

ten. Dat nadeel zou trouwens kunnen worden weggenomen door de BCA-polis zo in te richten dat deze recht geeft op afzonderlijke maximumbedragen voor aansprakelijkheid en voor het verweer tegen die aansprakelijkheid. Vgl. M.M. van Asch, 'Derdenbeslag onder de verzekeraar van een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering; recente ontwikkelingen', *MvO* 2016/3-4, p. 63-64; en R.A.M.D. Smit, 'Conservatoir derdenbeslag door de curator op een D&O-verzekering', *Tvl* 2017/12, p. 78. Anders: Rb. Limburg 23 oktober 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:9164 (*X/Vitaal Wonen*).

5. In het onderhavige geval is het beslag gelegd door de curator van de failliete vennootschap. Volgens Croiset van Uchelen is een beslag door de curator "zeker niet toelaatbaar", omdat de curator de boedel afwikkelt van de vennootschap die de polis zelf heeft afgesloten. Zie A.R.J. Croiset van Uchelen, 'Just when I needed you most – de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering in faillissement', *TOP* 2016(8)/570, onder 6. Ik zie niet in waarom een beslag door de curator niet toelaatbaar zou zijn. Mijns inziens blijft de te maken belangenafweging dezelfde en dient de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement in ieder geval wél beslag te kunnen leggen op het bedrag bestemd voor schadevergoeding.

A. Steneker

207

Rechtbank Noord-Holland zp Haarlem  
21 december 2016, rolnr. HA ZA 16-232,  
ECLI:NL:RBNHO:2016:10661  
(mr. Schotman)  
Noot mr. F.H. van der Beek

**Verkoop door curator van VOF van verhypotheceerde zaak met aanbiedingsverplichting. Gebondenheid vennoot aan aanbiedingsverplichting na einde faillissement. Rechtsgevolgen van door curator bevoegdlijk verrichte rechtshandelingen ten aanzien van goederen die buiten liquidatie zijn gebleven. Gebondenheid hypotheekhouder aan aanbiedingsregeling. Tussenvonniss.**

[Fw art. 13, 23, 68]

*De beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de curator is met de beëindiging van het faillissement door het verbindend worden van de slotuitdelingslijst weliswaar geëindigd, maar dit heeft niet tot gevolg dat de rechtsgevolgen aan de tijdens het faillissement ten aanzien van boedelbestanddelen bevoegdlijk verrichte rechtshandelingen zijn komen te ontvallen. In het geval er boedelbestanddelen zijn die, zoals hier, buiten liquidatie zijn gebleven, vallen die bij het einde van het faillissement terug aan de gefailleerde, bezwaard met de lasten en beperkingen die daarop tijdens het faillissement bevoegdlijk door de curator zijn aangebracht. Aansluiting wordt gevonden bij de strekking van regeling van art. 13 Fw: wat de curator krachtens zijn bevoegdheid verricht, verricht hij de jure en moet na het einde van het faillissement niet meer ongedaan kunnen worden gemaakt.*

*Een hypotheekhouder is in beginsel niet gebonden aan obligatoire verplichtingen die haar schuldenaar als eigenaar van het verhypotheceerde met derden is overeengekomen. Dat is hier echter anders. De onderhandelingen waar de aanbiedingsplicht uit is voortgevloeid en waarop eiser zich in dit geding beroept, vonden plaats in het kader van de afwikkeling van een faillissement waarin de bank als hypotheekhouder aan tafel zat. Het proces dat tot de overeenkomst heeft geleid, vond in feite onder haar regie plaats – de curator liet het aan haar over – en het resultaat had haar volledige instemming. Onder die omstandigheden moet de bank de werking van deze overeenkomst tegen zich laten gelden.*

X,  
eiser,  
advocaat: mr. P.J. de Groen,  
tegen  
1. Y,  
gedaagde,  
advocaat: mr. J.J. Turenhout,  
2. de coöperatieve vereniging *Coöperatieve Rabobank UA* te Utrecht,  
gedaagde,  
advocaat: mr. P.W. van Kooij,  
3. *Rabohypotheekbank NV* te Amsterdam,  
gedaagde,  
advocaat: mr. P.W. van Kooij.

(...; red.)

## 2. De feiten

2.1. Op 9 november 2010 is de vennootschap onder firma [firmanaam], verder: de VOF, in staat van faillissement verklaard, met benoeming van mr. R.A. van Wijk, advocaat te Hoofddorp, tot curator. De vennoten in de VOF waren [gedaagde sub 1], [naam vennoot] en [naam vennoot]. De VOF had een aanzienlijke schuld aan de Rabobank

2.2. De VOF is ten gevolge van het faillissement opgeheven per 9 november 2012.

De VOF exploiteerde een kwekerij aan de [adres], op onroerend goed van de vennoten. De Rabobank was en is hypotheekhouder met betrekking tot dat onroerend goed. Van dat onroerend goed maakte deel uit een perceel grasland aan [kadastrale gegevens]. Dat perceel wordt hierna genoemd: perceel grasland, welk perceel dienstig was aan de kwekerij.

2.3. Projectontwikkelaar Katwijkse Ontwikkelings Maatschappij B.V. (de KOM) was al sinds jaar en dag, in samenspraak met de VOF, doende om het perceel tot ontwikkeling te brengen, in die zin dat er, met omgevingsvergunningen, twee vrijstaande woningen op gebouwd zouden kunnen worden. De KOM, de Rabobank en curator mr. Van Wijk hebben, ter voortzetting daarvan, in dat kader een overeenkomst “inzake de ontwikkeling van het perceel grond gelegen aan de [straat- en plaatsnaam]” gesloten op 6 juli 2012 (productie 6).

2.4. De curator heeft met toestemming van de Rabobank het onroerend goed aan de [staatnaam en plaatsnaam] verkocht en in eigendom overgedragen aan de besloten vennootschap Flower Traveler B.V. (verder: Flower Traveler) en haar

(indirect) bestuurder en aandeelhouder de heer [eiser 1] en diens echtgenote voor een prijs van € 680.500,00. Het door Flower Traveler en de heer en mevrouw [eiser 1] gekochte is, na verdere onderhandelingen over onder meer de formulering van na te noemen aanbiedingsplicht en voorkeursrecht, bij akte van 14 juli 2011 geleverd. Het onroerend goed is geleverd aan de heer en mevrouw [eiser 1] en de in de kwekerij aanwezige inventaris is aan Flower Traveler geleverd. In de leveringsakte is onder meer het volgende opgenomen:

“Door de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Katwijkse Ontwikkelings Maatschappij B.V. (hierna te noemen ‘KOM’), kantoorhoudende te 2222AC Katwijk aan de Scheepmakerstraat 2 (...) is in ontwikkeling een bouwplan, genaamd ‘[naam bouwplan]’ ten behoeve van de stichting van meerdere woningen ter plaatse.

### *aanbiedingsverplichting*

de genoemde heer [eiser 1] (waaronder begrepen zijn rechtsopvolgers onder algemene titel) – hierna te noemen voorkeursgerechtigde – heeft het recht de oostelijke bouwkvavel ter grootte van ongeveer een duizend vijfhonderd (1.500) vierkante meter te kopen en in eigendom te verkrijgen, indien en voorzover het genoemde bouwplan van de KOM wordt gerealiseerd.

Deze oostelijke bouwkvavel, ter grootte van ongeveer een duizend vijf honderd (1.500) vierkante meter, is gesitueerd op het niet in de onderhavige levering betrokken gedeelte van perceel [perceelnummer] van de genoemde en sectie.

### *Bepalingen aanbiedingsverplichting*

Deze aanbiedingsverplichting wordt uitgeoefend op de volgende wijze, te weten: binnen 4 weken na het onherroepelijk worden van het nieuwe bestemmingsplan wordt door de verkoper (zijnde de curator voornoemd) deze oostelijke bouwkvavel door middel van een aangetekende brief te koop aangeboden aan de voorkeursgerechtigde genoemd.

Onverminderd het hiervoor bepaalde komt dit het recht op dezelfde wijze toe aan de voorkeursgerechtigde.

Alsdan wordt de voorkeursgerechtigde voor een periode van vier (4) weken in de gelegenheid gesteld deze bouwkvavel aan te kopen tegen een nader tussen partijen overeen te komen koopsom.

Indien partijen binnen voornoemde termijn van vier (4) weken geen overeenstemming bereiken is verkoper vrij de bouwkaavel aan een derde te verkopen, doch niet voor een koopsom welke lager is dan het bod van de voorkeursgerechtigde. (...)

Indien op vijftien mei tweeduizend veertien (15-05-2014) blijkt dat het bouwplan van de KOM geen doorgang vindt en er onherroepelijk geen bouwactiviteiten zullen plaatsvinden zal de verkopende partij afstand doen van de grond waarop de twee bouwkaavels zouden komen, zijnde het niet in de onderhavige levering betrokken gedeelte van perceel [perceelnummer] van de genoemde gemeente en sectie.

De verkopende partij (curator of haar rechtsopvolger) is verplicht dit perceel cultuurgrond aan te bieden aan de voorkeursgerechtigde.

De curator of haar rechtsopvolger is verplicht dit middels een aangetekende brief te koop aan te bieden aan de voorkeursgerechtigde, alsdan wordt de voorkeursgerechtigde voor een periode van vier (4) weken in de gelegenheid gesteld de bedoelde grond aan te kopen tegen de dan geldende agrarische waarde.

Onverminderd het hiervoor bepaalde komt dit het recht op dezelfde wijze toe aan de voorkeursgerechtigde.

Indien de voorkeursgerechtigde geen gebruik wenst te maken van dit recht is verkoper na het voornoemde termijn van vier (4) weken vrij dit perceel te verkopen aan derden.”

2.5. Het faillissement van de VOF en haar vennoten is op 1 mei 2015 geëindigd door het verbindend worden van de uitdelingslijst.

2.6. Het bestemmingsplan met betrekking tot het perceel grasland is op 7 november 2013 van kracht geworden. Bij aangetekende brief van 14 januari 2014 (productie 8) bood de heer [naam makelaar] van het makelaarskantoor Vellekoop, dat voor de curator, [gedaagde sub 1] en de Rabobank optreedt, een deel van het perceel grasland te koop aan, namelijk “de oostelijke bouwkaavel”. Dit aanbod is niet aanvaard. Per e-mail van 22 september 2015 heeft [naam makelaar] voornoemd het perceel grasland te koop aangeboden aan [eiser 1] en wel voor een koopsom van € 180.000,00 k.k. Ook dit aanbod is door [eiser 1] verworpen.

### 3. Het geschil

#### 3.1. [eiser 1] vordert samengevat –

a. [gedaagde sub 1] te bevelen om binnen twee weken na betekening van het te wijzen vonnis de percelen [kadastrale gegevens] aan [eiser 1], dan wel Flower Traveler, dan wel een andere door [eiser 1] te noemen meester te leveren en wel tegen de agrarische waarde, zulks op verbeurte van een dwangsom van € 15.000,00 per dag voor iedere dag, een gedeelte van een dag daaronder begrepen, dat zij nalaat aan het te wijzen vonnis te voldoen, met bepaling dat die dwangsom maximaal € 450.000,00 zal bedragen;

b. de Rabobank te bevelen om binnen twee weken na betekening van het te wijzen vonnis te bewerkstelligen dat de hypothecaire inschrijvingen op de percelen [kadastrale gegevens] zijn doorgehaald, zulks op verbeurte van een dwangsom, hoofdelijk door ieder van gedaagden sub 2 en 3 te verbeuren, des dat de één betalende de ander zal zijn bevrijd, van € 15.000,00 per dag voor iedere dag, een gedeelte van een dag daaronder begrepen, dat zij nalaat aan het te wijzen vonnis te voldoen, met bepaling dat die dwangsom maximaal € 450.000,00 zal bedragen;

c. althans, zodanige beslissing te nemen als de rechtbank in goede justitie vermeent te behoren; alles met veroordeling van gedaagden in de kosten van deze procedure.

3.2. [eiser 1] stelt dat het beding voorschrijft dat het perceel (tegen de agrarische waarde) aan [eiser 1] moet worden aangeboden als op 15 mei 2014 niet gebouwd wordt.

De formulering “... en er onherroepelijk geen bouwactiviteiten zullen plaatsvinden” is in de overeenkomst opgenomen om zeker te stellen dat als er op 15 mei 2014 gebouwd zou worden maar de vergunning achteraf zou worden vernietigd, die bouwactiviteiten niet zouden meetellen voor de bepaling of op de peildatum 15 mei 2014 het bouwplan geen doorgang vond. De bepaling vereist dus niet dat op 15 mei 2014 moet (kunnen) worden vastgesteld of er in de toekomst onherroepelijk nimmer bouwactiviteiten zullen plaatsvinden.

[eiser 1] stelt dat, uitgaande van deze uitleg, zeker is dat op 15 mei 2014 “onherroepelijk” geen bouwactiviteiten plaatsvonden en dat hij onder die omstandigheden aanspraak heeft op levering van het perceel grasland tegen de agrarische waarde. Zowel de Rabobank als [gedaagde sub 1] hebben echter geweigerd aan die levering mee te werken.

3.3. [gedaagde sub 1 c.s.] voert het volgende weer.

3.3.1. [gedaagde sub 1] was ten tijde van het sluiten van de betreffende overeenkomsten failliet en geen partij bij die overeenkomsten. Door de faillietverklaring is [gedaagde sub 1] van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorende vermogen verloren (artikel 23 Fw). Door de faillietverklaring is hij niet handelingsonbekwaam geworden, maar kon hij de boedel niet meer binden. Een curator kan niet worden beschouwd als de wettelijke vertegenwoordiger van de gefailleerde, en de curator heeft slechts bevoegdheden ten aanzien van vermogensrechten van de gefailleerde; het faillissement laat de persoon van de gefailleerde ongemoeid.

Ingevolge artikel 6 Fw is de curator belast met het beheer en vereffening van de failliete boedel. Dat brengt met zich mee dat door de curator in zijn hoedanigheid uitsluitend (rechts)handelingen (kunnen) worden verricht in dit kader.

Door beëindiging van het faillissement van [gedaagde sub 1] behoren de in deze procedure aan de orde zijnde percelen grond niet meer tot de failliete boedel. Zij behoren (weer) tot het vermogen van [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 1] is weer volledig beheers- en beschikkingsbevoegd. Het spiegelbeeld hiervan is dat de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de curator is opgehouden. Hij kan de boedel van [gedaagde sub 1] niet meer binden. Dat brengt mee dat de curator [gedaagde sub 1] met de door de curator gesloten overeenkomsten niet heeft gebonden in de zin dat [gedaagde sub 1] na beëindiging van het faillissement gehouden zou zijn de in de leveringsakte van 14 juli 2011 overeengekomen aanbiedingsverplichting na te komen c.q. uit te voeren.

3.3.2. Voor zover heeft te gelden dat [gedaagde sub 1] is beginsel gehouden zou zijn de in de leveringsakte van 14 juli 2011 vervatte aanbiedingsverplichting na te leven, voert de Rabobank aan dat levering tegen de agrarische waarde volgens de tekst van de leveringsakte pas aan de orde kan zijn als op 15 mei 2014 blijkt dat het plan van de KOM geen doorgang vindt en er onherroepelijk geen bouwactiviteiten zullen plaatsvinden (onderstreping door advocaat).

Partijen zijn er bij het tekenen van de akte van levering van 14 juli 2011 vanuit gegaan dat op 15 mei 2014 wel duidelijk zou zijn of de plannen van de KOM zouden doorgaan. Dat het een lang traject zou zijn was de verwachting van beide partij-

en. In de akte van levering is de betreffende bepaling geformuleerd conform een door de makelaar van [eiser 1] aangeleverd tekstvoorstel. De kort voor het tekenen van de akte door [eiser 1] aan de notaris gedane suggestie voor een tekstuele wijziging is niet doorgevoerd. De tekst luidt zoals deze in het laatste concept ook luidde en essentieel in de tekst zijn de navolgende gecursiveerde woorden: “indien op vijftien mei tweeduizend veertien *blijkt* dat het bouwplan van de KOM geen doorgang *vindt* en er *onherroepelijk* geen bouwactiviteiten zullen plaatsvinden”. Welnu: er was, en er is nimmer, sprake van geweest dat het Plan geen doorgang zou vinden.

[gedaagde sub 1 c.s.] beroept zich op een mail van de heer [naam projectontwikkelaar], projectontwikkelaar bij de KOM aan de heer [naam makelaar] voornoemd dd. 6 april j.l., waarin deze stelt “Zoals aangegeven is de omgevingsvergunning op 18 december 2013 afgegeven (op 23 december 2013 verzonden) en is deze ca. 6 weken later op 3 februari 2014 onherroepelijk is geworden aangezien er geen bezwaren op het plan zijn binnengekomen. Dit is door de gemeente [...] bevestigd. Met het verlenen van de vergunning is dus ook het bestemmingsplan definitief gewijzigd en is een verklaring van geen bezwaar inzake een afwijking van het LiB-besluit verkregen.

We hadden dus groen licht qua vergunningen om te kunnen starten met de bouw en waren ook reeds met de bouwvoorbereidingen begonnen (door onder andere prefab betond onderdelen te bestellen. De woonstichting gaf echter net voor de start van de bouw aan dat ze het plan voorlopig niet zouden kunnen afnemen omdat ze via de WSW geen toestemming hiervoor verkregen. Hierop hebben we dus moeten besluiten om de bouw voorlopig niet te starten in afwachting op de goedkeuring van de WSW cq. de woonstichting.

Eind 2015 is gebleken dat de woonstichting definitief niet zou afnemen en hebben we gekeken of andere corporaties het plan zouden willen overnemen.

Helaas is dat niet gelukt waarop we besloten hebben het plan geschikt te maken voor de particuliere verkoop. Er was een kleine aanpassing van de verleende vergunning nodig die we eind maart 2016 hebben ingediend. We zijn druk bezig met de verkoopvoorbereidingen en de verwachting is

dat we binnen 2 weken in de verkoop kunnen en hopelijk bij voldoende animo voor de bouwvak kunnen starten met de bouw.

(...)

De conclusie is dus dat het plan nooit onherroepelijk geen doorgang zou vinden want dan had er geen goedkeuring op het gewijzigde bestemmingsplan en omgevingsvergunning moeten zijn en had de overeenkomst met de gemeente ontbonden moeten worden. Dit is dus nimmer aan de orde geweest. De vertraging met bouwen is ontstaan door het afhaken van de woonstichting, wat in eerste instantie een tijdelijk karakter had.”

3.3.3. [eiser 1] geeft volgens [gedaagde sub 1 c.s.] aan de datum van 15 mei 2014 en het verstrijken daarvan een veel verdergaand belang dan het belang dat partijen voor ogen hebben gehad en de uitleg van [eiser 1] is in strijd met de letterlijke tekst van de notariële akte d.d. 11 april 2011. Het was geenszins een eis dat bouwactiviteiten reeds op die datum waren begonnen. Het ligt ook niet in de reden dat de verkopers zich hebben willen verbinden een stuk grond te leveren tegen agrarische waarde als ten aanzien van die grond reeds een bestemmingswijziging had plaatsgevonden.

3.3.4. Rabobank voert verder nog aan dat zij als hypotheekhouder bij verzuim van de in de hypotheekakte genoemde debiteuren haar recht van hypotheek in beginsel kan uitwinnen en dan niet gebonden is aan eventuele obligatoire verplichtingen van de verkoper ten aanzien van het verhypothekerde. Het is juist dat Rabobank met de aanbiedingsverplichting als vervat in de leveringsakte van 11 april 2011 heeft ingestemd, maar dat Rabobank de eventuele nakoming van de aanbiedingsverplichting volgens de door [eiser 1] daaraan gegeven uitleg tegen zich zou hebben te laten gelden, is naar de mening van Rabobank onjuist. Rabobank heeft ermee ingestemd dat beide percelen tegen de agrarische waarde zouden worden overgedragen als op de percelen niet zou mogen worden gebouwd en de percelen dus slechts een agrarische waarde hadden. Van Rabobank kan als hypotheekhouder in redelijkheid niet worden verlangd dat zij instemt met een wijze van afwikkeling die voor [eiser 1] het meest gunstig is en Rabobank de laagste “opbrengst” (in de eigenlijke zin, er is dan immers nog geen sprake van executie) ontvangt.

In dit verband noemt Rabobank nog het feit dat [eiser 1] de betreffende percelen mogelijk inderdaad zal willen toevoegen aan zijn kwekerij, maar

dat de aan de percelen inmiddels klevende mogelijkheid om ter plaatste te bouwen door [eiser 1] in dat geval vermoedelijk zal worden “verplaatst” naar een ander gedeelte van de aan hem reeds in eigendom toebehorende registergoederen, met een waardestijging van de betreffende registergoederen tot gevolg. Er is geen enkele reden Rabobank onder die omstandigheden genoeg te laten nemen met een lagere (agrarische) opbrengst (waarde).

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### 4. De beoordeling

4.1. Het sub 3.3.1. weergegeven verweer faalt. Het miskent dat de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de curator met de beëindiging van het faillissement door het verbindend worden van de slotuitdelingslijst weliswaar is geëindigd, maar dat dit niet tot gevolg heeft dat de rechtsgevolgen aan de tijdens het faillissement ten aanzien van boedelbestanddelen bevoegdlijk verrichte rechtshandelingen zijn komen te ontvallen. In het geval er boedelbestanddelen zijn die, zoals hier, buiten liquidatie zijn gebleven, vallen die bij het einde van het faillissement terug aan de gefailleerde bezwaard met de lasten en beperkingen die daarop tijdens het faillissement bevoegdlijk door de curator zijn aangebracht. De door [gedaagde sub 1 c.s.] verdedigde opvatting dient geen redelijk doel en is in strijd met de rechtszekerheid. De rechtbank vindt aansluiting bij de strekking van regeling van art. 13 Fw: wat de curator krachtens zijn bevoegdheid verricht, verricht hij de jure en moet na het einde van het faillissement niet meer ongedaan kunnen worden gemaakt.

4.2. Ook het sub 3.3.4. weergegeven verweer faalt. Aan Rabobank kan worden toegegeven dat een hypotheekhouder in beginsel niet gebonden is aan obligatoire verplichtingen die haar schuldenaar als eigenaar van het verhypothekerde met derden is overeengekomen. Dat is hier echter anders. De onderhandelingen waar de aanbiedingsplicht uit is voortgevloeid en waarop [eiser 1] zich in dit geding beroept vonden plaats in het kader van de afwikkeling van een faillissement waarin Rabobank als hypotheekhouder aan tafel zat. Het proces dat tot de sub 2.4 genoemde overeenkomst heeft geleid vond in feite onder haar regie plaats – de curator liet het aan haar over – en het resul-

taat had haar volledige instemming. Onder die omstandigheden moet Rabobank de werking van deze overeenkomst tegen zich laten gelden.

4.3. Met een beroep op het aanbiedingsbeding vordert [eiser 1] levering aan hem van het perceel grasland tegen agrarische waarde. [eiser 1] stelt dat voor de formulering in de leveringsakte is gekozen om te benadrukken dat het perceel aan hem moest worden aangeboden, als op uiterlijk 15 mei 2014 op het perceel geen bouwactiviteiten zouden zijn ontplooid. [gedaagde sub 1 c.s.] heeft deze stelling gemotiveerd betwist. Volgens [gedaagde sub 1 c.s.] zijn partijen er bij het tekenen van de akte van levering vanuit gegaan dat uiterlijk 15 mei 2014 duidelijk moest zijn of de bouwplannen van De Kom gerealiseerd zouden kunnen worden. Gezien deze gemotiveerde betwisting zal [eiser 1], overeenkomstig zijn aanbod, worden toegelaten tot bewijslevering van bedoelde stelling. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

### 5. De beslissing

De rechtbank

5.1. draagt [eiser 1] op te bewijzen dat voor de formulering in de leveringsakte is gekozen om te benadrukken dat het perceel aan hem moest worden aangeboden, als op uiterlijk 15 mei 2014 op het perceel geen bouwactiviteiten zouden zijn ontplooid,

(...; red.)

5.6. houdt iedere verdere beslissing aan.

### NOOT

1. In de onderhavige zaak spelen twee vragen: (1) Zijn de (voormalig) vennoten van een VOF waarvan het faillissement geëindigd is, gebonden aan een aanbiedingsverplichting die de curator tijdens faillissement is overeengekomen met een derde? (2) Heeft de hypotheekhouder een overeenkomst die betrekking heeft op het verhypothekerde onderpand tegen zich te laten gelden, indien deze overeenkomst tijdens faillissement onder haar regie en met haar volledige instemming tot stand is gekomen? De rechtbank beantwoordt beide vragen bevestigend.

2. De feiten die aan deze zaak ten grondslag liggen, zijn als volgt: VOF X exploiteert een kwekerij op onroerend goed dat gemeenschappelijk eigendom is van de beide vennoten. Rabobank heeft een hypotheekrecht op het desbetreffende

onroerend goed. Van het onroerend goed maakt een perceel grasland deel uit (het "Perceel"). VOF X beoogt het Perceel te ontwikkelen door er twee vrijstaande woningen op te bouwen (het "Bouwplan"). Op 9 november 2010 gaat VOF X failliet. De VOF is als gevolg van het faillissement per diezelfde datum opgeheven (zie verder hierna). De curator verkoopt op enig moment het onroerend goed – exclusief het Perceel – aan Y voor een bedrag van € 680.500. Bij akte van 14 juli 2011 levert de curator het onroerend goed aan Y. Ten aanzien van het Perceel bevat de leveringsakte een aanbiedingsverplichting. Deze aanbiedingsverplichting houdt vrij vertaald in dat Y het recht heeft het Perceel te kopen van de verkoper (zijnde de curator) tegen een nader overeen te komen koopprijs, indien en voor zover het Bouwplan doorgang vindt. Indien op 15 mei 2014 blijkt dat (i) het Bouwplan geen doorgang vindt en (ii) onherroepelijk geen bouwactiviteiten plaats zullen vinden op het Perceel, zal de verkopende partij (zijnde de curator of haar rechtsopvolger) het Perceel tegen de dan geldende agrarische waarde te koop aanbieden aan Y. Bij brief van 14 januari 2014 biedt makelaar Z – die blijkens het vonnis optreedt in opdracht van de curator, de vennoten en de Rabobank – een deel van het Perceel aan Y te koop aan. Y aanvaardt het aanbod niet. Op 1 mei 2015 eindigt het faillissement van VOF X door het verbindend worden van de uitdelingslijst. Op 22 september 2015 biedt het makelaarskantoor het gehele Perceel (nogmaals) aan Y te koop aan. Uit het vonnis wordt niet duidelijk namens welke (verkopende) partijen het makelaarskantoor op dat moment optreedt. Y verwerpt ook dit aanbod. Vervolgens vordert Y op grond van de leveringsakte in rechte (i) dat de [voormalig, toevoeging FvdB] vennoten van VOF X het Perceel aan haar leveren tegen agrarische waarde; en (ii) dat Rabobank de hypothecaire inschrijving op het Perceel doorhaalt.

3. Alvorens in te gaan op de inhoudelijke kant van deze zaak, eerst enkele korte opmerkingen over het faillissement van een VOF. Een VOF kan als zodanig failliet worden verklaard (zie art. 4 lid 3 Fw). Tot voor kort leidde het faillissement van de VOF automatisch tot het faillissement van de individuele vennoten (zie HR 14 november 1927, NJ 1927/725). In zijn arrest van 6 februari 2015 («JOR» 2015/181, m.nt. SCJJK en NEDF (*X/Bepro*)) is de Hoge Raad op dit punt

echter "omgegaan". Sindsdien geldt dat een schuldeiser die niet alleen het faillissement van de VOF, maar ook dat van diens vennoten wil bewerkstelligen, in het verzoekschrift tot faillietverklaring ten aanzien van ieder der vennoten het faillissement moet aanvragen. De rechter dient vervolgens per vennoot te onderzoeken of aan de vereisten voor faillietverklaring is voldaan. Aangezien de vennoten op grond van art. 18 WvK hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap, zal dit in de regel het geval zijn (maar het hoeft natuurlijk niet).

4. Het geval dat hier aan de orde is, valt nog onder het oude regime. Zowel VOF X als de vennoten waren failliet. Dit laatste is onder meer van belang, omdat het faillissement van de vennoten op grond van art. 7A:1683 aanhef en sub 4 BW leidt tot de ontbinding van de VOF (zie nr. 2.2 van het vonnis). De vaststelling dat VOF X ontbonden is, roept de vraag op in welke hoedanigheid Y de gedaagden in deze zaak heeft aangesproken: als (voormalig) vennoten van VOF X? Of als eigenaars van het Perceel? Het is de vraag of Y wel ontvankelijk is haar vordering, maar de ontvankelijkheid is in deze procedure kennelijk door partijen niet aan de orde gesteld.

5. Anders dan het faillissement van de vennoten, vormt het faillissement van de VOF *zelf* geen wettelijke grond voor ontbinding van de VOF. Sinds het hiervoor genoemde arrest van 6 februari 2015 leidt het faillissement van een VOF dan ook niet langer automatisch tot ontbinding van de vennootschap. Zolang hierover niets is opgenomen in het vennootschapscontract, roept dit de vraag op wat de status is van een VOF na het einde van het faillissement. Moet worden aangenomen dat de VOF naar analogie met de regeling voor rechtspersonen is ontbonden (vgl. art. 2:19 lid 1 sub c BW)? Of kan de VOF na het eindigen van het faillissement zonder meer worden voortgezet nu het faillissement de vennootschapsovereenkomst niet aantast? Zie over deze onduidelijkheid onder meer J.B. Huizink, 'Nogmaals personenvennootschappen en faillissement', *TvI* 2015/28, p. 28 en 29. In het wetsvoorstel van de werkgroep personenvennootschappen wordt overigens in deze lacune voorzien door expliciet op te nemen dat de openbare vennootschap (de beoogde opvolger van de VOF) na faillietverklaring ontbonden wordt door hetzij de opheffing van het faillissement, hetzij door insolventie ('Rapport van de werkgroep

personenvennootschappen' in: G.J. van Solinge e.a. (red.), *Modernisering personenvennootschappen* (Serie vanwege het Van der Heijden instituut, deel 137), Deventer: Kluwer 2016, bijl. V – 49).

6. Y vordert in deze zaak dat de gedaagden (de voormalig vennoten) het Perceel aan haar leveren tegen agrarische waarde. Gedaagden stellen zich op het standpunt dat zij niet gebonden zijn aan de door de curator tijdens faillissement gesloten overeenkomsten en daarom niet gehouden zijn de in de leveringsakte opgenomen aanbiedingsregeling na te komen. De rechtbank oordeelt kort gezegd dat de beheers- en beschikingsbevoegdheid van de curator met de beëindiging van het faillissement door het verbindend worden van de sluitdelingslijst weliswaar is geëindigd, maar dat dit niet tot gevolg heeft dat de rechtsgevolgen aan de tijdens het faillissement ten aanzien van boedelbestanddelen bevoegdlijk verrichte rechtshandelingen zijn komen te ontvallen. De rechtbank oordeelt verder dat in het geval er boedelbestanddelen zijn die buiten liquidatie zijn gebleven, die bij het einde van het faillissement terugvallen aan de gefailleerde bezwaard met de lasten en beperkingen die daarop tijdens het faillissement bevoegdlijk door de curator zijn aangebracht. De rechtbank vindt aansluiting bij de strekking van regeling van art. 13 Fw: wat de curator krachtens zijn bevoegdheid verricht, verricht hij volgens de rechtbank *de jure* en moet na het einde van het faillissement niet meer ongedaan kunnen worden gemaakt. Deze zinsnede is woordelijk overgenomen uit de MvT bij art. 13 Fw (MvT, Van der Feltz, I, p. 319 en 320).

7. Ik ben het met de rechtbank eens dat de schuldenaar – ook na de beëindiging van het faillissement – in beginsel gebonden is aan de (rechts)handelingen van de curator. Het enkele feit dat een faillissement eindigt, laat de faillietverklaring en haar gevolgen immers in stand (zie W.L.P.A. Molengraaff in W. 11793 en HR 16 februari 1928, *NJ* 1928/887, m.nt. PS inzake de situatie waarin een faillissement eindigt als gevolg van de opheffing ervan). Zie ook *Polak-Wessels I*, par. 1479, die stelt dat de handelingen die de curator verricht voordat het faillissement eindigt, geldig en verbindend blijven voor de schuldenaar.

8. Om tot de conclusie te komen dat de schuldenaar ook na beëindiging van het faillissement gebonden is aan de (rechts)handelingen van de curator, is een verwijzing naar art. 13 Fw overigens niet eens nodig. Art. 13 Fw bepaalt dat de rechtshandelingen die een curator heeft verricht voor of op de dag van de vernietiging van een faillissement, geldig en verbindend blijven voor de schuldenaar. De vernietiging van een faillissement heeft terugwerkende kracht. Zonder art. 13 Fw zou er onduidelijkheid kunnen bestaan over de status van de handelingen die een curator tijdens faillissement heeft verricht. Die onduidelijkheid doet zich niet voor indien een faillissement eindigt op een andere in de Fw genoemde grond (in casu het verbindend worden van de (slot)uitdelingslijst). In die gevallen doet zich immers niet de situatie voor dat het faillissement met terugwerkende kracht komt te vervallen.

9. Het enkele feit dat de (rechts)handelingen van de curator ook na het einde van het faillissement geldig en verbindend blijven, leidt overigens niet per definitie tot de conclusie dat de (voormalig) vennoten in de onderhavige casus gehouden zijn het Perceel aan Y aan te bieden tegen agrarische waarde. Dit kan als volgt worden toegelicht. De curator is op grond van art. 68 Fw belast met het beheer en de vereffening van de boedel. De curator kan in zijn hoedanigheid uitsluitend rechtshandelingen verrichten die binnen deze taakomschrijving vallen. Voor een begrip van de beslissing is relevant dat de curator op grond van art. 101 jo 176 Fw de bevoegdheid toekomt om tot de boedel behorende goederen te verkopen. Deze verkoop is een executoriale verkoop; de curator verkoopt goederen die tot de boedel behoren met het doel verhaalsopbrengst voor schuldeisers te realiseren. Deze verkoop geschiedt in beginsel in het openbaar (art. 176 Fw). Een executoriale verkoop is een verkoop met een bijzonder karakter. Zij geschiedt doorgaans zonder enige garantie van de kant van de curator, en tegen contante betaling ("boter bij de vis"). Na levering heeft de curator aan zijn verplichtingen als verkoper voldaan – er zijn immers geen garanties van toepassing – en vloeien uit de koopovereenkomst geen verplichtingen meer voort voor de boedel. In deze zaak heeft de curator echter het Perceel niet verkocht, maar is zij ter zake hiervan een aanbiedingsverplichting overeengekomen. Dit is een verplichting met een voortdurend karakter

waarvan niet duidelijk is wanneer de verplichting eindigt. De vraag rijst of de curator bevoegd is een dergelijke verplichting aan te gaan. Het is goed verdedigbaar dat het aangaan van een aanbiedingsverplichting die in deze zaak aan de orde was – namelijk niet beperkt in tijd –, buiten de bevoegdheid van de curator valt, dan wel dat een dergelijke verplichting naar haar aard alleen op de curator rust en dus slechts geldt gedurende het faillissement. Neemt men dat aan, dan zijn de (voormalige) vennoten niet gebonden aan de aanbiedingsverplichting, althans kunnen zij de curator aanspreken voor de schade die zij als gevolg van de overeengekomen aanbiedingsplicht lijden, mocht blijken dat de verplichting toch na faillissement blijft voortduren.

10. Ten aanzien van de vordering van Y dat Rabobank de hypothecaire inschrijving op het Perceel moet doorhalen, voert Rabobank onder meer aan dat zij als hypotheekhouder bij verzuim van de in de hypotheekakte genoemde debiteuren haar recht van hypotheek in beginsel kan uitoefenen en (dus) niet gebonden is aan eventuele obligatoire verplichtingen van de verkoper ten aanzien van het Perceel. Hoewel de rechtbank het met de Rabobank eens is dat zij als hypotheekhouder in beginsel niet is gebonden aan de obligatoire verplichtingen van de hypotheekgever, ligt dat hier anders nu de onderhandelingen waar de aanbiedingsplicht uit is voortgevloeid en waarop Y zich in dit geding beroept, plaatsvonden in het kader van de afwikkeling van een faillissement waarin Rabobank als hypotheekhouder "aan tafel zat". Het proces dat tot de overeenkomst heeft geleid, vond in feite onder haar regie plaats en het resultaat had haar volledige instemming. Onder die omstandigheden moet Rabobank de werking van deze overeenkomst volgens de rechtbank – terecht – tegen zich laten gelden. Ik ben het met dit oordeel van de rechtbank eens, al rijst wel de vraag wat de juridische grondslag is van het oordeel: moet Rabobank geacht worden partij te zijn bij de overeenkomst nu zij heeft meeonderhandeld? Of heeft Rabobank wellicht door akkoord te gaan met de overeenkomst afstand gedaan van haar bevoegdheid het Perceel executoriaal te verkopen? De rechtbank laat dit punt ten onrechte in het midden.

F.H. van der Beek,  
advocaat bij Houthoff Buruma