

handen staat (men stuit dan wel op de moeilijkheid dat moet worden beoordeeld of en in hoeverre de verzekeringspenningen het tenietgagene eigendomsrecht onder opschortende voorwaarde representeren, waarover Verheul, a.w., p. 248 en p. 332-339). Maar in beide gevallen kunnen deze kwetsbaarheden van het eigendomsvoorbehoud worden voorkomen (zie voor subrogatie Verheul, a.w., p. 411 en voor de verzekeringsproblematiek p. 245-246), zodat men – wanneer men deze probleemgevallen vooraf heeft onderkend – evengoed het eigendomsvoorbehoud op afwijkende wijze kan vormgeven.

E.F. Verheul,  
universitair docent aan de Rijksuniversiteit Groningen

## 312

Rechtbank Rotterdam  
1 augustus 2018, rolnr. HA ZA 17-851,  
ECLI:NL:RBROT:2018:7569  
(mr. Van Buchem)  
Noot mr. R.J. van der Weijden

**Erkenning van volledige door verhuurder ingediende huurschuld naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar. Verrekening tijdens faillissement. Geen verrekening mogelijk van verplichting tot teruggave ex art. 47 Fw met een op art. 39 Fw gebaseerde boedelvordering (post-faillissementsvordering). Rechtsregel uit Kuijsters/Gaalman q.q. van toepassing. Doel en strekking art. 47 en 51 Fw. Verwijzing naar HR 27 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0343 (AMRO/Den Hollander q.q.); Hof Arnhem 2 augustus 1988, ECLI:NL:GHARN:1988:AB8062; HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1465 (Kuijsters/Gaalman q.q.); Hof 's-Gravenhage 9 november 2004, «JOR» 2005/283; HR 12 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1581 (Eindhoven/Aliaz); HR 9 oktober 2009, «JOR» 2009/286, m.nt. Leijten (Bovast/Rosenberg Polak q.q.); Rb. Utrecht 3 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU7699; Rb. Rotterdam 12 september 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX8521; HR 12 april 2013, «JOR» 2013/193, m.nt. JJvH (Megapool) en HR 23 maart 2018, «JOR» 2018/254, m.nt. NEDF en Vermunt (Credit Suisse/Jongepier q.q.).**

[Fw art. 37, 38, 39, 40, 42, 47, 53; BW art. 6:127, 6:248 lid 2]

*Het faillissement heeft geen invloed op bestaande wederkerige overeenkomsten en leidt dan ook niet tot wijziging van de daaruit voortvloeiende verbin-  
tenissen. Dit uitgangspunt is bij de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 BW bevestigd. Het ligt mede ten grondslag aan de regeling van art. 37-40 Fw. De wet gaat ervan uit dat ten tijde van de failliet-  
verklaring bestaande duurverplichtingen blijven doorlopen in het faillissement. Dat geldt ook voor de duurverplichting die de grond vormt van de verplichting van de schuldenaar/gefaillieerde om periodiek de tegenprestatie daarvoor te voldoen, zoals de betaling van huur. Zolang de wederpartij die duurverplichting blijft nakomen, blijft daarom*

telkens de tegenprestatie door de schuldenaar verschuldigd (HR 23 maart 2018, «JOR» 2018/254, m.nt. NEDF en Vermunt (Credit Suisse/Jongepier q.q.)). Er zijn in bijzondere gevallen uitzonderingen denkbaar op het uitgangspunt dat het faillissement als zodanig geen wijziging brengt in bestaande verhoudingen (HR 12 april 2013, «JOR» 2013/193, m.nt. JJvH (Megapool)). Laatstgenoemd arrest stelt buiten twijfel dat er grenzen zijn aan de faillissementsbestendigheid van partijafspraken. In geval van faillissement komen alle schuldeisers (waaronder ook de wederpartij bij de overeenkomst met gefailleerde) in een rechtsverhouding tot elkaar te staan en geldt de tussen hen in acht te nemen redelijkheid en billijkheid. Ook in gevallen waarin de faillissementspauliana geen soelaas biedt, kan de curator derhalve ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers een beroep doen op de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid. De rechter dient echter terughoudend te zijn in de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW. Eiseres (in conventie) zou alleen dan geen recht hebben op erkenning van de volledige huurschuld als boedelschuld als dat in het licht van de relevante omstandigheden van het geval en gezien de over en weer bestaande belangen onaanvaardbaar is. De partij die zich erop beroept dat een tussen haar en de wederpartij als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is, omdat dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, draagt de stelplicht en bewijslast van de feiten en omstandigheden waaruit dit kan worden afgeleid (HR 12 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1581 (Eindhoven/Allianz)). De curator heeft onvoldoende gemotiveerd gesteld dat erkenning van de volledige huurschuld in het licht van de relevante omstandigheden van het geval en gezien de over en weer bestaande belangen onaanvaardbaar is. De verrekening met boedelschulden moet worden beoordeeld aan de hand van art. 6:127 e.v. BW en niet aan de hand van art. 53 Fw (HR 27 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0343 (AMRO/Den Hollander q.q.) en HR 9 oktober 2009, «JOR» 2009/286, m.nt. Leijten (Bovast/Rosenberg Polak q.q.)). Partijen verschillen van mening over de vraag of een vordering voortvloeiend uit een vernietiging op grond van art. 47 Fw voor verrekening met een boedelschuld in aanmerking komt. De curator voert aan dat uit HR 30 september 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1465 (Kuijsters/Gaalman q.q.) volgt dat een schuldeiser die verplicht is een bedrag aan de boedel te betalen als gevolg van een vernietiging door de curator met een beroep op de pauliana, deze schuld niet mag verrekenen met

een vordering op de boedel. Kuijsters/Gaalman q.q. heeft aanleiding gegeven tot een veelheid aan commentaren. In de lagere rechtspraak is een beroep op verrekening een aantal keer verworpen onder verwijzing naar het doel en de strekking van art. 42/47 Fw. De curator wijst in dit verband op het – overigens vóór Kuijsters/Gaalman q.q. gewezen – Hof Arnhem 2 augustus 1988, ECLI:NL:GHARN:1988:AB8062. Zie bijvoorbeeld ook Rb. Utrecht 3 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU7699; Rb. Rotterdam 12 september 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX8521 en Hof 's-Gravenhage 9 november 2004, «JOR» 2005/283. De uitspraken van Hof Arnhem, Rechtbank Utrecht en Rechtbank Rotterdam hebben met elkaar gemeen dat het in die zaken ging om de verrekening van een vordering op grond van art. 42/47 Fw van de curator met een prefaillissementsvordering op de gefailleerde. De voldoening van betreffende prefaillissementsvordering werd in betreffende zaken door de curator teruggedraaid met een beroep op de actio pauliana. Vervolgens was het diezelfde prefaillissementsvordering waarmee men de vordering van de curator trachtte te verrekenen. Betreffende prefaillissementsvorderingen golden als gevolg van de vernietiging “weer” als niet voldaan. Indien verrekening in die gevallen toelaatbaar zou worden geacht, dan zou de ongedaanmaking van de paulianeuze rechtshandeling een schuldeiser van de gefailleerde een feitelijke preferentie voor de prefaillissementsvordering verschaffen. Dat zou strijdig zijn met het doel van de vernietiging: het opheffen van de als gevolg van de paulianeuze rechtshandeling ontstane ongelijkheid en de ongedaanmaking van de benadeling van de overige schuldeisers. In Kuijsters/Gaalman q.q. deed zich een – gedeeltelijk – vergelijkbare situatie voor. Hoewel als gevolg van de constructie met de bank een vordering uit hoofde van subrogatie in verrekening werd gebracht in plaats van een (paulianeus betaalde) prefaillissementsvordering, was daarvan het resultaat dat met de paulianeuze rechtshandeling in verband met/ten behoeve van een prefaillissementsvordering een feitelijke preferentie in het leven werd geroepen ten nadele van de (overige) gezamenlijke schuldeisers. Iets dergelijks was ook aan de orde in de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van het Hof 's-Gravenhage. In de onderhavige zaak gaat het om de verrekening van de vordering op grond van art. 47 Fw met een op art. 39 Fw gebaseerde boedelschuld (een “post-faillissementsvordering”). De vraag die aldus moet worden beantwoord, is of de rechtsregel uit Kuijsters/Gaalman q.q. ook op die situatie van toepassing is. Indachtig

*het vooroverwogene wordt de curator in zijn standpunt gevolgd dat het doel en de strekking van art. 47 jo. 51 Fw aan verrekening met een boedelschuld uit hoofde van art. 39 Fw in de weg staat. Indien eiseres haar vordering op de boedel zou mogen verrekenen met de vordering voortvloeiend uit het vonnis van 15 februari 2017, dan zou – net als in Kuijsters/Gaalman q.q. – de als gevolg van de paulianeuze rechtshandeling opgetreden benadeling van schuldeisers niet volledig ongedaan worden gemaakt. Eiseres heeft weliswaar als concurrente boedelschuldeiser op grond van art. 39 Fw een bevoorrechte positie in het faillissement, maar haar vordering komt in de rangorde ná de preferente boedelvorderingen. Indien haar huurvordering via verrekening zou worden voldaan, dan zou er nog steeds sprake zijn van benadeling, namelijk van preferente boedelschuldeisers.*

X BV,  
eiseres in conventie,  
verweerster in reconventie,  
advocaat: mr. J.G.M. Stassen,  
tegen  
mr. Y, in hoedanigheid van curator in het faillissement van Ramblas Entertainment BV,  
gedaagde in conventie,  
eiser in reconventie,  
advocaat: mr. M.A.J. Hartman.

(...; red.)

## 2. De feiten

2.1. Ramblas Entertainment B.V. (hierna: Ramblas Entertainment) is op 1 december 1992 opgericht. Zij heeft een onderneming gedreven die zich bezighield met de exploitatie van een discotheek, gevestigd aan de [adres].

2.2. Enig aandeelhouder en bestuurder van Ramblas Entertainment is Ramblas Holding B.V. (hierna: Ramblas Holding). Ramblas Holding is tevens bestuurder van [bedrijf (eiser)]. Enig aandeelhouder van Ramblas Holding is [persoon]. [persoon] is eveneens enig aandeelhouder van [bedrijf (eiser)].

2.3. [bedrijf (eiser)] houdt zich (onder meer) bezig met het verhuren van onroerende zaken. Zij is eigenaar van het bedrijfspand aan de [adres] (hierna: het bedrijfspand).

2.4. [bedrijf (eiser)] heeft het bedrijfspand aan Ramblas Entertainment verhuurd. Daartoe hebben [bedrijf (eiser)] en Ramblas Entertainment op 19 december 2006 een huurovereenkomst gesloten voor de duur van vijf jaar, ingaande op 1 januari 2007. In 2011 zijn partijen een verlenging van de huurovereenkomst overeengekomen. De huurprijs is voor de periode 2007 – 2012 vastgesteld op € 630.360,00 per jaar en voor de periode 2012 – 2017 op € 690.000,00 per jaar. De huurprijs is in 2006 gebaseerd op een taxatierapport van Bureau Deltahuis, een bedrijf dat zich onder meer bezighoudt met taxaties. De huurprijs voor de periode 2012 – 2017 is ook gebaseerd op een taxatie van Bureau Deltahuis.

2.5. Op 22 juli 2014 heeft Ramblas Entertainment de exploitatie van de discotheek gestaakt. Op 19 augustus 2014 is Ramblas Entertainment in staat van faillissement verklaard met benoeming van de Curator als zodanig.

2.6. Op 30 augustus 2014 heeft [bedrijf (eiser)] de huurovereenkomst opgezegd. Bij brief van 16 september 2014 heeft de Curator [bedrijf (eiser)] geïnformeerd dat de huurovereenkomst uiterlijk op 30 november 2014 eindigt.

2.7. [bedrijf (eiser)] heeft een vordering van € 231.129,36 bij de Curator ingediend. De vordering betreft huurpenningen voor het bedrijfspand over de periode 19 augustus 2014 – 30 november 2014. [bedrijf (eiser)] heeft de Curator verzocht deze vordering als boedelschuld te erkennen.

2.8. De Curator heeft bij de rechtbank Rotterdam een procedure gevoerd tegen Ramblas Holding, [persoon] en [bedrijf (eiser)]. In deze procedure heeft de Curator onder andere een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad (selectieve (wan)betaling) tegen Ramblas Holding en [persoon] ingesteld. Voorts heeft de Curator jegens [bedrijf (eiser)] de vernietiging ex artikel 47 Fw gevorderd van door Ramblas Entertainment gepleegde rechtshandelingen, zijnde de betaling van huurpenningen aan [bedrijf (eiser)] ná 19 juni 2013 tot aan de datum van het faillissement.

2.9. Bij vonnis van 15 februari 2017 zijn Ramblas Holding en [persoon] op grond van artikel 6:162 BW hoofdelijk veroordeeld om aan de Curator een bedrag van € 359.300,00, vermeerderd met wettelijke rente, te betalen. [bedrijf (eiser)] is veroordeeld om een bedrag van € 333.300,00, vermeerderd met wettelijke rente, aan de boedel te betalen, onder de voorwaarde dat dit bedrag niet reeds door Ramblas Holding en/of [persoon]

is voldaan. Onder dezelfde voorwaarde is [bedrijf (eiser)] veroordeeld in de buitengerechtigde kosten en in de beslag- en proceskosten.

### 3. Het geschil

#### *In conventie*

3.1. [bedrijf (eiser)] vordert dat de rechtbank, bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

“1. [voor recht verklaart] dat de door [bedrijf (eiser)] ingediende huurvordering over de periode vanaf de datum van het faillissement tot de datum van feitelijke oplevering door de Curator, 19 augustus 2014 tot en met 30 november 2014, ter hoogte van € 231.129,36 kwalificeert als boedelschuld;

2. [voor recht verklaart] dat [bedrijf (eiser)] deze boedelschuld ter hoogte van € 231.129,36 mag verrekenen met al hetgeen zij op basis van het vonnis van 15 februari 2017 verschuldigd is;

3. de Curator [veroordeelt] in de kosten van deze procedure waaronder begrepen de nakosten en de wettelijke rente over dit bedrag van 8 dagen na betekening van het in deze te wijzen vonnis.”

3.2. [bedrijf (eiser)] heeft aan haar vordering sub 1 ten grondslag gelegd dat [bedrijf (eiser)] en Ramblas Entertainment een huurovereenkomst hebben gesloten op grond waarvan de huurprijs voor het bedrijfspand € 690.000,00 per jaar bedraagt. Dat komt neer op een bedrag van € 231.129,36 voor de periode 19 augustus 2014 tot en met 30 november 2014. Van de dag der faillietverklaring – zijnde 19 augustus 2014 – kwalificeert de huurprijs op grond van artikel 39 Fw als boedelschuld. [bedrijf (eiser)] baseert haar vordering sub 2 – de vordering tot verrekening – op artikel 6:127 BW.

3.3. Het verweer van de Curator strekt tot afwijzing van de vorderingen en veroordeling van [bedrijf (eiser)] in de kosten van deze procedure, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na het te wijzen vonnis, alsmede met veroordeling van [bedrijf (eiser)] in de nakosten van € 131,00 dan wel indien betekening plaatsvindt, van € 199,00.

3.4. De Curator stelt zich op het standpunt dat de huurprijs onzakelijk en te hoog is. Uit een in opdracht van de Curator door ADHOC Horecamakelaars B.V. (hierna: ADHOC) opgesteld taxatierapport volgt dat een huur van € 26.250,00 per maand marktconform is. De Curator acht zich

daarom slechts gehouden om voor de betreffende periode (de boedelperiode) maximaal een bedrag van € 89.758,06 als boedelschuld te erkennen.

3.5. Verrekening van de boedelschuld met de vordering van de Curator uit hoofde van het vonnis van 15 februari 2017 is volgens de Curator voorts niet mogelijk. Ramblas Holding en/of [persoon] zullen eerst door de Curator tot betaling worden aangesproken; tot die tijd is [bedrijf (eiser)] niet tot betaling bevoegd zoals vereist door artikel 6:127 BW. Voorts is het niet mogelijk om betaling van de betreffende vordering (een vordering op de boedel) af te dwingen, zoals eveneens door artikel 6:127 BW vereist. Een vordering uit hoofde van artikel 47 Fw kan voorts volgens de Curator niet worden verrekend met een boedelschuld. Daartegen verzet zich de ratio van dit artikel, alsmede de redelijkheid en de billijkheid.

#### *In reconventie*

3.6. De Curator vordert dat de rechtbank, bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

“voor recht verklaart dat de boedelhuurvordering ex art. 39 Fw van [ [bedrijf (eiser)] ] wordt vastgesteld op het bedrag zoals door ADHOC Horecamakelaars B.V. is getaxeerd;

[ [bedrijf (eiser)] ] veroordeelt in de kosten van deze procedure, onder bepaling dat (i) de proceskosten voldaan dienen te worden binnen veertien dagen na dagtekening van het in deze te wijzen vonnis, en – voor het geval voldoening binnen deze termijn niet plaatsvindt –, (ii) te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening, alsmede (iii) met veroordeling van [ [bedrijf (eiser)] ] in de nakosten somma van EUR 131, dan wel, indien betekening plaatsvindt, de somma van EUR 199.”

3.7. De onderbouwing van de vordering van de Curator is reeds opgenomen onder 3.4.

3.8. Het verweer van [bedrijf (eiser)] strekt tot afwijzing van de vorderingen en – bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad – veroordeling van de Curator in de kosten van de procedure, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na het te wijzen vonnis, alsmede met veroordeling van de Curator in de nakosten.

3.9. [bedrijf (eiser)] betwist dat de huurprijs te hoog of onzakelijk is. Zij betwist voorts de juistheid van de taxatie door ADHOC.

3.10. Op de stellingen van partijen zal hierna, voor zover van belang, nader worden ingegaan.

#### 4. De beoordeling in conventie en in reconventie De hoogte van de boedelschuld

4.1. Tussen partijen is niet in geschil dat de vordering van [bedrijf (eiser)] op Ramblas Entertainment betrekking heeft op de huur van het bedrijfspand na het faillissement van Ramblas Entertainment en dat een dergelijke huurvordering op grond van artikel 39 Fw moet worden aangemerkt als een boedelschuld. In geschil is de hoogte van de huurvordering.

4.2. [bedrijf (eiser)] baseert haar vordering op een tussen Ramblas Entertainment en [bedrijf (eiser)] in 2006 gesloten, en in 2011 verlengde, huurovereenkomst. Bij de verlenging is de huurprijs bepaald waartegen de Curator zich in deze procedure verzet. De Curator wijst ter onderbouwing van zijn standpunt onder andere op de volgende feiten en omstandigheden: (i) de eerder genoemde taxatie door ADHOC, (ii) het feit dat Ramblas Entertainment voor faillissement al jaren niet in staat was om de huur elke maand volledig te betalen en (iii) het feit dat Ramblas Entertainment vanaf 2009 steeds iets minder dan de door ADHOC getaxeerde huur heeft betaald. Voorts betwist de Curator de juistheid van de taxatie door Bureau Deltahuis.

4.3. De rechtbank begrijpt de stellingen van de Curator aldus dat hij een beroep doet op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW). In de gegeven omstandigheden komt [bedrijf (eiser)] volgens de Curator geen beroep toe op de bepaling uit de huurovereenkomst die [bedrijf (eiser)] het recht geeft op ontvangst van een huurprijs van € 690.000,00 per jaar. De rechtbank overweegt als volgt.

4.4. Het faillissement van Ramblas Entertainment heeft geen invloed op bestaande wederkerige overeenkomsten en leidt dan ook niet tot wijziging van de daaruit voortvloeiende verbintenissen. Dit uitgangspunt is bij de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 BW bevestigd. Het ligt mede ten grondslag aan de regeling van de artikelen 37-40 Fw. De wet gaat ervan uit dat ten tijde van de faillietverklaring bestaande duurverplichtingen blijven doorlopen in het faillissement. Dat geldt ook voor de duurverplichting die de grond vormt van de verplichting van de schuldenaar/gefaillieerde om periodiek de tegenprestatie daarvoor te voldoen, zoals de betaling van huur. Zolang de wederpartij die duurverplichting blijft nakomen, blijft daarom telkens de tegenprestatie door de schuldenaar verschuldigd (HR 23 maart 2018,

ECLI:NL:HR:2018:424, NJB 2018/700 («JOR» 2018/254, m.nt. NEDF en Vermunt (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*; red.)).

4.5. Er zijn in bijzondere gevallen uitzonderingen denkbaar op het uitgangspunt dat het faillissement als zodanig geen wijziging brengt in bestaande verhoudingen (HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9087, NJ 2013/224 («JOR» 2013/193, m.nt. JvH; red.) (Megapool)). Laatstgenoemd arrest stelt buiten twijfel dat er grenzen zijn aan de faillissementsbestendigheid van partijafspraken. In geval van faillissement komen alle schuldeisers (waaronder ook de wederpartij bij de overeenkomst met gefaillieerde) in een rechtsverhouding tot elkaar te staan en geldt de tussen hen in acht te nemen redelijkheid en billijkheid. Ook in gevallen waarin de faillissementspauliana geen soelaas biedt, kan de curator derhalve ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers een beroep doen op de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid. De rechter dient echter terughoudend te zijn in de toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW. [bedrijf (eiser)] zou alleen dan geen recht hebben op erkenning van de volledige huurschuld als boedelschuld als dat in het licht van de relevante omstandigheden van het geval en gezien de over en weer bestaande belangen onaanvaardbaar is.

4.6. De partij die zich erop beroept dat een tussen haar en de wederpartij als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is, omdat dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, draagt de stelplicht en bewijslast van de feiten en omstandigheden waaruit dit kan worden afgeleid (HR 12 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1581, NJ 2007/371). De Curator heeft – in het licht van de gemotiveerde en gedocumenteerde betwisting door [bedrijf (eiser)] van de feiten die de Curator aan zijn verweer ten grondslag heeft gelegd – onvoldoende gemotiveerd gesteld dat erkenning van de volledige huurschuld in het licht van de relevante omstandigheden van het geval en gezien de over en weer bestaande belangen onaanvaardbaar is.

4.7. In dit verband is van belang dat de Curator zijn standpunt dat de huurprijs te hoog is (en erkenning van de volledige huurschuld om die reden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is) baseert op een taxatierapport uit november 2014, terwijl de huur reeds is bepaald in 2011. Het rapport vermeldt als “waar-

depeildatum” 6 november 2014 en neemt – onder meer – in aanmerking de staat van het onderhoud en de marktsituatie per die datum. Dit rapport kan met andere woorden niet zonder meer de conclusie dragen dat de huur in 2011 te hoog is vastgesteld. Dat geldt ook voor de stelling dat [bedrijf (eiser)] niet de volledige overeengekomen huur kon opbrengen. Indachtig de hoge eisen die worden gesteld aan de toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW (in een faillissementssituatie) had het op de weg van de Curator gelegen om – minst genomen – een rapport te laten uitbrengen dat ingaat op de situatie per 2011.

4.8. Gelet op het voorgaande kan het verweer van de Curator niet slagen. De vordering sub 1 van [bedrijf (eiser)] zal dan ook worden toegewezen.

#### *Verrekening*

4.9. De verrekening met boedelschulden moet worden beoordeeld aan de hand van artikel 6:127 e.v. BW en niet aan de hand van art. 53 Fw (HR 27 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0343, NJ 1988/964 (AMRO/Den Hollander q.q.) en HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI7129, NJ 2009/596 («JOR» 2009/286, m.nt. Leijten; *red.*) (Bovast/Rosenberg Polak q.q.)). Op grond van artikel 6:127 lid 2 BW heeft een schuldenaar de bevoegdheid tot verrekening wanneer hij een prestatie te vorderen heeft die beantwoordt aan zijn schuld jegens dezelfde wederpartij (wederkerigheid), en hij bevoegd is zowel tot betaling van de schuld, als tot het afdwingen van de betaling van de vordering. Artikel 6:127 lid 3 BW voegt hieraan toe dat geen bevoegdheid tot verrekening bestaat, wanneer vordering en schuld in van elkaar gescheiden vermogens vallen.

4.10. Partijen verschillen van mening over de vraag of aan genoemde voorwaarden voor verrekening is voldaan. Daarnaast verschillen zij van mening over de vraag of een vordering voortvloeiend uit – kort gezegd – een vernietiging op grond van artikel 47 Fw voor verrekening met een boedelschuld in aanmerking komt. Volgens de Curator staan het doel en de strekking van artikel 47 jo. 51 Fw aan verrekening in de weg. De rechtbank ziet aanleiding om dit verweer van de Curator eerst te behandelen.

4.11. De Curator voert aan dat uit het arrest van de Hoge Raad van 30 september 1994 (ECLI:NL:HR:1994:ZC1465, NJ 1995/626 (Kuijsters/Gaalman q.q.)) volgt dat een schuldeiser die verplicht is een bedrag aan de boedel te betalen

als gevolg van een vernietiging door de curator met een beroep op de pauliana deze schuld niet mag verrekenen met een vordering op de boedel. De Hoge Raad overweegt in voornoemd arrest: “3.4 Middel II komt op tegen ’s Hof’s verwerping van het door Kuijsters gedane beroep op verrekening met een (voorwaardelijke) tegenvordering op de boedel groot f 1 000 000, die zij stelt geldend te kunnen maken uit hoofde van subrogatie in de rechten van de bank.

Veronderstellenderwijs aannemende dat de bank het door Kuijsters aan haar verpande saldo van voormelde depositorekening inderdaad had uitgewonnen of weldra zou uitwinnen, heeft het Hof geoordeeld dat de door Kuijsters ingeroepen verrekening ‘in strijd zou komen met doel en strekking van art. 42 Fw, dat immers beoogt de paritas creditorum te herstellen’. Ten overvloede heeft het Hof hieraan nog toegevoegd dat verrekening ook in strijd zou komen met het in art. 54F. tot uitdrukking komende beginsel van goede trouw. Eerstvermeld oordeel van het Hof is juist. Het Hof heeft, in cassatie tevergeefs bestreden, aangenomen dat de door de BV aan Kuijsters gedane betaling onverplicht was, dat deze betaling heeft geleid tot benadeling van de schuldeisers van de BV, en dat Kuijsters wist, althans behoorde te weten, dat die benadeling het gevolg van de betaling zou zijn. Het zou in strijd zijn met doel en strekking van art. 42F., in verbinding met art. 51 F., indien Kuijsters zich aan haar uit die bepaling voortvloeiende verplichting om het ontvangen bedrag in de boedel terug te brengen en aldus de ontstane ongelijkheid van crediteuren ongedaan te maken, zou kunnen onttrekken door dat bedrag aan een andere schuldeiser (de bank) te verpanden en zich vervolgens, na uitwinning, te beroepen op verrekening met de door subrogatie verkregen vordering van die schuldeiser op de boedel.”

4.12. Kuijsters/Gaalman q.q. heeft aanleiding gegeven tot een veelheid aan commentaren. Doel en strekking van de actio pauliana verzetten zich volgens Faber en Kortmann niet steeds tegen verrekening (AA 1995, p. 124 e.v.). Faber en Kortmann betogen overigens dat aan de voorwaarden voor verrekening in Kuijsters/Gaalman q.q. niet is voldaan, zodat de Hoge Raad had kunnen volstaan met een afwijzing op die grond. Ook Huizink komt tot die conclusie (Tvl 1995/1, p. 18).

4.13. Verschoof meent dat de Hoge Raad de kwestie terecht heeft afgedaan op de ratio van de artikelen 42 en 47 (AA 1995, p. 566 e.v.). Volgens Rank-Berenschot vormt het arrest een illustratie van de tendens om aan feitelijke doorbreking van de gelijkheid van schuldeisers paal en perk te stellen (NJB 1995, p. 783 e.v.). Van Schilfgaarde wijst er in zijn noot in de NJ op dat de Hoge Raad geen algemene regel geeft voor verrekening met een schuld die ontstaat doordat de curator de nietigheid inroept van een rechtshandeling op de voet van artikel 42 Fw e.v. De beslissing is volgens Van Schilfgaarde toegespitst op het geval dat degene die het paulianeus uitbetaalde ontvangt dat bedrag aan een andere schuldeiser verpand en zich vervolgens beroept op verrekening met de door subrogatie verkregen vordering. Niettemin vervolgt hij:

“Maar de zaak zou niet anders hebben gelegen indien de verpanding niet had plaats gevonden. Het zou toch bizar zijn indien Kuijsters haar oorspronkelijke vordering op de BV, die door de vernietiging van de betaling herleefde, met de vordering van de curator had kunnen verrekenen. M.i. zouden de zaken ook niet anders hebben gelegen indien Kuijsters een willekeurige andere vordering had willen verrekenen.”

4.14. In de lagere rechtspraak is een beroep op verrekening een aantal keer verworpen onder verwijzing naar het doel en de strekking van artikel 42/47 Fw. De Curator wijst in dit verband op het – overigens vóór Kuijsters/Gaalman q.q. gewezen – arrest van hof Arnhem (2 augustus 1988, ECLI:NL:GHARN:1988:AB8062, NJ 1989/890), waarin het Hof overweegt:

“Er kan geen compensatie plaatsvinden met de schuld die is ontstaan doordat de nietigheid van de betaling van een opeisbare vordering, als in art. 47 Fw aangegeven, door de curator, ten behoeve van de boedel, wordt ingeroepen. Art. 51 Fw, regelen de gevolgen van deze nietigheid, bepaalt in lid 1 uitdrukkelijk dat hetgeen door de nietige handeling uit het vermogen van de later gefailleerde is gegaan, door degene tegen wie de nietigheid is ingeroepen dient te worden teruggegeven. Met betrekking tot deze teruggave kan, zoals reeds overwogen, geen beroep worden gedaan op art. 53 Fw.

Uit de strekking van art. 51 Fw blijkt bovendien dat de wetgever bedoeld heeft dat bij een geslaagd beroep op art. 47 Fw de gevolgen van de nietige handeling ten opzichte van de boedel zo veel

mogelijk ongedaan gemaakt moeten worden. Dat brengt mee dat hetgeen ten onrechte betaald is moet worden terugbetaald en dat bij een herstel in de oude toestand van compensatie geen sprake kan zijn, omdat zulks ook al niet ten tijde van de betaling mogelijk was. De schuld van appellanten komt ook daarom niet voor compensatie in aanmerking, omdat zij is ontstaan na het faillissement, nl. door het inroepen van de nietigheid, ook al werkt die nietigheid terug. Tenslotte merkt het hof nog op dat voor een beroep op compensatie nodig is dat de partij die wil verrekenen een schuld heeft die te goeder trouw moet zijn ontstaan. Dat is i.c. niet het geval. De schuld van appellanten is immers op paulianeuze wijze ontstaan nl. door toepassing van art. 47 Fw.

Het betoog van appellanten als vermeld zou overigens tot onaanvaardbare consequenties leiden. In het door appellanten voorgestane systeem zou nl. schuld aan de curator ontstaan door het inroepen van de nietigheid op de voet van art. 47 Fw, aanstonds weer gecompenseerd kunnen worden met de vordering die ten grondslag lag aan de betaling waarvan nu juist de nietigheid is ingeroepen.”

Zie bijvoorbeeld ook: rechtbank Utrecht 3 november 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU7699, rechtbank Rotterdam 12 september 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX8521 en Hof 's-Gravenhage, 9 november 2004, ECLI:NLGHS-GR:2004:AU6070, JOR 2005/283.

4.15. De uitspraken van hof Arnhem, rechtbank Utrecht en rechtbank Rotterdam hebben met elkaar gemeen dat het in die zaken ging om de verrekening van een vordering op grond van artikel 42/47 Fw van de curator met een *prefaillissements*vordering op de gefailleerde. De voldoening van betreffende prefaillissementsvordering werd in betreffende zaken door de curator teruggedraaid met een beroep op de actio pauliana. Vervolgens was het diezelfde prefaillissementsvordering waarmee men de vordering van de curator trachtte te verrekenen. Betreffende prefaillissementsvorderingen golden als gevolg van de vernietiging “weer” als niet voldaan. Indien verrekening in die gevallen toelaatbaar zou worden geacht, dan zou de ongedaanmaking van de paulianeuze rechtshandeling een schuldeiser van de gefailleerde een feitelijke preferentie voor de prefaillissementsvordering verschaffen. Dat zou strijdig zijn met het doel van de vernietiging: het opheffen van de als gevolg van de paulianeuze rechtshande-

ling ontstane ongelijkheid en de ongedaanmaking van de benadeling van de overige schuldeisers (GS Faillissementswet, commentaar op artikel 42 Fw).

4.16. In Kuijsters/Gaalman q.q. deed zich een – gedeeltelijk – vergelijkbare situatie voor. Hoewel als gevolg van de constructie met de bank een vordering uit hoofde van subrogatie in verrekening werd gebracht in plaats van een (paulianeus betaalde) prefaillissementsvordering, was daarvan het resultaat dat met de paulianeuze rechtshandeling in verband met/ten behoeve van een prefaillissementsvordering een feitelijke preferentie in het leven werd geroepen ten nadele van de (overige) gezamenlijke schuldeisers. Iets dergelijks was ook aan de orde in de zaak die aanleiding gaf tot het arrest van het Hof Den Haag.

4.17. In onderhavige zaak gaat het om de verrekening van de vordering op grond van artikel 47 Fw met een op artikel 39 Fw gebaseerde boedelschuld (een “post-faillissementsvordering”). De vraag die aldus moet worden beantwoord is of de rechtsregel uit Kuijsters/Gaalman q.q. ook op die situatie van toepassing is. Volgens Wessels staat de ratio van artikel 51 Fw aan verrekening met een boedelschuld in de weg, althans in het geval de boedelschuld voortvloeit uit een met de curator aangegane rechtshandeling (Wessels Insolventierecht nr. III, 2013/3248):

“(…) ik zou de onmogelijkheid van verrekening willen bepleiten van de schuld uit art. 51 van de wederpartij met een vordering op de curator wegens een met deze uit anderen hoofde aangegane rechtshandeling. Niet verrekend kan bijvoorbeeld worden de postfaillissementsvordering op de curator wegens door de wederpartij (professioneel bewaarder) verdiend bewaarloon met een op haar ex art. 51 drukkende schuld, zijnde de terugbetaling van een in de vooravond van het faillissement verkregen betaling van een aantal openstaande facturen voor bewaarloon uit het verleden.”

4.18. Indachtig vooroverwogene volgt de rechtbank de Curator in zijn standpunt dat het doel en de strekking van artikel 47 jo. 51 Fw aan verrekening met een boedelschuld uit hoofde van artikel 39 Fw in de weg staat. Indien [bedrijf (eiser)] haar vordering op de boedel zou mogen verrekenen met de vordering voortvloeiend uit het vonnis van de rechtbank van 15 februari 2017, dan zou – net als in Kuijsters/Gaalman q.q. – de als gevolg van de paulianeuze rechtshandeling opgetreden benadeling van schuldeisers niet volledig ongedaan worden gemaakt. [bedrijf (eiser)] heeft wel-

iswaar als concurrente boedelschuldeiser op grond van artikel 39 Fw een bevoorrechte positie in het faillissement, maar haar vordering komt in de rangorde ná de preferente boedelvorderingen. Indien haar huurvordering via verrekening zou worden voldaan, dan zou er nog steeds sprake zijn van benadeling, namelijk van preferente boedelschuldeisers.

4.19. De slotsom is dat de vordering sub 2 van [bedrijf (eiser)] wordt afgewezen. De vraag of aan de voorwaarden van artikel 6:127 BW is voldaan behoeft daarmee geen nadere bespreking.

4.20. Nu partijen in conventie over en weer deels in het ongelijk zijn gesteld, zal de rechtbank de proceskosten in conventie compenseren in die zin dat iedere partij de eigen kosten dient te dragen.

### 5. De beoordeling in reconventie

5.1. Uit de beoordeling in conventie vloeit voort dat de vordering in reconventie niet kan worden toegewezen.

5.2. De Curator zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten in reconventie worden veroordeeld. (...; red.)

### 6. De beslissing

De rechtbank

*In conventie*

6.1. verklaart voor recht dat de door [bedrijf (eiser)] ingediende huurvordering van € 231.129,36 kwalificeert als boedelschuld;

*In reconventie*

6.2. wijst de vorderingen af;

6.3. veroordeelt de Curator in de proceskosten (...; red.);

6.5. verklaart dit vonnis in reconventie uitvoerbaar bij voorraad;

*In conventie en in reconventie*

6.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

### NOOT

1. De vraag die in de onderhavige procedure centraal staat, is of de verplichting tot teruggave van een vóór het faillissement paulianeus ontvangen huurbetaling (art. 51 lid 1 Fw) mag worden verrekend met een vordering op de boedel in verband met tijdens faillissement vervallen huurtermijnen (art. 39 Fw). Voor de verhuurder van de gefailleerde is deze vraag



met name van belang als sprake is van een negatieve boedel. Aan zijn boedelvordering is namelijk slechts een *concurrente* status verbonden. De curator hoeft deze pas te betalen nadat alle preferente boedelvorderingen zijn voldaan, en in geval van een negatieve boedel deelt de concurrente boedelvordering van de verhuurder pro rata met de overige concurrente boedelvorderingen. Vgl. HR 28 september 1990, NJ 1991/305, m.nt. PvS (*De Ranitz q.q./Ontvanger*). Verder geldt voor de verhuurder dat hij bij een (dreigende) negatieve boedel geen betaling van zijn boedelvordering kan afdwingen door de curator te dagvaarden en het toewijzend vonnis ten uitvoer te leggen. Vgl. HR 31 oktober 2014, «JOR» 2015/55, m.nt. Boekraad (*CZ/Scholtes q.q.*). Indien de verhuurder zijn vordering op de boedel kan verrekenen met zijn schuld aan de boedel zou hem dit dus een feitelijke voorrang verschaffen boven de overige boedelschuldeisers. Of verrekening is toegestaan, moet worden bepaald aan de hand van art. 6:127 e.v. BW. Art. 53 e.v. Fw mist toepassing bij verrekening van boedelschulden met boedelvorderingen. Zie HR 27 mei 1988, NJ 1988/964 (*AMRO/Den Hollander q.q.*) en HR 9 oktober 2009, «JOR» 2009/286, m.nt. Leijten (*Bovast/Rosenberg Polak q.q.*).

2. De onderhavige procedure betreft een ander geval dan in HR 30 september 1994, NJ 1995/626 (*Kuijsters/Gaalman q.q.*). In dat arrest ging het om verrekening van de teruggaveverplichting van art. 51 lid 1 Fw met een *faillissementsvordering*. De Hoge Raad oordeelde dat verrekening in dat geval niet is toegestaan, omdat het “in strijd [zou] zijn met doel en strekking van art. 42F, in verbinding met art. 51 F, indien Kuijsters zich aan haar uit die bepaling voortvloeiende verplichting om het ontvangen bedrag in de boedel terug te brengen en aldus de ontstane ongelijkheid van crediteuren ongedaan te maken, zou kunnen onttrekken door (...) zich (...) te beroepen op verrekening”. De uitkomst van dit arrest spreekt voor zich. Het zou afbreuk doen aan de effectiviteit van de faillissementspauliana indien *als gevolg* van een succesvol beroep op dit instrument een (door de vernietiging herleefde) vordering kan worden verrekend die *zonder* het beroep op de faillissementspauliana in beginsel slechts ter verificatie kan worden ingediend. In veel gevallen zou het door de paulia-

neuze rechtshandeling veroorzaakte nadeel dan niet of niet volledig ongedaan kunnen worden gemaakt.

3. Kan de teruggaveverplichting van art. 51 lid 1 Fw wél worden verrekend met een vordering op de *boede*? De literatuur is hierover verdeeld. Tot een bevestigend antwoord op deze vraag komen S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, ‘Kuijsters/Gaalman q.q.’, AA 1995/2, p. 133, 574-575 en 774; J.T. Jol, ‘Aspecten van verrekening tijdens faillissement en surséance van betaling’, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 205; F.P. van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1998, p. 250 en Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005, nr. 330. Faber stelt onder meer dat het doel en de strekking van de faillissementspauliana zich niet tegen verrekening zouden verzetten, omdat de faillissementspauliana de onderlinge verhouding tussen boedelschuldeisers niet beoogt te beschermen. In tegenstelling tot Kortmann, Faber, Jol en Van Koppen betogen Van Schilfgaarde en Wessels dat verrekening met een boedelvordering niet mogelijk zou moeten zijn. Zie P. van Schilfgaarde, annotatie onder HR 30 september 1994, NJ 1995/262 (*Kuijsters/Gaalman q.q.*), onder 7 en B. Wessels, *Insolventierecht Deel III. Gevolgen van de faillietverklaring* (2), Deventer: Kluwer 2013, nr. 3248. Zij menen dat verrekening met een boedelvordering – net als verrekening met een faillissementsvordering – in strijd zou zijn met het doel en de strekking van de faillissementspauliana.

4. In de onderhavige procedure bij de Rechtbank Rotterdam betrof het als gezegd een boedelvordering van de verhuurder in verband met tijdens faillissement vervallen huurtermijnen (art. 39 Fw). De rechtbank oordeelt dat het doel en de strekking van de faillissementspauliana in casu in de weg staan aan verrekening met de teruggaveverplichting uit art. 51 lid 1 Fw (zie r.o. 4.18). Wat opvalt, is dat de rechtbank in de opbouw naar dit oordeel vooral veel aandacht besteedt aan rechtspraak en literatuur over verrekening van de teruggaveverplichting van art. 51 lid 1 Fw met *faillissementsvorderingen* (zie r.o. 4.10 t/m 4.16). Ten aanzien van verrekening met *boedelvorderingen* verwijst zij slechts naar een korte passage uit Wessels, t.a.p. (r.o. 4.17). Ondanks deze stiefmoederlijke behandeling van de

voorzittende vraag, kan ik mij in het oordeel van de rechtbank wel vinden. Indien verrekening in gevallen als het onderhavige toegestaan zou zijn, dan heeft dit tot gevolg dat een verhuurder het risico op een negatieve boedel in het faillissement van de huurder succesvol zou kunnen "afdekken" door vóór het faillissement paulianeuse betalingen in ontvangst te nemen. Dat kan natuurlijk niet de bedoeling zijn. Anders dan kennelijk Faber, t.a.p. zie ik niet in waarom de faillissementspauliana in dit geval de onderlinge verhouding tussen boedelschuldeisers niet zou kunnen beschermen. Als we het hebben over het belang dat de faillissementspauliana beoogt te beschermen, wat is dan het verschil tussen de onderhavige situatie en die waarin de verhuurder vóór het faillissement op paulianeuse wijze een pandrecht krijgt dat mede strekt tot zekerheid van boedelvorderingen ex art. 39 Fw, en zich op die wijze voorrang verschaft boven de andere boedelschuldeisers?

5. Mijn stelling is niet dat het in *geen enkel geval* mogelijk moet zijn een boedelvordering te verrekenen met de teruggaveverplichting uit art. 51 lid 1 Fw. Een belangrijk gegeven in de onderhavige casus is dat het gaat om een boedelvordering in verband met tijdens faillissement vervallen huurtermijnen (art. 39 Fw). Van deze boedelvordering staat op voorhand vast dat deze in geval van faillissement zal ontstaan, ook als de curator van de huurder geen behoefte heeft aan gebruik van het gehuurde. Dit gegeven zou de toekomstige schuldeiser van die vordering ertoe kunnen bewegen vóór het faillissement handelingen te (laten) verrichten die zijn positie tijdens faillissement kunnen versterken. Dit speelt in veel beperktere mate bij bijvoorbeeld boedelvorderingen die ontstaan doordat de curator er zelf voor kiest een overeenkomst aan te gaan of gestand te doen. De mogelijkheid om dergelijke boedelvorderingen te verrekenen met de teruggaveverplichting van art. 51 lid 1 Fw zal in die gevallen minder snel onwenselijk gedrag in de hand kunnen werken. Daarnaast wil ik nog wijzen op een boedelvordering die wat mij betreft *zonder meer* moet kunnen worden verrekend met de teruggaveverplichting van art. 51 lid 1 Fw. Het betreft de boedelvordering van art. 51 lid 3 Fw: de vordering tot restitutie van hetgeen de schuldenaar op grond van de vernietigde rechtshandeling heeft ontvangen voor zover "de boedel erdoor is gebaat". Indien

verrekening – of opschorting – van deze boedelvordering niet mogelijk zou zijn, dan kan dit er in geval van een negatieve boedel toe leiden dat de faillissementspauliana haar doel voorbij schiet en verder werkt dan ter opheffing van het nadeel. De boedelvordering van art. 51 lid 3 Fw is naar alle waarschijnlijkheid immers een *concurrente* die bij een negatieve boedel niet integraal door de curator zal worden betaald. Zie hierover R.J. van der Weijden, 'HR 24 april 2009, LJN: BF 3917, CO7/108HR (Dekker/Lutèce)', *Tvl* 2009/4, p. 138 en R.J. van der Weijden, *De faillissementspauliana* (diss. Nijmegen), Kluwer: Deventer 2012, p. 215.

R.J. van der Weijden

## 313

Gerechtshof 's-Hertogenbosch  
7 augustus 2018, zaaknr. 200.203.700/01,  
ECLI:NL:GHSHE:2018:3363  
(mr. Fikkers, mr. Beurskens, mr. Werker)  
Noot prof. mr. T.T. van Zanten

**Overeenkomst tussen curator en tandarts is gestanddoening ex art. 37 Fw en geen nieuwe overeenkomst. Uitleg. Haviltex-maatstaf. Strekking art. 37 Fw. Vorderingen van tandarts van zowel vóór als ná faillissement zijn boedelvorderingen. Rang boedelschulden. Verwijzing naar HR 5 september 1997, «JOR» 1997/102, m.nt. De Liagre Böhl en NEDF (Ontvanger/Hamm q.q.); HR 8 juni 2007, «JOR» 2007/221, m.nt. Steneker (Van der Werff q.q./BLG); HR 2 december 2016, «JOR» 2017/239, m.nt. NEDF en Vermunt (X/Van Logtestijn q.q.) en HR 15 december 2017, «JOR» 2018/159, m.nt. NEDF (Roeffen q.q./Ontvanger). Tussenarrest.**

[Fw art. 37; BW art. 3:33, 3:35]

*De vraag of er een nieuwe (nadere) overeenkomst tussen de curator en appellante is gesloten, en zo ja wat deze inhoudt, moet worden beantwoord aan de hand van het bepaalde in art. 3:33 en 3:35 BW en de Haviltex-maatstaf: dit dient te worden bepaald aan de hand van wat partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs*