

## Aansprakelijkheid curator. Levert een 'actieve' schending door de curator van een voortdurende verplichting van de gefailleerde tot nalaten, een boed...

HR 09-11-2018, ECLI:NL:HR:2018:2067

### Essentie

**Aansprakelijkheid curator. Boedelschuld. Maatstaf aansprakelijkheid pro se. Schadevaststelling. Levert een 'actieve' schending door de curator van een voortdurende verplichting van de gefailleerde tot nalaten, een boedelschuld op? Onder welke omstandigheden is de curator daarvoor ook in persoon aansprakelijk?**

### Samenvatting

*De exploitant van een schoenenwinkel gaat failliet. De schoenenwinkel is gevestigd in een huurpand in Nijmegen. De huurovereenkomst verbiedt huurder het pand onder te verhuren of in gebruik te geven aan derden. Verhuurder zegt direct de huurovereenkomst op, wijst de curator er herhaaldelijk op dat zonder zijn instemming de winkelruimte niet mag worden onderverhuurd en geeft daarbij aan dat hij in kennis wil worden gesteld van potentiële nieuwe huurders. In een poging om een doorstart te bewerkstelligen, wordt de inventaris en goodwill verkocht en geeft de curator - buiten verhuurder om - aan koper toestemming de winkelruimte te gebruiken tot het einde van de huurovereenkomst tegen betaling van een vergoeding aan de boedel. Verhuurder stelt de curator daarop aansprakelijk. Aan die vordering legt verhuurder ten grondslag dat de curator tekort is geschoten in de nakoming van de verplichtingen uit de huurovereenkomst en dat de curator onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld. Het hof komt, net als de kantonrechter, tot het oordeel dat de curator zowel in zijn hoedanigheid (q.q.) als in persoon (pro se) jegens verhuurder aansprakelijk is en veroordeelt de curator pro se tot betaling van een schadevergoeding die gelijk is aan de door koper aan de boedel betaalde vergoeding. De curator komt van dat oordeel in cassatie en verzet zich daarbij ook tegen de wijze waarop de schade door het hof is vastgesteld.*

*HR: Onderdeel I is gericht tegen het oordeel van het hof dat de onderhavige verplichting tot schadevergoeding moet worden aangemerkt als een boedelschuld. Het onderdeel faalt. In HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (Credit Suisse/Jongepier q.q.) is overwogen dat de faillissementstoestand de curator niet de bevoegdheid geeft om een voortdurende prestatie van de schuldenaar die bestaat uit een dulden of nalaten, 'actief' te beëindigen. Het hof heeft, in cassatie onbestreden, geoordeeld dat de ingebruikgeving door de curator van de bedrijfsruimte in strijd was met de verplichting om het gehuurde niet in gebruik te geven aan een derde. Het gaat hier om 'actieve' schending door de curator van een voortdurende verplichting van de schuldenaar tot nalaten als hiervoor bedoeld. Deze schending moet worden gelijkgesteld aan een 'actieve' beëindiging als bedoeld in het arrest Credit Suisse/Jongepier q.q. Nu de curator daartoe niet bevoegd was, is sprake van een handelen van de curator in strijd met een in hoedanigheid na te leven verplichting als bedoeld in rov. 3.7.1 van HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (Koot Beheer/Tideman q.q.). In dat geval is sprake van een boedelschuld.*

*De onderdelen II en III betreffen de door het hof aangenomen persoonlijke aansprakelijkheid van de curator. (...) Voor zover de faillissementscurator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels, komt hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toe (zie HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204 (Prakke/Gips)). Bij het gebruikmaken van die vrijheid geldt de norm van HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (Maclou), te weten dat een curator, kort gezegd, behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. De curator dient zich te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan zijn inzicht overgelaten op welke wijze en langs welke weg dat belang het beste kan worden gediend. Voor zover de curator wel is gebonden aan regels, heeft hij de hiervoor genoemde beleidsvrijheid niet. Komt hij die regels niet na, dan zal hij in beginsel op die grond persoonlijk aansprakelijk zijn jegens degenen met de belangen van wie hij bij de naleving van die regels rekening diende te houden. Op zichzelf betoogt onderdeel III terecht dat sprake is van schending van een verplichting die volgt uit een voor de failliet geldende overeenkomst en dat uit zo'n schending op zichzelf nog geen persoonlijke aansprakelijkheid van de curator volgt. Hier is echter sprake van een 'actieve' schending door de curator van een voortdurende verplichting die bestaat uit een nalaten. Een zodanige verplichting rust (ook) op de curator in diens hoedanigheid en moet - anders dan het onderdeel betoogt - worden aangemerkt als een tot de curator gerichte 'regel' als bedoeld in het arrest Prakke/Gips. De omstandigheid dat een curator bij zijn gebondenheid aan regels niet de in het arrest Prakke/Gips bedoelde beleidsvrijheid heeft, betekent nog niet dat het enkele niet naleven van die regels steeds tot zijn persoonlijke aansprakelijkheid leidt. Het hof heeft in het partijdebat en de omstandigheden van dit geval aanleiding gezien om te onderzoeken of - en te oordelen dat - de curator in dit geval tevens een persoonlijk verwijt trof. Anders dan onderdeel*

II kennelijk betoogt, heeft het hof hiermee niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

Onderdeel IV heeft betrekking op het causaal verband en de schade. De klaarblijkelijke gedachtegang van het hof is de volgende geweest. De curator had, ook afgezien van het belang bij de opbrengst van de onderverhuur, belang bij ingebruikgeving van de winkelruimte omdat alsdan een bedrag van € 15.000 betaald werd voor de winkelinventaris, winkelvoorraad en goodwill. Gezien het verzet van verhuurder tegen ingebruikgeving van de winkelruimte aan een derde, had de curator dit boedelbelang kunnen veiligstellen door de medewerking van verhuurder te verzoeken aan een ingebruikgeving van het gehuurde of een indeplaatsstelling. In dat geval zou de gebruiksvergoeding aan verhuurder ten goede zijn gekomen. Ook verhuurder had belang bij indeplaatsstelling, aangezien inning van de huur bij de boedel onzeker was. De boedelvordering van verhuurder is in werkelijkheid onbetaald gebleven als gevolg van de omvang van de (hoog) preferente boedelvorderingen (waaronder het salaris van de curator). Hieruit volgt dat het hof een vergelijking heeft gemaakt tussen de feitelijke situatie (waarin de boedelvordering van verhuurder onbetaald is gebleven) en de hypothetische situatie waarin de curator (ook) rekening zou hebben gehouden met de belangen van verhuurder (in welk geval verhuurder een gebruiksvergoeding zou hebben ontvangen). Op grond van deze vergelijking heeft het hof kunnen oordelen dat verhuurder schade heeft geleden die in causaal verband staat tot de schending van de tot de curator gerichte gedragsnorm.

## Verwant oordeel

### Zie ook:

- HR 9 november 2018, NJ 2018/464, m.nt. F.M.J. Verstijlen;
- Conclusie A-G Hartlief 22 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:704: bespreking van de gevolgen van het faillissement voor wederkerige overeenkomsten (alinea 3.4 tot en met 3.12) en de beleidsvrijheid van de curator en regels waaraan de curator gebonden is (alinea 3.18 tot en met 3.26);
- HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, RCR 2018/50, RI 2018/54, NJ 2018/290 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*);
- HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, RI 2014/80, NJ 2014/407 (*Berzona*);
- HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, RI 2013/67, RVR 2013/69, NJ 2013/291 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*);
- HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, RAV 2012/25, RI 2012/46, NJ 2012/515 (*Prakke/Gips*);
- HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, NJ 2007/155 (*Nebula*);
- HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 (*Maclou*).

### Zie anders:

- HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, RAV 2016/43, RF 2016/60, RI 2016/32, NJ 2016/187 (*Coöperatieve Rabobank Sneek-Zuidwest Friesland/Verdonk q.q.*);
- HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, NJ 2007/155 (*Nebula*).

## Wenk

In dit geval is de curator zowel persoonlijk als in hoedanigheid aansprakelijk gehouden, zodat zowel het vermogen van de curator in privé als de boedel door de verhuurder aangesproken kunnen worden. Wanneer een curator in hoedanigheid (q.q.) aansprakelijk is, levert dat een boedelschuld op die met voorrang moet worden voldaan. Een dergelijke vordering moet worden onderscheiden van vorderingen op de failliete schuldenaar, met het oog op de voldoening waarvan de vereffening van de boedel plaatsvindt. Zoals uit vaste jurisprudentie van de Hoge Raad volgt (vgl. onder 'Zie ook' *Koot Beheer/Tideman q.q.*), zijn boedelschulden slechts die schulden die een onmiddellijke aanspraak geven jegens de faillissementsboedel hetzij ingevolge de wet, hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, hetzij omdat zij een gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting. Vorderingen die voortvloeien uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar en die geen boedelschuld opleveren op een van de hiervoor vermelde gronden, behoren tot vorderingen op de schuldenaar, ook als ze pas tijdens het faillissement zijn ontstaan. Het gaat in dat geval om concurrente vorderingen van schuldeisers.

Wat betreft de persoonlijke aansprakelijkheid heeft te gelden dat de curator naar het oordeel van de Hoge Raad niet bevoegd is tot een 'actieve' schending van de voortdurende verplichting van de failliete schuldenaar tot nalaten. Hij handelt in dat geval (dus) in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verplichting. De Hoge Raad komt hiertoe na te hebben uitgelegd hoe de arresten *Prakke/Gips* en *Maclou* zich tot elkaar verhouden: zolang de curator niet is gebonden aan regels, komt hem een ruime beleidsvrijheid toe (*Prakke/Gips*). Bij de toepassing van die beleidsvrijheid behoort hij te handelen zoals van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht, mag worden verwacht (*Maclou*). Men zou dus kunnen denken dat regels altijd moeten worden nageleefd, maar met de opmerking dat schending 'in beginsel' tot persoonlijke aansprakelijkheid leidt, lijkt de Hoge Raad te willen uitdrukken dat dit niet altijd zo is. Verstijlen laat in zijn noot bij dit arrest in de NJ (*NJ 2018/464*) zien dat de jurisprudentie van de Hoge Raad inmiddels ingewikkeld is omdat bij toepassing van het *Maclou*-criterium soms ook is geoordeeld dat 'regels'

overtreden mochten worden (vgl. onder 'Zie anders' *Coöperatieve Rabobank Sneek-Zuidwest Friesland/Verdonk q.q.*). Ook het *Nebula*-arrest (NJ 2007/155) waarin is geoordeeld dat een economisch eigenaar zijn gebruiksrecht niet aan de curator kan tegenwerpen, duidt er niet op dat 'regels' altijd zonder meer gerespecteerd moeten worden door de curator. De Hoge Raad geeft in dit arrest niet een scherp criterium welke 'regels' wel steeds gerespecteerd moeten worden door de curator. Verstijlen doet in zijn genoemde noot daartoe een poging, maar laat zien dat er vooralsnog niet goed een sluitende conclusie is te trekken.

Wel is duidelijk dat van een curator die een 'dwingende' regel overtreedt, al snel kan worden gezegd dat hij niet heeft gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. In dat licht bezien maakt de gekozen benadering ('dwingende regel overtreden' zoals bedoeld in *Prakke/Gips* of 'niet gehandeld zoals van een curator mocht worden verwacht' zoals bedoeld in *Maclou*) volgens Verstijlen onder de streep niet veel verschil. In beide gevallen zal de definitie van 'regel' bepalend zijn en daarvoor lijkt dus een nadere toets althans een nader criterium nodig.

Door het hof is in onderhavig geval getoetst of sprake is van een persoonlijk verwijt aan het adres van de curator. De Hoge Raad heeft die (nadere) toets in stand gelaten. Of en in hoeverre voor deze toets ruimte zal bestaan, hangt naar de verwachting van Verstijlen af van de manier van procederen en de omstandigheden van het geval. Ook A-G Hartlief is in zijn conclusie voor het arrest van mening dat in dit verband acht moet worden geslagen op de omstandigheden van het geval (vgl. alinea 3.23, ECLI:NL:PHR:2018:704). Er zijn volgens hem situaties denkbaar waarin overtreding van een voor de curator geldende 'regel' hem niet kan worden verweten, zoals het geval waarin de curator de betreffende regel niet kende of behoorde te kennen. Daarvan was in onderhavig geval nu juist geen sprake. De curator had, ondanks herhaalde verzoeken van verhuurder, pas informatie over de nieuwe huurder aan verhuurder verstrekt nadat de winkelruimte in gebruik was gegeven, terwijl verhuurder er nadrukkelijk op had gewezen dat de curator hiertoe op grond van de huurovereenkomst niet bevoegd was.

## Partij(en)

Arrest in de zaak van

1. [Eiser 1], in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van [A] B.V., te Rijen, gemeente Gilze-Rijen,

2. [Eiser 2], curator pro se, te Vleuten, gemeente Utrecht,

eisers tot cassatie, hierna de curator, waar wordt gesproken van 'curator' in samenhang met het woord 'persoonlijk', betreft het alleen eiser onder 2, adv.: mr. B.I. Kraaijpoel, tegen

[Verweerder], verweerder in cassatie, niet verschenen.

## Uitspraak

### Hoge Raad:

#### 1. Het geding in feitelijke instanties

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

a. de vonnissen in de zaak 3027732\CV EXPL 14-2705 van de rechtbank Gelderland van 6 juni 2014 en 16 januari 2015;

b. de arresten in de zaak 200.166.772 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 16 februari 2016 en 14 maart 2017.

c. het tussenarrest in deze zaak van de Hoge Raad van 13 oktober 2017.

(...)

#### 2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof van 14 maart 2017 heeft de curator beroep in cassatie ingesteld. (...)

Tegen [verweerder] is verstek verleend.

De zaak is voor de curator toegelicht door zijn advocaat en mede door mr. S.C. McKenzie-Vass.

De conclusie van de Advocaat-Generaal T. Hartlief strekt tot verwerping van het beroep.

De advocaat van de curator heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

#### 3. Beoordeling van het middel

##### 3.1

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Bij vonnis van 20 augustus 2013 van de rechtbank Zeeland-West-Brabant is [A] B.V. (hierna: [A]) in staat van

faillissement verklaard met aanstelling van eiseres in cassatie onder 2 als curator.

- (ii) [A] huurde van [verweerder] sinds 1 oktober 2010 winkelruimte te Nijmegen (hierna: de winkelruimte). [A] exploiteerde daarin een schoenenwinkel.
- (iii) De algemene bepalingen behorende bij de huurovereenkomst bevatten een verbod van onderverhuur dan wel in gebruik geven van het gehuurde aan een derde (art. 12.1).
- (iv) Bij e-mail van 21 augustus 2013 heeft [verweerder] op de voet van art. 39 Fw de huurovereenkomst opgezegd tegen 1 september 2013, waardoor de huurovereenkomst met inachtneming van de opzegtermijn van drie maanden eindigde per 30 november 2013.
- (v) De curator heeft [verweerder] laten weten op zoek te zijn naar kandidaten voor een mogelijke doorstart van de onderneming van [A].
- (vi) Bij e-mail van 3 oktober 2013 heeft [verweerder] aan de curator geschreven:

“(…) Mijn zienswijze is dat de boedel niet meer rechten heeft dan [A] B.V. had en nu het laatstgenoemde niet was toegestaan de gehuurde ruimte onder te verhuren of aan derden in gebruik af te staan, geldt zulks ook de boedel. Graag wil ik met de door u genoemde persoon — nadat U van de r.c. toestemming voor de verkoop van het actief hebt gekregen — onderzoeken of ik met de koper van het actief tot een huurovereenkomst kan komen. Zoals gezegd zal ik mij er tegen verzetten als de winkel gebruikt zal gaan worden voor het gedurende een korte termijn voeren van verkoopacties, waarbij ook andere schoenen dan de thans voorhanden voorraad zullen gaan worden verkocht. (…)”
- (vii) Bij e-mail van 8 oktober 2013 heeft [verweerder] aan de curator onder meer geschreven:

“(…) Van de door U genoemde persoon heb ik nog niets vernomen en ik wijs er nogmaals op dat een doorstart door de genoemde persoon in het gehuurde (en zonder mijn voorafgaande toestemming) gedurende de opzegperiode kwalificeert als verboden onderverhuur dan wel als verboden in gebruik geving, waartegen ik mij uitdrukkelijk verzet! (…)”
- (viii) Met toestemming van de rechter-commissaris in het faillissement heeft de curator de inventaris en goodwill met betrekking tot de winkel van [A] onderhands verkocht aan [B] B.V. (hierna: [B]).
- (ix) De curator heeft [verweerder] per e-mail van 18 oktober 2013 bericht dat de nog in de winkelruimte aanwezige activa waren verkocht aan [betrokkene 1] (bestuurder van [B]) en dat zij ervan uitging dat de koper en [verweerder] in overleg zouden treden omtrent het sluiten van een eventuele huurovereenkomst. [Verweerder] heeft op 21 oktober 2013 geantwoord dat hij met de koper in overleg zou treden en daarbij herhaald dat het gebruiksrecht van de winkelruimte niet aan de koper verschaft mocht worden voordat een nieuwe huurovereenkomst was gesloten.
- (x) Op 23 oktober 2013 heeft [verweerder] ontdekt dat de koper de winkelruimte feitelijk reeds in gebruik had genomen. [Verweerder] heeft de curator diezelfde dag per e-mail gesommeerd onverwijld het onrechtmatig gebruik van de winkelruimte te (doen) staken. De curator heeft hieraan geen gevolg gegeven. De curator heeft [B] toegestaan de winkelruimte te gebruiken tot 27 november 2013.
- (xi) [B] heeft aan de winkelruimte borden aangebracht waarop stond vermeld ‘faillissementsverkoop’ en vanuit die winkelruimte schoenen verkocht. Over de maanden oktober en november 2013 heeft [B] geen vergoeding voor het gebruik van de winkelruimte aan [verweerder] betaald. Over de maanden december 2013 en januari 2014 heeft [B] op basis van een afspraak met [verweerder] wel een vergoeding voor het gebruik betaald. Een verdere huurovereenkomst tussen [B] en [verweerder] is niet tot stand gekomen.
- (xii) Bij beschikking van 22 september 2014 is eiser in cassatie onder 1 benoemd tot opvolgend curator in het faillissement van [A] in plaats van eiseres in cassatie onder 2.

### 3.2

In dit geding vordert [verweerder], voor zover in cassatie van belang, een verklaring voor recht dat de curator door het gehuurde zonder instemming van [verweerder] aan [B] ter beschikking te stellen, jegens [verweerder] verwijtbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de uit de huurovereenkomst voortvloeiende verplichtingen, een verklaring voor recht dat de handelwijze van de curator jegens [verweerder] onrechtmatig is als gevolg waarvan de curator persoonlijk jegens [verweerder] aansprakelijk is, en een veroordeling van de curator persoonlijk tot schadevergoeding. De rechtbank heeft deze vorderingen toegewezen.

### 3.3

Het hof heeft het eindvonnis van de rechtbank bekrachtigd. Voor zover in cassatie van belang heeft het daartoe het volgende overwogen.

[Verweerder] heeft als verhuurder de huur op de voet van art. 39 Fw opgezegd, waardoor de huurovereenkomst met de failliet per 30 november 2013 eindigde en de winkelruimte tegen die datum moest zijn ontruimd. Vast staat voorts dat de curator [B] vanaf 14 oktober 2013 heeft toegestaan van de winkelbedrijfsruimte gebruik te maken. Het gebruik door [B] omvat meer dan het met het oog op de ontruimingsverplichting toestaan de winkel te betreden ter inventarisatie of

verwijdering van de verkochte schoenenvoorraad. Het handelen van de curator is in strijd met het tussen [verweerder] en de failliet geldende verbod. Voor zover met de ingebruikgeving werd beoogd een doorstart te faciliteren, is geen toestemming daarvoor aan [verweerder] verzocht of verkregen. De curator is tekortgeschoten in de nakoming van de huurovereenkomst van partijen door het pand zonder toestemming van de verhuurder in gebruik of onderhuur te geven aan een derde. (rov. 3.5)

De door de kantonrechter toegewezen verklaring voor recht dat de curator is tekortgeschoten jegens [verweerder] door het gehuurde zonder diens instemming aan [B] ter beschikking te stellen, moet niet worden aangemerkt als een vordering in de zin van art. 37a Fw die ter verificatie moet worden aangemeld. De verplichting voor de curator om de winkel te ontruimen en haar handelen in strijd daarmee, vindt immers haar grond in de ná de faillietverklaring (en als gevolg daarvan) gedane huuropzegging op de voet van art. 39 Fw door de verhuurder. Wanneer een curator in zo'n situatie handelt in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis, is de daaruit voortvloeiende verplichting tot schadevergoeding een boedelschuld. (rov. 3.6)

Het hof verwierpt het betoog dat [verweerder] door het handelen van de curator geen schade heeft ondervonden. [B] heeft een vergoeding aan de curator betaald. Indien [verweerder] zou hebben ingestemd met indeplaatsstelling, zou deze vergoeding (deels) aan hem ten goede zijn gekomen. In dat geval zou de preferente huurschuld (boedelschuld) van [verweerder] op de failliet met het aldus verkregen bedrag zijn verminderd. De curator heeft door haar handelen een voordeel verkregen dat anders aan [verweerder] zou zijn toegekomen. [B] is immers bereid gebleken om naast een prijs voor de schoenen ook voor het gebruik van de winkel een vergoeding te betalen. Hieraan doet niet af dat [verweerder] nadat de opzegtermijn was verstreken van [B] voor het gebruik na dat verstrijken wel een vergoeding heeft ontvangen. (rov. 3.7)

Naar het oordeel van het hof is in het onderhavige geval geen sprake van een situatie waarin de curator een ruime mate van vrijheid heeft in de wijze waarop hij zijn taak als beheerder en vereffenaar van de boedel uitvoert als bedoeld in HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, maar is hij gebonden aan regels, in dit geval de rechten van [verweerder] als verhuurder en eigenaar, die hij moet respecteren en nakomen. De curator is bevoegd om maatregelen te treffen om uitvoering te geven aan de verplichting om de winkelruimte te ontruimen. Hij is (ook al heeft de failliet het huurgenot) niet bevoegd om zonder instemming van de verhuurder/eigenaar de winkelruimte tijdens de opzeggingsperiode in gebruik te geven aan een derde, ook niet wanneer de ingebruikgeving is gedaan met het oog op een mogelijke doorstart. Van dit uitgangspunt is in de rechtspraak alleen afgeweken in gevallen waarin de curator de verhuurder verzocht om de indeplaatsstelling van een bepaalde huurder met het oog op een doorstart van de failliete onderneming en sprake was van misbruik van bevoegdheid van de verhuurder of waarin de opzegging op de voet van art. 39 Fw of het vasthouden daaraan door de verhuurder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar werd geacht. Dat in het onderhavige geval zich een dergelijke uitzonderingssituatie voordeed, is gesteld noch gebleken. (rov. 3.10)

Voorts neemt het hof in aanmerking dat de curator, hoewel zij daartoe de mogelijkheid had, aan [verweerder] geen enkele waarborg heeft verstrekt voor de nakoming van de verplichtingen uit de (gedurende de opzeggingsperiode nog lopende) huurovereenkomst. Ook acht het hof onzorgvuldig dat de curator [verweerder] in een vroeg stadium heeft bericht dat een doorstart in onderzoek was, maar zij, ondanks verzet van [verweerder] tegen ingebruikgeving aan een derde en zijn herhaalde verzoeken om informatie over en contact met de potentiële nieuwe huurder, deze pas heeft verstrekt nadat zij de winkelruimte reeds aan [B] ter beschikking had gesteld. [Verweerder] klaagt terecht dat hij daardoor is gehinderd in zijn besluitvorming en dat dit heeft geleid tot vertraging in het vinden van een nieuwe huurder. (rov. 3.10)

Naar het oordeel van het hof is het handelen van de curator onder de hiervoor genoemde omstandigheden dermate onzorgvuldig en zo ongebruikelijk, dat de curator het onjuiste van haar handelen moet hebben ingezien, althans redelijkerwijze behoorde in te zien, zodat haar een persoonlijk verwijt van dit onzorgvuldig handelen kan worden gemaakt. Het hof acht de curator dan ook persoonlijk aansprakelijk voor de door [verweerder] als gevolg van dit handelen geleden schade. Die schade bestaat erin dat de curator een bate voor de boedel heeft bedongen die niet — hoewel dat wel voor de hand had gelegen — aan [verweerder] ten goede is gekomen. Immers, als gevolg van de omvang van de (hoog) preferente boedelvorderingen (waaronder het salaris van de curator) is de boedelvordering van [verweerder] onbetaald gebleven, terwijl de curator [verweerder] de mogelijkheid heeft ontnomen om zelf een gebruiksvergoeding bij [B] te bedingen, in welk geval [verweerder] wel betaald zou zijn voor de ingebruikgeving c.q. onderhuur van het pand gedurende de opzegtermijn. (rov. 3.11)

Nu vaststaat dat [B] bereid was om een vergoeding te voldoen en deze ook aan de curator heeft betaald, is causaal verband aanwezig tussen de onrechtmatig geachte gedragingen van de curator en de schade van [verweerder], bestaande in het bedrag dat [verweerder] is misgelopen aan gebruiksvergoeding door [B]. De stelling van de curator dat [verweerder] niet heeft aangetoond dat hij tijdens en na de opzeggingsperiode een andere huurder zou hebben gevonden, is daarbij niet relevant. Het gaat er in het onderhavige geval nu juist om dat de curator zonder daartoe gerechtigd te zijn — het pand van [verweerder] aan een derde in gebruik dan wel in onderhuur heeft gegeven (als gevolg waarvan wel de boedel, maar niet [verweerder] is gebaat). (rov. 3.12)

### 3.4.1

Onderdeel I van het middel is gericht tegen het oordeel van het hof dat de onderhavige verplichting tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten van de curator moet worden aangemerkt als een boedelschuld (rov. 3.6). Volgens het onderdeel is geen sprake van een boedelschuld.

#### 3.4.2

In HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (*Credit Suisse/[...] q.q.*) is overwogen dat de faillissementstoestand de curator niet de bevoegdheid geeft om een voortdurende prestatie van de schuldenaar die bestaat uit een dulden of nalaten, 'actief' te beëindigen (rov. 3.5.3). Het hof heeft in rov. 3.5, in cassatie onbestreden, geoordeeld dat de ingebruikgeving door de curator van de bedrijfsruimte aan [B] in strijd was met de verplichting om het gehuurde niet in gebruik te geven aan een derde. Het gaat hier om 'actieve' schending door de curator van een voortdurende verplichting van de schuldenaar tot nalaten als hiervoor bedoeld. Deze schending moet worden gelijkgesteld aan een 'actieve' beëindiging als bedoeld in het arrest *Credit Suisse/[...] q.q.* Nu de curator daartoe niet bevoegd was, is sprake van een handelen van de curator in strijd met een in hoedanigheid na te leven verplichting als bedoeld in rov. 3.7.1 van HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*). In dat geval is sprake van een boedelschuld. Het onderdeel faalt derhalve.

#### 3.5.1

De onderdelen II en III betreffen de door het hof aangenomen persoonlijke aansprakelijkheid van de curator. Zij lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

Onderdeel II klaagt dat onjuist dan wel onbegrijpelijk is dat het hof enerzijds in rov. 3.10 heeft vastgesteld dat de curator gebonden is aan regels (en dus weinig tot geen vrijheid had) terwijl het anderzijds in rov. 3.11 heeft overwogen dat de curator een persoonlijk verwijt van dit onzorgvuldig handelen kan worden gemaakt. Bij toepassing van regels komt de curator geen beleidsvrijheid toe, en daarom zou er in een zodanig geval ook geen sprake kunnen zijn van een bepaalde mate van onzorgvuldigheid of ongebruikelijkheid, aldus het onderdeel.

Onderdeel III acht onjuist of onbegrijpelijk dat het hof onder 'regels' waaraan de curator is gebonden mede heeft verstaan de inhoud van de voor het faillissement gesloten huurovereenkomst en de daaruit voortvloeiende rechten van [verweerder]. De volgens het hof geschonden regel ziet op de verplichtingen die voortvloeien uit een voor de failliet geldende huurovereenkomst en niet op een voor de curator in haar hoedanigheid voorgeschreven regel. De wederkerige (huur)overeenkomst kan niet worden aangemerkt als een regel als bedoeld in HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204 (*X./Gips*), aldus het onderdeel.

#### 3.5.2

Bij de behandeling van deze onderdelen wordt het volgende vooropgesteld.

Voor zover de faillissementscurator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels, komt hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toe (zie het hiervoor in 3.5.1 genoemde arrest *X./Gips*). Bij het gebruikmaken van die vrijheid geldt de norm van HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (*Maclou*), te weten dat een curator, kort gezegd, behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. De curator dient zich te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan zijn inzicht overgelaten op welke wijze en langs welke weg dat belang het beste kan worden gediend.

Voor zover de curator wel is gebonden aan regels, heeft hij de hiervoor genoemde beleidsvrijheid niet. Komt hij die regels niet na, dan zal hij in beginsel op die grond persoonlijk aansprakelijk zijn jegens degenen met de belangen van wie hij bij de naleving van die regels rekening diende te houden.

#### 3.5.3

Op zichzelf betoogt onderdeel III terecht dat sprake is van schending van een verplichting die volgt uit een voor de failliet geldende overeenkomst en dat uit zo'n schending op zichzelf nog geen persoonlijke aansprakelijkheid van de curator volgt. Hier is echter sprake van een 'actieve' schending door de curator van een voortdurende verplichting die bestaat uit een nalaten (zie hiervoor in 3.4.2). Een zodanige verplichting rust (ook) op de curator in diens hoedanigheid (zie hiervoor in 3.4.2) en moet — anders dan het onderdeel betoogt — worden aangemerkt als een tot de curator gerichte 'regel' als bedoeld in het arrest *X./Gips*.

#### 3.5.4

De omstandigheid dat een curator bij zijn gebondenheid aan regels niet de in het arrest *X./Gips* bedoelde beleidsvrijheid heeft, betekent nog niet dat het enkele niet naleven van die regels steeds tot zijn persoonlijke aansprakelijkheid leidt. Het hof heeft in het partijdebat en de omstandigheden van dit geval aanleiding gezien om te onderzoeken of — en te oordelen dat — de curator in dit geval tevens een persoonlijk verwijt trof. Anders dan onderdeel II kennelijk betoogt, heeft het hof hiermee niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

#### 3.5.5

De klachten van de onderdelen II en III stuiten op het bovenstaande af.

### 3.6.1

Onderdeel VI heeft betrekking op het causaal verband en de schade. Het klaagt onder meer over onbegrijpelijkheid van de overweging van het hof dat de door [verweerder] geleden schade bestaat in misgelopen gebruiksvergoeding (huur over de periode na de datum van het faillissement). Daartoe voert het onderdeel aan dat de aan de verhuurder toekomende huur als boedelschuld vaststond en niet lager is geworden als gevolg van de (mogelijke) onderverhuur. Bovendien is de stand van de boedel niet door de mogelijke onderverhuur verslechterd. Volgens het onderdeel zou het oordeel ook onbegrijpelijk zijn indien het hof als schade zou hebben aangemerkt dat [verweerder] de mogelijkheid is ontnomen om gedurende de opzegtermijn huur te bedingen van [B]. Gedurende de opzegtermijn had [verweerder] immers geen bevoegdheid of mogelijkheid om huur te bedingen van [B], aldus het onderdeel.

Naar aanleiding van deze klachten wordt het volgende overwogen.

### 3.6.2

De klaarblijkelijke gedachtegang van het hof is de volgende geweest. De curator had, ook afgezien van het belang bij de opbrengst van de onderverhuur, belang bij ingebruikgeving van de winkelruimte aan [B] omdat laatstgenoemde een bedrag van € 15.000 wilde betalen voor de winkelinventaris, winkelvoorraad en goodwill (rov. 2.7). Gezien het verzet van [verweerder] tegen ingebruikgeving van de winkelruimte aan een derde, had de curator dit boedelbelang kunnen veiligstellen door de medewerking van [verweerder] te verzoeken aan een ingebruikgeving van het gehuurde aan [B] of een indeplaatsstelling van [B] als huurder (rov. 3.4 en 3.10). In dat geval zou de gebruiksvergoeding — die [B] bereid was te betalen — aan [verweerder] ten goede zijn gekomen (rov. 3.11 en 3.12). Ook [verweerder] had belang bij indeplaatsstelling, aangezien inning van de huur bij de boedel onzeker was. De boedelvordering van [verweerder] is in werkelijkheid onbetaald gebleven als gevolg van de omvang van de (hoog) preferente boedelvorderingen (waaronder het salaris van de curator) (rov. 3.11).

Uit het bovenstaande volgt dat het hof een vergelijking heeft gemaakt tussen de feitelijke situatie (waarin de boedelvordering van [verweerder] onbetaald is gebleven) en de hypothetische situatie waarin de curator (ook) rekening zou hebben gehouden met de belangen van [verweerder] (in welk geval [verweerder] van [B] een gebruiksvergoeding zou hebben ontvangen). Op grond van deze vergelijking heeft het hof kunnen oordelen dat [verweerder] schade heeft geleden die in causaal verband staat tot de schending van de tot de curator gerichte gedragsnorm.

De hiervoor in 3.6.1 weergegeven klachten miskennen de gedachtegang van het hof en kunnen daarom niet tot cassatie leiden.

### 3.7

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 de curator in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerder] begroot op nihil.

## Conclusie

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

Deze zaak draait om de consequenties van het zonder toestemming van de verhuurder onderverhuren van een winkelruimte door een faillissementscurator. [A] B.V. (hierna: '[A]') huurde van [verweerder] een winkelruimte en exploiteerde aldaar een schoenenwinkel. De huurovereenkomst bevatte een verbod van onderverhuur. [A] is gefailleerd en [verweerder] heeft de huurovereenkomst op grond van art. 39 van de Faillissementswet opgezegd met inachtneming van de wettelijke termijn van drie maanden. De curator van [A] heeft de winkelruimte een gedeelte van deze periode zonder toestemming van [verweerder] in gebruik gegeven aan [B] B.V. tegen betaling van een vergoeding aan de boedel. [Verweerder] heeft de curator q.q. en pro se in rechte betrokken vanwege schending van de huurovereenkomst. Het hof is, evenals de kantonrechter, tot het oordeel gekomen dat de curator tekort is geschoten in de nakoming van de huurovereenkomst, dat de handelwijze van de curator onrechtmatig is jegens [verweerder] en dat de curator pro se aansprakelijk is voor de schade van [verweerder]. De curator is pro se veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding

die gelijk is aan de door [B] B.V. aan de boedel betaalde vergoeding. In cassatie komen [eisers] hiertegen op. Zij betogen dat de vordering tot schadevergoeding vanwege schending van de huurovereenkomst alleen een verifieerbare vordering oplevert, dat het hof op ontoereikende gronden tot het oordeel is gekomen dat de curator pro se aansprakelijk is en dat een door [verweerder] gemiste (gebruiks)vergoeding geen schade vormt.

## 1. Feiten

### 1.1

In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan.<sup>[1]</sup>

### 1.2

Bij vonnis van 20 augustus 2013 van de rechtbank Zeeland-West-Brabant is [A] in staat van faillissement gesteld met aanstelling van mr. [eiser 2] als curator.

### 1.3

[A] huurde van [verweerder] sinds 1 oktober 2010 de winkelruimte aan de [a-straat 1] te Nijmegen voor een huurprijs van € 52.500 per jaar, te vermeerderen met btw, teneinde daarin een schoenenhandel te exploiteren. [A] exploiteerde daar een schoenenwinkel onder de naam [C].

### 1.4

Bij e-mail van 21 augustus 2013 heeft [verweerder] de huurovereenkomst op grond van art. 39 Faillissementswet (hierna: 'Fw') opgezegd tegen 1 september 2013, waarmee de huurovereenkomst met inachtneming van de opzegtermijn van drie maanden eindigde per 30 november 2013.

### 1.5

De curator heeft [verweerder] laten weten op zoek te zijn naar kandidaten voor een mogelijke doorstart van de onderneming van [A].

### 1.6

Bij e-mail van 3 oktober 2013 heeft [verweerder] aan de curator geschreven:

"(...) Mijn zienswijze is dat de boedel niet meer rechten heeft dan [A] B.V. had en nu het laatstgenoemde niet was toegestaan de gehuurde ruimte onder te verhuren of aan derden in gebruik af te staan, geldt zulks ook de boedel. Graag wil ik met de door u genoemde persoon — nadat U van de r.c. toestemming voor de verkoop van het actief hebt gekregen — onderzoeken of ik met de koper van het actief tot een huurovereenkomst kan komen. Zoals gezegd zal ik mij er tegen verzetten als de winkel gebruikt zal gaan worden voor het gedurende een korte termijn voeren van verkoopacties, waarbij ook andere schoenen dan de thans voorhanden voorraad zullen gaan worden verkocht. (...)"

### 1.7

Bij e-mail van 8 oktober 2013 heeft [verweerder] onder meer aan de curator geschreven:

"(...) Van de door U genoemde persoon heb ik nog niets vernomen en ik wijs er nogmaals op dat een doorstart door de genoemde persoon in het gehuurde (en zonder mijn voorafgaande toestemming) gedurende de opzegperiode kwalificeert als verboden onderverhuur dan wel als verboden in gebruik geving [lees: ingebruikgeving], waartegen ik mij uitdrukkelijk verzet! (...)"

### 1.8

Met toestemming van de rechter-commissaris in het faillissement heeft de curator met [B] B.V. (hierna: '[B]') een onderhandse koop/verkoopovereenkomst gesloten van activa van [A]. De koop/verkoop is vastgelegd in een schriftelijke overeenkomst, ondertekend op 28 oktober resp. 3 november 2013, getiteld 'overeenkomst voor de koop en verkoop van bepaalde materiële en immateriële activa'. [B] heeft ter zake van de winkel in Nijmegen (er was ook een winkel in Valkenswaard) de winkelinventaris en -voorraad gekocht voor € 7.000 de goodwill voor € 8.000. [B] bedient zich van de handelsnaam [D] (eindvonnis rov. 2.7., onbestreden).

### 1.9

De curator heeft [verweerder] per e-mail van 18 oktober 2013 bericht dat de nog in de winkel aanwezige activa waren verkocht aan [betrokkene 1] (bestuurder van [B], A-G) en dat zij ervan uitging dat de koper en [verweerder] in overleg zouden gaan omtrent het sluiten van een eventuele huurovereenkomst. [Verweerder] heeft op 21 oktober 2013 geantwoord dat hij met de koper in overleg zou treden en daarbij herhaald dat het gebruiksrecht van de winkel niet aan de koper



verschafft mocht worden voordat een nieuwe huurovereenkomst was gesloten.

### 1.10

Op 23 oktober 2013 ontdekte [verweerder] dat de koper de winkelbedrijfsruimte feitelijk reeds in gebruik had genomen. [Verweerder] heeft de curator diezelfde dag per e-mail gesommeerd onverwijld het onrechtmatig gebruik van de winkel te (doen) staken. De curator heeft hieraan geen gevolg gegeven. De curator heeft [B] toegestaan de winkelruimte tot 27 november 2013 te gebruiken.

### 1.11

[B] heeft aan de winkel grote borden aangebracht waarop stond vermeld 'faillissementsverkoop' en van daaruit schoenen verkocht. Over de maanden oktober en november 2013 heeft [B] aan [verweerder] geen vergoeding voor het gebruik van de winkelruimte betaald. Over de maanden december 2013 en januari 2014 heeft [B] op basis van een afspraak met [verweerder] wel een vergoeding voor het gebruik betaald, zulks ten bedrage van € 3.250 per maand. Een verdere huurovereenkomst is tussen [B] en [verweerder] niet tot stand gekomen.

### 1.12

Bij beschikking van 22 september 2014 is [eiser 1] benoemd tot opvolgend curator in het faillissement van [A] in plaats van mr. [eiser 2].

## 2. Procesverloop

### 2.1

Het procesverloop kan worden weergegeven als volgt.[\[2.1\]](#)

### 2.2

Bij dagvaarding van 22 april 2014 heeft [verweerder] mr. [eiser 2], zowel in haar (toenmalige) hoedanigheid van curator in het faillissement van [A] als pro se, gedagvaard. [Verweerder] heeft in eerste aanleg na vermindering van eis zakelijk weergegeven gevorderd bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

- (1) te verklaren voor recht dat de curator door het gehuurde zonder instemming van [verweerder] aan [D] ter beschikking te stellen, jegens [verweerder] verwijtbaar tekort is geschoten in de nakoming van de voor haar uit de huurovereenkomst voortvloeiende verplichtingen;
- (2) te verklaren voor recht dat de handelwijze van de curator onrechtmatig is jegens [verweerder] als gevolg waarvan de curator pro se jegens [verweerder] aansprakelijk is;
- (3) de curator pro se te veroordelen tot vergoeding van de schade die het gevolg is van de verweten handelwijze, welke schade in redelijkheid en billijkheid wordt begroot op € 6.500, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 oktober 2013 tot de dag der algehele vergoeding;
- (4) te bepalen dat, indien daarvoor aanleiding bestaat, de schade dient te worden begroot op de voet van art. 6:104 BW en de curator pro se op de voet van art. 6:104 BW te veroordelen tot afdracht aan [verweerder] van het met haar onrechtmatig handelen behaalde voordeel, begroot op € 6.500, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 oktober 2013 tot de dag der algehele voldoening;
- (5) de curator q.q. en pro se te veroordelen in de kosten van het geding.

### 2.3

De kantonrechter heeft bij vonnis van 16 januari 2015 de gevorderde verklaringen voor recht toegewezen (rov. 5.1. en 5.2.) en de curator pro se (mr. [eiser 2]) veroordeeld tot betaling aan [verweerder] van € 5.250 vermeerderd met de wettelijke rente (rov. 5.3.), met veroordeling van de curator q.q. en pro se in de proceskosten (rov. 5.4.).

### 2.4

Daartoe heeft de kantonrechter onder meer overwogen dat de curator in strijd heeft gehandeld met het in de algemene bepalingen (artikel 12.1.) behorend bij de huurovereenkomst neergelegde verbod van onderverhuur[\[3.1\]](#) dan wel in gebruik geven van het gehuurde aan een derde. Daartoe heeft de kantonrechter het volgende overwogen:

#### “4.1.

De curator heeft niet weersproken dat uit artikel 12.1. van de bij de huurovereenkomst behorende algemene bepalingen voortvloeit dat het de huurder verboden is om het gehuurde onder te verhuren dan wel in gebruik te geven aan een derde.

#### 4.2.

Het faillissement heeft geen invloed op bestaande wederkerige overeenkomsten en leidt dan ook niet tot wijziging van de daaruit voortvloeiende verbintenissen (vergelijk HR 11 juli 2014, Berzona, ECLI:NL:HR:2014:1681). Als de failliet het

gehuurde niet mag onderverhuren of aan een derde in gebruik mag geven, dan mag de curator dat ook niet. Dat heeft de curator wel gedaan, ondanks het feit dat [verweerder] zich bij herhaling en overduidelijk daartegen had verzet in zijn e-mails van 3 en 8 oktober 2013. De curator heeft daarna immers de koop/verkoop overeenkomst gesloten met [B],[4] in welke overeenkomst in artikel 11 is vastgelegd dat als overdrachtsdatum 14 oktober 2013 geldt en voorts in artikel 9 lid 4 is bepaald:

Gedurende de periode dat Koper de huurovereenkomsten niet heeft overgenomen is Koper in het kader van deze overeenkomst gerechtigd tot voortgezet gebruik gedurende een redelijke periode.

#### 4.3.

Aan deze wanprestatie doet niet af dat de curator mogelijk heeft gedacht dat [B] wel met [verweerder] tot overeenstemming zou komen omtrent dat voortgezet gebruik en/of een overname van de bestaande huurovereenkomst, dan wel een nieuwe huurovereenkomst. Dat is niet gebeurd, althans niet voor de resterende periode van de opzegtermijn, dit wel [lees: wil] zeggen tot 1 december 2013. De curator heeft zich er niet van vergewist of die overeenstemming tot stand was gekomen en zij heeft, zo is namens haar ter comparitie toegegeven, reeds op 14 oktober 2013 aan [B] de sleutel van het gehuurde gegeven en pas daarna, bij haar e-mail van 18 oktober 2013, aan [verweerder] bericht dat de activa uit de winkel waren verkocht aan [D] met de toevoeging dat zij ervan uitging dat [D] en [verweerder] in overleg zouden gaan omtrent het sluiten van een eventuele huurovereenkomst. De curator gaf daarmee te kennen dat zij ervan uitging dat dat overleg nog moest plaatsvinden terwijl [D] door haar feitelijk reeds in het bezit van het gehuurde was gesteld.

#### 4.4.

Voorts doet niet ter zake dat de curator, zoals zij benadrukt, in een faillissement meer belangen moet afwegen, dit wil zeggen ook de belangen van anderen dan die van een van haar contractspartijen. Dit maakt niet dat de tekortkoming van de curator niet toerekenbaar zou zijn in de zin van artikel 6:74 BW. In het bijzonder levert dit geen overmachtsituatie op zoals bedoeld in artikel 6:75 BW.

#### 4.5.

Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de curator jegens [verweerder] toerekenbaar tekortgeschoten is in de nakoming van de voor haar uit de huurovereenkomst voortvloeiende verbintenissen. De onder 1) gevorderde verklaring voor recht wordt toegewezen.”

## 2.5

Vervolgens is de aansprakelijkheid van de curator pro se beoordeeld. Daartoe heeft de kantonrechter de norm uit het *Maclou*-arrest<sup>[5]</sup> toegepast (rov. 4.6.) en vooropgesteld i) dat ervan uit kan worden gegaan dat de door de curator erkende boedelvordering van [verweerder] voor de huurpenningen niet uit het gerealiseerde en nog te realiseren boedelactief zal kunnen worden voldaan (rov. 4.7.) en ii) dat de door de curator met [B] gesloten overeenkomst jegens [verweerder] niet kwalificeert als een doorstartovereenkomst (rov. 4.8.). Verder heeft de kantonrechter onder meer in aanmerking genomen dat de curator wist dat [verweerder] zich verzette tegen het ter beschikking stellen van het gehuurde aan een derde zonder zijn toestemming (rov. 4.9.). De kantonrechter is tot de slotsom gekomen dat de curator pro se onrechtmatig heeft gehandeld jegens [verweerder] (rov. 4.6. en 4.12.). Hij overweegt:

#### “4.6.

Ook de onder 2) gevorderde verklaring voor recht kan worden uitgesproken. De curator heeft pro se onrechtmatig gehandeld jegens [verweerder]. De norm is vastgelegd in het zogenaamde *Maclou*-arrest, HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727. Deze norm komt hierop neer dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. Deze norm heeft de curator in deze zaak geschonden.

#### 4.7.

De kantonrechter stelt hierbij voorop dat ervan kan worden uitgegaan dat de door de curator erkende concurrente boedelvordering van [verweerder] voor de huurpenningen gedurende de opzegtermijn ten bedrage van € 17.287,25 niet uit het gerealiseerde en nog te realiseren boedelactief kan worden voldaan en dat de door [B] aan de boedel betaalde koopsom ten bedrage van € 21.750 in totaal (waarvan € 15.000 voor de winkel in Nijmegen) volledig zal opgaan aan het salaris van de curator en andere boedelkosten. [Verweerder] heeft in zijn dagvaarding gesteld dat dit volgt uit de gepubliceerde faillissementsverslagen en de curator heeft dit in haar conclusie van antwoord niet weersproken. Namens de curator is ter comparitie wel verklaard dat de boedelvordering best nog betaald kan worden en dat wel vaker gebeurt dat er na 3 jaar actief uit de lucht valt, bijvoorbeeld van de belastingdienst, maar dit is in het geheel niet onderbouwd en de kantonrechter acht dat in deze zaak ongelooftwaardig.

#### 4.8.

Voorts stelt de kantonrechter voorop dat de curator de koop/verkoop overeenkomst, die zij heeft gesloten met [B], aanduidt als een doorstartovereenkomst, maar dat deze overeenkomst in elk geval ten aanzien van de rechtsverhouding met [verweerder] niet als zodanig kwalificeert, omdat geen sprake is van een contractsovername of indeplaatsstelling met betrekking tot de huurovereenkomst.

#### 4.9.

Verder neemt de kantonrechter in aanmerking dat, zoals hierboven reeds is vastgesteld, de curator het gehuurde feitelijk aan een derde ter beschikking heeft gesteld, terwijl zij wist dat [verweerder] zich daartegen verzette en met die derde nog geen overleg had kunnen voeren. De curator heeft [verweerder] pas later, nadat zij die derde al de beschikking over het gehuurde had gegeven, verwittigd dat zij met die derde een overeenkomst had gesloten.

#### 4.10.

Verder geldt dat de curator aan die derde niet alleen de winkelvoorraad heeft verkocht, maar ook alle overige materiële en immateriële activa die nodig waren voor de voortzetting van de activiteiten van de failliet, zonder bij die derde te bedingen dat zij eerst met [verweerder] overeenstemming diende te bereiken omtrent een redelijke gebruiksvergoeding voor het gehuurde.

#### 4.11.

Tevens heeft de curator, door te handelen zoals zij heeft gedaan, het daadwerkelijk gerealiseerde risico op de koop toegenomen dat die derde vanuit het gehuurde ook boedelvremde artikelen zou gaan verkopen op een wijze die afbreuk doet aan de stand van deze winkelruimte op een zeer courante A1-locatie. Daarmee kan de curator geacht worden [verweerder] ook benadeeld te hebben in zijn toekomstige verhuurmogelijkheden.

#### 4.12.

Het komt erop neer dat de curator de gerechtvaardigde belangen van [verweerder] welbewust heeft achtergesteld niet zozeer bij de belangen van de gezamenlijke crediteuren in het faillissement, als wel bij haar eigen belang bij haar eigen bezoldiging en betaling van de boedelkosten. In redelijkheid mag verlangd worden dat een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator, die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht, zo niet handelt. De curator heeft onrechtmatig gehandeld jegens [verweerder].”

## 2.6

Naar het oordeel van de kantonrechter is voldoende aannemelijk dat [verweerder] bij [B] voor de periode tot 1 december 2013 dezelfde vergoeding had kunnen bedingen als de vergoeding voor de maanden daarna, dus € 3.250 per maand. [B] heeft de winkelruimte per 14 oktober 2013 in gebruik genomen en dus bijna 7 weken van de opzegperiode in gebruik gehad. De vordering tegen de curator pro se tot schadevergoeding is daarom toegewezen tot een bedrag van  $(7/52 \times 3.250 \times 12) = € 5.250$ . De kantonrechter heeft daartoe als volgt overwogen:

#### “4.13.

De curator is pro se aansprakelijk voor de schade die [verweerder] heeft geleden ten gevolge van haar onrechtmatige daad. [Verweerder] begroot deze schade op € 6.500, waarbij [verweerder] tot uitgangspunt neemt dat hij, indien de curator bij [B] zou hebben bedongen dat [verweerder] toestemming moest geven voor het gebruik van de winkelruimte gedurende het restant van de opzegtermijn, voor die toestemming een vergoeding had kunnen bedingen gelijk aan de vergoeding die hij van [B] heeft ontvangen gedurende de twee daarop volgende maanden. Dit was € 3.250 per maand.

#### 4.14.

De kantonrechter kan [verweerder] volgen in deze redenering. Als vaststaand kan worden aangenomen dat [verweerder] geen huurpenningen heeft ontvangen of zal ontvangen over de maanden september tot en met november 2013. Op grond van de huurovereenkomst met [A] had [verweerder] aanspraak op een huursom van € 4.250 exclusief btw per maand. Deze inkomsten heeft [verweerder] gederfd en dit vormt schade. Deze schade had [verweerder] kunnen beperken door een gebruiksvergoeding te bedingen van [B]. Dat is [verweerder] niet gelukt omdat, zoals onweersproken is gesteld ter comparitie, [B] zich op het standpunt stelde dat zij reeds aan de curator had betaald voor het gebruik van de winkelruimte. Dat zat in de door haar aan de curator betaalde prijs voor de goodwill.

#### 4.15.

Het feit dat het [verweerder] om die reden niet is gelukt om een gebruiksvergoeding te bedingen is causaal veroorzaakt door het verzuim van de curator om bij [B] te bedingen dat zij de rechten van [verweerder] moest eerbiedigen en van hem toestemming voor het oneigenlijk gebruik van de winkelruimte moest verkrijgen. De mogelijkheid [lees: het ontbreken van de mogelijkheid, A-G] om zijn schade te beperken is dus het gevolg van de onrechtmatige daad van de curator. De kantonrechter acht voldoende aannemelijk dat [verweerder] bij [B] voor de periode tot 1 december 2013 minst genomen

dezelfde vergoeding had kunnen bedingen als de vergoeding voor de maanden daarna, dus € 3.250 per maand.

#### 4.16.

[B] heeft de winkelruimte per 14 oktober 2013 in gebruik genomen en zodoende bijna 7 weken van de opzegperiode in gebruik gehad. De kantonrechter acht aannemelijk dat [verweerder] van [B] voor die periode een vergoeding ten bedrage van  $7/52 \times 3.250 \times 12 = € 5.250$  had kunnen bedingen. Tot dit bedrag wordt de onder 3) gevorderde schadevergoeding toegewezen, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 14 oktober 2013, zijnde de datum van de onrechtmatige daad.”

#### 2.7

Bij appeldagvaarding van 13 maart 2015 hebben [eiser 1], in zijn hoedanigheid van opvolgende curator, en mr. [eiser 2] hoger beroep ingesteld. Zij hebben vijftien grieven gericht tegen het vonnis. Met de eerste twee grieven komen zij op tegen een tweetal door de kantonrechter vastgestelde feiten. De overige grieven (3 tot en met 15) klagen naar de kern genomen over het oordeel van de kantonrechter dat de curator q.q. is tekortgeschoten in de nakoming van de voor hem uit de huurovereenkomst voortvloeiende verbintenissen jegens [verweerder] door [B] in de gelegenheid te stellen schoenen vanuit het door de failliet gehuurde pand te verkopen en dat mr. [eiser 2] daarvoor pro se aansprakelijk is.

#### 2.8

[Verweerder] heeft bij memorie van antwoord (met producties) verweer gevoerd tegen de grieven. Bij tussenarrest van 16 februari 2016 heeft het hof een meervoudige comparitie van partijen gelast. Partijen hebben afgezien van deze comparitie.

#### 2.9

Bij eindarrest van 14 maart 2017<sup>[6]</sup> heeft het hof het vonnis van de kantonrechter bekrachtigd met veroordeling van [eiser 1] q.q. en mr. [eiser 2] in de kosten van het hoger beroep. Het eindarrest kan als volgt worden weergegeven.

#### 2.10

Het hof heeft vooropgesteld dat een opzegging op de voet van art. 39 Fw geldt als een regelmatige beëindiging van de huurovereenkomst, dat de opzegging evenwel in strijd kan zijn met de redelijkheid en billijkheid dan wel misbruik van recht kan opleveren en dat dit het geval kan zijn als de curator vanwege een doorstart medewerking aan een indeplaatsstellingsprocedure (art. 7:307 BW) verzoekt:

#### “3.4

Bij de beoordeling stelt het hof het volgende voorop. Uitgangspunt is dat een opzegging ex artikel 39 Fw geldt als een regelmatige beëindiging van de huurovereenkomst waardoor de huurovereenkomst eindigt en de verplichting ontstaat om de bedrijfsruimte uiterlijk tegen de einddatum te ontruimen. De huuropzegging ex artikel 39 Fw en de daaruit voortvloeiende verplichting tot ontruiming kunnen evenwel worden doorkruist indien de opzegging in strijd is met de redelijkheid en billijkheid dan wel als misbruik van recht kan worden gekwalificeerd. Volgens vaste rechtspraak is terughoudendheid bij de toepassing hiervan geboden. Uit de rechtspraak blijkt ook dat een dergelijke situatie zich kan voordoen als de curator mogelijkheden ziet voor een doorstart van de failliete onderneming en aan de verhuurder verzoekt of vordert om mee te werken aan een indeplaatsstellingsprocedure ex artikel 7:307 BW.”

#### 2.11

Het hof heeft het betoog van de curator beoordeeld dat het gebruik van [B] ten doel had een doorstart te faciliteren en/of de winkelruimte te ontruimen. Het hof heeft dat betoog verworpen, omdat het gebruik van [B] verder ging dan het inventariseren en verwijderen van de oude voorraad en de curator geen toestemming voor een indeplaatsstelling ex art. 7:307 BW heeft gevraagd. Het hof overweegt daartoe:

#### “3.5

Vaststaat dat [verweerder] als verhuurder de huur ex artikel 39 Fw heeft opgezegd, waardoor de huurovereenkomst met de failliet per 30 november 2013 eindigde en de bedrijfsruimte tegen die datum moest zijn ontruimd. Vaststaat voorts dat de curator, destijds in de persoon van mr. [eiser 2], [B] heeft toegelaten tot de winkelbedrijfsruimte en dat [B] vanaf 14 oktober 2013 van de winkelbedrijfsruimte gebruik heeft gemaakt. Het betoog van de curator (memorie van grieven, onder 22-26) dat dit gebruik uitsluitend tot doel had om ‘een doorstart te faciliteren dan wel de Winkelruimte te ontruimen’ en dat dat niet in strijd is met het volgens partijen in artikel 12.1 van de algemene bepalingen behorende bij de huurovereenkomst opgenomen verbod tot onderhuur dan wel ingebruikgeving aan een derde, verwerpt het hof. Vaststaat immers dat [B] in de opzeggingsperiode na betaling van een vergoeding aan de curator gedurende enkele weken de winkelruimte heeft gebruikt om schoenen te verkopen. Dat betekent dat [B] tegen betaling de ruimte feitelijk in gebruik heeft genomen en dat omvat meer dan het met het oog op de ontruimingsverplichting toestaan de winkel te betreden ter inventarisatie of verwijdering van de verkochte schoenvoorraad. Het handelen van de curator kwalificeert dan ook als onderhuur of ingebruikgeving en is in strijd met het tussen [verweerder] als verhuurder en de failliet als huurder geldende verbod. Voor zover, naar de curator

betoogt, met de onderhuur althans ingebruikgeving werd beoogd een doorstart te faciliteren, heeft hij daarbij uit het oog verloren dat in dat geval toestemming — al dan niet via de rechter — nodig was voor een indeplaatsstelling. Vaststaat dat de curator deze toestemming niet aan [verweerder] heeft verzocht en ook niet heeft gekregen. De kantonrechter heeft derhalve met juistheid overwogen dat de curator q.q. door het pand zonder toestemming van de verhuurder in gebruik of onderhuur te geven aan een derde is tekortgeschoten in de nakoming van de huurovereenkomst van partijen.”

## 2.12

Vervolgens is het hof ingegaan op de stelling van de curator dat het hier gaat om een vordering in de zin van art. 37a Fw. Naar het oordeel van het hof valt de aan de curator verweten gedraging en de daarop gegronde schadevordering niet onder de reikwijdte van art. 37a Fw. De gevorderde verklaring voor recht strekt namelijk niet tot het verkrijgen van schadevergoeding ter zake van tekortschieten van vóór het faillissement, maar van na de faillietverklaring. Het hof overweegt:

### “3.6

Onjuist is de stelling in grief 4 dat de door de kantonrechter toegewezen verklaring voor recht dat de curator (q.q., toevoeging hof) is tekortgeschoten jegens [verweerder] door het gehuurde zonder zijn instemming aan [B] ter beschikking te stellen, kwalificeert als een vordering ex artikel 37a Fw en om die reden ter verificatie moet worden aangemeld. Anders dan de curator betoogt, strekt de verklaring voor recht niet tot het verkrijgen van schadevergoeding ter zake een tekortschieten van vóór de faillietverklaring, maar van ná de faillietverklaring. De verplichting voor de curator om de winkel te ontruimen en zijn handelen in strijd daarmee, vindt immers zijn grond in de ná de faillietverklaring (en als gevolg daarvan) gedane huuropzegging ex artikel 39 Fw door de verhuurder. Wanneer een curator in zo'n situatie handelt in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis, dan is de daaruit voortvloeiende verplichting tot schadevergoeding een boedelschuld. De aan de curator verweten gedraging en de daarop geënte schadevordering valt derhalve niet onder het bereik van artikel 37a Fw. Nu het vaststellen van het tekortschieten door de curator q.q. een belangrijke voorwaarde is voor de vraag of de curator pro se onrechtmatig jegens [verweerder] heeft gehandeld, is daarmee het belang bij deze verklaring voor recht voldoende gegeven.”

## 2.13

Ook het betoog in grieven 3 en 4 dat van een tekortschieten geen sprake is, omdat [verweerder] door het handelen van de curator geen schade heeft ondervonden, treft naar het oordeel van het hof geen doel. Het hof heeft in dat kader als volgt overwogen:

### “3.7

Het hof verwerpt voorts het in de grieven 3 en 4 begrepen betoog dat van een tekortschieten geen sprake is, omdat [verweerder] door het handelen van de curator geen schade heeft ondervonden. Vaststaat immers dat [B] een vergoeding aan de curator heeft betaald en dat wanneer [verweerder] zou hebben ingestemd met indeplaatsstelling deze vergoeding (deels) aan hem ten goede zou zijn gekomen. Anders dan de curator lijkt te betogen zou in dat geval de preferente huurschuld (boedelschuld) van [verweerder] op de failliet met het aldus verkregen bedrag zijn verminderd. De stelling dat [verweerder] wanneer de curator de winkelruimte niet in gebruik had gegeven (ook) geen huurgelden had verkregen en zelfs minder voordeel had gehad, nu [verweerder] na de opzegtermijn nog extra huurinkomsten heeft genoten als gevolg van een tussen haar en [B] gesloten contract, miskent in de eerste plaats dat de curator inbreuk heeft gemaakt op de exclusieve rechten van [verweerder] als verhuurder en eigenaar en in de tweede plaats dat de curator door zijn [\[7\]](#) handelen een voordeel heeft verkregen dat anders aan [verweerder] zou zijn toegekomen. [B] is immers bereid gebleken om naast een prijs voor de schoenen ook voor het gebruik van de winkel een vergoeding te betalen. Hieraan doet niet af dat [verweerder] nadat de opzegtermijn was verstreken van [B] voor dát gebruik wel een vergoeding heeft ontvangen.”

## 2.14

Het hof is aldus tot de slotsom gekomen dat de kantonrechter terecht heeft geoordeeld dat de curator q.q. is tekortgeschoten jegens [verweerder]:

### “3.8

De grieven 3 en 4 falen om de hiervoor genoemde redenen: de kantonrechter heeft op juiste gronden voor recht verklaard dat de curator q.q. is tekortgeschoten jegens [verweerder].”

## 2.15

Daarna is het hof toegekomen aan een beoordeling van de persoonlijke aansprakelijkheid van mr. [eiser 2]. Het hof heeft vooropgesteld dat de faillissementscurator bij de uitoefening van zijn taak een ruime mate van vrijheid toekomt voor zover hij hierbij niet is gebonden aan regels. Daartoe wordt overwogen:

### “3.9

De Hoge Raad heeft zijn arrest van 16 december 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BU4204) [*NJ 2012/515 (X. q.q./Gips)*, A-G] overwogen dat de faillissementscurator wegens een onzorgvuldige uitoefening van zijn wettelijke taak tot beheer en vereffening van de boedel persoonlijk aansprakelijk kan zijn jegens degenen in wier belang hij de taak uitoefent, te weten de (gezamenlijke) schuldeisers, en jegens derden met de belangen van wie hij bij de uitoefening van die taak rekening heeft te houden, zoals de gefailleerde. Voor zover de faillissementscurator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels, komt hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toe. Bij de vraag of de curator bij de uitvoering van zijn taak deze vrijheid heeft overtreden moet de rechter beoordelen of, uitgaande van die vrijheid, een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht, in de gegeven omstandigheden in redelijkheid tot de desbetreffende gedragslijn zou hebben kunnen komen. Bij deze toetsing past de rechter terughoudendheid. De curator dient zich te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan zijn inzicht overgelaten op welke wijze en langs welke weg dat belang het beste kan worden gediend. Hetzelfde geldt voor de wijze waarop hij rekening houdt met andere bij het beheer en de afwikkeling van de boedel betrokken belangen [en voor de wijze waarop hij rekening houdt met andere bij het beheer en de afwikkeling van de boedel betrokken belangen]<sup>[8.1]</sup> en voor de wijze waarop hij bij dat beheer of die afwikkeling uiteenlopende, soms wat tegenstrijdige belangen tegen elkaar afweegt.”

### 2.16

Het hof is tot het oordeel gekomen dat de curator hier gebonden is aan regels, te weten de rechten van [verweerder] als verhuurder en eigenaar die hij moet respecteren en nakomen. De curator is naar de vaststelling van het hof niet bevoegd zonder instemming van de verhuurder/eigenaar de winkelruimte tijdens de opzeggingsperiode in gebruik te geven aan een derde. In de gegeven omstandigheden heeft de curator volgens het hof onzorgvuldig gehandeld. Het hof motiveert dat oordeel als volgt:

### “3.10

Naar het oordeel van het hof is in het onderhavige geval, anders dan in het hiervoor genoemde arrest en het door de kantonrechter aangehaalde Maclou-arrest, geen sprake van een situatie waarin de curator een ruime mate van vrijheid heeft in de wijze waarop hij zijn taak als beheerder en vereffenaar van de boedel uitvoert, maar is hij gebonden aan regels, in dit geval de rechten van [verweerder] als verhuurder en eigenaar, die hij moet respecteren en nakomen. Zoals hiervoor reeds overwogen is de curator bevoegd om maatregelen te treffen om uitvoering te geven aan de verplichting om de winkelruimte te ontruimen. Anders dan de curator betoogt, is hij (ook al heeft de failliet het huurgenot) niet bevoegd om zonder instemming van de verhuurder/eigenaar de winkelruimte tijdens de opzeggingsperiode in gebruik te geven aan een derde, ook niet wanneer — naar de curator stelt, maar [verweerder] betwist — de ingebruikgeving is gedaan met het oog op een mogelijke doorstart. Ook in dat geval blijft de bevoegdheid om het huurgenot van de winkelruimte aan een derde te verschaffen uitsluitend bij de verhuurder rusten. Van dit uitgangspunt is in de rechtspraak alleen afgeweken in gevallen waarin de curator de verhuurder verzocht om de indeplaatsstelling van een bepaalde huurder met het oog op een doorstart van de failliete onderneming en sprake was van misbruik van bevoegdheid van de verhuurder of waarin de opzegging ex artikel 39 Fw of het vasthouden daaraan door de verhuurder naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar werd geacht. Dat in het onderhavige geval zich een dergelijke uitzonderingssituatie voordeed, is gesteld noch gebleken. Bij de beoordeling van de vraag of de curator zich jegens [verweerder] onzorgvuldig van zijn taak heeft gekweten, neemt het hof voorts in aanmerking dat de curator naast het feit dat hij de winkelruimte ten onrechte aan een derde ter beschikking heeft gesteld en ondanks dat de curator daartoe de mogelijkheid had, aan [verweerder] geen enkele waarborg heeft verstrekt voor de nakoming van de verplichtingen uit de (gedurende de opzeggingsperiode nog lopende) huurovereenkomst. Ook acht het hof onzorgvuldig dat — blijkens de overgelegde correspondentie — de curator [verweerder] in een vroeg stadium heeft bericht dat een doorstart in onderzoek was, maar hij, ondanks verzet van [verweerder] tegen ingebruikgeving aan een derde en zijn herhaalde verzoeken om informatie over en contact met de potentiële nieuwe huurder, deze pas heeft verstrekt nadat hij de winkelruimte reeds aan [B] ter beschikking had gesteld. Naar het oordeel van het hof klaagt [verweerder] terecht dat hij daardoor is gehinderd in zijn besluitvorming en dat dit heeft geleid tot vertraging in het vinden van een nieuwe huurder.”

### 2.17

Aldus heeft het hof de conclusie getrokken dat de curator persoonlijk aansprakelijk is voor de door [verweerder] geleden schade. Deze schade bestaat er volgens het hof uit dat de curator zonder daartoe gerechtigd te zijn de winkelruimte aan [B] ter beschikking heeft gesteld en daarbij een bate voor de boedel heeft bedongen die niet aan [verweerder] ten goede is gekomen. Daartoe wordt overwogen als volgt:

### “3.11

Naar het oordeel van het hof is het handelen van de curator onder de hiervoor genoemde omstandigheden dermate onzorgvuldig en — mede in het licht van de rechtspraak over huuropzegging en indeplaatsstelling — zo ongebruikelijk, dat

de curator het onjuiste van zijn handelen moet hebben ingezien, althans redelijkerwijze behoorde in te zien, zodat hem een persoonlijk verwijt van zijn onzorgvuldig handelen kan worden gemaakt. Het hof acht de curator in navolging van de kantonrechter dan ook persoonlijk aansprakelijk voor de door [verweerder] als gevolg van dit handelen geleden schade. Die schade bestaat eruit dat de curator zonder daartoe gerechtigd te zijn de winkelruimte aan [B] ter beschikking heeft gesteld en daarbij een bate voor de boedel heeft bedongen die niet — hoewel dat wel voor de hand had gelegen — aan [verweerder] ten goede is gekomen. Immers, als gevolg van de omvang van de (hoog) preferente boedelvorderingen (waaronder het salaris van de curator) is de boedelvordering van [verweerder] onbetaald gebleven, terwijl door zijn optreden de curator [verweerder] de mogelijkheid [lees: heeft] ontnomen om zelf een gebruiksvergoeding bij [B] te bedingen, in welk geval [verweerder] wel betaald zou zijn voor de ingebruikgeving c.q. onderhuur van het pand gedurende de opzegtermijn.”

## 2.18

Het hof acht causaal verband aanwezig tussen de onrechtmatig geachte gedragingen van de curator en de schade van [verweerder] en overweegt daartoe:

### “3.12

Nu vaststaat dat [B] bereid was om een vergoeding te voldoen en deze ook aan de curator heeft betaald, is causaal verband aanwezig tussen de onrechtmatig geachte gedragingen van de curator en de schade van [verweerder], bestaande uit het bedrag dat [verweerder] is misgelopen aan gebruiksvergoeding door [B]. De stelling van de curator dat [verweerder] niet heeft aangetoond dat hij tijdens en na de opzeggingsperiode een andere huurder zou hebben gevonden, is daarbij niet relevant. Het gaat er in het onderhavige geval nu juist om dat de curator — zonder daartoe gerechtigd te zijn — het pand van [verweerder] aan een derde in gebruik dan wel in onderhuur heeft gegeven (als gevolg waarvan wel de boedel, maar niet [verweerder] is gebaat).”

## 2.19

Het hof is aldus tot het oordeel gekomen dat de grieven falen. Tegen de hoogte van het door de kantonrechter vastgestelde schadebedrag is, zo vervolgt het hof, niet gegriefd. Het hof bekrachtigt daarom het bestreden vonnis. Het hof overweegt:

### “3.13

Het voorgaande voert tot de slotsom dat de overige grieven (5 t/m 15) falen. Nu tegen de hoogte van het door de kantonrechter vastgestelde schadebedrag niet afzonderlijk is gegriefd, kan ook dit onderdeel in stand blijven.

#### *4 De slotsom*

### 4.1

De grieven falen, zodat het bestreden vonnis moet worden bekrachtigd.

### 4.2

Als de (overwegend) in het ongelijk te stellen partij zal het hof [eiser 1] q.q. en mr. [eiser 2] pro se in de kosten van het hoger beroep veroordelen. (...)”

## 2.20

[Eisers] hebben bij procesinleiding van 14 juni 2017 — derhalve tijdig — cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van 14 maart 2017. Op 25 augustus 2017 hebben [eisers] — na door Uw Raad in de gelegenheid te zijn gesteld tot herstel van gebreken — een aanvullende procesinleiding ingediend. Bij tussenarrest van 13 oktober 2017 heeft Uw Raad als nieuwe datum voor verschijning van [verweerder] 10 november 2017 bepaald en bevolen dat dit door [eisers] bij exploit aan [verweerder] wordt aangezegd. Op 24 oktober 2017 is een daartoe strekkend exploit aan [verweerder] betekend. [Verweerder] is niet in het geding in cassatie verschenen. Op 16 februari 2018 hebben [eisers] hun standpunt schriftelijk doen toelichten.

## 3. Bespreking van de cassatieklachten

### 3.1

De procesinleiding in cassatie bevat zeven onderdelen en een restklacht. De onderdelen bestaan ieder uit een klacht met afzonderlijke toelichting. Het vijfde onderdeel valt uiteen in de subonderdelen V.A en V.B en bevat aldus twee klachten met afzonderlijke toelichtingen.

### 3.2

*Onderdeel I* (randnummers 1.-8. van de procesinleiding) richt zich tegen het oordeel in rov. 3.6 dat de onderhavige verplichting tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten van de curator in haar hoedanigheid kwalificeert als een boedelschuld. Volgens het onderdeel is sprake van een onjuiste kwalificatie van de vordering uit hoofde van de schending

van de huurovereenkomst. De schadevergoedingsvordering zou, zo verdedigt het onderdeel, een verifieerbare vordering en geen boedelvordering zijn. Randnummer 1. van de procesinleiding bevat de volgende klacht:

“Ten onrechte heeft het Hof in rov. 3.6 overwogen dat de vordering uit hoofde van het actief tekort schieten door de curator q.q. in het nakomen van de voor faillietverklaring aangegane huurovereenkomst kwalificeert als schuld die het gevolg is van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting, i.e. een boedelschuld op grond van categorie (iii) van *Koot Beheer/Tideman q.q.*”

In de toelichting wordt daarover het volgende opgemerkt. Deze klacht gaat over de vraag naar het rechtsgevolg van niet-nakoming van een vóór het faillissement gesloten overeenkomst (randnummer 2. van de procesinleiding). In het arrest *Berzona* is onder meer overwogen dat het uitspreken van het faillissement niet tot gevolg heeft dat de curator een bevoegdheid of vordering toekomt die de wet of de overeenkomst hem niet toekent. Het arrest *Berzona* heeft naar de mening van [eisers] echter geen betrekking op verbintenissen die de schuldenaar verplichten tot een niet-doen, zoals hier het verbod van onderverhuur (randnummers 3. en 4. van de procesinleiding). In dat geval geldt de hoofdregel uit het arrest *Koot/Tideman q.q.* dat een verifieerbare vordering ontstaat indien de curator verplichtingen niet nakomt die door de schuldenaar voor de datum van het faillissement zijn aangegaan (randnummer 5. van de procesinleiding). Er is dan ook geen sprake van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis (randnummer 6. van de procesinleiding). De geschonden verplichting ziet op een overeenkomst van vóór de faillissementsdatum die niet wordt nagekomen (randnummer 7. van de procesinleiding). De aan de curator verweten gedraging en de daarop geënte schadevergoedingsvordering is dus geen boedelschuld, maar valt onder het bereik van art. 37a Fw (randnummer 8. van de procesinleiding).

### 3.3

Bij de bespreking van dit onderdeel stel ik het volgende voorop.

### 3.4

Uitgangspunt is dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten en dan ook niet leidt tot wijziging van de daaruit voortvloeiende verbintenissen.<sup>[9.]</sup> In het arrest *Nebula*<sup>[10.]</sup> oordeelde Uw Raad in rov. 3.5 echter dat dit niet betekent dat een schuldeiser jegens zijn failliete wederpartij de rechten uit duurovereenkomsten kan blijven uitoefenen alsof er geen faillissement was.

### 3.5

In dit verband wordt opgemerkt dat, zoals blijkt uit art. 37 lid 1 Fw, de curator in beginsel de mogelijkheid heeft om wederkerige overeenkomsten niet gestand te doen en dus de daaruit voortvloeiende verbintenissen (‘passief’) niet na te komen.<sup>[11.]</sup> Uiteraard blijft dat dan niet zonder gevolgen. Indien de curator de overeenkomst niet gestand doet, kan de wederpartij deze ontbinden, na de weg van art. 37 lid 1 Fw te hebben gevolgd, en heeft zij daarnaast een vordering wegens het tekortschieten in de nakoming van de overeenkomst, die zij op grond van art. 37a Fw ter verificatie in het faillissement kan indienen.<sup>[12.]</sup> Art. 37a Fw bepaalt dat de wederpartij voor vorderingen die zij uit hoofde van ontbinding of vernietiging van een vóór de faillietverklaring met de schuldenaar gesloten overeenkomst op deze heeft verkregen, of die strekken tot schadevergoeding ter zake van tekortschieten in de nakoming van een vóór de faillietverklaring op deze verkregen vordering, als concurrent schuldeiser in het faillissement kan opkomen.<sup>[13.]</sup>

### 3.6

In het arrest *Berzona*<sup>[14.]</sup> heeft Uw Raad de rechtsregel uit het arrest *Nebula* verduidelijkt.<sup>[15.]</sup> Uw Raad stelde in rov. 3.6.2 van het arrest *Berzona* wederom voorop dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten en dan ook niet leidt tot wijziging van de daaruit voortvloeiende verbintenissen. De curator heeft echter, zo vervolgde Uw Raad, zoals blijkt uit art. 37 lid 1 Fw, in beginsel de mogelijkheid om overeenkomsten niet gestand te doen en dus de daaruit voortvloeiende verbintenissen niet na te komen. In rov. 3.6.3 overwoog Uw Raad vervolgens dat de aan de curator ten dienste staande mogelijkheid om uit overeenkomst voortvloeiende verbintenissen (‘passief’) niet na te komen, verbintenissen betreft die uit of ten laste van de boedel moeten worden voldaan. Uw Raad overwoog verder in rov. 3.6.4 dat het uitspreken van het faillissement niet tot gevolg heeft dat de curator ook (‘actief’) een bevoegdheid of vordering toekomt die de wet of de overeenkomst hem niet toekent. Dit zou immers in strijd komen met het beginsel dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten, dat bij de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 BW is bevestigd.

### 3.7

In het arrest *Berzona* worden voorbeelden genoemd van passieve en actieve niet-nakoming door de curator. Bij passief niet nakomen kan onder meer worden gedacht aan verbintenissen tot betaling, tot afgifte van een zaak of tot vestiging van een recht. Onder actief niet nakomen valt bijvoorbeeld het door de curator als verhuurder ontruimen of opeisen van het gehuurde wanneer de huurovereenkomst nog loopt.



### 3.8

Naar aanleiding van het arrest *Berzona* is de vraag gerezen of de curator ook een verplichting van de schuldenaar (jegens een schuldeiser) tot een *niet-doen* oftewel *nalaten*, dient te respecteren.<sup>[16.]</sup> In de prejudiciële beslissing van 23 maart 2018 in de zaak *Credit Suisse Brazil* [...] q. d.<sup>[17.]</sup> heeft Uw Raad die vraag beantwoord. Uw Raad heeft (onder verwijzing naar het arrest *Berzona*) overwogen dat een curator niet de bevoegdheid heeft om een voortdurende prestatie die bestaat uit een dulden of nalaten te beëindigen. Uw Raad overwoog in dit verband als volgt:

#### “3.5.1

Het faillissement heeft geen invloed op bestaande wederkerige overeenkomsten en leidt dan ook niet tot wijziging van de daaruit voortvloeiende verbintenissen (Van der Feltz I, p. 409). Dit uitgangspunt is bij de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 BW bevestigd (Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 387-390). Het ligt mede ten grondslag aan de regeling van de art. 37-40 Fw. Met dit uitgangspunt is echter nog niet beslist hoe deze verbintenissen in faillissement moeten worden behandeld. Het antwoord op die vraag hangt mede af van het fixatiebeginsel, dat inhoudt dat door de intrede van het faillissement de rechtspositie van alle bij de boedel betrokkenen onveranderlijk wordt (o.m. HR 18 december 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0106, *NJ* 1988/340 en Van der Feltz II, p. 126). Het fixatiebeginsel vindt zijn uitdrukking onder meer in art. 24 Fw, waarin is bepaald dat de boedel niet aansprakelijk is voor verbintenissen van de schuldenaar die na faillietverklaring ontstaan, tenzij de boedel ten gevolge daarvan is gebaat.

#### *Bestaande verbintenissen*

Art. 37 lid 1 Fw, in beginsel de mogelijkheid om wederkerige overeenkomsten niet gestand te doen en dus de daaruit voortvloeiende verbintenissen (‘passief’) niet na te komen. Indien een verbintenis uit de boedel moet worden voldaan, dient de daarop betrekking hebbende vordering in dat geval op grond van art. 26 Fw ter verificatie in het faillissement te worden ingediend, waarbij in voorkomend geval art. 133 Fw moet worden toegepast. Indien de curator de overeenkomst niet gestand doet, kan de wederpartij deze ook ontbinden, na de weg van art. 37 lid 1 Fw te hebben gevolgd, en heeft zij daarnaast een vordering wegens het tekortschieten in de nakoming van de overeenkomst, die zij op grond van art. 37a Fw ter verificatie in het faillissement kan indienen.

*De faillissementstoestand geeft de curator niet de bevoegdheid om een door de schuldenaar voor het faillissement verrichte prestatie (‘actief’) ongedaan te maken of een voortdurende prestatie voor zover deze bestaat uit een dulden of nalaten, te beëindigen, zoals door intrekking van een verleende licentie of opeising van een verhuurde zaak [cursivering A-G]. Dit zou immers in strijd komen met het hiervoor in 3.5.1 vermelde uitgangspunt [het uitgangspunt dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten en niet leidt tot wijziging van de daaruit voortvloeiende verbintenissen, A-G] (vgl. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, *NJ* 2014/407 (*Berzona*), rov. 3.6.4).”*

### 3.53

Daarmee acht ik alle klachten van [eisers] ongegrond.

## 4. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

#### Voetnoten

##### [1.]

De feitenweergave is — behoudens andere vermelding — gebaseerd op de onbestreden rov. 2.1-2.11 van het eindarrest van 14 maart 2017.

##### [2.]

De omschrijving van de vordering (randnummer 2.2 van deze conclusie) is ontleend aan rov. 3.1. van het eindvonnis. De samenvatting van de uitspraak van de kantonrechter (randnummers 2.3, 2.4 en 2.5 van deze conclusie) is gebaseerd op rov. 3.2 van het eindarrest. De weergave van de grieven (randnummer 2.7 van deze conclusie) berust op rov. 3.3 van het eindarrest. De weergave van het procesverloop in hoger beroep in randnummers 2.7-2.8 van deze conclusie is mede gebaseerd op rov. 2.1 van het tussenarrest van 16 februari 2016 en rov. 1.2 van het eindarrest.

##### [3.]

In de gedingstukken wordt gesproken over ‘verbod tot onderhuur’. In deze conclusie houd ik (behalve in de citaten) telkens de mijns inziens duidelijker aanduiding ‘verbod van onderverhuur’ aan.

##### [4.]

Het vonnis vermeldt op een aantal plaatsen ‘[B]’ in plaats van ‘[B]’.

##### [5.]

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

##### [6.]

Hof Arnhem-Leeuwarden 14 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2116, *JOR* 2017/245 m.nt. F.B. Bosvelt. Het arrest is tevens besproken in de bijdrage

[\[7.\]](#)

Ook wanneer wordt gedoeld op mr. [eiser 2] verwijst het hof in de mannelijke vorm naar de curator.

[\[8.\]](#)

Deze zinsnede lijkt door het hof abusievelijk tweemaal te zijn vermeld.

[\[9.\]](#)

Zie onder meer S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, Heruitgave Van der Feltz I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 409 en HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, *RvdW* 2018/363 (*Credit Suisse Brazil*[...] q.q), rov. 3.5.1.

[\[10.\]](#)

HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, *NJ* 2007/155 m.nt. P. van Schilfgaarde, *JOR* 2007/76 m.nt. S.C.J.J. Kortmann en S.E. Bartels en *Ondernemingsrecht* 2007/91 m.nt. R.J. van Galen. Naar aanleiding van het arrest *Nebula* zijn in de literatuur diverse beschouwingen verschenen over 'het recht van de curator op wanprestatie', waarbij de vraag is opgekomen hoever dit recht reikt. Zie G.A.J. Boekraad, 'Het recht op wanprestatie van de faillissementscurator naar aanleiding van het Nebula-arrest (HR 3 november 2006, *RvdW* 2006, 1033)', *MvV* 2007, p. 46-53, T.T. van Zanten, 'Het recht van de curator op wanprestatie', *Tvl* 2007, p. 40-51, N.C. van Oostrom-Streep, 'Verplichtingen tot dulden en niet doen versus die tot een doen, ofwel is het *Nebula*-arrest nu echt zo verrassend?', *WPNR* 6720 (2007), p. 667-670, F.M.J. Verstijlen, 'Het eigendomsvoorbehoud in nevelen', *WPNR* 6725 (2007), p. 824-829, R.M. Wibier, 'Het Nebula-arrest en het Voorontwerp Insolventiewet: (n)iets nieuws onder de zon', *NTBR* 2008, p. 445-452 en A. Slaski, 'De gebondenheid van de curator aan overeenkomsten', in I. Spinath e.a. (red.), *Curator en crediteuren*, INSOLAD jaarboek 2009, p. 114-118.

[\[11.\]](#)

HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, *RvdW* 2018/363 (*Credit Suisse Brazil*[...] q.q), rov. 3.5.2.

[\[12.\]](#)

Eveneens HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, *RvdW* 2018/363 (*Credit Suisse Brazil*[...] q.q), rov. 3.5.2.

[\[13.\]](#)

Art. 37 Fw geldt voor alle wederkerige overeenkomsten. De wet kent echter een aantal bijzondere bepalingen over opzegging respectievelijk ontbinding van bepaalde overeenkomsten na faillietverklaring, te weten termijnhandel (art. 38 Fw), (scheeps)huurkoop (art. 38a Fw), huur en pacht (art. 39 Fw) en arbeidsovereenkomsten (art. 40 Fw). Zie N.J. Polak en M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 4.7.1.7.

[\[14.\]](#)

HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, *NJ* 2014/407 m.nt. F.M.J. Verstijlen en *JOR* 2015/175 m.nt. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt (*Berzona*) en over dat arrest bijvoorbeeld N.J. Polak en M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 4.7.1.2 alsmede, in kritische zin, R.M. Wibier 'De Hoge Raad op drift?', *WPNR* 7046 (2015), p. 53-55. Wibier wijst erop dat verbintenissen tot een doen eenvoudig zijn te herformuleren tot verbintenissen die verplichten tot een dulden.

[\[15.\]](#)

Zie in dit verband bijvoorbeeld T.T. van Zanten, 'Geen Nebula, maar Berzona: de curator heeft toch geen recht op wanprestatie!', *Tvl* 2014, p. 188: "Sinds het *Nebula*-arrest leek met recht te kunnen worden gezegd dat de curator ten aanzien van door de schuldenaar aangegane verbintenissen recht heeft op niet-nakoming of beeldender: *recht op wanprestatie*. [...] Maar het recht van de curator op wanprestatie is niet meer. Op 11 juli jl. is de Hoge Raad op zijn schreden teruggekeerd. In *ABN AMRO/Berzona* oordeelde hij dat het uitspreken van het faillissement niet tot gevolg heeft dat de curator een bevoegdheid of vordering toekent die de wet of overeenkomst niet toekent, zoals tot ontruiming of ophefing van het gehuurde als de huurovereenkomst nog loopt."

[\[16.\]](#)

Zie daarover T.T. van Zanten, 'Geen Nebula, maar Berzona: de curator heeft toch geen recht op wanprestatie!', *Tvl* 2014, p. 194 (rechter kolom) en B.A. Keizers, 'Niet-nakoming van negatieve verplichtingen in faillissement: *mission impossible* van de curator?', *Ars Aequi* 2015, p. 670-671. Van Zanten bepleitte overigens een ontkennend antwoord op deze vraag en Keizers stond een bevestigende beantwoording voor.

[\[17.\]](#)

HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, *RvdW* 2018/363. Zie hierover onder meer J.J. van Hees en A. Ourhris, 'Kroniek van het insolventierecht', *NJB* 2018, p. 1076-1077, annotatie G. te Winkel, N.A. van Loo en E.S. Ebels in *JIN* 2018/72 en annotatie J.L. Snijders in *JIN* 2018/94.