

weer een Peeters/Gatzen-vordering van € 5 miljoen zou kunnen instellen met het argument dat het collectieve belang dat is betrokken bij de bevoegdheid van de curator om zo'n vordering in te stellen rechtvaardigt dat de verjaring van de vordering van NOV genegeerd wordt. De oplossing dat de curator in dat geval slechts € 1 miljoen kan vorderen, volstaat niet omdat die ene miljoen dan in de boedel valt met als gevolg dat NOV alsnog 80% van de opbrengst ontvangt, terwijl haar eigen vordering nu juist verjaard was. Het gaat het bestek van deze noot te buiten om uiteen te zetten hoe in een dergelijke geval een billijke oplossing zou dienen te luiden. Het gaat mij op deze plaats slechts om de signalering van het probleem. Voor nadere gedachten over deze materie verwijs ik naar mijn preadvies over de Peeters/Gatzen-vordering (*Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement*, preadviezen 2006, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk recht, W.J.M. van Andel en F.M.J. Verstijlen, p. 76-80).

mr. drs. W.J.M. van Andel  
advocaat bij Wijn & Staal te Utrecht

## 13

**Overeenkomst waarbij gefailleerden zich hoofdelijk verbinden voor schuld van derde, is paulianeus**

Rechtbank Noord-Nederland zp Groningen  
17 juli 2019, rolnr. HA ZA 18-175,  
ECLI:NL:RBNNE:2019:3281  
(mr. Faber-Siermann)  
Noot mr. R.J. van der Weijden

**Faillissementspauliana. Overeenkomst waarbij gefailleerden zich hoofdelijk verbinden voor schuld van derde en derde pandrecht op vordering van een gefailleerde vennootschap verkrijgt. Benadeling van schuldeisers. Wetenschap van benadeling. Verwijzing naar HR 19 oktober 2001, «JOR» 2001/269, m.nt. NEDF (Diepstraten/Gilhuis q.q.) en HR 26 augustus 2003, «JOR» 2003/211, m.nt. JJvH (IHC/UPC).**

[Fw art. 42]

*Partijen twisten over de vraag of de curator de rechtshandeling die ziet op het aangaan van de Overeenkomst tussen de gefailleerde vennootschappen enerzijds en W.A. Beheer anderzijds, heeft vernietigd. Dat heeft de curator gedaan als vast komt te staan dat aan de in art. 42 Fw gestelde eisen voor een succesvol beroep op de in dat artikel geregelde faillissementspauliana is voldaan. Die vereisten komen erop neer dat sprake moet zijn geweest van (i) één of meer onverplichte rechtshandelingen, (ii) die een benadeling van schuldeisers van de gefailleerde vennootschappen met zich hebben gebracht, en (iii) waarvan de gefailleerde vennootschappen als schuldenaar/pandgevers en W.A. Beheer als degene met wie de rechtshandeling is verricht, wisten of behoorden te weten dat de benadeling van schuldeisers daarvan het gevolg zou zijn. Eiser heeft niet weersproken dat de gefailleerde vennootschappen niet verplicht waren om de Overeenkomst met W.A. Beheer te sluiten. Er wordt dan ook uitgegaan van een onverplichte rechtshandeling.*

Heeft de Overeenkomst geleid tot een benadeling van de schuldeisers van de gefailleerde vennootschappen? Die vraag laat zich beantwoorden door een vergelijking te maken tussen de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd zonder de vernietigde rechtshandeling en de situatie waarin zij feitelijk verkeren als die rechtshandelingen onaangestast blijven (HR 19 oktober 2001, «JOR» 2001/269, m.nt. NEDF (Diepstraten/Gilhuis q.q.)). De Overeenkomst heeft het gevolg gehad dat de gefailleerde vennootschappen zich als borg hebben gesteld jegens W.A. Beheer voor de "schade" welke het gevolg zou zijn van het uitwinnen van een door W.A. Beheer ten behoeve van Recopy aan de bank verleende borgtocht ten bedrage van € 275.000. In de Overeenkomst worden tevens de debiteuren van de gefailleerde vennootschappen aan W.A. Beheer verpand. Als de gefailleerde vennootschappen de Overeenkomst niet zouden zijn aangegaan, dan zouden zij zich geen borg hebben gesteld, zodat hun vermogen niet door W.A. Beheer zou kunnen worden uitgewonnen en de onderdelen van dat vermogen als verhaalsobject(en) beschikbaar zouden zijn gebleven voor de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschappen. Ook zouden de gezamenlijke crediteuren van de gefailleerde vennootschappen zich alsdan niet geconfronteerd zien met een extra crediteur met een separatistenpositie. Ook van benadeling is daarom sprake.

Vervolgens staat te beoordelen of de gefailleerde vennootschappen en/of W.A. Beheer wisten of behoorden te weten dat door het aangaan van de Overeenkomst schuldeisers zouden worden benadeeld. Daarbij is de vraag van belang of de rechtshandeling om niet is geschied. Eiser heeft daartoe aangevoerd dat de tegenprestatie die de gefailleerde vennootschappen voor het aangaan van de Overeenkomst hebben ontvangen, bestaat uit de bereidheid van W.A. Beheer om zaken te gaan doen met hen. De gefailleerde vennootschappen zouden volgens eiser bij W.A. Beheer (en haar werkmaatschappijen) copiers en onderdelen daarvan kunnen inkopen. Daartoe wordt als volgt overwogen. Gesteld noch gebleken is dat voor de gefailleerde vennootschappen aan vernoemde bereidheid van W.A. Beheer (enig op geld waardeerbaar) voordeel is verbonden. Evenmin is gesteld of gebleken dat die bereidheid van W.A. Beheer alleen maar bestond omdat de gefailleerde vennootschappen de Overeenkomst

aangingen. Er kan dan ook niet geconcludeerd worden dat er sprake is van een tegenprestatie. Het moet er daarom voor worden gehouden dat tegenover de borgstelling en verleende pandrechten door de gefailleerde vennootschappen geen tegenprestatie stond. Daarmee was de Overeenkomst niet alleen onverplicht, maar ook om niet. Eiser betwist in algemene zin dat er sprake is van wetenschap van benadeling bij de gefailleerde vennootschappen, maar laat na dit te concretiseren. Aan die betwisting wordt dan ook voorbijgegaan. Uit het faillissementsonderzoek is gebleken dat BIS al in 2011 in technische zin failliet was en dat dit de bestuurder ook bekend was. BIS was de kurk waarop de overige vennootschappen dreven, zodat de (bestuurder(s) van de) gefailleerde vennootschappen daardoor wisten of hadden behoren te weten dat faillissement van BIS en de haar gelieerde vennootschappen zou volgen, met benadeling van haar schuldeisers als gevolg. Bij gebreke van een (voldoende gemotiveerd) verweer tegen de wetenschap van benadeling wordt in de gegeven omstandigheden een redelijke mate van waarschijnlijkheid aangenomen dat schuldeisers zouden worden benadeeld. Uit de rechtspraak volgt dat met een redelijke mate van waarschijnlijkheid is voldaan aan de eis van wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw (HR 26 augustus 2003, «JOR» 2003/211, m.nt. JJvH (IHC/UPC)). Het voorgaande in onderling verband en samenhang beschouwd, brengt met zich dat aan alle vereisten voor een succesvol beroep op de in art. 42 Fw geregelde faillissementspauliana is voldaan.

X,  
eiser in de hoofdzaak,  
verweerder in tussenkost,  
advocaat: mr. B.G. van Twist,  
tegen

1. NBH BV te Veendam,  
gedaagde in de hoofdzaak,  
niet verschenen,
2. de stichting Stichting Vermogensrechten te Peke-  
la,  
gedaagde in de hoofdzaak,  
niet verschenen,  
en  
mr. P.T. Bakker te Groningen, in zijn hoedanig-  
heid van curator in de faillissementen van Y Be-  
heer BV, Y Investment BV, Business Imaging So-

lutions BV, Business Imaging Solutions Services BV, Recopy BV en Imaging Solutions BV, eiser in tussenkost, advocaat: mr. A. Gras.

(...; red.)

## 2. De feiten in de hoofdzaak en in tussenkost

2.1. De rechtbank gaat bij de beoordeling van het geschil uit van de volgende feiten die vaststaan, omdat die feiten enerzijds zijn gesteld en anderzijds niet of niet voldoende zijn weersproken.

2.2. [eiser] is enig aandeelhouder in het kapitaal van de besloten vennootschap W.A. Beheer B.V. (hierna: W.A. Beheer). W.A. Beheer is een beheermaatschappij. [eiser] was tot 9 juli 2014 bestuurder van W.A. Beheer.

2.3. NBH exploiteert een beheermaatschappij. De heer [naam] (hierna: [naam]) was vanaf 1 augustus 2013 bestuurder van NBH. Van 16 mei 2012 tot 1 augustus 2013 stond de heer [naam 2] (hierna: [naam 2]) ingeschreven als bestuurder van NBH.

2.4. Stichting Vermogensrechten houdt zich bezig met het verhalen van civiele aanspraken, onder meer door het instellen van gerechtelijke procedures. [naam] is bestuurder van Stichting Vermogensrechten.

2.5. [naam] is tevens direct of indirect (mede)bestuurder en/of (mede)aandeelhouder van SLJD B.V. (hierna: SLJD), [naam] Beheer B.V. (hierna: [naam] Beheer), [naam] Investments B.V. (hierna: [naam] Investments), Business Imaging Solutions B.V. (hierna: BIS), Business Imaging Solutions Services B.V. (hierna: BISS) en Recopy B.V. (hierna: Recopy). Gezamenlijk maken voornoemde vennootschappen onderdeel uit van 'De [naam]'. De [naam] hield zich kort gezegd bezig met de verhuur van kopieermachines aan bedrijven.

2.6. Op 25 november 2009 is tussen Recopy en de Coöperatieve Rabobank Zuid en Oost Groningen U.A. (hierna: de Rabobank) een financieringsovereenkomst tot stand gekomen, waarbij de Rabobank aan Recopy een krediet in rekening-courant heeft verstrekt van € 275.000,00. Als zekerheid voor deze financiering en voor al hetgeen de Rabobank van Recopy te vorderen heeft of mocht krijgen, hebben onder andere [naam] Beheer en W.A. Beheer zich jegens de Rabobank als borg verbonden tot een bedrag van maximaal € 275.000,00.

2.7. Als productie 1 bij dagvaarding is door [eiser] een akte gedateerd op 1 mei 2013 in het geding gebracht waarin een overeenkomst is vastgelegd. In die overeenkomst staat, voor zover hier van belang:

*“Hoofdelijke aansprakelijkheid en pandrecht: Ondergetekenden*

1 a) [naam] handelende voor zichzelf ([naam])

1 b) [naam] Beheer B.V. (...)

1 c) Business Imaging Solutions B.V. (...)

1 d) Business Imaging Solutions Services B.V. (...)

1 e) [naam] Investment B.V. (...)

1 f) De Stichting Vermogensrechten (...) vertegenwoordigd door de heer [naam] (...)

1 g) NBH B.V. (...) vertegenwoordigd door de heer [naam] (NBH)

Hierna ook gezamenlijk genoemd partijen 1 of Pandgevers

en

2 a) W.A. Beheer B.V. (...) vertegenwoordigd door de heer [eiser]

2b) Auguras Imaging and Communication Systems (...) vertegenwoordigd door de heer [eiser]

2c) Service Team [woonplaats] (...) vertegenwoordigd door de heer [eiser]

Hierna ook genoemd partijen 2 of Pandhouders

en

Stichting Vermogensrechten, NBH, SLJD B.V. (...) vertegenwoordigd door de heer [naam 2] (SLJD)

Hierna ook genoemd de schuldenaren

### *Overwegingen*

Door W.A. Beheer is op 7 januari 2010 aan de (...) Rabobank (...) een borgtocht afgegeven ter zekerheid voor alles wat de Rabobank van Recopy (...) te vorderen heeft met een maximum van € 275.000,- (de Borgtocht)

[naam] Beheer en W.A. Beheer nemen ieder voor eenderde deel in het aandelenkapitaal van Recopy. Tussen W.A. Beheer, [naam] en [naam] Beheer is in december 2012 afgesproken om de deelname van W.A. Beheer in Recopy te beëindigen.

Afgesproken is dat deze partijen zullen zorgen dat de Borgtocht door de Rabobank zal worden vrijgegeven en dat de aandelen Recopy zullen worden overgedragen aan [naam] Beheer en dat W.A. Beheer terzake zal worden gevrijwaard.

Tot de vrijgave van de Borgtocht willen partijen zekerheden geven aan W.A. Beheer voor de risico's die daaruit voortvloeien.

BIS, BISS, NBH en dochtermaatschappijen willen goederen kunnen inkopen bij partijen 2 en groepsmaatschappijen daarvan. Deze hebben

hiervoor zekerheden gevraagd. Partijen willen zich daarvoor sterk maken (de Leveranties).

*Komen overeen*

Inzake Recopy

De Stichting Vermogensrechten, NBH, BIS, BISS, [naam] Investment en [naam] Beheer (de Borgen) zullen aan W.A. Beheer de schade vergoeden als gevolg van het uitwinnen van de Borgtocht door Rabobank (de Schadevergoeding)

De Borgen stellen zich ieder voor zich tegenover W.A. Beheer hoofdelijk voor het geheel borg voor de Schadevergoeding tot een maximum van € 275.000,- te verhogen met rente en kosten.

De onderlinge vorderingen van de Borgen zijn achtergesteld op de vordering van W.A. Beheer uit hoofde van deze overeenkomst. Indien de Borgen onderlinge vorderingen hebben kunnen deze pas voldaan worden nadat W.A. Beheer volledig is voldaan.

(...)

Pandrecht

[naam], Bis, BISS, [naam] Investment, [naam] Beheer, Stichting Vermogensrechten en NBH (samen Pandgevers) vestigen hiermee tot meerdere zekerheid voor:

- de voldoening de Schadevergoeding
- de betaling van de Leveranties
- al hetgeen partijen 2 van partijen 1 en van [naam] Beheer en dochtermaatschappijen en NBH, en dochtermaatschappijen, waaronder Imaging Solutions B.V. te vorderen hebben of in de toekomst zullen verkrijgen uit welke hoofde dan ook

een openbaar pandrecht ten behoeve van de Pandhouders op al hetgeen Pandgevers

- uit hoofde van overeenkomsten en/of geldlening, in rekening-courant
- uit welke hoofde dan ook

ieder voor zich afzonderlijk van de Stichting Vermogensrechten, NBH of SLJD (de Schuldenaren) te vorderen hebben of in de toekomst verkrijgen (de Verpande Goederen)

(...)"

2.8. De akte is op de volgende wijze ondertekend: "geanonimiseerd"

2.9. Voornoemde akte is op 17 maart 2014 geregistreerd bij de Belastingdienst.

2.10. W.A. Beheer houdt tot heden één derde van de aandelen van Recopy. Haar aandelen zijn niet geleverd aan [naam] Beheer.

2.11. Bij vonnissen van 20 december 2013, 18 maart 2014 en 22 april 2014 van deze rechtbank

zijn (onder meer) de vennootschappen [naam] Beheer, [naam] Investment, BIS, BISS en Recopy (samen: 'de gefailleerde vennootschappen') in staat van faillissement verklaard met aanstelling van de heer mr. P.T. Bakker als curator.

2.12. Op 4 april 2013 is een hypotheekakte in het Kadaster ingeschreven waaruit blijkt dat NBH een vordering heeft op SLJD waarvoor ten behoeve van NBH een (eerste) recht van hypotheek is gevestigd op de woning staande en gelegen aan de [adres] (hierna: de woning).

2.13. Naar aanleiding van het faillissement van Recopy heeft de Rabobank, krachtens de verleende borgtocht, W.A. Beheer gesommeerd tot betaling van een bedrag van € 275.000,-. Op 1 augustus 2014 heeft de advocaat van [eiser] een brief aan NBH en Stichting Vermogensrechten gezonden waarin, voor zover hier van belang, staat:

"Ingevolge het bepaalde in artikel 3:94 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek deel ik u namens de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid W.A. Beheer B.V. mede dat zij haar (voorwaardelijke) vordering op Stichting Vermogensrechten/NBH B.V. uit hoofde van de op 1 mei 2013 getekende en op 18 maart 2014 geregistreerde onderhandelnde pandakte, genaamd 'Hoofdelijke aansprakelijkheid en pandrecht', heeft overgedragen aan de heer [eiser], wonende te 's-Hertogenbosch. Een kopie van de betreffende Akte van Cessie treft u bijgevoegd aan, naar de inhoud waarvan ik u korthedshalve verwijz. (...)"

2.14. W.A. Beheer heeft niet voldaan aan de sommatie van de Rabobank en is daarop door de Rabobank in rechte betrokken. Bij vonnis van 27 januari 2016 van de rechtbank Overijssel, welk vonnis bij arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 16 januari 2018 is bekrachtigd, is W.A. Beheer veroordeeld tot betaling aan de Rabobank van een bedrag van € 275.000,00 in hoofdsom. In het kader van een schikking heeft W.A. Beheer een bedrag van € 68.750,00 aan de Rabobank betaald.

2.15. De curator en de FIOD hebben uitvoerig onderzoek gedaan naar de (financiële) gang van zaken binnen de [naam]. De resultaten van die onderzoeken hebben geleid tot diverse (– onder andere – strafrechtelijke) procedures tegen het bestuur van de [naam] en de daaraan verbonden adviseurs.

2.16. In dit verband is op 19 mei 2018 door de curator enerzijds en (onder andere) [naam], NBH, SLJD en Stichting Vermogensrechten an-

derzijds een akte getekend waarin een vaststellingsovereenkomst (hierna: de Vaststellingsovereenkomst) tussen partijen is vastgelegd. In de betreffende Vaststellingsovereenkomst is onder meer geregeld dat de volgens de curator ten onrechte uit de boedel van de gefailleerde vennootschappen onttrokken onroerende zaken (waaronder de woning) weer terug dienden te vloeien in de boedel ten behoeve van tegeldemaking van deze onroerende zaken voor de gezamenlijke crediteuren.

2.17. [eiser] heeft, na daartoe op 24 juli 2018 verlof te hebben gekregen van de voorzieningenrechter van deze rechtbank, op 25 juli 2018 conservatoir beslag doen leggen op de woning. In het verzoekschrift om conservatoir beslag te mogen leggen stelt [eiser], voor zover hier van belang:

“Ingevolge het bepaalde in artikel 3:7 juncto 3:246 lid 1 BW is (thans) Verzoeker, als schuldeiser met een openbaar pandrecht op de vordering van NBH op SLJD, bevoegd deze vordering van NBH op SLJD te innen. (...) De bevoegdheid van (thans) Verzoeker om de vordering van NBH op SLJD te innen, omvat tevens de bevoegdheid tot uitwinning van het aan die vordering verbonden Hypotheekrecht.  
(...)”

2.18. [eiser] heeft bij dagvaarding van 8 augustus 2018 NBH en Stichting Vermogensrechten in rechte betrokken waarbij [eiser] onder meer betaling van NBH en Stichting Vermogensrechten vordert van de volgens hem aan hem overgedragen vordering.

2.19. Op 29 augustus 2018 heeft de advocaat van de curator aan [eiser] een brief gestuurd waarin, voor zover hier van belang, staat:

“(...) De curator heeft kennis genomen van de gentameerde procedure tegen NBH BV. Deze procedure is gegrond op een overeenkomst tussen WA Beheer BV en aan haar gelieerde vennootschappen enerzijds en diverse gefailleerde vennootschappen, alsmede NBH BV en de stichting Stichting Vermogensrechten anderzijds. De overeenkomst is blijkens haar inhoud gedateerd op 1 mei 2013. De curator heeft met de ontvangst van de processtukken kennis genomen van het bestaan van deze overeenkomst waarin de gefailleerde vennootschappen, NBH BV en de stichting Vermogensrechten zich borg stellen voor de ‘schade’ welke het gevolg zal zijn van het uitwinnen van een door WA Beheer BV ten behoeve van Recopy BV aan de Rabobank verleende borgtocht

groot € 275.000,00. In de overeenkomst worden tevens de debiteuren van de betrokken rechtspersonen aan WA Beheer BV verpand. Vorderingen van WA Beheer BV uit hoofde van deze overeenkomst zijn aan u (privé) overgedragen. Ter uitwinning van deze vordering heeft u beslag doen leggen op de aan SLJD BV toebehorende woning (...). Onder meer in verband met de vorderingen van de curator, c.q. de boedel, op de betrokken vennootschappen (NBH en SLJD) zou de betreffende onroerende zaak evenwel aan de boedel worden geleverd.

Voor zover de overeenkomst d.d. 1 mei 2013 daadwerkelijk is gesloten zijn de curator, c.q. de boedels van de betrokken faillissementen, alsmede de crediteuren van de gefailleerde vennootschappen als gevolg van de betreffende overeenkomst benadeeld in hun verhaalsmogelijkheden. De boedel beschikt daarbij over een substantiële vorderingen op NBH BV en op SLJD BV. Ook als crediteur van NBH BV en als crediteur van SLJD BV wordt de boedel als gevolg van deze overeenkomst benadeeld in haar verhaalsmogelijkheden. Ik licht dit hierna toe.

Uit uw dagvaarding volgt dat de overeenkomst werd aangegaan omdat Rabobank als verstrekingsvoorwaarde voor een te sluiten financiering aan de [naam] Groep de voorwaarde stelde dat WA Beheer haar aandelen Recopy om niet zou inleveren bij [naam] Beheer. WA Beheer zou daarmee willen instemmen mits zij zou worden ontslagen uit de borgtocht jegens de Rabobank. Uit de gang van zaken die volgt uit de dagvaarding met bijbehorende producties blijkt echter dat de financiering tussen Rabobank en de [naam] Groep al in juni 2012 tot stand is gekomen terwijl de overeenkomst tussen partijen op zijn vroegst in mei 2013 is gesloten. Geen van de gefailleerde vennootschappen had er op dat moment enig belang bij om zich te binden aan deze overeenkomst noch bestond er voor hen daartoe enige verplichting. Dit laatst geldt al helemaal voor NBH B.V. nu NBH niet tot de [naam] Groep behoorde en ook niet was verbonden voor de gememoreerde financieringsovereenkomst met Rabobank.

Ik stel overigens vast dat de overeenkomst nooit door NBH is ondertekend zodat zij alleen al om deze reden niet is gebonden. Ik stel verder vast dat u zelf nooit uitvoering heeft gegeven aan de overeenkomst omdat de aandelen Recopy BV blijkens haar aandeelhoudersregister nog steeds in bezit zijn van WA Beheer BV. De boedel gaat er primair

dan ook vanuit dat de overeenkomst een schijnovereenkomst betreft en deze daarnaast nimmer door NBH is aanvaard. (...)

Voor zover de overeenkomst wel mocht bestaan wordt deze hierbij vernietigd. Deze vernietiging vindt enerzijds plaats op grond van artikel 3:45 BW voor zover het de betrokkenheid van NBH bij de overeenkomst betreft en anderzijds op grond van artikel 42 FW voor zover het de betrokkenheid van de gefailleerde vennootschappen bij de overeenkomst betreft. Omdat de vennootschappen geen enkel belang hadden bij het aangaan van de overeenkomst en zij hier duidelijk geen enkel voordeel mee behaalden is deze om niet gesloten. Voor alle betrokkenen was duidelijk dat de overeenkomst benadeling van de schuldeisers van de vennootschappen tot gevolg had doordat er onverplicht activa is verpand aan WA Beheer. (...)"

2.20. Bij exploit van 28 mei 2019 heeft de curator c.q. de boedel zich ook jegens de andere bij de overeenkomst die is vastgelegd in de op 1 mei 2013 gedateerde akte (hierna: de Overeenkomst) betrokken partijen beroepen op de vernietiging van die overeenkomst.

2.21. De curator heeft in de door [eiser] aanhangig gemaakte procedure tegen NBH en Stichting Vermogensrechten een incidentele vordering tot tussenkomst ingesteld. Bij vonnis (van 12 december 2018) is deze incidentele vordering van de curator toegewezen.

2.22. Op 8 oktober 2018 is de woning door SLJD, inclusief het daarop rustende beslag, aan de boedel geleverd. Het hypotheekrecht van NBH is doorgehaald.

2.23. Op 31 oktober 2018 heeft de advocaat van [eiser] aan Stichting Vermogensrechten en NBH een brief gestuurd waarin, voor zover hier van belang, staat:

"Op 8 augustus 2018 zijn NBH B.V. en Stichting Vermogensrechten ten verzoeken van cliënt gedagvaard voor de Rechtbank Noord-Nederland, locatie Groningen. Hoewel behoorlijk opgeroepen, hebben zij ter rolle van 22 augustus jl. verstek laten gaan. Desalniettemin acht ik u bekend met de inhoud van de dagvaarding.

Hetgeen cliënt in de dagvaarding vordert vindt zijn grondslag in de op 1 mei 2013 getekende en op 17 maart 2014 geregistreerde akte 'Hoofdelijke aansprakelijkheid en pandrecht' (hierna: de Overeenkomst).

Met verontwaardiging heeft cliënt kennis genomen van het feit dat tussen mr. P.T. Bakker, cura-

tor in de faillissementen van (...) een vaststellingsovereenkomst tot stand is gekomen, op grond waarvan SLJD B.V. zich heeft verplicht tot overdracht van de woning aan de [adres] aan [naam] Investment B.V. en NBH B.V. zich heeft verplicht tot doorhaling van haar hypotheekrecht op deze woning. (...)

Door het aangaan van deze vaststellingsovereenkomst handelen NBH B.V., SLJD B.V. en Stichting Vermogensrechten in strijd met de Overeenkomst, meer in het bijzonder met betrekking tot de achterstelling en het openbaar pandrecht van cliënt op onder meer de vordering van NBH B.V. op SLJD B.V. (...)

Het spreekt voor zich dat door de vaststellingsovereenkomst cliënt ernstig wordt benadeeld in zijn verhaalsmogelijkheden. Daarom vernietig ik namens cliënt bij dezen de vaststellingsovereenkomst, voor zover deze ziet op de overdracht van de woning aan [naam] Investment B.V. en het doorhalen van het hypotheekrecht van NBH B.V., zulks op grond van het bepaalde in artikel 3:45 lid 1 BW. Het is immers evident dat NBH B.V., SLJD B.V. en Stichting Vermogensrechten wisten of behoorden te weten dat cliënt zou worden benadeeld in zijn verhaalsmogelijkheden als zij deze vaststellingsovereenkomst zouden aangaan. (...)"

2.24. Een kopie van voornoemde brief is per e-mail van 6 november 2018 aan de curator gezonden. Per brief van 3 mei 2019 heeft de advocaat van [eiser] ook de andere bij de Vaststellingsovereenkomst betrokken partijen op de hoogte gesteld van de vernietigingsverklaring.

2.25. [eiser] heeft bij zijn conclusie van antwoord in tussenkomst als productie 16 een e-mail van [naam 2] van 2 mei 2019 in het geding gebracht waarin, voor zover hier van belang, staat:

"Naar aanleiding van uw vragen hieronder, kan ik u het volgende meedelen.

1. Helaas voor uw cliënt beschik ik zelf niet over een exemplaar van de overeenkomst van 1 mei 2013. Ik heb de overeenkomst mede ondertekend, in mijn beleving zowel namens NBH als SLJD, omdat ik van beide rechtspersonen toen directeur was.

2. (...)

3. Als bestuurder van NBH ten tijde van de overeenkomst van 1 mei 2013 kan ik verklaren dat NBH zich heeft gebonden aan de overeenkomst van 1 mei 2013: tegenover W.A. Beheer als één van 'de Pandgevers' en als één van 'de Borgen' en

daarnaast als één van ‘de Schuldenaars’ tegenover de andere Pandgevers.

4. [naam] en mr. [naam 3] (die de overeenkomst heeft opgesteld) waren ook aanwezig bij de onder-tekening. Misschien kunnen zij u nog verder hel-pen.  
(...)”

### 3. Het geschil

#### *In de hoofdzaak*

3.1. [eiser] vordert in de hoofdzaak, verkort weer-gegeven, hoofdelijke veroordeling van NBH en Stichting Vermogensrechten tot betaling van € 116.336,96. [eiser] vordert voorts een verklaring voor recht dat hij, uit hoofde van de uit zijn openbaar pandrecht voortvloeiende inningsbevoegdheid van de vordering van NBH op SJLD, gerech-tigd is het hypotheekrecht van NBH op de woning uit te oefenen tot het beloop van zijn vordering op NBH. Eén en ander met veroordeling van NBH en Stichting Vermogensrechten in de kosten van de procedure.

3.2. [eiser] legt aan zijn vorderingen, samengevat weergegeven, het volgende ten grondslag. Op grond de Overeenkomst tussen W.A. Beheer en aan haar gelieerde vennootschappen enerzijds en diverse gefailleerde vennootschappen, alsmede NBH en Stichting Vermogensrechten anderzijds hebben de gefailleerde vennootschappen, NBH en de Stichting Vermogensrechten zich borg ge-steld voor de schade welke het gevolg is van het uitwinnen van een door W.A. Beheer ten behoeve van Recopy aan de Rabobank verleende borg-tocht. Deze schade wordt begroot op het gevor-derde bedrag en bestaat uit een bedrag van € 68.750,00 aan betaalde schikking en door W.A. Beheer gemaakte juridische kosten in het kader van de procedures tegen de Rabobank. In de Overeenkomst zijn tevens de debiteuren van de betrokken rechtspersonen aan W.A. Beheer ver-pand, aldus [eiser]. De vorderingen van W.A. Be-heer uit hoofde van de Overeenkomst zijn gece-deerd aan [eiser]. Onder de verpande vorderingen valt volgens [eiser] een vordering van NBH op SJLD. Ingevolge het bepaalde in artikel 3:7 juncto 3:246 lid 1 BW is [eiser] volgens hem, als schuld-eiser met een openbaar pandrecht op de vorde-ring van NBH op SJLD, bevoegd deze vordering van NBH op SJLD te innen en omvat die bevoegdheid tevens de bevoegdheid tot uitwinning van het aan die vordering verbonden hypotheekrecht

over te gaan. Ter uitwinning van deze vordering heeft [eiser] beslag doen leggen op de een (des-tijds) aan SLJD toebehorende woning.

3.3. NBH en Stichting Vermogensbeheer zijn niet in deze procedure verschenen.

3.4. Op de stellingen van [eiser] wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### *In tussenkomst*

3.5. De curator vordert in tussenkomst, verkort weergegeven, primair een verklaring voor recht dat NBH nimmer partij is geworden bij de Overeenkomst en een verklaring voor recht dat als ge-volg van de vernietigingsverklaring van 29 augus-tus 2018 de Overeenkomst tussen de gefailleerde vennootschappen [naam] Beheer, [naam] Invest-ment, BIS, BISS, Imaging Services en Recopy enerzijds en W.A. Beheer c.s. anderzijds is vernie-tigd op grond van het bepaalde in artikel 42 Fail-lissementswet (Fw). Subsidiair vordert de curator een verklaring voor recht dat als gevolg van de vernietigingsverklaring van 29 augustus 2018 de Overeenkomst tussen NBH en W.A. Beheer (cs) is vernietigd op grond van het bepaalde in artikel 3:45 Burgerlijk Wetboek (BW) en meer subsidiair een verklaring voor recht dat op grond van de Overeenkomst, alsmede de registratie van deze overeenkomst per 17 maart 2014, geen door NBH aan W.A. Beheer verleend pandrecht kan zijn ont-staan nu de Overeenkomst aan een totstandko-mingsgebrek lijdt. Voorts verzoekt de curator de in de hoofdzaak ingestelde vorderingen af te wij-zen, één en ander met veroordeling van de pro-ceskosten.

3.6. De curator legt, samengevat weergegeven, het volgende aan zijn vorderingen ten grondslag. Vol-gens de curator bestond er voor de vennootschap-pen van de [naam], alsook voor NBH en Stichting Vermogensrechten geen enkele verplichting om mee te werken aan de Overeenkomst. Aan de be-treffende Overeenkomst is door W.A. Beheer bo-vendien geen uitvoering gegeven omdat zij haar aandelen in Recopy niet heeft overgedragen aan [naam] Beheer, aldus de curator. Verder stelt de curator dat NBH de Overeenkomst nimmer heeft ondertekend en zich dus niet aan de inhoud daar-van heeft gebonden. De curator trekt de datum van ondertekening van de Overeenkomst boven-dien in twijfel omdat uit het onderzoek van de FIOD is gebleken dat overeenkomsten binnen de [naam] vaker zijn geantedateerd. De curator is

primair van mening dat NBH nimmer partij is geworden bij de Overeenkomst.

3.7. Voor zover geoordeeld mocht worden dat NBH wel partij is geworden bij de Overeenkomst is de curator van mening dat de Overeenkomst bij brief van 29 augustus 2018 succesvol is vernietigd. Daartoe stelt de curator dat ingevolge artikel 3:45 BW geldt dat indien een schuldenaar bij het verrichten van een onverplichte rechtshandeling wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van één of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden tot gevolg zou hebben, deze rechtshandeling vernietigbaar is. Daarvan is sprake volgens de curator. De curator stelt dat er voor NBH geen enkele reden of belang bestond om haar vorderingen te verpanden aan W.A. Beheer. NBH was geen partij in de financiering van de [naam] door de Rabobank, aldus de curator. De Overeenkomst heeft volgens de curator tot gevolg gehad dat NBH zich hoofdelijk heeft verbonden voor de schuld van Recopy aan W.A. Beheer en haar actief, in ieder geval haar vordering op SLJD, in zekerheid heeft gegeven aan W.A. Beheer en voorts dat de vorderingen van de gefailleerde vennootschappen zijn achtergesteld bij de vordering van W.A. Beheer. De gefailleerde vennootschappen zouden op grond van de Overeenkomst moeten gedogen dat [eiser] eerst verhaal kan nemen ten laste van het vermogen van NBH alvorens de boedel dit zou kunnen doen. NBH wist volgens de curator, althans behoorde te weten, dat de Overeenkomst benadelend was voor haar crediteuren. De curator stelt dat de rechtshandeling door NBH om niet werd aangegaan omdat NBH geen tegenprestatie ontving voor het feit dat zij haar debiteuren aan W.A. Beheer heeft verpand en zich hoofdelijk heeft verbonden voor de verplichtingen van Recopy. Volgens artikel 3:45 lid 2 BW behoort slechts ten aanzien van rechtshandelingen anders dan om niet sprake te zijn van wetenschap van benadeling aan de zijde van de partij waarmee de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte, aldus de curator.

3.8. Ten aanzien van de Overeenkomst met de gefailleerde vennootschappen is de curator van mening dat deze op grond van artikel 42 Fw bij brief van 29 augustus 2018 succesvol is vernietigd. Ook voor wat betreft de gefailleerde vennootschappen geldt volgens de curator dat zij de Overeenkomst onverplicht zijn aangegaan en dat de Overeenkomst benadelend is geweest voor de crediteuren van de gefailleerde vennootschappen

omdat zij werden geconfronteerd met een extra crediteur die voorts een zekerheidsrecht heeft verkregen op de vermogensbestanddelen van de gefailleerde vennootschappen. Volgens de curator wist de bestuurder van de gefailleerde vennootschappen, althans had moeten weten, dat de Overeenkomst tot benadeling van de overige crediteuren zou leiden. De curator stelt in dat verband dat er in 2011 op verzoek van de ING Bank een onderzoek heeft plaatsgevonden naar de financiële situatie van BIS. In het daarop volgende onderzoeksrapport wordt volgens de curator geconcludeerd dat hoewel BIS een grote cash flow genereerde zij in technische zin failliet was. Eén van de redenen hiervoor was dat de inkomsten van BIS werden gebruikt om de gelieerde ondernemingen, waaronder Recopy, te financieren. BIS was volgens de curator derhalve de kurk waarop de overige vennootschappen dreven. Met het technische faillissement van BIS was volgens de curator voor de bestuurder ook duidelijk dat het faillissement van de overige vennootschappen zou volgen. Volgens de curator geldt bovendien ook ten aanzien van de gefailleerde vennootschappen dat er sprake is van een rechtshandeling om niet omdat de gefailleerde vennootschappen geen tegenprestatie ontvingen. De wetenschap van benadeling aan de zijde van W.A. Beheer is dan ook niet vereist voor vernietiging van de Overeenkomst, aldus de curator. Tot slot wijst de curator erop dat er in ieder geval geen pandrecht door NBH is verleend aan W.A. Beheer omdat de daartoe strekkende akte nimmer door NBH is ondertekend. Een pandrecht kan volgens de curator alleen worden gevestigd bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte. Van een authentieke akte is geen sprake. En van een onderhandse akte kan alleen sprake zijn bij een ondertekend geschrift. Juist nu de handtekening van NBH ontbreekt, is dat niet het geval, aldus de curator.

3.9. [eiser] voert een verweer dat strekt tot niet-ontvankelijk van de curator, althans afwijzing van de vorderingen, één en ander met veroordeling van de curator in de proceskosten. [eiser] verzoekt bij een eventuele toewijzing van vorderingen het vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. Daaraan legt [eiser], samengevat weergegeven, het volgende ten grondslag.

3.10. Het klopt volgens [eiser] dat de Overeenkomst niet door NBH en Stichting Vermogensrechten is ondertekend. [eiser] voert echter aan dat de Overeenkomst wel namens NBH is gete-



kend, althans dat NBH zich aan de inhoud van die overeenkomst heeft gebonden. Dat blijkt volgens [eiser] uit de in het geding gebracht verklaring van [naam 2]. [eiser] betwist dat de Overeenkomst geantedateerd is.

3.11. Volgens [eiser] trekt de curator onjuiste conclusies omdat hij zich niet op alle relevante feiten en omstandigheden beroept. [eiser] wijst erop dat de Rabobank bereid was de [naam] aanvullende financiering te verstrekken, mits aan een aantal voorwaarden zou worden voldaan. Eén van die voorwaarden was dat Recopy in die financiering zou worden betrokken. Recopy moest als hoofdelijk schuldenaar meetekenen voor een kredietfaciliteit en zich jegens de Rabobank, ten behoeve van BIS en BISS, verbinden als borg. Dat betekende dat W.A. Beheer aangesproken zou kunnen worden door de Rabobank als de [naam], BIS of BISS niet aan hun verplichtingen zouden voldoen, aldus [eiser]. Omdat [naam] Beheer slechts een minderheidsdeelneming had in Recopy, stelde de Rabobank volgens [eiser] de voorwaarde dat [naam] Beheer weer alle aandelen in het kapitaal van Recopy zou krijgen. Tegenover de overdracht van haar aandelen zou de Rabobank volgens [eiser] bereid zijn (onder andere) W.A. Beheer uit haar hoofdelijke borgtochtverplichting te ontslaan. Voornoemde afspraken hebben uiteindelijk niet geleid tot het ontslag van W.A. Beheer uit de borgtochtverplichting en overdracht van de aandelen aan [naam] Beheer. Dit had volgens [eiser] te maken met een wijziging in de aanvraag van financiering van de [naam]. Met betrekking tot NBH voert [eiser] aan dat [naam 2] op 1 mei 2013 bestuurder was van NBH. De reden daarvoor had volgens [eiser] te maken met afspraken die [naam] had gemaakt met een derde. Feitelijk was het echter [naam] die binnen NBH de dienst uitmaakte en niet [naam 2], aldus [eiser]. Dat volgt volgens [eiser] ook uit het feit dat [naam] op 1 augustus 2013 – toen de afspraken met voornoemde derde niet meer golden – weer als bestuurder van NBH is ingeschreven. NBH had volgens [eiser] wel degelijk belang bij het aangaan van de Overeenkomst omdat zij één van de partijen was die op grond van die overeenkomst goederen zou kunnen inkopen bij W.A. Beheer. [eiser] betwist in dat verband ook dat het aangaan van de Overeenkomst een rechtshandeling om niet betreft. Uit de overwegingen op de tweede pagina van de Overeenkomst blijkt volgens [eiser] dat jegens NBH de tegenprestatie van W.A. Beheer en haar werk-

maatschappijen bestond uit hun bereidheid om zaken te gaan doen met NBH.

3.12. [eiser] betwist ten aanzien van de door de curator bij brief van 29 augustus 2018 ingeroepen vernietiging van de Overeenkomst dat is voldaan aan de vereisten van artikel 3:50 lid 1 BW. [eiser] voert verder aan dat voor zover de onder 2 en 3 gevorderde verklaringen voor recht aangemerkt zouden kunnen worden als rechtsovereenkomsten tot vernietiging van de Overeenkomst, deze dienen te worden afgewezen omdat niet is voldaan aan de vereisten van artikel 3:51 lid 2 BW. Daarnaast betwist [eiser] dat NBH bij het aangaan van de Overeenkomst wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van haar schuldeisers het gevolg zou zijn. In mei 2013 bestond NBH amper een jaar en was tot die tijd weinig actief geweest. Daar zou met het aangaan van de Overeenkomst verandering in komen, aldus [eiser]. [eiser] voert in dat verband aan dat hij vermoedt dat NBH bij het aangaan van de Overeenkomst geen schuldeisers had. [eiser] betwist voorts dat ten tijde van het aangaan van de Overeenkomst bij W.A. Beheer sprake was van wetenschap van benadeling. Voor W.A. Beheer was er volgens [eiser] bij het aangaan van de Overeenkomst geen aanleiding om te veronderstellen dat er een faillissement dreigde van de [naam]. [eiser] concludeert dan ook dat er ten aanzien van de Overeenkomst geen vernietigingsgrond en daarmee geen vernietigingsbevoegdheid bestond zodat de vernietigingsverklaring van de curator van 29 augustus 2018 geen effect sorteert.

3.13. Voor wat de vernietigingsverklaring van 29 augustus 2018 van de Overeenkomst van de curator met betrekking tot de gefailleerde vennootschappen betreft, betwist [eiser] eveneens dat er sprake is van een rechtshandeling om niet en wetenschap van benadeling. Daartoe voert [eiser] aan dat de tegenprestatie van W.A. Beheer voor de gefailleerde vennootschappen – net als bij NBH – bestond uit de bereidheid om zaken te gaan doen met hen. Er was volgens [eiser] sprake van een rechtshandeling anders dan om niet zodat wetenschap van benadeling vereist is om een succesvol beroep op vernietiging van de Overeenkomst te kunnen doen. Die wetenschap van benadeling was bij de gefailleerde vennootschappen noch bij W.A. Beheer aanwezig zodat de vernietigingsverklaring van de curator van 29 augustus 2018 ook ten aanzien van de gefailleerde vennootschappen geen effect sorteert, aldus [eiser].

#### 4. De beoordeling

4.1. De rechtbank stelt voorop dat de beoordeling in de hoofdzaak afhankelijk is van de beoordeling in tussenkomst. De rechtbank zal daarom de procedure in tussenkomst eerst beoordelen.

#### *In tussenkomst*

##### *Zijn NBH en Stichting Vermogensrechten partij geworden bij de Overeenkomst?*

4.2. Partijen twisten onder andere over de vraag of NBH (en zo begrijpt de rechtbank ook Stichting Vermogensrechten) partij zijn geworden bij de Overeenkomst. Die vraag dient te worden beantwoord aan de hand van de volgende maatstaven.

4.3. In artikel 3:33 en artikel 3:35 BW is bepaald dat een rechtshandeling tot stand kan komen door de op die rechtshandeling gerichte, naar buiten toe bekend gemaakte wil van de handelende persoon (artikel 3:33 BW). Indien de wil en verklaring niet met elkaar overeenstemmen kan een rechtshandeling tot stand komen door het gerechtvaardigd vertrouwen van de geadresseerde op een verklaring of gedraging van de handelende persoon (artikel 3:35 BW). In het arrest HR 11 maart 1977, ECLI:NL:HR:1977:AC1877 heeft de Hoge Raad als maatstaf gegeven “dat het antwoord op de vraag of iemand anders jegens een ander bij het sluiten van een overeenkomst in eigen naam – dat wil zeggen als wederpartij van die ander – is opgetreden, afhangt van hetgeen hij en die ander daaromtrent jegens elkaar hebben verklaard en over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben afgeleid en mochten afleiden.” In het arrest HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH9284 («JOR» 2009/246, m.nt. Dammingh (*Wiggers/Makelaardij Sneek*); *red.*) heeft de Hoge Raad in aanvulling daarop overwogen dat “tot de omstandigheden die in dit verband in aanmerking moeten worden genomen behoort de voor de wederpartij kenbare hoedanigheid en de context waarin partijen optraden”.

4.4. De rechtbank overweegt hierover als volgt. In akte waarin de Overeenkomst is vastgelegd, staan NBH en Stichting Vermogensrechten op pagina 1 als partij 1f en 1g aangeduid. Daarbij is expliciet opgenomen dat zij worden vertegenwoordigd door de heer [naam]. Op pagina 5 van de akte waarin de Overeenkomst is vastgelegd staan onder het kopje “partijen 1” enkel [naam], [naam] Beheer, BIS, BISS en [naam] Investment’ als partijen genoemd en is namens die partijen onder

hun naam een handtekening geplaatst. NBH en Stichting Vermogensrechten staan daar niet als “partijen” genoemd en onder hun naam is ook geen handtekening geplaatst. Op pagina 6 van de akte waarin de Overeenkomst is vastgelegd staan onder het kopje “Ter erkenning dat het Pandrecht is medegeedeeld” Stichting Vermogensrechten, NBH en SLJD genoemd. Alleen onder SLJD is een handtekening geplaatst en wel van [naam 2].

4.5. Een op de rechtshandeling (in dezen het aangaan van de Overeenkomst) gerichte, naar buiten toe bekend gemaakte wil van NBH en Stichting Vermogensrechten als bedoeld in artikel 3:33 BW kan de rechtbank op basis de tekst en de ondertekening van de akte waarin de Overeenkomst is vastgelegd dan ook niet aannemen. Voor zover [eiser] bewijs van de wil van NBH en Stichting Vermogensrechten heeft willen bijbrengen met de schriftelijke verklaring van [naam 2], kan hem dit niet baten. [naam 2] heeft immers slechts heeft verklaard: “Ik heb de overeenkomst mede ondertekend, in mijn beleving zowel namens NBH als SLJD, omdat ik van beide rechtspersonen toen directeur was”. [naam 2] verklaart niets over waarom NBH en Stichting Vermogensrechten enkel onder het kopje “Ter erkenning dat het Pandrecht is medegeedeeld” staan genoemd en waarom op pagina 5 van de akte waarin de Overeenkomst is vastgelegd zij niet als partij staan genoemd. Dat het desalniettemin de bedoeling van de contractsluitende partijen was dat NBH en Stichting Vermogensrechten de Overeenkomst aangingen, blijkt niet uit de verklaring van [naam 2]. Zonder nadere toelichting, die niet is gegeven, valt bovendien niet in te zien op grond waarvan redelijkerwijs kan worden aangenomen dat [naam 2], niet alleen voor SLJD, maar ook als vertegenwoordiger van NBH en Stichting Vermogensrechten optrad. Dit geldt temeer nu op pagina 1 van de akte waarin de Overeenkomst is vastgelegd, expliciet is opgenomen dat NBH en Stichting Vermogensrechten worden vertegenwoordigd door de heer [naam] én de eigen verklaring van [eiser] (zie randnummer 29 van de conclusie van antwoord) dat het feitelijk [naam] was die binnen NBH de dienst uitmaakte en niet [naam 2]. De enkele omstandigheid dat [naam 2] verklaard dat hij *in zijn beleving* de Overeenkomst ook namens NBH heeft ondertekent, is naar het oordeel van de rechtbank niet voldoende om NBH en Stichting Vermogensrechten als contractspartij gebonden te doen zijn. Stichting Vermogensrechten wordt

überhaupt niet in de verklaring van [naam 2] genoemd.

4.6. Andere feiten of omstandigheden op grond waarvan NBH en Stichting Vermogensrechten (wel) moeten worden aangemerkt als partij bij de Overeenkomst zijn niet gesteld of gebleken. Daarom komt de rechtbank tot de conclusie dat onvoldoende feiten of omstandigheden zijn gesteld of gebleken die het oordeel kunnen dragen dat NBH en Stichting Vermogensrechten partij zijn geworden bij de Overeenkomst.

4.7. In het voorgaande ligt besloten dat de primair door de curator onder 1. gevorderde verklaring voor recht zal worden toegewezen.

*Slaagt de vernietigingsverklaring van de curator van 29 augustus 2018 met betrekking tot de gefailleerde vennootschappen?*

4.8. Partijen twisten in tussenkomst verder over de vraag of de curator bij brief van 29 augustus 2018 de rechtshandeling die ziet op het aangaan van de Overeenkomst tussen de gefailleerde vennootschappen [naam] Beheer, [naam] Investment, BIS, BISS, Imaging Services en Recopy enerzijds en W.A. Beheer (cs) anderzijds heeft vernietigd. Dat heeft de curator gedaan als in deze procedure vast komt te staan dat aan de in artikel 42 Fw gestelde eisen voor een succesvol beroep op de in dat artikel geregelde faillissementspauliana is voldaan.

4.9. Die vereisten komen erop neer dat sprake moet zijn geweest van (i) één of meer onverplichte rechtshandelingen, (ii) die een benadeling van schuldeisers van de gefailleerde vennootschappen met zich hebben gebracht, en (iii) waarvan de gefailleerde vennootschappen als schuldenaar/pandgevers en W.A. Beheer (cs) als degene met wie de rechtshandeling is verricht, wisten of behoorden te weten dat de benadeling van schuldeisers daarvan het gevolg zou zijn.

4.10. De rechtbank stelt voorop dat [eiser] ter gelegenheid van de comparitie van partijen heeft erkend dat (inmiddels) door de curator is voldaan aan de vereisten van artikel 3:50 lid 1 BW (dat in tegenstelling tot artikel 3:50 lid 2 BW in artikel 42 Fw niet buiten toepassing is verklaard), zodat dit verweer onbesproken kan blijven. De door de curator gevorderde verklaring voor recht kan naar het oordeel van de rechtbank niet worden aangemerkt als een rechtsoverdracht tot vernietiging zodat het in dat verband door [eiser] gevoerde verweer eveneens onbesproken kan blijven.

*Ad (i)*

4.11. Is sprake van één of meer onverplichte rechtshandelingen? Uit de rechtspraak blijkt dat alle handelingen die worden verricht zonder dat daartoe een rechtsplicht bestond, ook al is de feitelijke situatie aldus dat de schuldenaar praktisch niet anders kon doen dan die handelingen te verrichten, onverplichte rechtshandelingen zijn in de zin van artikel 42 Fw (zie: HR 10 december 1976, ECLI:NL:HR:1976:AD3286). Met andere woorden: feitelijke dwang of economische noodzaak scheidt geen rechtsplicht. Naar het oordeel van de rechtbank heeft [eiser] niet weersproken dat de gefailleerde vennootschappen niet verplicht waren om de Overeenkomst met W.A. Beheer te sluiten. De rechtbank gaat dan ook uit van een onverplichte rechtshandeling.

*Ad (ii)*

4.12. Heeft de Overeenkomst geleid tot een benadeling van de schuldeisers van de gefailleerde vennootschappen? Die vraag laat zich beantwoorden door een vergelijking te maken tussen de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerdt zonder de vernietigde rechtshandeling en de situatie waarin zij feitelijk verkeren als die rechtshandelingen onaangetast blijven (zie: HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3654 («JOR» 2001/269, m.nt. NEDF (*Diepstraten/Gilhuis q.q.*); *red.*)).

4.13. De Overeenkomst heeft het gevolg gehad dat de gefailleerde vennootschappen zich als borg hebben gesteld jegens W.A. Beheer voor de “schade” welke het gevolg zou zijn van het uitwinnen van een door W.A. Beheer ten behoeve van Recopy aan de Rabobank verleende borgtocht ten bedrage van € 275.000,00. In de Overeenkomst worden tevens de debiteuren van de gefailleerde vennootschappen aan W.A. Beheer verpand. Als de gefailleerde vennootschappen de Overeenkomst niet zouden zijn aangegaan, dan zouden zij zich geen borg hebben gesteld zodat hun vermogen niet door W.A. Beheer zou kunnen worden uitgewonnen en de onderdelen van dat vermogen als verhaalsobject(en) beschikbaar zouden zijn gebleven voor de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschappen. Ook zouden de gezamenlijke crediteuren van de gefailleerde vennootschappen zich alsdan niet geconfronteerd zien met een extra crediteur met een separatistensituatie. Ook van benadeling is daarom naar het oordeel van de rechtbank sprake. [eiser] heeft

naar het oordeel van de rechtbank overigens ook niet weersproken dat er sprake is van benadeling.

*Ad (iii)*

4.14. Vervolgens staat te beoordelen of de gefailleerde vennootschappen en/of W.A. Beheer wisten of behoorden te weten dat door het aangaan van de Overeenkomst schuldeisers zouden worden benadeeld. Daarbij is de vraag van belang of de rechtshandeling om niet is geschied. [eiser] heeft daartoe aangevoerd dat de tegenprestatie die de gefailleerde vennootschappen voor het aangaan van de Overeenkomst hebben ontvangen, bestaat uit de bereidheid van W.A. Beheer om zaken te gaan doen met hen. De gefailleerde vennootschappen zouden volgens [eiser] bij W.A. Beheer (en haar werkmaatschappijen) copiers en onderdelen daarvan kunnen inkopen. De rechtbank overweegt daartoe als volgt.

4.15. Gesteld noch gebleken is dat voor de gefailleerde vennootschappen aan voornoemde bereidheid van W.A. Beheer (enig op geld waardeerbaar) voordeel is verbonden. Evenmin is gesteld of gebleken dat die bereidheid van W.A. Beheer alleen maar bestond omdat de gefailleerde vennootschappen de Overeenkomst aangingen. Zonder nadere toelichting, die niet is gegeven, kan de rechtbank dan ook niet concluderen dat er sprake is van een tegenprestatie. Het moet er daarom voor worden gehouden dat tegenover de borgstelling en verleende pandrechten door de gefailleerde vennootschappen geen tegenprestatie stond. De rechtbank is daarmee van oordeel dat de Overeenkomst niet alleen onverplicht was, maar ook om niet.

4.16. [eiser] betwist in algemene zin dat er sprake is van wetenschap van benadeling bij de gefailleerde vennootschappen, maar laat na dit te concretiseren. De stellingen die [eiser] in dat verband betreft (randnummer 45 e.v. van de conclusie van antwoord) zien op de betwisting van de wetenschap van benadeling van NBH. De rechtbank gaat aan die betwisting dan ook voorbij. [eiser] heeft verder niet weersproken dat uit het faillissementsonderzoek is gebleken dat BIS al in 2011 in technische zin failliet was en dat dit de bestuurder ook bekend was. [eiser] heeft evenmin weersproken dat op basis van het in opdracht van de ING-bank uitgevoerde onderzoek geconcludeerd kan worden dat BIS in technische zin failliet was en dat BIS de kurk was waarop de overige vennootschappen dreven, zodat de (bestuurder(s) van de

gefailleerde vennootschappen daardoor wisten of hadden behoren te weten dat faillissement van BIS en de haar gelieerde vennootschappen zou volgen, met benadeling van haar schuldeisers als gevolg.

4.17. Bij gebreke van een (voldoende gemotiveerd) verweer tegen de wetenschap van benadeling neemt de rechtbank in de gegeven omstandigheden een redelijke mate van waarschijnlijkheid dat schuldeisers zouden worden benadeeld aan. Uit de rechtspraak volgt dat met een redelijke mate van waarschijnlijkheid is voldaan aan de eis van wetenschap van benadeling in de zin van artikel 42 Fw (zie: HR 26 augustus 2003, NJ 2004, 549; ECLI:NL:HR:2003:AI0369 («JOR» 2003/211, m.nt. JvH (IHC/UPC); red.)).

4.18. De rechtbank overweegt ten overvloede dat zij niet uit kan gaan van het op artikel 45 Fw gebaseerde vermoeden van de wetenschap van benadeling omdat tussen partijen ter discussie staat op welke datum de Overeenkomst is getekend. Het antwoord op de vraag wanneer de Overeenkomst is getekend, kan gelet op het voorgaande echter in het midden blijven.

4.19. Het voorgaande in onderling verband en samenhang beschouwd, brengt met zich dat aan alle vereisten voor een succesvol beroep op de in artikel 42 Fw geregelde faillissementspauliana is voldaan. De curator heeft daarom met succes (het aangaan van) de Overeenkomst, buitengerechtelijk kunnen vernietigen zoals hij bij brief van 29 augustus 2018 heeft gedaan. De door de curator gevorderde verklaring voor recht zal dan ook worden toegewezen, met dien verstande dat die verklaring voor recht enkel ziet op de Overeenkomst tussen [naam] Beheer, [naam] Investment, BIS, BISS enerzijds en W.A. Beheer c.s. anderzijds. Dit omdat Imaging Services B.V. en Recopy B.V. niet in de Overeenkomst als partij staan genoemd. De curator heeft naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende belang bij een verklaring voor recht die ook ziet op die twee vennootschappen.

*Proceskosten*

4.20. [eiser] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van de curator worden groot op: (...; red.)

4.21. De curator heeft gevorderd dat W.A. Beheer (cs) wordt veroordeeld in de (na)kosten van de procedure. W.A. Beheer is geen partij in deze pro-

cedure. Die vordering zal dan ook worden afge-  
wezen.

#### *Uitvoerbaarheid bij voorraad*

4.22. [eiser] heeft de rechtbank verzocht om de vorderingen van de curator niet uitvoerbaar bij voorraad te verklaren. [eiser] heeft echter geen argumenten aangevoerd waarom van het uitgangspunt van artikel 233 van het Wetboek van Rechtsvordering (Rv) zou moeten worden afgeweken. De rechtbank verwerpt daarom het verzoek.

#### *In de hoofdzaak*

4.23. In de hoofdzaak zijn gedaagden behoorlijk opgeroepen en desondanks niet verschenen, zodat de rechtbank verstek tegen hen verleent. In het geval een gedaagde partij in een procedure conform de wettelijke voorschriften is opgeroepen en de rechtbank verstek heeft verleend, wordt de door de eisende partij ingestelde vordering in beginsel toegewezen, tenzij deze de rechtbank onrechtmatig of ongegrond voorkomt. Dat laatste is naar het oordeel van de rechtbank het geval.

4.24. In tussenkomst heeft de rechtbank in rov. 4.6 en 4.7 reeds overwogen dat onvoldoende feiten of omstandigheden zijn gesteld of gebleken die het oordeel kunnen dragen dat NBH en Stichting Vermogensrechten partij zijn geworden bij de Overeenkomst en dat de door de curator gevorderde verklaring voor recht in dat verband kan worden toegewezen. Nu [eiser] zijn vorderingen in de hoofdzaak uitsluitend ontleent aan de Overeenkomst, stuiten de vorderingen tegen NBH en Stichting Vermogensrechten in de hoofdzaak daarop af. Hetzelfde geldt voor de door [eiser] aangevoerde vernietiging van de Vaststellingsovereenkomst. De vorderingen zullen daarom worden afgewezen.

4.25. [eiser] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van NBH en Stichting Vermogensrechten worden begroot op: nihil

#### *5. De beslissing*

De rechtbank

#### *In de hoofdzaak*

5.1. verleent verstek tegen de niet verschenen gedaagden,

5.2. wijst de vorderingen af,

5.3. veroordeelt [eiser] in de proceskosten, aan de zijde van NBH en Stichting Vermogensrechten tot op heden begroot op nihil,

#### *In tussenkomst*

5.4. verklaart voor recht dat NBH nimmer partij is geworden bij de Overeenkomst d.d. 1 mei 2013,

5.5. verklaart voor recht dat als gevolg van de vernietigingsverklaring d.d. 29 augustus 2018 de Overeenkomst d.d. 1 mei 2013 tussen de gefailleerde vennootschappen [naam] Beheer B.V., [naam] Investment B.V., Business Imaging Solutions B.V., en Business Solutions Services B.V. enerzijds en W.A. Beheer B.V. cs anderzijds is vernietigd op grond van het bepaalde in artikel 42 Fw,

5.6. veroordeelt [eiser] in de proceskosten (...; *red.*),

5.7. verklaart de in dit vonnis onder rov. 5.6. gegeven beslissing uitvoerbaar bij voorraad,

5.8. wijst het meer of anders gevorderde af.

#### **NOOT**

1. Centraal in deze procedure staat een overeenkomst op grond waarvan een aantal gelieerde partijen zich hoofdelijk heeft verbonden voor een bepaalde schuld. Een deel van de gelieerde hoofdelijk schuldenaren is na het sluiten van de overeenkomst failliet gegaan, een ander deel niet. De curator bestrijdt de geldigheid van de overeenkomst. In de onderhavige procedure vordert de curator onder meer een verklaring voor recht dat de overeenkomst wat de gefailleerde hoofdelijk schuldenaren betreft buitengerechtigd is vernietigd op grond van art. 42 Fw. Het vonnis van de rechtbank is met name op dit laatste punt interessant. De overige vorderingen laat ik daarom verder rusten. Ik schets hierna eerst de relevante feiten (onder 2). Vervolgens bespreek ik het oordeel van de rechtbank ten aanzien van het beroep van de curator op art. 42 Fw. Ik ga daarbij in het bijzonder in op de kwalificatie van de overeenkomst als rechtshandeling "om niet" (onder 3) en de overwegingen van de rechtbank betreffende het vereiste "wetenschap van benadeling" (onder 4 en 5).

2. N Beheer en WA Beheer zijn aandeelhouders van Recopy. Beide aandeelhouders staan jegens Rabobank borg voor het aan Recopy verleende krediet. Op enig moment wordt besloten dat WA Beheer haar deelname in Recopy zal beëindi-

gen. Partijen spreken af dat WA Beheer haar aandelenbelang in Recopy aan N Beheer zal overdragen, dat ervoor moet worden gezorgd dat Rabobank de van WA Beheer verkregen borgtocht zal vrijgeven en dat WA Beheer in de tussentijd ter zake van de borgtocht zal worden gevrijwaard. N Beheer en WA Beheer sluiten in dit verband in mei 2013 de hiervoor onder 1 al genoemde overeenkomst (de "Overeenkomst"), waarbij van de zijde van N Beheer ook Recopy en een aantal andere aan hen gelieerde rechtspersonen partij zijn. In de Overeenkomst is afgesproken dat N Beheer c.s. hoofdelijk verbonden zijn de schade van WA Beheer te vergoeden als zij door Rabobank onder de borgtocht wordt aangesproken voordat deze is vrijgegeven. WA Beheer krijgt op grond van de Overeenkomst bovendien een pandrecht op vorderingen van N Beheer c.s. WA Beheer cedeert haar vorderingen uit de Overeenkomst aan haar enig aandeelhouder en voormalig bestuurder B. In het najaar van 2013 en het voorjaar van 2014 gaan N Beheer en een aantal van de aan haar gelieerde rechtspersonen die partij zijn bij de Overeenkomst, failliet. Daarop wordt WA Beheer door Rabobank onder de borgtocht aangesproken, en wendt B zich op grond van de aan hem door WA Beheer overgedragen vorderingen uit de Overeenkomst tot N Beheer c.s. De curator van de gefailleerde vennootschappen brengt een buitengerechtelijke vernietigingsverklaring uit en vordert in de onderhavige procedure een verklaring voor recht dat de Overeenkomst op grond van art. 42 Fw is vernietigd. Volgens de rechtbank is aan alle vereisten van voornoemde bepaling voldaan. Zij wijst de gevorderde verklaringen voor recht dan ook toe.

3. Ten aanzien van de vereisten "onverplichte rechtshandeling" en "benadeling van schuldeisers" bevat het vonnis geen bijzonderheden. Wat betreft het vereiste "wetenschap van benadeling", bespreekt de rechtbank eerst of sprake is van een rechtshandeling "anders dan om niet" als bedoeld in art. 42 lid 2 Fw. Dit is van belang voor de vraag of voor vernietiging van de Overeenkomst naast wetenschap van benadeling van de gefailleerde vennootschappen ook wetenschap van benadeling van WA Beheer vereist is. B heeft in dit verband aangevoerd dat de tegenprestatie van WA Beheer bestond uit haar bereidheid zaken te doen met de gefailleerde vennootschappen. Deze vennootschappen zouden bij WA Beheer onder meer copiers en onderdelen kunnen

inkopen, aldus B. De rechtbank gaat niet mee in dit betoog en kwalificeert de Overeenkomst als een rechtshandeling "om niet". Zij overweegt daartoe in r.o. 4.15 dat "[g]esteld noch gebleken is dat voor de gefailleerde vennootschappen aan voornoemde bereidheid van W.A. Beheer (enig op geld waardeerbaar) voordeel is verbonden. Evenmin is gesteld of gebleken dat die bereidheid van W.A. Beheer alleen maar bestond omdat de gefailleerde vennootschappen de Overeenkomst aangingen." Bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van een rechtens relevante wederprestatie van WA Beheer bekijkt de rechtbank of voor de gefailleerde vennootschappen een voordeel is verbonden aan de Overeenkomst. Gelet op de stellingen van B is dit begrijpelijk. Mocht de rechtbank hiermee echter bedoeld hebben dat om als rechtens relevante wederprestatie te kwalificeren *steeds* vereist is dat de wederprestatie direct of indirect aan *de schuldenaar* ten goede is gekomen, dan is dit onjuist. De prestatie mag ook ten goede zijn gekomen aan een *derde*. Ook dan loopt de partij met wie de schuldenaar handelt immers het risico door de vernietiging in een nadeligere positie te komen en heeft hij zogezegd *skin in the game*. Dit rechtvaardigt volgens de wetgever dat vernietiging slechts mogelijk is als ook hij wetenschap van benadeling had, zie *Van der Feltz I*, p. 446. Zie bijv. Rb. Dordrecht 18 maart 2009, «JOR» 2009/178, waarin de wederprestatie bestond uit de betaling van een bedrag aan een derde. De rechtbank oordeelt in dit vonnis dat de bestreden rechtshandeling kwalificeert als "anders dan om niet". Een ander voorbeeld is dat van een bank die zich bereid verklaart krediet te verlenen aan een vennootschap, onder de voorwaarde dat de dochtervennootschap van die vennootschap zekerheden stelt voor de terugbetaling van het krediet. De zekerheidstelling door de dochtermaatschappij kwalificeert in dat geval naar mijn mening als een rechtshandeling "anders dan om niet", ongeacht of de dochtermaatschappij direct of indirect van het krediet gebruik heeft gemaakt. Terug naar het onderhavige geval. Gelet op de stellingen van B begrijp ik het oordeel van de rechtbank dat sprake is van een rechtshandeling "om niet". Ik maak daarbij wel de kanttekening dat het mij niet duidelijk is of door B is gesteld en in rechte is komen vast te staan dat de Overeenkomst, dan wel het samenstel van rechtshandelingen waarvan de Overeenkomst deel uit-

maakt, voor WA Beheer de verplichting schiepte het aandelenbelang in Recovery aan N Beheer over te dragen (zie de "Overwegingen" van de onder r.o. 2.7 van het vonnis afgedrukte passages uit de Overeenkomst). Zou dit het geval zijn, dan had dit mijns inziens moeten leiden tot het oordeel dat de Overeenkomst een rechtshandeling "anders dan om niet" is. Dat W.A. Beheer deze verplichting tot levering (nog) niet is nagekomen (zie r.o. 2.10), staat aan deze kwalificatie in beginsel niet in de weg. Hetzelfde geldt als besproken voor het feit dat de te leveren aandelen slechts ten goede zouden zijn gekomen aan N Beheer en niet aan de overige schuldenaren.

4. Omdat de Overeenkomst volgens de rechtbank een rechtshandeling "om niet" is, is voor een succesvol beroep op art. 42 Fw slechts wetenschap van benadeling vereist aan de zijde van gefailleerde vennootschappen. De curator heeft in dit verband gewezen op een in 2011 op verzoek van ING Bank uitgevoerd onderzoek naar de financiële situatie van BIS, een aan N Beheer gelieerde vennootschap die tevens partij is bij de Overeenkomst en uiteindelijk failliet is gegaan. Daaruit zou volgen dat BIS op dat moment in technische zin failliet was, de inkomsten van BIS gebruikt werden om de overige vennootschappen te financieren en BIS dus de kurk was waar deze vennootschappen op dreven. Met het technische faillissement van BIS was volgens de curator ook duidelijk dat het faillissement van de overige vennootschappen zou volgen. B heeft deze stellingen volgens de rechtbank niet concreet betwist. Het verbaast dan ook niet dat de rechtbank vaststelt dat aan het vereiste van wetenschap van benadeling is voldaan. De relevante r.o. 4.17 is echter wat ongelukkig. De rechtbank overweegt daarin als volgt: "Bij gebreke van een (voldoende gemotiveerd) verweer tegen de wetenschap van benadeling neemt de rechtbank in de gegeven omstandigheden een redelijke mate van waarschijnlijkheid dat schuldeisers zouden worden benadeeld aan. Uit de rechtspraak volgt dat met een redelijke mate van waarschijnlijkheid is voldaan aan de eis van wetenschap van benadeling in de zin van artikel 42 Fw (zie: HR 26 augustus 2003, NJ 2004, 549; ECLI:NL:HR:2003:AI0369)." Het arrest waar de rechtbank naar verwijst («JOR» 2003/211, m.nt. JvH (IHC/UPC)) betreft echter niet de faillissementspauliana, maar de actio Pauliana buiten faillissement. De Hoge Raad heeft daarin geoor-

deeld dat van wetenschap van benadeling in de zin van art. 3:45 BW sprake is als voor partijen "met een redelijke mate van waarschijnlijkheid was te voorzien dat schuldeisers benadeeld zouden worden". Voor de faillissementspauliana van art. 42 Fw geldt daarentegen volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat van "wetenschap van benadeling" sprake is als voor partijen "*het faillissement en het tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien*", zie o.a. HR 22 december 2009, «JOR» 2011/19, m.nt. NEDF (ABN AMRO/Van Dooren q.q. III); HR 29 november 2013, «JOR» 2014/213, m.nt. Van der Weijden (Roeffen q.q./Jaya) en HR 7 april 2017, «JOR» 2017/213, m.nt. Bergervoet (Jongepier q.q./Drieakker). Kortom, de rechtbank verwijst naar het verkeerde arrest en hanteert ook een formulering die bij dit arrest aansluit.

5. Deze *slip of the pen* van de rechtbank roept de interessante vraag op of het wetenschapsvereiste uit het voor art. 3:45 BW gewezen arrest IHC/UPC en dat uit het voor art. 42 Fw gewezen arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III in de praktijk tot verschillende uitkomsten kan leiden. Is het mogelijk dat een bepaalde rechtshandeling tot het faillissement van de schuldenaar wél nog door individuele schuldeisers kan worden vernietigd met art. 3:45 BW omdat partijen wetenschap van benadeling hadden als bedoeld in het arrest IHC/UPC, maar dezelfde rechtshandeling tijdens het faillissement van de schuldenaar niet meer door de curator kan worden vernietigd met een beroep op art. 42 Fw omdat partijen geen wetenschap van benadeling hadden in de zin van ABN AMRO/Van Dooren q.q. III (bijvoorbeeld omdat de dreiging van een faillietverklaring voor partijen nog onvoldoende concreet was)? Ik betwijfel het. Uiteindelijk gaat het zowel bij art. 3:45 BW als art. 42 Fw om dezelfde vraag, namelijk of partijen zich onoorbaar hebben gedragen jegens de gezamenlijke schuldeisers door zich hun belangen onvoldoende aan te trekken. Daarbij moet niet alleen worden gekeken naar wat zij wisten of behoorden te weten over de financiële toestand van de schuldenaar en (daarmee) de kans op zijn faillissement, maar komt ook gewicht toe aan de aard van de rechtshandeling, de voorzienbare en/of beoogde gevolgen van de rechtshandeling, de onderlinge relatie tussen partijen, de positie die partijen innemen in het maatschappelijk verkeer, enzovoort. Of meer in de sleutel van het arrest ABN AMRO/Van Dooren q.q. III: de "mate van

waarschijnlijkheid waarmee het faillissement en het tekort daarin voor partijen moesten zijn te voorzien”, wordt bepaald door wat gelet op alle overige omstandigheden van het concrete geval “redelijk” is. De voor vernietiging vereiste mate van voorzienbaarheid kan dus in het ene geval hoger of lager zijn dan in het andere geval. Een verkoop van activa aan een zustervenootschap tegen verrekening van de koopsom met een oude intercompanyschuld kan nou eenmaal niet over één kam worden geschoren met een zekerheidsstelling voor een nieuw en nog ongebruikt krediet. Dit betekent dat er op de tijdlijn richting het faillissement van de schuldenaar niet één breekpunt is waarvóór alle onverplichte rechtshandelingen nog zijn toegestaan en waarna alle onverplichte rechtshandelingen met partijen die op de hoogte zijn van de financiële toestand van de schuldenaar zonder meer kunnen worden vernietigd. Zie hierover meer uitvoerig mijn bijdrage ‘Wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw en de voorzienbaarheid van het faillissement van de schuldenaar’, *MvV* 2017/10, p. 285 e.v.

mr. R.J. van der Weijden  
advocaat bij Ysquare in Amsterdam

## 14

**Gerechtigdheid tot merk, logo, handelsnaam en domeinnaam na faillietverklaring van één van de samenwerkingspartners**

Rechtbank Den Haag  
24 juli 2019, rolnr. HA ZA 18-455,  
ECLI:NL:RBDHA:2019:7524  
(mr. Alwin)  
Noot mr. E. Doornhein

**Faillissement van één van de partijen bij een exclusieve samenwerkingsovereenkomst (organisatie van periodieke wedstrijd). Overdracht van merk, logo, handelsnaam en domeinnaam door curator aan derde. Afgebroken onderhandelingen tussen verkrijger en niet-gefaillieerde partner over samenwerking. Vordering tot verdeling van gemeenschappelijke IE-rechten en nietigverklaring van Benelux-merk vanwege aanvraag te kwader trouw. Afgebroken onderhandelingen. Verwijzing naar HvJ EG 11 juni 2009, ECLI:EU:C:2009:361 (Lindt/Hauswirth); BenGH 16 juni 1995, NJ 1996/470, m.nt. Verkade (Rivel) en HR 12 augustus 2005, «JOR» 2006/31, m.nt. Wessels (CBB/JPO).**

[BVIE art. 2.2bis lid 2, 2.4 sub f, 2.28 lid 3 sub b, 4.6 lid 1; Hnw art. 1, 2; UMVo art. 51 lid 1 onder b; BW art. 3:175, 3:166 lid 2]

*Eiseres stelt dat IE-rechten – een merk, een logo, een handelsnaam en een domeinnaam – deel uitmaken van een eenvoudige gemeenschap tussen gefaillieerde en gedaagde en dat het aandeel in deze gemeenschap behoort tot de activa van gefaillieerde die eiseres heeft gekocht. Omdat het merk eerst na faillietverklaring van gefaillieerde is geregistreerd, kan het geen deel uitmaken van enige tussen gefaillieerde en gedaagde bestaande gemeenschap. Het niet-geregistreerde logo is geen voor overdracht vatbaar vermogensrecht. Ook het betoog dat gefaillieerde ten aanzien van het logo aan de opeenvolgende samenwerkingsovereenkomsten een vorderingsrecht ontleende dat in de failliete boedel viel, gaat niet op. Aangezien in de samenwerkingsovereenkomsten een*