januari 2004, ECLI:NL:RBLLE:2004:AO2325; Hof Leeuwarden 15 juli 2005, NJF 2005/373; Rb. Arnhem 12 november 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BG4558; Hof Amsterdam 12 april 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ3875; Rb. Den Haag 20 april 2011, ECLI:NL:RBDHA:2011:BQ2516; Rb. Almelo 25 april 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BW5203; Rb. Amsterdam 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY4491; Rb. Noord-Nederland 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4705; Rb. Limburg 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9078; JOR 2017/75 m.nt. J.B.A. Jansen en Rb. Den Haag 27 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15400.

30 Vgl. F.M.J. Verstijlen (GS Faillissementswet), aant. 12.2.1 bij art. 68 Fw.

31 P.S. Bakker & Y.A. Wehrmeijer, 'Bespreking van HR 08-05-2009, nr. 08/01359', Tvl 2009/28; J.G. Princen, 'De aansprakelijkheid van de curator', in C.P.R.M. Dekker e.a., *Praktijkboek Insolventierecht 6: Capita Selecta Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2007 en R.D. Vriesendorp, '(Schade)claims jegens de curator q.q.: op trustachtige wijze veiliggesteld?', in: T. Hartlief & M.G. Faure (red.), *De Spierbundel*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 1. Zie in deze zin mogelijk ook annotatie I. Spinath in JOR 2012/65 sub 3 en 5, die de vergelijking trekt met bestuurdersaansprakelijkheid waarvoor ernstige persoonlijk verwijtbaarheid is vereist.

32 Zie bijvoorbeeld K.J.O. Jansen (GS Onrechtmatige daad), aant. 9 bij art. 6:162 BW.

33 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 29 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4031, r.o. 3.7 en Rb. Limburg 23 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:5346, r.o. 4.1.

34 HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204; NJ 2012/515 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Prakke/Gips), r.o. 3.4.3.

35 Vgl. Rb. Utrecht 13 juni 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX0507, JOR 2013/347. HR 11 november 2005, NJ 2007/231 m.nt. J.B.M. Vranken (Ontvanger/Voorstuijs) leert dat toerekening van externe kennis in het (buitencontractuele) aansprakelijkheidsrecht slechts met (grote) terughoudendheid kan geschieden. Zie over de daarvoor gelende maatstaf verder Van Emden, a.w. 2023.

36 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:193; JOR 2021/133 m.nt. J.B.A. Jansen, r.o. 3.5.

37 Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 6 september 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:4391, r.o. 4.16.

38 Vgl. Verstijlen, a.w. 1998, p. 105. Illustratief is Rb. Assen 16 februari 2011, ECLI:NL:RBASS:2011:BP8249 waaruit volgt dat de curator bij de verkoop van activa de hoogst mogelijke opbrengst moet nastreven.

39 Zie over de vergelijkbare plicht van de curator om aanspraken van pandhouders te respecteren E.A.L. van Emden, 'Persoonlijke aansprakelijkheid van de curator in verband met verpande vorderingen', MvM 2017/8 en A.J. Verdaas, 'Verpande vorderingen en persoonlijke aansprakelijkheid van de curator', Tvl 2019/11.

40 Vgl. Verstijlen, a.w. 1998, p. 328.

41 Zie over het eigendomsvoorbehoud nader F.M.J. Verstijlen (GS Vermogensrecht), commentaar op art. 3:92 BW en Asser/Van Mierlo & Krzemiński 3-VI (2024) hfst. 7 en E.F. Verheul, *Eigendomsvoorbehoud*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

onder opschortende voorwaarde; tot het moment dat de voorwaarde (van volledige betaling) in vervulling gaat, heeft de koper slechts de voorwaardelijke eigendom.⁴² In de praktijk heeft het eigendomsvoorbehoud vaak een ruime strekking en betreft het gemaakte voorbehoud niet slechts de betaling van de specifieke zaak, maar de voldoening van alle vorderingen van de leverancier op de koper. Het eigendomsvoorbehoud is een vorm van zakelijke zekerheid; de leverancier behoudt de eigendom van de geleverde zaak (zij het: onder de ontbindende voorwaarde van betaling). Dat geeft de leverancier in geval van faillissement van de koper een sterke positie, die belangrijk is omdat de kans dat ná faillietverklaring nog volledige voldoening van de (pre-faillissements)vordering van de leverancier zal plaatsvinden, klein is. Dit eigendomsrecht kan echter tot een einde komen, bijvoorbeeld door bestanddeelvorming, natrekking of zaaksvorming.⁴³ Ook biedt het eigendomsvoorbehoud geen soelaas wanneer de zaak niet meer als individuele zaak te identificeren is (oneigenlijke vermenging). Buitenlandse leveranciers ondervinden voorts dat in Nederland een minder ruim eigendomsvoorbehoud kan worden uitgeoefend dan bijvoorbeeld in Duitsland.⁴⁴

In de boedel vallen de eigendommen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring en wat tijdens het faillissement zijn eigendom wordt.⁴⁵ Onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken zijn (nog) geen onvoorwaardelijke eigendom van de schuldenaar.⁴⁶ Op grond van art. 3:109 jo art. 3:119 BW worden zaken die zich onder de schuldenaar bevinden echter vermoed zijn bezit en (dus) volledige eigendom te zijn. Eigenaren kunnen hun eigendomsrecht ook invoeren wanneer degene onder wie hun zaak zich feitelijk bevindt failliet is;⁴⁷ zij moeten daarbij wel voor hun eigen belangen waken.⁴⁸ De leverancier zal dus tijdig een beroep moeten doen op zijn eigendomsrecht.⁴⁹ Dat moet hij onderbouwd (en volgens de Rechtbank Utrecht: schriftelijk⁵⁰) doen. De curator zal op zijn beurt de leverancier in beginsel een redelijke termijn moeten gunnen om dat recht uit te

oefenen.⁵¹ De curator kan dus niet zomaar op de dag van faillietverklaring alle voorraden overdragen, tenzij hiervoor een rechtvaardiging bestaat (zie hierna). Hoe lang de aan de leverancier te gunnen termijn is, is contextafhankelijk. Verdedigbaar moet daarbij aan buitenlandse leveranciers iets meer tijd worden gegund. De Rechtbank Amsterdam vond een termijn van elf dagen bijvoorbeeld voldoende ten aanzien van een in Italië gevestigde leverancier.⁵² Wat als de leverancier talmt met het invoeren van zijn eigendomsvoorbehoud? Het Hof Arnhem oordeelde in 2012 dat de curator bij wie na enige tijd geen eigendomsrecht was gemeld er gerechtvaardigd vanuit mocht gaan dat de zaken (volledig) in de boedel vielen.⁵³ De curator was niet aansprakelijk wegens de verkoop van die zaken; de eigenaar had zijn aanspraken eerder moeten invoeren.

De curator zal het tijdig ingeroepen eigendomsrecht van een leverancier moeten respecteren; hij kan immers niet onvoorwaardelijk beschikken over zaken die niet 'vol' eigendom zijn van de schuldenaar.⁵⁴ De vraag is op welke wijze de curator de eigendomsaanspraak moet respecteren. Het Hof Arnhem-Leeuwarden overwoog in 2013 dat de curator in beginsel aan de leverancier de gelegenheid moet bieden om zijn zaak terug te nemen, maar dat de wet op dit punt geen specifieke regels kent.⁵⁵ De curator heeft op dit punt dus een zekere beleidsvrijheid, waarbij ook het belang van een doelmatige afwikkeling van het faillissement meeweegt. Dit belang is echter bepaald geen vrijbrief om inbreuk te maken op de rechten van eigenaren, zie hierna.⁵⁶ In het aangehaalde arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden werd tevens overwogen dat de curator een aanspraak van een leverancier mag onderzoeken voordat hij het beroep op het eigendomsvoorbehoud honoreert. Sterker nog, ik meen dat de curator de aanspraak nauwkeurig moet onderzoeken voordat hij deze honoreert.

Gaat de curator ten onrechte voorbij aan het eigendomsrecht van de leverancier, dan zal dat al snel leiden tot boedelaanprakelijkheid. Zou de boedel bijvoorbeeld onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken verbruiken, dan

42 HR 3 juni 2016, NJ 2016/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*). De leverancier heeft onderwijl ook slechts een voorwaardelijk eigendomsrecht (namelijk eigendom onder ontbindende voorwaarde). In oudere rechtspraak en literatuur werd overigens aangenomen dat de koper slechts een eigendomsverwachting verkreeg, zie hierover de aangehaalde annotatie van Verstijlen onder 2.

43 Zie art. 3:4 BW, art. 5:14 BW en art. 5:16 BW. Zie nader Asser/Bartels & Van Velten 5 (2016) nr. 110 e.v.

44 Vgl. Hof Leeuwarden 3 maart 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH5277.

45 Art. 20 Fw.

46 Bij levering onder eigendomsvoorbehoud is immers sprake van overdracht onder de opschortende voorwaarde van voldoening; de koper kan daardoor slechts voorwaardelijk over de zaak beschikken (dat wil zeggen deze slechts onder voorwaarde vervreemden of bezwaren), zo leert HR 3 juni 2016, NJ 2016/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Reuser*).

47 Tenzij een gelaste afkoelingsperiode dat verhindert, zie art. 63a Fw.

48 Vgl. de goederenrechtelijke aanspraken van pand- en hypotheekhouders ex art. 57 Fw. Zie ook F.M.J. Verstijlen (*GS Faillissementswet*), aant. 12.3.1 bij art. 68 Fw.

49 Vgl. Hof Arnhem 31 maart 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BI2394, r.o. 4.6: "(...) moet worden bedacht dat het niet tot de primaire taak van de curator behoort om de uitoefening van een door een crediteur gemaakt eigendomsvoorbehoud voor deze crediteur te realiseren. Dat laatste ligt op de weg van de crediteur zelf."

50 Rb. Utrecht 16 juni 1999, JOR 1999/186, r.o. 4.4.

51 Daarbij dringt zich de vergelijking op met de redelijke termijn die de curator de stil pandhouder moet gunnen om zijn rechten uit te oefenen, zie HR 30 oktober 2009, NJ 2010/96 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*ING/Verdonk*).

52 Rb. Amsterdam 11 maart 1998, JOR 1998/87.

53 Hof Arnhem 16 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY0585, r.o. 4.6. Zie in vergelijkbare zin t.a.v. stil verpande zaken Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:193; JOR 2021/133 m.nt. J.B.A. Jansen.

54 Overigens, de curator kan natuurlijk door betaling van de vordering van de leverancier bewerkstelligen dat het eigendomsvoorbehoud tenietgaat (of beter gezegd: de opschortende voorwaarde waaronder de schuldenaar de zaken in eigendom heeft verkregen in vervulling gaat) en de zaken alsnog vol in de boedel vallen.

55 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7458; JOR 2014/337 m.nt. G.G. Boeve, r.o. 4.4. Zie in deze zin ook Hof Amsterdam 29 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4031; JOR 2016/19 m.nt. D.M. van Geel, r.o. 3.3 en Hof Den Haag 13 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1609; JOR 2019/85 m.nt. V.J.M. van Hoof, r.o. 9.3 waar over een zelfstandige onderzoeksplicht van de curator wordt gesproken.

56 Aldus HR 19 december 2003, NJ 2004/293 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Curatoren Mobell/Interplan*) over boedelaansprakelijkheid. Zie over de vraag wanneer maatschappelijke belangen rechtvaardigen dat de curator q.q. inbreuk maakt op het recht van de leverancier hierna in par. 6.

maakt de curator daarmee q.q. inbreuk op het eigendomsrecht van de derde.⁵⁷ Verschafft de curator de feitelijke macht over onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken aan een derde, dan kan hij daarmee onzorgvuldig handelen jegens de leverancier.⁵⁸ In par. 2 merkte ik op dat een door de curator q.q. begane onrechtmatige daad in beginsel leidt tot een concurrente boedelschuld. De Hoge Raad heeft eerder bepaald dat wanneer de curator een stil pandrecht op vorderingen schendt, de daardoor ontstane boedelvordering bevoorrecht is zoals het stille pandrecht dat zou zijn.⁵⁹ Geldt iets vergelijkbaars voor de schending van eigendomsrechten? Uit een uitspraak van het Hof Den Haag uit 2018 lijkt de bevestigende beantwoording van deze vraag te volgen.⁶⁰ De Hoge Raad heeft zich hierover echter nog niet uitgelaten en de literatuur lijkt verdeeld.⁶¹

4. In hoeverre en hoe moet de curator de leverancier benaderen

In de Maclou-zaak werd de curatoren verweten dat zij eerst ná de overdracht van de voorraden de leverancier in kennis hadden gesteld van het faillissement. De Hoge Raad stelde voorop dat de wet slechts openbaring van het faillissement eist door publicatie in de voorgeschreven bronnen.⁶² Van curatoren wordt volgens de Hoge Raad in zijn algemeenheid niet verlangd dat zij terstond na hun benoeming de leveranciers aanschrijven opdat de leveranciers hun rechten kunnen uitoefenen. De Hoge Raad laat wel ruimte voor een dergelijke aanschrijfplicht onder bijzondere, niet nader gespecificeerde, omstandigheden. In de Maclou-casus was spoed geboden omdat de verkoop van de voorraad onderdeel

was van een doorstart die mede de werkgelegenheid en het behoud van de onderneming diende. Dat verklaarde (mede) waarom de curator niet hoefde te wachten totdat de leveranciers waren aangeschreven. Ik vind in de rechtspraak geen indicaties dat deze overwegingen verouderd zijn. Wel verdient aandacht dat het faillissement in de Maclou-casus uit januari 1987 dateert; in die tijd waren communicatiemogelijkheden beperkter dan nu. Tegenwoordig worden crediteurenadministraties digitaal gevoerd en is het eenvoudig en goedkoop om crediteuren snel via e-mail over het faillissement te informeren. Het is ook usance dat curatoren kort na benoeming de (uit de administratie kenbare) crediteuren via deze weg benaderen. Laat de curator dat in een concreet geval na, dan zal hij daarvoor een plausibele reden moeten hebben, zoals bijvoorbeeld het in de Insolad-praktijkregel 6.1 genoemde scenario dat het faillissement nog niet onherroepelijk is (en dan een meer terughoudende opstelling van de curator wordt verlangd⁶³).

Met Nederlandse leveranciers kan de curator vanzelfsprekend in het Nederlands communiceren. Insolad-praktijkregel 6.3 adviseert om een buitenlandse schuldeiser in het Engels te benaderen. Mij lijkt ook relevant in welke taal de schuldenaar eerder met de leverancier communiceerde. Het is met behulp van (gratis) online vertaalprogramma's niet kostbaar of ingewikkeld om de crediteurenbrief te laten vertalen, terwijl (het personeel van) de schuldenaar hierbij soms ook behulpzaam kan zijn.⁶⁴ Zeker waar het gaat om gangbare handelstalen zoals het Duits en Frans zou het mooi zijn als de curator (ook) communiceert in de taal die door de schuldenaar en leverancier onderling werd gebruikt.⁶⁵ Een daartoe strekkende rechtsplicht geldt volgens mij echter niet. De Faillissementswet noch Europese Insolventieverordening bevat op dit punt een voorschrift⁶⁶ en de veronderstelling lijkt gerechtvaardigd dat internationaal opererende leveranciers het Engels in elk geval enigszins beheersen.⁶⁷ Bij minder gangbare talen ligt vertaling naar de tussen schuldenaar en leverancier gebruikte taal niet voor de hand. Daarbij moet bedacht worden dat de curator niet blindelings uit mag gaan van de juistheid van vertaalprogramma's of vertaling door werknemers; hij moet controle (kunnen) uitoefenen op de inhoud van zijn communicatie. Het is voorts de keuze van de leverancier om te leveren aan een buitenlandse partij; het risico dat hij de lokale taal niet machtig is, lijkt inherent aan zijn eigen keuze om internationaal te handelen.

57 De vraag wat een rechtsinbreuk precies inhoudt is al lang onderwerp van discussie. Duidelijk is dat het enkele (voorzienbaar) veroorzaken van letsel- of zaakschade géén rechtsinbreuk inhoudt, vgl. HR 12 januari 2024, ECLI:NL:HR:2024:17 (*Afzinkelder*). Bij vervreemding of vernietiging van een zaak is wel sprake van rechtsinbreuk, zie nader *Asser/Sieburgh 6-IV* (2023), nr. 46. Aantekening verdient dat de curator die de feitelijke macht over zaken van derden aan een koper verschafft maar de zaken niet vervreemdt (omdat hij alleen de zaken van de schuldenaar verkoopt) niet evident een rechtsinbreuk begaat.

58 HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817, NJ 2004/293 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Curatoren Mobell/Interplan*). Discussie is mogelijk over de vraag of bij het enkele verschaffen van de feitelijke macht van de zaken aan een derde sprake is van een rechtsinbreuk, zie de voorafgaande voetnoot.

59 HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861; NJ 2010/96 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hamm/ABN AMRO*) en HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199; NJ 2016/187 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Rabobank/Verdonk*).

60 Hof Den Haag 13 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1609; JOR 2019/85 m.nt. V.J.M. van Hoof. Zie hierover ook R.D. Vriesendorp, 'Uitwinningsperikelen met curatoren bij eigendomsvoorbehoud en pandrecht: een aanzet tot een dogmatische, rechtvaardige én praktische oplossing', *Tvl* 2018/49; N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, 'Een fundamenteel beginsel van insolventierecht', *Tvl* 2021/26 sub 3.4 en de annotaties van K.W.C. Geurts in JOR 2015/14, D.M. van Geel in JOR 2016/137 en B.I. Kraaijpoel in JOR 2016/284.

61 Zie onder meer V.J.M. van Hoof in JOR 2019/85 sub 6 en de daar genoemde bronnen, R.D. Vriesendorp, 'Uitwinningsperikelen met curatoren bij eigendomsvoorbehoud en pandrecht: een aanzet tot een dogmatische, rechtvaardige én praktische oplossing', *Tvl* 2018/7; P.C. Voûte, 'Over het faillissement en boedelschulden die vooraf (buiten een eventuele rangregeling om) voldaan moeten worden', *NTBR* 1994/10 sub 4.

62 Zie art. 14 lid 3 jo. art. 19a Fw en ook Recofa-richtlijnen (2021) sub 1.3. Zie daarnaast art. 109 Fw dat de curator verplicht om de (bekende) schuldeisers aan te schrijven; deze plicht dient er echter toe dat de schuldeisers hun vordering in het faillissement kunnen indienen (en niet zozeer dat zij hun eventuele eigendomsvoorbehoud kunnen inroepen).

63 Zie over de taak van de curator in geval van een nog niet-onherroepelijk faillissement HR 11 november 2016, NJ 2017/87 m.nt. F.M.J. Verstijlen en Hof Arnhem-Leeuwarden 21 mei 2019, JOR 2019/287 m.nt. J.O. Bijloo.

64 Gedurende de opzegperiode ex art. 40 Fw.

65 Uit HR 15 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:65, NJ 2017/382 m.nt. H.J. Snijders kan worden afgeleid dat het Engels, Frans en Duits de in Nederland gangbare buitenlandse talen zijn; in die talen opgestelde producties hoeven namelijk niet standaard te worden vertaald.

66 Art. 54 lid 3 Verordening EU 2015/848 van 20 mei 2015 gaat uit van communicatie in de taal van de plaats waarin de insolventieprocedure is geopend.

67 In Rb. Amsterdam 11 maart 1998, JOR 1998/87, r.o. 7.2 werd bijvoorbeeld overwogen dat in het internationale handelsverkeer het gebruik van het Engels gebruikelijk is.

5. Heeft de curator een onderzoeksplicht naar het eigendomsvoorbehoud?

Een zorgplicht kan slechts bestaan ten aanzien van belangen waarmee men bekend is of redelijkerwijs bekend moest zijn.⁶⁸ Dit geldt ook voor de curator; als hij feitelijk onbekend is met een eigendomsaanspraak waarmee hij redelijkerwijs niet bekend hoefde te zijn, kan hij zijn gedrag daarop ook niet afstemmen.⁶⁹ Het is daarbij als uitgangspunt aan de leverancier om zijn eigendomsvoorbehoud in te roepen en niet aan de curator om daar actief naar op zoek te gaan. De Rechtbank Utrecht overwoog in 1999: "(...) dat een verkoper die onder eigendomsvoorbehoud heeft geleverd, als eigenaar zelf in de gelegenheid is om zijn belangen te behartigen. Hiertoe dient hij nadat kennis is genomen van een faillissement, zijn rechten zo spoedig mogelijk aan de curator kenbaar te maken."⁷⁰ Ook Insolad-praktijkregel 6.1 wijst een onderzoeksplicht van de curator in algemene zin af, maar merkt wel op dat de curator een schuldeiser zo mogelijk na eenvoudig onderzoek op een door deze schuldeiser niet ingeroepen voorrecht moet wijzen.⁷¹ Nu is een eigendomsvoorbehoud strikt genomen geen voorrecht. Maar meldt de leverancier zich zonder een beroep te doen op zijn eigendomsvoorbehoud, dan ligt navraag door de curator wel erg voor de hand.⁷² Dat zal in elk geval zo zijn wanneer uit de administratie, mededelingen van (het bestuur en/of werknemers van) de schuldenaar, branchegebruik en/of de staat van de voorraad duidelijke indicaties volgen dat de leverancier wel degelijk zaken onder eigendomsvoorbehoud heeft geleverd. Het ligt zo weinig voor de hand dat de leverancier geen beroep zou willen doen op zijn eigendomsrecht dat een dubbelcheck door de curator op zijn plaats is. Bevestigt de leverancier dat hij geen eigendomsrecht inroept, dan kan de curator dat tot uitgangspunt nemen. Roept de leverancier bij navraag alsnog een eigendomsrecht in, dan moet de curator dat (mits geldig) respecteren.

Als uitgangspunt is het aan de leverancier om zich bij de curator te melden. Genuanceerder ligt het echter in de situatie waarin de curator voornemens is om de onder de schuldenaar aangetroffen zaken in de feitelijke macht van een ander te brengen, bijvoorbeeld als verkoop van de voorraad wordt beoogd. In dat geval zal bijna steeds het risico spelen dat ook zaken van leveranciers naar de koper overgaan,

omdat voorraadzaken nu eenmaal vaak onder eigendomsvoorbehoud worden geleverd. Weliswaar is de curator niet bevoegd om volledig te beschikken over onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken,⁷³ maar de koper kan zich in voorkomend geval wel op de bescherming uit art. 3:86 BW beroepen. Voorts kan de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaak bij de koper door bijvoorbeeld zaaksvorming zijn zelfstandige karakter verliezen, als gevolg van oneigenlijke vermenging niet meer gerevindiceerd kunnen worden, of door de koper worden verplaatst naar een ander land waarin revindicatie praktisch ingewikkeld is. Met het oog op deze risico's lijken de Hoge Raad⁷⁴ en de Insolad Praktijkregels wel een zekere onderzoeksplicht op de curator te leggen. De curator moet in dit scenario namelijk in beginsel toestemming van de leverancier vragen en dat vergt logischerwijs dat de curator voorafgaand inventariseert welke leveranciers (en welke zaken) het betreft.⁷⁵ De Rechtbank Gelderland overwoog in 2017 dan ook dat de curator die een leaseauto verkoopt eerst een zeker onderzoek moet doen omdat hij met zijn voorgenomen handeling het risico loopt om een zaak van een derde te vervreemden.⁷⁶

Hoe ver de onderzoeksplicht strekt is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Relevant vind ik onder meer de omvang en samenstelling van de voorraad, de kenbare waarde van de zaken, de mate waarin de administratie actueel en betrouwbaar lijkt, de mededelingen die de (bestuurders en werknemers van de) schuldenaar over de voorraden doet, de vraag of de uit de administratie blijken leveranciersschuldenlast in verhouding staat tot de fysiek aanwezige voorraad en de overige schuldenlast en de kenbaarheid van het eigendomsvoorbehoud uit bijvoorbeeld het gebruik van logo's of handelsnamen op verpakkingen of producten. Relevant is voorts de gangbaarheid van het gebruik van eigendomsvoorbehoud in bepaalde branches en/of bij bepaalde type zaken. Ook de complexiteit van het faillissement en de veelheid van andere (spoedeisende) aspecten die de aandacht van de curator vergen zijn van belang.⁷⁷ Als uitgangspunt mag de curator uitgaan van de juistheid van de administratie en de mededelingen van (het bestuur van) de schuldenaar.⁷⁸ Volgt daaruit bijvoorbeeld dat er 25 leveranciers zijn die onder eigendomsvoorbehoud hebben geleverd, dan kan de curator in beginsel volstaan om alleen die 25 leveranciers als (mogelijk) eigenaar aan te schrijven. Een gezonde dosis scepsis behoort echter

68 Zie bijvoorbeeld HR 27 januari 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4748; NJ 1984/536 m.nt. W.C.L. van der Grinten (Verstekeling).

69 Vgl. HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6920 waarin (onder toepassing van art. 81 RO) in stand werd gelaten dat het de curator niet euvel geduid kon worden dat zij geen handelingen had verricht ter stuiting van de verjaring van vorderingen waarmee zij niet bekend was of bekend behoorde te zijn. Zie bijvoorbeeld ook Rb. Overijssel 18 juni 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3525, waar persoonlijke aansprakelijkheid werd afgewezen omdat de curator in redelijkheid kon concluderen dat de zaken in de boedel vielen.

70 Rb. Utrecht 16 juni 1999, JOR 1999/186, r.o. 4.3. Dit sluit aan bij F. Hamminga, 'Curator en bewindvoerder: problemen en overwegingen', *Advocatenblad* 1982/62-20 die een informatieplicht categorisch afwijst.

71 Vgl. Rb. Amsterdam 28 december 2005, ECLI:NL:RBAMS:2005:AU9727, waar het ging om een curator die een schepeling niet wees op het voorrecht uit art. 8:211 BW.

72 In deze zin ook Verstijlen, a.w. 1998 1998, p. 336.

73 Althans, kan hij niet de onvoorwaardelijke eigendom van deze zaken leveren omdat in de boedel slechts een voorwaardelijk eigendomsrecht valt.

74 HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817, NJ 2004/293 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Curatoren Mobell/Interplan*). Zie bijvoorbeeld C.J.M. Klaassen, 'De zorgplicht en aansprakelijkheid van de curator', *NbbW* 1994/10 die een onderzoeksplicht hanteert.

75 Zie ook Vriesendorp, a.w. 2018, die aanbeveelt dat de curator ter vermindering van persoonlijke aansprakelijkheid zo snel mogelijk onderzoek doet naar eventuele eigendomsrechten.

76 Rb. Gelderland 29 maart 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:2418, r.o. 4.4.

77 Vgl. Verstijlen, a.w. 1998, p. 336.

78 Vgl. Gerecht in eerste aanleg van de Nederlandse Antillen 7 december 1998, JOR 2000/38, r.o. 10 waarin werd overwogen dat de curator in beginsel mag vertrouwen op de informatie van de directie van de schuldenaar. Zie in vergelijkbare zin Hof Arnhem 9 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX9279, r.o. 4.5.

tot de gereedschapskist van de curator en als er indicaties zijn dat de verstrekte en beschikbare informatie niet juist is, kan meer onderzoek op zijn plaats zijn. Bevinden zich in de voorraad bijvoorbeeld veel zaken voorzien van een prominent logo van een bedrijf dat niet op de leverancierslijst staat, dan lijkt enig onderzoek wel geboden. Een bedrijfsnaam die op een zaak is geplaatst is echter niet doorslaggevend voor de eigendomsvraag.⁷⁹

Het is de wettelijke taak van de curator om de bezittingen van de schuldenaar te inventariseren (en te beschrijven).⁸⁰ Is eenmaal duidelijk dat er zich tussen die bezittingen ook zaken van anderen bevinden, zoals onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken, dan zal de curator ook die zaken in kaart moeten brengen. Om te kunnen beoordelen of er een geldig eigendomsvoorbehoud ingeroepen kan worden is het immers noodzakelijk dat de feitelijke situatie geduid wordt, terwijl inventarisatie ook nodig is om retournering van de zaken te faciliteren. Ook op dit punt is er dus sprake van een zekere onderzoeksplicht, of beter: inventarisatieplicht.⁸¹ Hoe ver die plicht reikt hangt weer af van de omstandigheden van het geval, waarbij de hiervoor genoemde gezichtspunten relevant zijn. De Rechtbank Assen vond in 2016 tevens van belang of de curator de leverancier in staat had gesteld om zelf een inventarisatie uit te voeren.⁸² De curator moet bij de inventarisatie streven naar zoveel mogelijk duidelijkheid. Algemene opmerkingen 'van diverse zijden' inhoudend dat 'er geen goederen meer zijn waarop leveranciers een claim kunnen leggen' waren volgens de Rechtbank Amsterdam te vaag.⁸³ De curator moest zelf nauwkeurig(er) in kaart brengen welke zaken zich onder de schuldenaar bevonden en in hoeverre daarop eventueel een eigendomsvoorbehoud rustte.

6. In hoeverre en hoe mag de curator zaken uit handen geven aan derden?

De onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken vallen niet volledig in de boedel,⁸⁴ maar bevinden zich feitelijk wel in de macht van de curator. Dat de curator ten minste enige zorgplicht heeft ten aanzien van deze zaken is wel duidelijk. In de woorden van de A-G Timmerman: "(...) de curator erop dient toe te zien dat dit (...) eigendomsrecht niet wordt aangetaast. Dit brengt mee dat de curator in beginsel niet bevoegd is deze zaken te vervreemden of te verbruiken, dan wel daarmee

anderszins handelingen te verrichten die tot verlies van het eigendomsrecht kunnen leiden."⁸⁵ Toch is het de curator niet steeds verboden om de zaken uit handen te geven. Daarbij moet volgens mij onderscheid worden gemaakt tussen de situatie dat de curator alleen de zaken van de schuldenaar verkoopt, maar het risico neemt dat zich bij de geleverde zaken ook zaken van derden bevinden enerzijds en de situatie dat de curator alle onder de schuldenaar aanwezige zaken vervreemdt anderzijds. In het eerste geval verkoopt de curator geen zaken van derden, in het tweede geval wel. Naar mijn indruk doet de tweede situatie zich vooral voor bij verkoop langer na faillietverklaring; over die situatie gaat par. 7.

In de Maclou-casus speelde de eerste situatie. Curatoren hadden kort na faillietverklaring de voorraden van de schuldenaar overgedragen aan een koper die een doorstart beoogde. Daarbij werden, zo was voorzienbaar en werd achteraf ook vastgesteld, tevens zaken van leveranciers in de feitelijke macht van de koper gebracht. In de koopovereenkomst was bedongen dat de koper eigendomsrechten van derden zou respecteren. Zo'n beding is gebruikelijk in door curatoren gesloten verkoopovereenkomsten.⁸⁶ De curator is immers niet bevoegd om zaken van derden over te dragen en door een dergelijk beding wordt een beroep op de bescherming van art. 3:86 BW door de koper (zoveel mogelijk) voorkomen. Uit het Maclou-arrest volgt dat de curator door het hanteren van een dergelijk beding in beginsel voldoende zorg betracht.⁸⁷ Het enkele aanvaarden van het risico dat zaken van derden door de verkoop in de feitelijke macht van een ander worden gebracht is dus in beginsel geen aan de curator persoonlijk toe te rekenen fout. Dat kan anders zijn wanneer er voor de curator concrete redenen bestaan om te twijfelen aan de bereidheid en/of het vermogen van de koper om dit beding na te leven. Gedacht kan worden aan een koper die zich eerder al onbetrouwbaar heeft getoond, kenbaar op het randje van faillissement staat, of zich bevindt in een land waarin het uitoefenen van eigendomsrechten door de leverancier erg bewerkelijk is. In de Maclou-casus bestond echter geen aanleiding voor wantrouwen over de gegoedheid van de doorstarter en hetzelfde gold in een zaak die het Hof Arnhem in 2001 beoordeelde.⁸⁸

De rechtspraak duidt erop dat een beding zoals in de Maclou-casus gehanteerd nog steeds volstaat om persoonlijke aansprakelijkheid voor de feitelijke overdracht van de zaken in beginsel te voorkomen.⁸⁹ Hierop wijst ook Insolad-praktijkregel 3.1, dat wel aanvullend aanbeveelt dat in geval van een doorstart aan een aan de schuldenaar gelieerde

⁷⁹ Aldus Hof Arnhem 9 oktober 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX9279.

⁸⁰ Art. 94-96 Fw.

⁸¹ Vgl. Hof Arnhem 25 maart 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BC8275, r.o. 5: "(...) kon van hen worden verlangd dat zij daarvan op de hoogte waren of hoorden te zijn (...) nauwgezet onderzoek deden naar de eigendom van de wijn ten einde de eigenaar in de gelegenheid te stellen deze bij Traffic af te halen." In deze zaak werd geoordeeld dat de curatoren voldoende zorg hadden betracht. H.P.J. Ophof, 'Aansprakelijkheid curator', TVVS 1996/7 stelt overigens dat curatoren onmiddellijk tot inventarisatie moeten overgaan.

⁸² Rb. Assen 11 oktober 2006, ECLI:NL:RBASS:2006:AZ1058.

⁸³ Rb. Amsterdam 14 februari 1996, JOR 1996/28 m.nt. J.J. van Hees. Zie in vergelijkbare zin Rb. Assen 11 oktober 2006, ECLI:NL:RBASS:2006:AZ1058, ro. 5.17 waarin werd geoordeeld dat de curator niet (zomaar) mocht afgaan op mededelingen van het personeel van de schuldenaar dat de zaken reeds betaald waren.

⁸⁴ Want in de boedel valt slechts een voorwaardelijk eigendomsrecht.

⁸⁵ A-G Timmerman 19 december 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AN7817, sub 2.6.

⁸⁶ Zo'n beding werd bijvoorbeeld gehanteerd in de zaken die leidden tot HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817, NJ 2004/293 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Curatoren Mobell/Interplan*); Hof Arnhem 3 april 2001, ECLI:NL:GHARN:2001:AB2980 en Hof Amsterdam 29 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4031; JOR 2016/19 m.nt. D.M. van Geel.

⁸⁷ Vgl. C.J.M. Klaassen, 'De zorgplicht en aansprakelijkheid van de curator', *NbBW* 1994/10.

⁸⁸ Hof Arnhem 3 april 2001, ECLI:NL:GHARN:2001:AB2980.

⁸⁹ Zie bijvoorbeeld ook Rb. Utrecht 16 juni 1999, JOR 1999/186, r.o. 4.5.

partij (additionele) vrijwaringen worden gevraagd voor aanspraken van derden.⁹⁰ Deze aanbeveling lijkt evenwel te strekken tot bescherming van het boedelbelang en lijkt niet (mede) te zijn bedoeld om het belang van de leverancier te beschermen. De leverancier zal zelf ook geen beroep op de vrijwaringsbepaling kunnen doen.⁹¹ Neemt men aan dat dit voorschrift inderdaad alleen strekt tot bescherming van het boedelbelang, dan verhindert het relativiteitsvereiste uit art. 6:163 BW dat de leverancier de curator pro se aanspreekt vanwege (sec) het nalaten om een dergelijke vrijwaring van de koper te bedingen. De leverancier is er natuurlijk indirect wel mee gediend dat een dergelijk beding in de koopovereenkomst wordt opgenomen, omdat dit de kans op verhaal voor zijn boedelvordering vergroot.

Een beding inhoudend dat de koper de boedel vrijwaart voor claims van een leverancier wiens zaken door de koper zijn verbruikt baat de boedel (en dus indirect de leverancier) niet als de koper faillieert of anderszins geen verbaal biedt. Dit kan worden voorkomen, en wordt in de praktijk soms ook voorkomen, door het eisen van zekerheid door de koper. Het lijkt mij echter te ver te gaan om steeds te verlangen dat de curator zakelijke zekerheid of een bankgarantie van de koper vraagt voor de situatie dat de koper de eigendomsrechten van een derde schendt.⁹² Het verlangen van zakelijke zekerheid of een bankgarantie kan immers een waardedrukkend effect op de koopsom hebben, wat het belang van de boedel niet dient. Daarbij komt dat het verlies van het eigendomsrecht zonder dat volledige betaling plaatsvond een risico is dat de leverancier nu eenmaal heeft aanvaard door onder eigendomsvoorbehoud te leveren. Ook de door de leverancier zelf uitgezochte contractuele wederpartij (de schuldenaar) had zaken kunnen verbruiken of verplaatsen zonder de leverancier te betalen. Als uitgangspunt is de leverancier niet slechter af door de enkele verplaatsing van de zaken door toedoen van de curator; in beginsel kan er namelijk van uit worden gegaan dat ook degene in wiens feitelijke macht de zaken zich komen te bevinden, de eigendomsaanspraken van de leverancier respecteert.

Uit het arrest Curatoren Mobell/Interplan volgt evenwel dat voor het voorkomen van boedelaansprakelijkheid in beginsel vereist is dat de curator eerst instemming van de leverancier verkrijgt voordat hij de feitelijke macht van zaken aan een ander overdraagt.⁹³ Een uitzondering op dit vereiste is volgens de Hoge Raad denkbaar als zwaarwegende belangen dat vergen, maar het algemene belang van een doelmatige afwikkeling van het faillissement volstaat

daarvoor niet.⁹⁴ Deze eis is overgenomen in Insolad Praktijkregel 7.1. Met de zwaarwegende belangen die kunnen rechtvaardigen dat zonder instemming van de leverancier zaken aan een derde uit handen worden gegeven, wordt in ieder geval gedoeld op het hiervoor beschreven doorstartscenario uit de Maclou-casus. De zwaarwegende belangen die rechtvaardigden dat de zaken zonder (medeweten of) instemming van de leveranciers uit handen werden gegeven waren daar het belang van behoud van werkgelegenheid en de onderneming. Gedacht kan ook worden aan zaken met een zeer korte levensduur, zoals gewassen, die hun waarde sneller verliezen dan dat een eigendomsvoorbehoud afgewikkeld zou kunnen worden. Ook de leverancier is in die situatie gebaat bij een snelle verkoop door de curator.

Insolad Praktijkregel 7.1 doet de suggestie dat de curator de verkoopopbrengst separeert als hij voorziet dat onder zijn verantwoordelijkheid eigendomsrechten van derden tenietgaan of daaraan op andere wijze afbreuk wordt gedaan. Dit advies lijkt verstandig,⁹⁵ omdat de keuze van de curator om de opbrengst (tijdelijk) te separeren een van de factoren was die maakte dat het Hof Den Haag in de in par. 3 genoemde uitspraak persoonlijke aansprakelijkheid afwees.⁹⁶ Er was in die zaak twijfel over de gegrondheid van de eigendomsaanspraak. De curator verkocht de zaken met medeweten van de leverancier en plaatste een deel van de opbrengst tijdelijk op een derdengeldenrekening. Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in 2019 echter dat de curator niet (telkens) gehouden is om de verkoopopbrengst apart te houden.⁹⁷ Daarbij moet bedacht worden dat het apart houden van verkoopopbrengsten de afwikkeling van de boedel kan belemmeren; de curator heeft immers boedelactief nodig om de afwikkelingskosten te voldoen. Ik meen dat een rechtsplicht tot het separeren van de opbrengst, zo in een concreet geval al aangenomen, dan ook alleen kan zien op dat deel van de koopsom dat specifiek aan de (mogelijk) onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken moet worden toegerekend. Het boedelbelang vergt dat de curator vrijelijk kan blijven beschikken over de verdere koopsom. Een arrest van het Amsterdamse hof leert overigens dat het separeren van de koopsom persoonlijke aansprakelijkheid niet steeds verhindert; de persoonlijke aansprakelijkheid betreft dan het bedrag dat het gesepareerde en aan de leverancier afgedragen bedrag te boven gaat.⁹⁸

90 Zie over de (on)mogelijkheid van de curator om aansprakelijkheid jegens de koper uit te sluiten Hof Leeuwarden 10 november 2009, ECLI:NL:GHEE:2009:BK2878 en J.M. van den Berg, 'De verkopende (beoogd) curator en zijn mededelingsplicht', *FIP* 2016/4.

91 Tenzij dit als derdenbeding zou zijn vormgegeven.

92 Ophof, a.w. 1996 betoogt overigens dat de curator wel zekerheid van de koper ten behoeve van de leveranciers moet bedingen.

93 HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817, NJ 2004/293 m.nt. P. van Schilfgaarde (Curatoren Mobell/Interplan).

94 Zie hierover ook V.J.M. van Hoof, 'De separatist en de tot vervreemding onbevoegde curator', *Tvl* 2018/10; E.F. Verheul, 'Vervreemding vanwege zwaarwegende maatschappelijke belangen én schadeloosstelling: een twee-eenheid', *Tvl* 2018/30; V.J.M. van Hoof, 'Naschrift', *Tvl* 2018/31. Daarbij wordt ook gewezen op art. 6:168 BW dat de rechter de bevoegdheid geeft om een onrechtmatige gedragingen te laten gedogen op grond van zwaarwegende maatschappelijke belang, waarbij de benadeelde wel recht op schadevergoeding behoudt.

95 Vgl. Vriesendorp, a.w. 2018.

96 Hof Den Haag 13 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1609; *JOR* 2019/85 m.nt. V.J.M. van Hoof.

97 Hof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7950; *JOR* 2020/46 m.nt. F.A. van Tilburg, r.o. 3.5. Zie in deze zin ook Rb. Rotterdam 16 september 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6571; *JOR* 2016/137 m.nt. D.M. van Geel, r.o. 2.7.4.

98 Hof Amsterdam 10 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:747; *JOR* 2020/214 m.nt. E.F. Verheul.

Uit een ander arrest van het Hof Amsterdam volgt dat het de voorkeur geniet dat de curator bij de koper benadrukt dat eigendomsrechten van derden gerespecteerd moeten worden, bijvoorbeeld door dat persoonlijk bij uitlevering toe te lichten.⁹⁹ Het nalaten dat te doen leverde echter geen persoonlijke aansprakelijkheid op. Dat is terecht, want bepalend is of het voor de koper redelijkerwijs duidelijk was dat zaken van derden niet aan hem overgedragen (kunnen) worden en dat hij die zaken desgevraagd moet retourneren. De wijze waarop deze boodschap wordt overgebracht is niet doorslaggevend. Vanzelfsprekend is het verstandig dat de curator hierover op een niet voor misverstand vatbare wijze communiceert, terwijl het vanuit bewijsoogpunt verstandig is om dat schriftelijk te doen. Opname van het hiervoor besproken beding in het verkoopcontract lijkt daarvoor als uitgangspunt voldoende.

7. **Wat te doen bij onzekerheid over de geldigheid van het eigendomsvoorbehoud?**

Zodra de leverancier zijn eigendomsvoorbehoud inroept, is dat in ieder geval het startschot voor verdere actie door de curator.¹⁰⁰ De logische reactie is dat de curator zich een eigen oordeel velt over de geldigheid en reikwijdte van het door de leverancier ingeroepen eigendomsrecht. Daarover bestaat in de praktijk immers met regelmaat discussie.¹⁰¹ Het boedelbelang vergt dat de curator de aanspraak van de leverancier kritisch beoordeelt. Als er in redelijkheid discussie mogelijk is, zal de curator daarin het standpunt mogen innemen dat de boedel het beste dient (doorgaans: dat de zaken volledig in de boedel vallen). Dit volgt ook uit een arrest van het Hof Den Haag uit 2018, waarin werd gesproken over een zelfstandige onderzoeksplicht van de curator naar de geldigheid van het eigendomsvoorbehoud.¹⁰² Daarbij werd overwogen dat de curator zaken eerst hoeft te retourneren nadat in redelijkheid geen twijfel mogelijk is over de gegrondheid van de aanspraak van de leverancier. Overigens kan volgens het Hof Arnhem onder omstandigheden van de curator worden verlangd dat hij de leverancier wel voorziet van de gegevens die deze laatste nodig heeft om zijn eigendomsrecht uit te oefenen.¹⁰³ Deze informatieplicht sluit aan bij de vergelijkbare informatieplicht die de Hoge Raad op de curator legt jegens de stille pandhouder.¹⁰⁴

99 Hof Amsterdam 29 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4031; JOR 2016/19 m.nt. D.M. van Geel, r.o. 3.7.

100 Zo volgt ook uit Rb. Amsterdam 14 februari 1996, JOR 1996/28 m.nt. J.J. van Hees, waarin het de curator euvel werd geduid dat hij na het inroepen van het eigendomsvoorbehoud geen nader onderzoek deed of de leverancier in staat heeft gesteld om de zaken te identificeren.

101 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 10 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:747; JOR 2020/214 m.nt. E.F. Verheul, Rb. Rotterdam 27 juli 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR5792.

102 Hof Den Haag 13 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1609; JOR 2019/85 m.nt. V.J.M. van Hoof, r.o. 9.3.

103 Hof Arnhem 31 maart 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BI2394, r.o. 4.6.

104 HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861; NJ 2010/96 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Hamm/ABN AMRO). Zie hierover nader F.M.J. Verstijlen, 'Wat niet weet, deert. Informatierechten van schuldeisers', *Tvl* 2010/6.

De aangehaalde uitspraak van het Haagse Hof uit 2018 geeft ook richtsnoeren voor de situatie waarin curator en leverancier geen consensus bereiken over de geldigheid en/of inroepbaarheid van het eigendomsvoorbehoud.¹⁰⁵ De curator had in deze zaak open gecommuniceerd met de leverancier en de curator had de leverancier de mogelijkheid geboden om een rechterlijk oordeel te vragen. Toen dat echter niet gebeurde, kon de curator er op enig moment toe overgaan om de zaken te vervreemden en de opbrengst gesepareerd te houden. Deze verkoop werd niet als onrechtmatige daad pro se aangemerkt. Dat is logisch als bedacht wordt dat tijdsverlies de waarde van zaken in de regel negatief beïnvloedt, terwijl er doorgaans (boedel)kosten gemoeid gaan met het bewaren en beveiligen van zaken.¹⁰⁶ Een redelijk handelend curator mag op een gegeven moment de patstelling doorbreken als het boedelbelang dat vergt. De Rechtbank Middelburg oordeelde in 2011 dan ook dat de curator die moest vrezen voor forse schadeclaims als het bedrijfsterrein niet snel werd leeg gehaald zaken kon verkopen zonder nog langer te wachten.¹⁰⁷ Het verdient aanbeveling om in dergelijke situaties de opbrengst van de zaken te separeren, zoals in par. 6 werd genoemd. Gezien het uitgangspunt dat de leverancier voor zijn eigen belangen moet opkomen is het vaak het meest logisch dat hij de gang naar de rechter inzet.¹⁰⁸

8. **Welke zorg moet de curator betrachten zolang de zaken zich onder hem bevinden?**

De curator moet zorgen voor de zaken van de schuldenaar; het boedelbelang vergt immers het behoud van (de waarde van) de boedelactiva. Wanneer de curator redelijkerwijs rekening moet houden met de mogelijkheid dat er zich onder de schuldenaar ook zaken van derden bevinden, zal hij ten aanzien van die zaken een zekere zorg moeten betrachten. Dat geldt wellicht wel in versterkte mate voor onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken, die immers voorwaardelijk eigenaar van de schuldenaar zijn en dus een voorwaardelijk boedelactief zijn. Er kan dus een zorgplicht op de curator rusten ten opzichte van zaken die niet (vol) in de boedel vallen. De curator zal bijvoorbeeld een makkelijk verplaatsbare zaak niet op een onbewaakte en vrij toegankelijke locatie kunnen stallen. In de rechtspraak wordt in deze context wel de maatstaf van de 'goed huisvader'¹⁰⁹ of 'goed bewaarnemer'¹¹⁰ gebruikt. Ik denk dat die laatste

105 Hof Den Haag 13 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1609; JOR 2019/85 m.nt. V.J.M. van Hoof.

106 De boedel zal de kosten in elk geval voorschieten, maar zie par. 9 over het doorbelasten daarvan.

107 Rb. Middelburg 16 mei 2011, ECLI:NL:RBMD:2011:BR1330. Ook uit Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:193; JOR 2021/133 m.nt. J.B.A. Jansen volgt dat de curator vanwege het belang van het leeg kunnen opleveren van het gehuurde (en het zo vermijden van nieuwe boedelschulden) op enig moment tot verkoop van (mogelijk verpande) zaken kon overgaan.

108 Mogelijk via de weg van art. 69 Fw of anders via een kort geding of bodemprocedure.

109 Gerecht in eerste aanleg van de Nederlandse Antillen 7 december 1998, JOR 2000/38 en Rb. Roermond 1 december 2010, ECLI:NL:RBROE:2010:BP0238.

110 Hof 's-Hertogenbosch 21 augustus 1990, NJ 1991/425 en Rb. Den Haag 16 juni 1993, NJ 1993/205. Verstijlen, a.w., p. 343 hanteert ook de norm van de goed huisvader.

norm in elk geval ten aanzien van zaken van leveranciers niet juist is. Tussen de curator en de leverancier is immers geen bewaarnemingsovereenkomst in de zin van art. 7:600 BW gesloten,¹¹¹ terwijl op de curator (q.q. en pro se) ook niet de voor de bewaarnemer essentiële taak rust om specifiek zorg te dragen voor zaken van de ander. De in art. 7:602 BW opgenomen plicht om als goed bewaarnemer te handelen geldt naar mijn mening dus niet voor de curator; een zorgplicht van de curator voor zaken van een derde zal moeten worden ontleend aan art. 6:162 BW. Daarnaast kan jegens de boedel (de curator q.q.) wellicht een beroep worden gedaan op zaakwaarneming. Die grondslag kan volgens mij niet worden ingeroepen jegens de curator pro se, omdat als er al sprake is van zaakwaarneming, deze door de curator q.q., maar niet door de curator pro se, zou plaatsvinden.

Hoe ver de zorgplicht van de curator ten aanzien van (mogelijke) zaken van derden strekt is logischerwijs contextafhankelijk. Relevant zijn onder meer de voorzienbaarheid van beschadiging of verlies van de zaken, de (kenbare) waarde van de zaken, de kosten van stalling en bewaking, de feitelijke mogelijkheden tot stalling en bewaking, de financiële mogelijkheid voor de boedel om stalling en bewaking te betalen en de mate waarin de leverancier in staat is gesteld om zijn zaken af te halen en/of bij te dragen aan (de kosten van) bewaring en bewaking. De curator zal daarbij ook aandacht moeten hebben voor het ervaringsfeit dat de schuldenaar en/of zijn werknemers in de onrustige tijden rondom faillietverklaring soms minder integer gedrag vertonen, terwijl kwaadwillende derden in het faillissement soms een gelegenheid zullen zien om zaken weg te halen. De curator zal dit echter lang niet altijd kunnen voorkomen. Als er ondanks redelijke zorg door de curator toch zaken in het ongerede raken is hij daarvoor niet persoonlijk aansprakelijk. Van die redelijke zorg was bijvoorbeeld sprake waar de, niet kenbaar diefstalgevoelig, zaak verdween uit een afgesloten kantoor waartoe alleen de curator en zijn collega, bepaalde werknemers van de failliete bank en werknemers van het gerenommeerde veilingbedrijf toegang hadden.¹¹² In vergelijkbare zin oordeelde de Rechtbank Roermond dat de curator niet (persoonlijk) aansprakelijk was voor de verdwijning van een auto die was gestald in een afgesloten ruimte die van een alarmsysteem was voorzien.¹¹³ De Rechtbank Limburg oordeelde in 2016 dat de curator niet persoonlijk aansprakelijk was voor het als gevolg van een ongelukkige miscommunicatie vernietigen van zaken van een derde.¹¹⁴

De curator kan ervoor kiezen om de onderneming van de schuldenaar tijdelijk voort te zetten,¹¹⁵ al dan niet gedurende

een afkoelingsperiode. In zijn algemeenheid moet de curator gedurende de voortzetting van het bedrijf waken tegen een negatief exploitatiesaldo; de curator die het bedrijf op onverantwoorde wijze voortzet is daarvoor persoonlijk aansprakelijk.¹¹⁶ Er moet bij voortzetting van het bedrijf in elk geval worden gestreefd naar dekking voor de exploitatiekosten, waaronder begrepen de kosten van verbruik van voorraden.¹¹⁷ De curator die kiest om de bedrijfsvoering voort te zetten aanvaardt daarmee vaak het risico dat eigendomsrechten van leveranciers tenietgaan, bijvoorbeeld als gevolg van bestanddeelvorming of vermenging. Hij moet hiervoor zekere waarborgen inbouwen. Zo zal goed geadministreerd moeten worden wat er sinds faillissementsdatum nog wordt verbruikt.¹¹⁸ Het door de curator (laten) verbruiken van de zaken leidt immers tot het ontstaan van een boedelverplichting die adequaat geadministreerd moet worden. Adequate administratie voorkomt daarnaast bewijsproblemen wanneer later discussie ontstaat over de vraag of bepaalde zaken vóór of ná faillietverklaring werden ingebouwd, verbruikt, vervreemd of verplaatst. De Rechtbank Amsterdam draaide in 1996 de bewijslast van het causaal verband en de schade om en oordeelde dat de curator moest bewijzen dat zaken al voor faillietverklaring waren verdwenen omdat hij geen adequate administratie had bijgehouden.¹¹⁹ Gezien de hoge eisen voor volledige omkering van de bewijslast betwijfel ik of dit oordeel juist is,¹²⁰ maar goed denkbaar is dat de rechter op dit punt een verzwaarde stelplicht op de curator legt.¹²¹

9. Mag de curator kosten aan de leverancier doorbelasten?

Als uitgangspunt moet de curator de leverancier in staat stellen om zijn zaak terug te nemen. Het uitzoeken en leveren van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken kan kosten met zich meebrengen. Denk aan een fabriekshal die vol ligt met voorraad die door diverse leveranciers is geleverd; inventarisatie en het faciliteren van teruggave kost in die situatie tijd en dus geld. Daarnaast kunnen met het bewaren en bewaken van de zaken kosten gemoeid gaan. De kosten die de boedel specifiek ten behoeve van het bewaren en kunnen teruggeven van zaken maakt mag de curator doorbelasten aan de leverancier(s). Dit betreft immers

111 Overigens is het wel mogelijk dat de schuldenaar voor faillietverklaring een bewaarnemingsovereenkomst sloot en de curator q.q. de daaruit voortvloeiende verplichtingen tot op zekere hoogte moet respecteren, zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 25 maart 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BC8275.

112 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:7458; JOR 2014/337 m.nt. G.G. Boeve.

113 Rb. Roermond 1 december 2010, ECLI:NL:RBROE:2010:BP0238.

114 Rb. Limburg 23 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:5346.

115 Art. 98 Fw.

116 Zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem 16 februari 2005, JOR 2005/220 en Rb. Utrecht 17 maart 1999 en 12 juli 2000, JOR 1999/107 en JOR 2000/246.

117 Zie over de (on)bevoegdheid om zaken te verbruiken en vervreemden ook E. Loesberg, 'Curatoren en potten pindakaas: over de afkoelingsperiode en vervreemding', FIP 2014/6 en G.G. Boeve en C. de Ruijter, 'Praktische afwikkeling van eigendomsvoorbeholden en aansprakelijkheid van de curator', FIP 2014/4.

118 Rb. Middelburg 21 september 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BN7840, waarin een plicht tot het afleggen van rekening en verantwoording op de curator werd gelegd. Zie ook Rb. Assen 11 oktober 2006, ECLI:NL:RBASS:2006:AZ1058 waarin van de curator werd verlangd dat hij liet bijhouden welke zaken vanaf surseancedatum werden gebruikt.

119 Rb. Amsterdam 14 februari 1996, JOR 1996/28 m.nt. J.J. van Hees.

120 Zie G. de Groot (GS Burgerlijke Rechtsvordering), aant. 3.3 bij art. 150 Rv.

121 Zie bijvoorbeeld Rb. Assen 11 oktober 2006, ECLI:NL:RBASS:2006:AZ1058, ro. 5.11. Een verzwaarde stelplicht behelst geen omkering van de bewijslast, maar het stellen van verhoogde eisen aan de onderbouwing van de betwisting, zie bijvoorbeeld Asser *Procesrecht*/Asser 3 (2022) sub 9.16.

kosten voor inspanningen die primair het belang van de leverancier(s), en niet zozeer het boedelbelang, dienen.¹²² Art. 6:200 BW (zaakwaarneming) kan daarbij soms een grondslag vormen voor het doorbelasten van de kosten die de curator q.q. heeft gemaakt in het belang van (specifiek) de leverancier.¹²³ De kosten zullen wel moeten voldoen aan de dubbele redelijkheidstoets die in art. 6:96 lid 2 BW is opgenomen voor het scenario dat kosten als schade worden geclaimd. Anders gezegd, het maken van de kosten moet in redelijkheid zijn geschied en de kosten moeten een redelijke omvang hebben. Voor het vragen van een vergoeding voor het enkele afgeven van een zaak zonder dat daarvoor noemenswaardige extra kosten zijn gemaakt bestaat echter geen goede grond. De curator kon geen boedelbijdrage vragen voor het teruggeven van leaseauto's, omdat daarvoor geen aantoonbare extra inspanningen ten behoeve van specifiek de leasemaatschappij waren verricht. Voor het toch afdwingen van betaling van die boedelbijdrage was de curator pro se aansprakelijk.¹²⁴

10. Afronding

De rechtspraak leert dat de curator een vrij ruime mate van beleidsvrijheid heeft waar het gaat om eigendomsaanspraken van leveranciers. Blijkt dat de curator in hoedanigheid heeft beschikt over een zaak waarvan de schuldenaar geen (volledige) eigenaar was, dan zal boedelaansprakelijkheid vaak het gevolg zijn. Persoonlijke aansprakelijkheid is eerst aan de orde als de curator de grenzen van het redelijke overschrijdt. De rechtspraak die ik in dit artikel bespreek verduidelijkt waar die grenzen globaal liggen. Vanzelfsprekend komt het – zoals steeds in het aansprakelijkheidsrecht – uiteindelijk aan op een weging aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval. De curator die zorgvuldig communiceert, waar geboden onderzoek doet en zich de gerechtvaardigde belangen van de leverancier adequaat aantrekt, zou echter persoonlijke aansprakelijkheid moeten kunnen vermijden. Ik teken aan dat voor het vestigen van persoonlijke aansprakelijkheid van de curator naast een aan hem persoonlijk toerekenbare onrechtmatige daad ook nog causaal verband, schade en relativiteit zijn vereist. Omwille van de omvang van dit artikel werk ik die vereisten niet verder uit, maar volsta ik met de opmerking dat als de geldigheid en inroepbaarheid van het eigendomsvoorbehoud niet door de eiser wordt aangetoond¹²⁵ in elk geval geen (persoonlijke) aansprakelijkheid kan bestaan.¹²⁶

122 Rb. Den Haag 16 juni 1993, *NJ* 1993/205 en Rb. Haarlem 15 september 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO9279. Zie ook Insolad Praktijkregel 7.1. Zie voorts E.F. Verheul, 'Perikelen rond de uitoefening van het eigendomsvoorbehoud in faillissement', *TvI* 2016/19.

123 Verdedigbaar kan de curator q.q. soms als zaakwaarnemer van de leverancier worden aangemerkt, dit geldt volgens mij niet voor de curator pro se die zich immers niet in persoonlijke hoedanigheid inlaat met de behartiging van het belang van de leverancier.

124 Rb. Zwolle-Lelystad 11 januari 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BV3060. Zie ook Hof Amsterdam van 24 februari 2005, besproken in A. Koop, 'Het kaf van de c(urat)oren', *Advocatenblad* 2005//9.

125 Zie R.J.B. Boonekamp (*Stelplicht en bewijslast*), commentaar op art. 6:98-98 BW en Rb. Zwolle-Lelystad 11 januari 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BV3060.

126 Zie bijvoorbeeld Rb. Leeuwarden 13 juni 2007, ECLI:NL:RBLLE:2007:BA7957, Rb. Almelo 28 november 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BY7515 en Rb. Amsterdam 26 februari 2025, *JOR* 2025/123 m.nt. S.A.C.R. Wahlbrinck.