

mers niet voor de hand derden van hun rechten af te houden, wanneer het nog maar de vraag is of aan de minimale eisen van informatievoorziening aan betrokkenen in het akkoord kan worden voldaan.

mr. dr. C.M. Harmsen
advocaat bij TOON Advocaten te Amsterdam

219

Ondanks verwijtbaar handelen van curator dient afnemer overeenkomst na te komen

Rechtbank Overijssel zp Zwolle
24 maart 2021, rolnr. HA ZA 20-339,
ECLI:NL:RBOVE:2021:1276
(mr. Rozeboom)
Noot mr. J.M. van den Berg

Curator draagt order over aan een derde tegen een boedelbijdrage. Derde komt overeenkomst met curator niet na en contracteert rechtstreeks met afnemer. Order is niet geldig geannuleerd. Handelwijze curator leidt niet tot vervallen nakomingsplicht derde.

[Fw art. 37 lid 1]

De curator vertegenwoordigde de boedel in het faillissement van de failliet en beschikte daarom over de Ahold-order. Gedaagde heeft niet gesteld dat afnemer Ahold zich tot de curator heeft gewend om de order te annuleren; dat zou bij C, voormalig bestuurder van failliet, zijn gedaan. C was betrokken bij de (overdracht van de) order. Dat maakt op zichzelf evenwel niet dat C de curator ten opzichte van Ahold kon vertegenwoordigen, of dat gedaagde daarvan uit mocht gaan. Voor zover gedaagde betoogt dat de curator wel wist dat Ahold de order wilde annuleren, is van belang dat gedaagde niet heeft onderbouwd waarom die wens gevolgen had voor de (uitvoering van) de Ahold-order. De curator heeft gesteld dat Ahold geen contractuele grond had om de order te annuleren en dat Ahold dat ook niet kon voordat zij schriftelijk heeft gevraagd of de curator de overeenkomst gestand wilde doen, gelet op art. 37 Fw. De curator kon er door het ontbreken

van een (rechtsgeldige) annulering dan ook van uitgaan dat Ahold de overeenkomst met failliet gestand zou doen, zodat aangenomen moet worden dat ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst met gedaagde sprake was van een bestaande order.

Gedaagde heeft verder niet toegelicht waarom de wens van de afnemer om af te zien van de overeenkomst met de failliet, gevolgen zou hebben voor de mogelijkheid van de curator om die overeenkomst aan gedaagde over te dragen. De omstandigheid dat Ahold schrijft dat de overeenkomst "from scratch" moet worden heronderhandeld en dat gedaagde dat vervolgens heeft gedaan, is daarvoor onvoldoende, nu de curator ervan uit mocht gaan dat sprake was van een bestaande order.

Hoewel de curator een verwijt valt te maken dat hij pas in een zeer laat stadium heeft toegelicht dat hij van mening is dat Ahold de order niet kon annuleren, gelet op art. 37 Fw, en gedaagde daarvoor mogelijk in de tussentijd in een onzekere positie verkeerde tegenover Ahold, kan dit er niet toe leiden dat gedaagde de overeenkomst met de curator niet na hoeft te komen. Gedaagde heeft immers niet gesteld dat de curator om deze reden tekortgeschoten zou zijn in de nakoming van zijn verplichtingen tegenover gedaagde om medewerking te verlenen aan de overdracht van de Ahold-order. Evenmin heeft gedaagde de curator daarvoor in gebreke gesteld. Van (schuldeisers) verzuim aan de zijde van de curator is derhalve geen sprake, zodat gedaagde haar betalingsverplichting niet kon opschorten. Gelet hierop is niet komen vast te staan dat de Ahold-order niet meer bestond op het moment dat de curator en gedaagde overeenstemming bereikten over de medewerking van de curator tot de overdracht daarvan, of dat de curator op een andere manier onrechtmatig jegens gedaagde heeft gehandeld.

Mr. A. Ben Daoued te Zwolle, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Big Wholesale BV,
eiser in conventie,
verweerder in reconventie,
advocaat: mr. J. van der Meer,
tegen
de rechtspersoon naar Hongaars recht X te Esztergom (Hongarije),
gedaagde in conventie,
eiseres in reconventie

advocaat: mr. F.M. van Hasselt.

(...; red.)

2. De feiten

2.1. Big Wholesale B.V. was actief in de verkoop van fietsen. Op 12 februari 2020 is zij failliet verklaard. De curator is benoemd tot curator in het faillissement.

2.2. [X] is indirect aandeelhouder van Big Wholesale en een belangrijk toeleverancier van fietsen aan Big Wholesale.

2.3. Big Wholesale had voor haar faillissement overeenkomsten gesloten voor de verkoop van een partij fietsen, te weten met Ahold Delhaize European Sourcing B.V. (de Ahold-order) en met Intergamma B.V. (de Intergamma-order).

2.4. Op 14 februari 2020 heeft de curator de Intergamma-order aan [X] verkocht. [X] heeft in dat kader een bedrag van € 50.000,- op de derdengeldenrekening van de curator overgemaakt. Het bedrag zou vrijkomen als boedelactief zodra Intergamma de bestelde fietsen zou afnemen. Dat is niet gebeurd.

2.5. Op 27/28 februari 2020 hebben de curator en [X] overeenstemming bereikt over de overdracht van de Ahold-order. De curator schrijft in een emailbericht van 27 februari 2020 aan de heer [A] (bestuurder van [X]) en zijn gemachtigde mr. Van Hasselt onder meer het volgende:

“Subject to the following conditions, I am prepared to submit your bid to the examining magistrate for approval:

Your client pays – without possibility of setoff and/or compensation – an estate contribution in the amount of EUR 57,500 to the estate for the cooperation in the transfer of Ahold-deal, consisting of 1,200 Hollandia Optima Basic and 1,500 Hollandia Optima Basic e-bikes, parties sufficiently known. I do not vouch for the existence and scope of this order and therefore do not provide any guarantee. Your client is free to conclude a new agreement with Ahold exclusively for the aforementioned order.

(...)

This is subject to the approval of the bankruptcy judge.”

2.6. Op 1 maart 2020 schrijft [A] aan de curator het volgende:

“Dear Ali!

I did not hear from you on Friday.

Please confirm that Ahold accepts [X] as contract partner in stead of BIG, for the existing orders. This is the basis for our deal I would like to know tomorrow (2 March), before I make payment.”

2.7. Op 2 maart 2020 schrijft [B], werkzaam bij Ahold, (hierna: [B]) een emailbericht aan de heer [X], waaruit volgt dat zij de Ahold-order heeft geannuleerd. Het emailbericht luidt als volgt:

“We cancelled the promotion, due to the fact that last week Wednesday we couldn't settle the deal including after sales services that was really our deadline to give it a go or no go.

We can discuss another promotion week (fe week 17), but we need to re-discuss and re-negotiate full deal from scratch.”

2.8. Op 9 maart 2020 schrijft [B] in een emailbericht aan de heer [X] het volgende:

“Dear [A],

I have informed [C] [voormalig bestuurder van Big Wholesale, toevoeging rechtbank] by phone that I cancelled the promotion in wk 13 IF no agreement on Wednesday morning 8.00. On Wednesday morning the 26th I have send [C] a mail in which I confirmed this. Later there were some sms/what's app messages but I didn't check my phone and email till Mach 2th. As I was on holidays.

And yes the deal was off”

2.9. Op 10 maart 2020 schrijft mr. Vos, advocaat van [C], het volgende aan mr. Van Hasselt:

“Amice,

[C] is geen mail aan haar bekend van 26 maart van de zijde [B]. Wel wist [C] dat [B] uiterlijk woensdag duidelijkheid wilde en Ali Ben Daoued wist dat ook. Hoe het ook zij, voldoende helder is dat deal zoals die bij BIG in de boeken stond niet meer de deal is die uw cliënt thans met Albert Heijn kan sluiten. (...)”

2.10. [X] heeft het bedrag van € 57.500,- exclusief btw niet aan de curator betaald.

2.11. [X] heeft een kort geding gestart en daarin onder meer gevorderd dat de curator opdracht zou geven tot het vrijgeven van het bedrag van € 50.000,- onder last van een dwangsom. De voorzieningenrechter heeft die vordering bij vonnis in kort geding van 8 september 2020 toegewezen.

2.12. De curator heeft beslag laten leggen op het bedrag van € 50.000,-.

2.13. [X] heeft nieuwe afspraken gemaakt met Ahold en fietsen geleverd aan Ahold.

3. Het geschil

In conventie

3.1. De curator vordert veroordeling van [X] tot betaling van € 69.575,-, inclusief btw (zijnde: € 57.500,- exclusief btw) te vermeerderen met de wettelijke handelsrente, proceskosten en nakosten. De curator voert daartoe aan dat [X] met hem is overeengekomen dat hij dit bedrag zou betalen als boedelbijdrage voor de medewerking van de curator aan de overdracht van de Ahold-order.

3.2. [X] voert verweer. [X] stelt zich op het standpunt dat het in strijd is met de redelijkheid en billijkheid indien zij over zou moeten gaan tot betaling aan de curator omdat de Ahold-order door Ahold was geannuleerd nog vóórdat deze aan [X] was verkocht en de curator wist dat. Subsidiair doet [X] een beroep op dwaling, omdat zij niet wist dat de Ahold-order geannuleerd was, en meer subsidiair op wederzijdse dwaling indien de curator dat ook niet wist. Verder stelt [X] dat de overeenkomst gold onder voorwaarde dat de rechter-commissaris zijn goedkeuring zou geven, en dat deze goedkeuring niet is gegeven.

In reconventie

3.3. [X] vordert in reconventie veroordeling van de curator tot (terug)betaling van € 50.000,-, te vermeerderen met rente en kosten. [X] voert daartoe aan dat de curator het bedrag van € 50.000,- had moeten vrijgeven en dat het daarop gelegde beslag onrechtmatig is, zodat de curator het maximale bedrag aan dwangsommen van € 50.000,- heeft verbeurd. Subsidiair voert [X] aan dat zij schade heeft geleden doordat de curator ten onrechte beslag heeft gelegd, en dat deze schade begroot moet worden op € 50.000,-.

3.4. De curator voert ten verweere aan dat het beslag niet onrechtmatig is, omdat het dient ter zekerstelling van betaling van het in conventie gevorderde bedrag.

In conventie en in reconventie

3.5. Op de stellingen en verweren van partijen wordt hierna nader ingegaan voor zover dat van belang is voor de beoordeling van het geschil.

4. De beoordeling

4.1. Deze zaak heeft internationaalrechtelijke aspecten omdat [X] in Hongarije is gevestigd. De rechtbank zal daarom eerst ambtshalve

onderzoeken of zij bevoegd is van de zaak kennis te nemen en welk recht van toepassing is.

4.2. Gelet op de betrokken nationaliteiten van partijen is Verordening nr. 1215/2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken van 12 december 2012 (de Herschikte EEX-Vo) van toepassing. Het geschil tussen partijen betreft een overeenkomst met betrekking tot de overdracht van een in Nederland gelegen goed, namelijk de Ahold-order die in de (failliete) boedel van Big Wholesale valt. De te verrichten prestaties, de door de curator te verlenen medewerking aan de overdracht van dat goed en de betaling door [X], zouden in hoofdzaak in Nederland plaats vinden. Op grond van artikel 7 van de Herschikte EEX-Vo komt daarom aan de Nederlandse rechter rechtsmacht toe. Overigens zou, indien deze prestaties niet in Nederland plaats zouden vinden, maar – vanwege de nationaliteit van [X] – in Hongarije, de rechtbank in Nederland ook bevoegd zijn, aangezien de curator conservatoir beslag heeft gelegd op een vermogensbestanddeel van [X] in Nederland, te weten: het bedrag van € 50.000,- dat op de derdengeldenrekening van de curator in Nederland staat. De Nederlandse rechter komt dan internationale rechtsmacht toe op grond van artikel 10 juncto 767 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

4.3. Partijen hebben zich beiden beroepen op Nederlands recht, zodat de rechtbank uitgaat van een rechtskeuze voor Nederlands recht.

In conventie

4.4. De rechtbank stelt vast dat tussen partijen niet in geschil is dat er in ieder geval op 28 februari 2020 overeenstemming bestond dat de curator zou meewerken aan de overdracht van de Ahold-order aan [X] tegen betaling door [X] van € 69.575,-.

4.5. [X] voert aan dat de Ahold-order al op 26 februari 2020 geannuleerd was door Ahold zodat de Ahold-order niet meer bestond op het moment dat zij overeenstemming bereikte met de curator. [X] wijst daartoe op emailberichten van [B], waarin zij schrijft dat zij de bestelling had geannuleerd bij [C] en een emailbericht van mr. Vos waaruit volgt dat de curator daarvan op de hoogte was. [C] vertegenwoordigde de curator in de gesprekken met Ahold, aldus [X].

4.6. De curator betwist dat hij wist dat de Ahold-order op 26 februari 2020 was geannuleerd en ook dat [C] hem vertegenwoordigde. Daarnaast voert de curator aan dat Ahold de order niet kon annuleren, omdat daar in de oorspronkelijke overeenkomst met Big Wholesale geen voorziening voor was opgenomen en omdat ten tijde van het faillissement van Big Wholesale artikel 37 van de Faillissementswet (Fw) van toepassing is. Daaruit volgt dat de curator schriftelijk gevraagd moet worden of hij de overeenkomst gestand doet, voordat de wederpartij niet nakomt. Een dergelijk bericht is niet ontvangen, aldus de curator.

4.7. De rechtbank overweegt als volgt. De curator vertegenwoordigde de boedel in het faillissement van Big Wholesale en beschikte daarom over de Ahold-order. [X] heeft niet gesteld dat Ahold zich tot de curator heeft gewend om de order te annuleren; dat zou bij [C] zijn gedaan. [X] heeft niet met feiten en omstandigheden onderbouwd waaruit volgt dat [C] een rechtsgeldig vertegenwoordiger zou zijn van de curator. In het procesdossier zijn verschillende stukken aanwezig waaruit volgt dat [C] betrokken was bij de (overdracht van de) Ahold-order. Dat maakt op zichzelf evenwel niet dat [C] de curator ten opzichte van Ahold kon vertegenwoordigen, of dat [X] daar vanuit mocht gaan. Reeds hierop strandt het betoog van [X] dat Ahold de Ahold-order had geannuleerd. Voor zover [X] betoogt dat de curator, gelet op het emailbericht van mr. Vos, wel wist dat Ahold de order wilde annuleren, is van belang dat [X] niet heeft onderbouwd waarom die wens gevolgen had voor (de uitvoering van) de Ahold-order. De curator heeft gesteld dat Ahold geen contractuele grond had om de order te annuleren en dat Ahold dat ook niet kon voordat zij schriftelijk heeft gevraagd of de curator de overeenkomst gestand wilde doen, gelet op artikel 37 Fw. [X] heeft dat niet gemotiveerd weersproken. De curator kon er door het ontbreken van een (rechtsgeldige) annulering dan ook vanuit gaan dat Ahold de overeenkomst met Big Wholesale gestand zou doen, zodat aangenomen moet worden dat ten tijde van de totstandkoming van de overeenkomst met [X] sprake was van een bestaande order. [X] heeft verder niet toegelicht waarom de wens van Ahold om af te zien van haar overeenkomst met Big Wholesale gevolgen zou hebben voor de mogelijkheid van de curator om die overeenkomst aan [X] over te dragen. De omstandigheid dat Ahold

schrijft dat de overeenkomst “from scratch” moet worden heronderhandeld en dat [X] dat vervolgens heeft gedaan, is daarvoor onvoldoende, nu de curator er – gelet op het voorgaande – van uit mocht gaan dat sprake was van een bestaande order. [X] heeft verder aangevoerd dat de curator niet of te laat heeft gereageerd op haar vragen over de Ahold-order, met name toen zij van [B] vernam dat Ahold de order had geannuleerd. Hoewel de curator een verwijt valt te maken dat hij pas in een zeer laat stadium, voor het eerst tegen de rechter-commissaris bij emailbericht van 6 maart 2020, heeft toegelicht dat hij van mening is dat Ahold de order niet kon annuleren gelet op artikel 37 Fw, en [X] daardoor mogelijk in de tussentijd in een onzekere positie verkeerde tegenover Ahold, kan dit er niet toe leiden dat [X] de overeenkomst met de curator niet na hoeft te komen. [X] heeft immers niet gesteld dat de curator om deze reden tekortgeschoten zou zijn in de nakoming van zijn verplichtingen tegenover [X] om medewerking te verlenen aan de overdracht van de Ahold-order. Evenmin heeft [X] de curator daarvoor in gebreke gesteld. Van (schuldeisers) verzuim aan de zijde van de curator is derhalve geen sprake, zodat [X] haar betalingsverplichting niet kon opschorten.

4.8. Gelet hierop is de rechtbank van oordeel dat niet is komen vast te staan dat de Ahold-order niet meer bestond op het moment dat de curator en [X] overeenstemming bereikten over de medewerking van de curator tot overdracht daarvan, of dat de curator op een andere manier onrechtmatig jegens [X] heeft gehandeld. De feitelijke grondslag voor het betoog van [X] dat nakoming van die overeenkomst in strijd zou zijn met de redelijkheid en billijkheid en voor het beroep van [X] op (wederzijdse) dwaling ontbreekt daarom, zodat het verweer van [X] faalt.

4.9. [X] heeft daarnaast aangevoerd dat de overeenkomst tussen [X] en de curator gold onder voorwaarde dat de rechter-commissaris zijn goedkeuring zou geven, en dat die voorwaarde niet is vervuld. De curator weersprekt niet dat deze voorwaarde van toepassing is, maar betwist dat goedkeuring van de rechter-commissaris ontbreekt en verwijst daarbij naar de correspondentie die is overgelegd. De rechtbank overweegt dat hoewel uit deze correspondentie niet volgt dat de rechter-commissaris uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven voor de verkoop aan [X], er wel uit blijkt dat de rechter-commissaris op de hoogte

was van de overeenkomst tussen de curator en [X] (zie producties 4 en 5 bij de conclusie van antwoord tevens conclusie van eis in reconventie). De overgelegde stukken geven geen aanleiding om te vermoeden dat de rechter-commissaris toestemming zou hebben onthouden, zodat deze stelling van [X] zonder nadere onderbouwing faalt.

4.10. Omdat de verweren van [X] niet slagen, zal de rechtbank [X] veroordelen tot betaling van het bedrag van € 69.575,- inclusief btw.

4.11. [X] heeft geen verweer gevoerd tegen de gevorderde wettelijke handelsrente, zodat deze zal worden toegewezen. De rente kan slechts worden toegewezen met ingang van de datum van dagvaarding, omdat niet is gesteld en onderbouwd waarom de rente met ingang van de gevorderde ingangsdatum van 27 februari 2020 verschuldigd zou zijn.

4.12. [X] wordt in deze procedure in het ongelijk gesteld. Zij zal daarom worden veroordeeld in de proceskosten en de nakosten. De nakosten worden begroot zoals in het dictum is verwoord. De proceskosten aan de zijde van de curator worden als volgt begroot:

(...; *red.*)

4.13. De curator vordert [X] te veroordelen tot betaling van de beslagkosten. Deze vordering is gelet op het bepaalde in art. 706 Rv toewijsbaar. (...; *red.*)

In reconventie

4.14. Omdat de rechtbank in conventie heeft geoordeeld dat de curator recht heeft op betaling van [X], is het beslag dat de curator op het bedrag van € 50.000,- heeft gelegd, niet onrechtmatig. De gevorderde dwangsommen zijn derhalve niet verbeurd en evenmin bestaat grond voor toewijzing van de subsidiair door [X] gevorderde schadevergoeding. De rechtbank zal de vorderingen van [X] in reconventie daarom afwijzen en [X] veroordelen in de proceskosten en de nakosten. De nakosten worden begroot als hierna in het dictum wordt vermeld. (...; *red.*)

5. De beslissing

De rechtbank

in conventie

5.1. veroordeelt [X] om aan de curator te betalen een bedrag van € 69.575,00 (negenenzestig duizendvijfhonderdvijfenzeventig euro) inclusief btw, vermeerderd met de wettelijke handelsrente

als bedoeld in art. 6:119a BW over dit bedrag met ingang van 18 september 2020 tot de dag van volledige betaling,

5.2. veroordeelt [X] in de beslagkosten (...; *red.*),

5.3. veroordeelt [X] in de proceskosten (...; *red.*),

5.4. wijst af het meer of anders gevorderde, *in reconventie*

5.5. wijst de vorderingen af,

5.6. veroordeelt [X] in de proceskosten (...; *red.*), *zowel in conventie als in reconventie*

5.7. veroordeelt [X] in de na dit vonnis ontstane kosten (...; *red.*),

5.8. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Deze uitspraak gaat over de overdracht van een order door de curator van een failliet verklaarde vennootschap. Daarbij rijst de vraag of de order was geannuleerd ten tijde van de overeenkomst tussen de curator en de overnemer van de vordering en of de overnemer gehouden is de overeengekomen overnameprijs te betalen.

2. Op 12 februari 2020 is Big Wholesale BV (Big) failliet verklaard. Big exploiteerde een onderneming in de verkoop en distributie van fietsen. X is een aandeelhouder en leverancier van Big. Kort na de faillietverklaring verkoopt de curator een order van Intergamma voor de levering van fietsen (de Intergamma-order) aan X voor een koopprijs van € 50.000. De koopprijs is gestort op de rekening van de stichting derdengelden van het kantoor van de curator en zou pas vrijvallen als Intergamma de fietsen daadwerkelijk afnam. Dat is niet gebeurd.

3. Op 27 en 28 februari bereiken de curator en X overeenstemming over de overdracht van een order die Ahold voorafgaand aan het faillissement heeft geplaatst bij Big voor de levering van fietsen (de Ahold-order). De overeenstemming tussen de curator en X is kennelijk tot stand gekomen nadat X een bod heeft gedaan bij de curator voor de overname van de Ahold-order. Daarop heeft de curator gereageerd dat hij het bod voor goedkeuring zal voorleggen aan de rechter-commissaris onder de voorwaarde dat X een boedelbijdrage betaalt van € 57.500 voor de medewerking van de curator bij de overdracht van de Ahold-order ("*the cooperation in the transfer of (the) Ahold-deal*"). Daarbij vermeldt de curator expliciet dat hij niet instaat voor het bestaan of

de omvang van de Ahold-order en dus geen enkele garantie geeft. De curator merkt verder op dat een en ander onder voorbehoud is van goedkeuring van de rechter-commissaris. Uit de uitspraak blijkt niet of deze voorwaarden expliciet door X zijn geaccepteerd.

4. Op 1 maart vraagt X aan de curator of hij al heeft vernomen of Ahold instemt met de contractsovername door X. Die instemming is voor X de basis voor de transactie met de curator en om die reden wil X niet betalen voordat Ahold heeft ingestemd met de contractsovername. Op 2 maart verneemt X echter van Ahold dat Ahold de order annuleert. Naderhand wordt ook duidelijk dat de voormalig bestuurder van Big al op 26 februari op de hoogte was van de annulering.

5. X betaalt vervolgens de boedelbijdrage van € 57.500 niet, maar sluit naderhand wel rechtstreeks een overeenkomst met Ahold. De curator heeft ondertussen beslag gelegd onder de stichting derdengelden van zijn kantoor om terugbetaling van de € 50.000 in verband met de Intergamma-order te voorkomen. Daarnaast vordert de curator in deze procedure betaling van de € 57.500, vermeerderd met rente, in verband met de medewerking van de curator aan de overname van de Ahold-order. X voert verweer en vordert in reconventie opheffing van het beslag op de € 50.000.

6. X verweert zich in eerste instantie tegen de vordering van de curator door te stellen dat het strijdig is met de redelijkheid en billijkheid dat de overeenkomst tussen de curator en X ongewijzigd in stand wordt gelaten nu de curator wist dat Ahold haar order al had geannuleerd. De rechtbank volgt X daar niet in, nu niet is aangetoond dat de curator die wetenschap had. Het enkele feit dat de voormalig bestuurder van Big en zijn advocaat wel die kennis hadden, is niet voldoende. De stelling van X dat de advocaat van de voormalig bestuurder ook optrad als advocaat van de curator, en diens wetenschap dus aan de curator zou moeten worden toegerekend, strandt. Hoewel het niet ondenkbaar is dat de advocaat van de voormalig bestuurder van Big wel betrokken was bij de overdracht van de Ahold-order, komt het mij niet heel waarschijnlijk voor dat hij optrad als advocaat van de curator. Een belangenconflict lijkt in een dergelijke situatie immers snel aanwezig. Ten overvloede merk ik overigens op dat als de curator daadwerkelijk kennis had gehad van een eerdere, rechtsgeldi-

ge, annulering van de Ahold-order, de redelijkheid en billijkheid waarschijnlijk in de weg zouden hebben gestaan aan de vordering tot betaling van de boedelbijdrage van de curator.

Ook voor de curator geldt in principe dat zijn mededelingsplicht prevaleert boven de onderzoekspllicht van de koper en dat de expliciete uitsluiting van enige garantie omtrent het bestaan van de Ahold-order in die omstandigheden geen soelaas biedt voor de curator (zie bijv. Hof Leeuwarden 10 november 2009, «JOR» 2010/117 en Rb. Utrecht 13 juni 2012, «JOR» 2013/347).

7. X beroept zich daarnaast op dwaling, althans wederzijdse dwaling. De rechtbank volgt X niet in dit verweer nu niet is vast komen te staan of de Ahold-order daadwerkelijk is geannuleerd. Kennelijk bestond er geen contractuele grond voor Ahold om de order te annuleren en heeft Ahold geen gestanddoening gevraagd van de curator op grond van art. 37 Fw. Uit de uitspraak volgen geen verdere feiten en omstandigheden die ertoe kunnen leiden dat de Ahold-order geldig is geannuleerd. Dus concludeert de rechtbank dat geen van de betrokken partijen heeft gedwaald omtrent de Ahold-order.

8. Ten slotte doet X een beroep op de opschortende voorwaarde dat de rechter-commissaris de transactie nog goed zou moeten keuren en dat die goedkeuring ontbreekt. De curator weersprekt dat en hoewel de rechtbank geen expliciete goedkeuring in het dossier aantreft, concludeert zij dat er geen aanleiding is om te veronderstellen dat de rechter-commissaris zijn toestemming zou hebben onthouden, wat voor de rechtbank genoeg is om het verweer terzijde te schuiven. Ik heb het voorbehoud van de curator geïnterpreteerd als een voorwaarde van de curator bij de aanvaarding door de curator van het bod van X. In mijn ogen is de curator, op basis van de tekst die in de uitspraak is geciteerd, dan ook de enige partij die zich op de opschortende voorwaarde kan beroepen. Dat lijkt mij ook logisch gezien het systeem van de Faillissementswet. Het ontbreken van de toestemming van de rechter-commissaris tast de overeenkomst tussen de curator en de koper in principe niet aan (art. 72 Fw). De koper behoeft dus ook niet de bescherming van de opschortende voorwaarde. De curator daarentegen is bij het ontbreken van de goedkeuring van de rechter-commissaris in beginsel aansprakelijk jegens de gefailleerde en de schuldeisers en heeft er daar-

om belang bij om een dergelijke opschortende voorwaarde op te nemen. Nu alle verweren van X falen, wijst de rechtbank de vordering van de curator tot betaling toe en wijst zij de vordering van X tot opheffing van het beslag af.

9. Helaas blijft buiten de rechtsstrijd of de curator en X overeenstemming hebben bereikt over de overname van de Ahold-order. Ik heb daar wel vraagtekens bij. Kennelijk heeft X een bod gedaan om de Ahold-order over te nemen van de boedel. Dat bod heeft de curator niet onvoorwaardelijk geaccepteerd, zo blijkt uit de uitspraak. Aangezien de aanvaarding van de curator afwijkt van het bod van X, geldt het bod van X als verworpen en moet de aanvaarding van de curator als nieuw aanbod worden beschouwd (art. 6:225 BW). Of dit nieuwe aanbod is aanvaard door X blijkt niet uit de uitspraak, maar daags nadat de curator zijn nieuwe aanbod heeft gedaan lijkt X nog wel op het spoor te zitten dat geen overeenkomst tot stand komt zolang Ahold niet heeft ingestemd met de overdracht van de Ahold-order. Daaruit volgt niet de expliciete aanvaarding door X van het nieuwe aanbod. Dit te meer omdat X bij de overname van de Intergamma-order eenzelfde voorzichtige benadering heeft gekozen, door betaling van de boedelbijdrage voorwaardelijk te maken aan de medewerking van Intergamma aan de overname.

10. Wat partijen hebben bedoeld met "*the cooperation in the transfer of (the) Ahold-deal*" en of de curator die beoogde medewerking daadwerkelijk heeft geleverd, blijft ook buiten de rechtsstrijd. Het is duidelijk dat de verplichting van de curator tot medewerking aan de overdracht minder om het lijf heeft dan een verplichting om de Ahold-order over te dragen inclusief het verkrijgen van medewerking van Ahold aan de overdracht, maar het blijft onduidelijk welke inspanning de curator heeft geleverd in verband met de overdracht. X heeft echter niet gesteld dat de curator tekort is geschoten in de nakoming.

11. Op basis van de betrekkelijk vrijblijvende omschrijving van de verplichtingen van de curator krijg ik de indruk dat de curator beoogde zekere goodwill die werd belichaamd door de Ahold-order, over te dragen terwijl X beoogde de Ahold-order zelf juridisch over te nemen. Dat laatste is niet expliciet opgenomen in het aanbod van de curator.

12. De overdracht van goodwill lijkt te zijn geslaagd nu X een omvangrijke alternatieve over-

eenkomst met Ahold heeft kunnen sluiten. Het onderscheid tussen het verlenen van de medewerking aan de overdracht enerzijds en de verplichting tot overdracht inclusief het verkrijgen van de medewerking van Ahold blijft des te belangrijker na lezing van het vonnis van Rb. Overijssel 8 september 2020, «JOR» 2021/23, m.nt. Van Hoof. Dit kort geding tussen onder andere de curator en X ging vooraf aan de onderhavige procedure. Daaruit blijkt dat de curator betoogt dat X achter de rug van de curator om zaken heeft gedaan met Ahold en het heeft doen voorkomen alsof de Ahold-order geen doorgang had gevonden, terwijl X alsnog omvangrijke orders aan Ahold heeft uitgeleverd. De overname van de Ahold-order heeft weliswaar niet *de jure* plaatsgevonden, maar *de facto* wel.

mr. J.M. van den Berg
advocaat HVG Law

220

Geen aanwijzing herstructureringsdeskundige: geen onderneming, geen onafhankelijke deskundigen voorgedragen

Rechtbank Midden-Nederland zp Utrecht
26 maart 2021, zaaknr. C/16/518097 FT RK
21/210, ECLI:NL:RBMNE:2021:1255
(mr. Neijt, mr. Cats, mr. Boerwinkel)
Noot mr. dr. A.M. Mennens

WHOA. Verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Niet-ontvanke-lijkheid. Verzoeker is geen natuurlijk persoon die een onderneming drijft. Voorgestelde deskundigen zijn niet onafhankelijk.

[Fw art. 287a, 369, 371 lid 1 en 6; Landelijk procesreglement WHOA zaken rechtbanken art. 3.2; BW art. 3:15i; Awr art. 52 lid 1]

De WHOA is niet van toepassing op een natuurlijk persoon die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent (zie art. 369 Fw). De onderhandse akkoord-procedure van deze afdeling is bedoeld voor de herstructurering van schulden van ondernemingen. Deze regeling kan niet worden gebruikt door een particulier, omdat voor particulieren de