

geweest bij het instellen van de reconventionele vordering (en het aantekenen van hoger beroep tegen de afwijzing daarvan), is uit de uitspraak niet op te maken. Ontbreekt er een (voldoende concreet) belang, dan had (de rechtbank en) het hof kunnen overwegen op die grond de vordering van X B.V. en Autom8-IT af te wijzen, hoe onverschuldigd de uitkeringen ook zijn geweest. Autom8-IT heeft (een deel van het) teruggevorderde bedrag nu aan deze procedure besteed.

M.C. Schepel
UdinkSchepel Advocaten

Civiel recht

78

Hoge Raad
31 maart 2017, nr. 15/04247
ECLI:NL:HR:2017:563
ECLI:NL:PHR:2016:1196
(mr. Bakels, mr. Heisterkamp, mr. Polak,
mr. Tanja-van den Broek, mr. Du Perron)
(concl. A-G mr. Rank-Berenschot)
Noot G.J. de Bock en R.A.G. de Vaan

Faillissementsrecht. Verplichting tot verwijdering van opgeslagen afval dat toebehoort aan de boedel. Boedelschuld. Verplichting tot verwijdering geldt in beginsel ook jegens de exploitant (niet zijnde eigenaar) van het betrokken opslagterrein.

Faillissementsrecht. Exploitant opslagterrein bewaart afval dat eigendom is van de boedel. Exploitant vordert in kort geding verwijdering van het afval door curatoren. Curatoren stellen dat de exploitant slechts een concurrente vordering heeft op de gefailleerde tot verwijdering van het afval. Hoge Raad oordeelt dat de verplichting tot verwijdering rust op de curatoren in hun hoedanigheid. Nu de exploitant (niet zijnde de eigenaar van het betrokken terrein) een exclusief gebruiksrecht op het terrein heeft, kan hij in beginsel van de curatoren verwijdering van de zaken verlangen.

[Fw art. 37, 37a, 40; BW art. 3:296, 5:2, 6:162, 6:277]

Aluminium Delfzijl B.V. (Aldel) laat afvalstoffen opslaan op een terrein in Brunssum. Dit terrein is eigendom van de provincie Limburg. Vossenbergh Kranenpool B.V. (VKP) is, op grond van een overeenkomst met de provincie, exclusief gerechtigd om het terrein te gebruiken en te exploiteren. Als Aldel failliet gaat, bevindt zich nog een aanzienlijke hoeveelheid afvalstoffen op het terrein. Vaststaat dat Aldel eigenaar is van deze zaken. VKP vordert in kort geding veroordeling van de curatoren tot verwijdering van de afvalstoffen. De curatoren verwerpen zich onder meer met de stelling dat VKP slechts een concurrente vordering tot verwijdering van de zaken heeft, die VKP ter verificatie zal moeten indienen. De voorzittingsrechter wijst de vorderingen van VKP aanvankelijk toe, maar in hoger beroep vernietigt het hof dit vonnis. Volgens het hof is onder meer van belang dat VKP geen eigenaar is van het terrein. Het hof oordeelt dat een veroordeling van de curatoren tot verwijdering strijdig zou zijn met de systematiek van de faillissementswet en het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers. In cassatie vernietigt de Hoge Raad het arrest van het hof. De Hoge Raad beslist dat ook een partij die geen eigenaar is van het terrein waarop zich tot de boedel behorende zaken bevinden maar die wél exclusief gebruiksrecht heeft, in beginsel het recht heeft om van de curatoren (in hun hoedanigheid) verwijdering van die zaken te verlangen.

[eiseres],
gevestigd te [vestigingsplaats],
eiseres tot cassatie,

advocaat: mr. T.T. van Zanten,
tegen

mr. Erik Eshuis en mr.

Meertinus Jan Ubbens, in hun hoedanigheid van curator in het
faillissement van Aluminium Delfzijl B.V.,

beiden kantoorhoudende te Groningen,

verweerders in cassatie,

advocaat: mr. W.H. van Hemel.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiseres] en de
curatoren.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

Deze kortgedingprocedure ziet op de vraag of de curatoren, na-
dat de tussen de gefailleerde en [eiseres] gesloten overeenkom-
sten tot opslag en verwerking van afvalstoffen zijn ontbonden,
op vordering van [eiseres] kunnen worden veroordeeld tot ver-
wijdering van de afvalstoffen die nog opgeslagen liggen op een
terrein dat in gebruik is bij [eiseres], maar niet in eigendom aan
haar toebehoort. De voorzieningenrechter veroordeelt curato-
ren tot verwijdering, het hof wijst de vordering af. In cassatie
wordt tegen dat oordeel opgekomen.

1 Feiten en procesverloop

1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten:

a) [eiseres] exploiteert een opslaglocatie voor afvalstoffen. Op
haar terrein lag ten tijde van de behandeling van dit kort geding
in eerste aanleg 3.328,58 ton ovenpuin en 1.013,08 ton kathode-
kool (hierna: de reststoffen) opgeslagen, dat afkomstig is van
Aluminium Delfzijl B.V. (hierna: Aldel). Het terrein waarop de
reststoffen zijn opgeslagen is sedert 1 oktober 2012 eigendom
van de provincie Limburg. [eiseres] heeft een contractuele be-
voegdheid tot gebruik "om niet" van dit terrein.

b) In verband met de opslag van deze reststoffen heeft Aldel op
22 mei 2013 een tweetal deelovereenkomsten (A en B) gesloten
met [A] B.V. te [plaats] (hierna: [A]).

c) Deelovereenkomst A heeft betrekking op het transport en de
opslag van [ovenpuin²]. Deelovereenkomst B ziet op de levering
en afname van ovenpuin.

d) In deelovereenkomst A (prod. 1 bij inl. dagv.) is onder meer
het volgende bepaald:

"(...)

OVERWEGENDE DAT

in het productieproces van Aluminium Delfzijl op haar produc-
tielocatie in Delfzijl, bij de productie van aluminium een rest-
stroom van smeltovenpuin (...) vrijkomt;

dat Aldel een (tussen)opslag voor de reststof zoekt in afwach-
ting van een definitieve toepassing van de reststof;

dat Vossenbergh beschikt over een door bevoegd gezag vergunde
opslag voor de reststof;

(...)

2.1. Aldel is en blijft juridische eigenaar van de reststof

2.2. Boonstra (en eventuele andere transporteurs) en Vossen-
bergh zijn houders van de reststof gedurende het proces."

e) Ingevolge artikel 3.1 van deelovereenkomst A is Aldel aan [A]
een vergoeding verschuldigd van € 5,= per ton voor handling en
opslag van ovenpuin [gedurende de eerste drie maanden na

inname³]. Daarna bedraagt de maandelijks door Aldel ver-
schuldigde opslagvergoeding € 1,10 per ton.

f) Ingevolge artikel 4.1 van deelovereenkomst B (prod. 2 bij inl.
dagv.) is Aldel aan [A] een bedrag van € 87,50 per ton verschul-
digd voor de verwerking van ovenpuin.

g) Op 12 mei 2011 heeft [eiseres] een overeenkomst gesloten met
Aldel voor de opslag van kathodekool (prod. 3 bij inl. dagv.). In-
gevolge deze overeenkomst is Aldel aan [eiseres] verschuldigd
een vergoeding van € 5,= per ton voor handling en 3 maanden
opslag. Daarna bedraagt de maandelijks door Aldel verschul-
digde vergoeding € 1,10 per ton. In deze overeenkomst is verder
onder meer het volgende bepaald:

"Eigendom en houderschap

– Aldel is en blijft juridisch eigenaar van de reststof;

– [D] (en eventueel andere transporteurs) en [eiseres] zijn hou-
ders van de reststof gedurende het proces;

(...)"

h) Op 30 december 2013 is Aldel in staat van faillissement ver-
klaard, met aanstelling van mrs. Eshuis en Ubbens tot curator.

i) De curatoren hebben [A] en [eiseres] kenbaar gemaakt dat zij
de overeenkomsten op grond waarvan de reststoffen zijn opge-
slagen niet langer gestand doen. [A] en [eiseres] hebben de over-
eenkomsten vervolgens (partieel) ontbonden.

j) De curatoren hebben geen gehoor gegeven aan de sommatie
om de reststoffen – die een negatieve waarde vertegenwoordi-
gen – van het terrein van [eiseres] te verwijderen.

k) Nadat de voorzieningenrechter bij vonnis in eerste aanleg
van 1 juli 2014 de curatoren had veroordeeld – kort gezegd – het
restpuin van het terrein van [eiseres] te verwijderen op straffe
van verbeurte van dwangsommen, heeft de advocaat van [eise-
res] bij brief van 8 juli 2014 (prod. 2 bij mvg) onder meer het
volgende aan de curatoren geschreven:

"Wij bespraken twee opties voor curatoren om aan de verplich-
ting die uit het Vonnis voortvloeit te voldoen:

(i) Curatoren schakelen voor de verwijdering van de Reststoffen
een derde in. Als deze optie door curatoren wordt gekozen ver-
neemt [eiseres] graag wie deze derde is en wanneer met de verwij-
dering van de Reststoffen wordt gestart. [eiseres] zal de door de cu-
ratoren ingeschakelde partij toegang tot de Reststoffen verlenen.

(ii) Een tweede mogelijkheid is dat curatoren de verwijdering
van de Reststoffen aan [eiseres] opdragen. De kosten die [eise-
res] alsdan curatoren in rekening brengt zijn gelijk aan de kos-
ten die – bij de normale uitvoering van de ontbonden overeen-
komsten – aan Aldel in rekening zouden gebracht (...). Zo cura-
toren voor deze optie kiezen zal [eiseres] curatoren een factuur
sturen voor het totaalbedrag ad € 517.083,85 (inclusief BTW). In
lijn met hetgeen wij gisteren bespraken geldt dat door betaling
van voornoemd bedrag curatoren worden geacht aan de veroor-
deling uit het Vonnis te hebben voldaan.(...)"

l) [eiseres] heeft daarop de curatoren een 'Verkoop factuur', ge-
dateerd 5 augustus 2014, gezonden voor een bedrag van
€ 517.083,85 ter zake van 'Inname kathodekool uit opslag Aldel
in Brunssum' en 'Inname Ovenpuin uit opslag Aldel in Brun-
sum' (prod. 2 bij mvg).

m) De curatoren hebben daarop bij brief van 13 augustus 2014
(prod. 2 bij mvg) onder meer als volgt gereageerd:

"(...)

De boedel wenst gebruik te maken van de door u als optie 1 aan-
gewezen wijze om tot uitvoering van het vonnis te komen. Dat
betekent dat curatoren aan de rechter-commissaris toestem-
ming zullen vragen om de factuur, die ik reeds in goede orde
ontving, waarvoor dank, te betalen. (...) Zoals afgesproken heeft

1 Ontleend aan rov. 3.1-3.15 van het arrest van het hof Arnhem-Leeu-
warden van 14 juli 2015.

2 Het hof vermeldt kennelijk abusievelijk: de reststoffen. Vgl. s.t. zij-
dens [eiseres], nr. 7, en s.t. zijdens curatoren, nr. 7.

3 Zie rov. 2.5 van het vonnis van 14 juli 2015.

de boedel met het betalen van de factuur aan het vonnis vol-
daan.

De betaling van de factuur geschiedt zoals eerder aangegeven
uitdrukkelijk onder protest tot gehoudenheid daartoe. (...)”

n) De curatoren hebben uit de boedel aan [eiseres] een bedrag
van € 517.083,85 voldaan teneinde [eiseres] in staat te stellen de
reststoffen van haar terrein te (doen) verwijderen en te (laten)
verwerken.

1.2 Bij inleidende dagvaarding van 10 juni 2014 hebben [eiseres]
en [A] de curatoren in kort geding gedagvaard voor de recht-
bank Noord-Nederland en gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij
voorraad, de curatoren te veroordelen binnen zeven dagen na
het te wijzen vonnis het ovenpuin van Aldel – een hoeveelheid
van 3.328,50 ton – en de kathodenkool – een hoeveelheid van
1.032,08 ton – van het terrein van [eiseres] te verwijderen, al-
thans te doen verwijderen, op straffe van een dwangsom van
€ 10.000,= voor iedere dag, ieder dagdeel daaronder begrepen,
dat de curatoren niet aan de veroordeling voldoen, met veroor-
deling van curatoren in de kosten van het geding.

1.3 Bij vonnis van 1 juli 2014⁴ heeft de voorzieningenrechter de
vordering van [A] bij gebrek aan voldoende (onderbouwd)
spoedeisend belang afgewezen.

De vordering van [eiseres] is toegewezen.⁵ Daartoe heeft de
voorzieningenrechter voorop gesteld dat [eiseres] ageert op
grond van (een inbreuk op) haar eigendomsrecht, dat de curato-
ren zich jegens terreineigenaar [eiseres] niet op (beweerdelijk)
met [A] gemaakte afspraken kunnen beroepen en dat [eiseres]
derhalve in haar standpunt wordt gevolgd dat de reststoffen
thans zonder recht of titel – derhalve onrechtmatig – op haar
terrein zijn opgeslagen en dat op de curatoren (ingevolge art.
68 Fw) de verplichting rust deze reststoffen terug in ontvangst
te nemen, ook wanneer deze een negatieve waarde vertegen-
woordigen. Door de aanwezigheid van de goederen wordt, al-
dus de voorzieningenrechter, een onrechtmatige inbreuk ge-
maakt op het eigendomsrecht van [eiseres]. Ingevolge art. 5:2
lid 2 BW staat het [eiseres] met uitsluiting van ieder ander vrij
om van haar eigendom gebruik te maken zoals zij dat wenst.
Dit impliceert dat [eiseres] haar eigendomsrecht in beginsel
kan handhaven tegenover iedereen die er inbreuk op maakt zo-
dat de jegens de curatoren op grond van art. 3:296 lid 1 BW in-
gestelde vordering strekkende tot opheffing van de inbreuk
door verwijdering van de reststoffen voor toewijzing gereed
ligt.⁶

Het vonnis is uitvoerbaar bij voorraad verklaard en curatoren
zijn veroordeeld in de proceskosten.

1.4 Curatoren zijn van dit vonnis in hoger beroep gekomen en
hebben gevorderd bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren ar-
rest (i) het bestreden vonnis te vernietigen en de oorspronkelijke
vorderingen van [eiseres] alsnog af te wijzen, (ii) VPK te veroor-
delen tot terugbetaling aan curatoren van een bedrag ad
€ 517.083,85 met rente en beslagkosten, en (iii) [eiseres] te veroor-
delen in de proceskosten in beide instanties.

1.5 Bij arrest van 14 juli 2015⁷ heeft het hof Arnhem-Leeu-
warden, rechtdoende in hoger beroep in kort geding, het tussen
[eiseres] en curatoren gewezen vonnis vernietigd, de vordering
van [eiseres] tegen curatoren afgewezen, [eiseres] veroordeeld
tot terugbetaling aan de curatoren van een bedrag van
€ 517.083,85, vermeerderd met de wettelijke rente en beslagkos-

ten, en [eiseres] veroordeeld in de kosten van de procedure in
beide instanties.

1.6 Het hof heeft daartoe voorop gesteld de vordering te zullen
beoordelen naar het moment van het wijzen van het vonnis in
eerste aanleg, zulks met het oog op de juistheid van de proces-
kostenveroordeling in eerste aanleg en een eventueel recht op
terugbetaling van hetgeen curatoren in verband met de uitvoe-
ring van het veroordelend vonnis aan [eiseres] hebben voldaan
(rov. 5.1-5.2).

Verder heeft het hof tot uitgangspunt genomen dat de reststof-
fen die zich ten tijde van de behandeling in eerste aanleg bevon-
den op het door [eiseres] gebruikte terrein, deel uitmaakten van
de boedel van Aldel (rov. 5.3-5.4).

Voorts heeft het hof onder meer als volgt overwogen:

“5.4 (...) Het gaat in dit kort geding naar de kern genomen om
de vraag of op de curatoren rechtens de verplichting rust om die
reststoffen van het terrein van [eiseres] te (doen) verwijderen al-
thans de daaraan verbonden kosten als boedelschuld te dragen.

5.5 Met grief II komen de curatoren op tegen het oordeel van de
voorzieningenrechter dat [eiseres] ageert uit hoofde van (een in-
breuk op) haar eigendomsrecht. De grief treft doel, reeds omdat
tussen partijen niet in geschil is dat [eiseres] geen eigenaar
(meer) is van het terrein waarop de reststoffen lagen opgesla-
gen ten tijde van het instellen van de vordering, en dat de
grondslag van haar vordering niet wordt gevormd door een (ver-
meend) eigendomsrecht.

5.6 Grief I keert zich tegen het oordeel van de voorzieningen-
rechter (in rov. 4.9) dat de vordering van [eiseres] – in aanslui-
ting op het arrest van de Hoge Raad van 18 juni 2004
ECLI:NL:HR:2004:AN8170, NJ 2004/617 (Circle Plastics) – in
beginsel als een boedelschuld dient te worden aangemerkt. In
het verlengde daarvan bestrijdt grief IV het oordeel van de voor-
zieningenrechter (rov. 4.11 en 4.12) dat de betreffende boedel-
vordering onmiddellijk en integraal moet worden voldaan zon-
der de afwikkeling van de (negatieve) boedel af te wachten en
met voorbijgaan van de aanspraken van andere boedelschuld-
eisers, zulks onder verwijzing naar het arrest van het hof Am-
sterdam van 28 mei 1998, JOR 1999/13 (Stigter/Tanger q.q.).
Met grief III wordt opgekomen tegen het oordeel dat gesteld
noch gebleken is dat tussen [eiseres] en Aldel een contractuele
relatie bestaat die voor de beoordeling van het geschil relevant
is (rov. 4.5). Deze grieven lenen zich voor gezamenlijke behan-
deling.

5.7 [eiseres] heeft in hoger beroep betwist dat zij ageert uit
hoofde van de (deel)overeenkomsten met betrekking tot de rest-
stoffen. Zij herhaalt haar standpunt dat de reststoffen zonder
recht of titel – derhalve onrechtmatig – waren opgeslagen, en
dat de verplichting om aan deze onrechtmatige toestand een
einde te maken door de reststoffen te verwijderen, geen verbin-
tenis uit een (ontbonden) overeenkomst betreft, maar een ob-
jectieve rechtsplicht. Deze rechtsplicht rust op de curatoren,
omdat zij op grond van artikel 68 Fw zijn belast met het beheer
en de vereffening van de failliete boedel en deze objectieve
rechtsplichten moeten, of zij nu een goederenrechtelijke
grondslag hebben of niet, gedurende een faillissement onver-
kort worden nageleefd, aldus [eiseres] (memorie van antwoord
onder 15-16).

5.8 [eiseres] heeft opgemerkt (memorie van antwoord onder
20) dat zij geen partij is bij de overeenkomst voor de opslag
van ovenpuin, ook niet uit hoofde van een meerpartijenover-
eenkomst, zoals de curatoren stellen. Het antwoord op de vraag
of [eiseres] partij is bij de tussen [A] en Aldel gesloten deellover-
eenkomsten A en B hangt naar vaste rechtspraak af van hetgeen
partijen daaromtrent jegens elkaar hebben verklaard en over en
weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben mogen

4 JOR 2015/116.

5 Met dien verstande dat een termijn van 3 maanden is gegeven
voor het verwijderen.

6 Rov. 4.2 van 's hofs arrest.

7 ECLI:NL:GHARL:2015:5290, JOR 2016/99, RI 2015/107.

afleiden. Nu [eiseres] zo nauw bij de uitvoering van de tussen Aldel en [A] gesloten deelovereenkomsten A en B is betrokken, is naar 's hofs voorlopig oordeel aannemelijk dat de bodemrechter, des gevorderd, zal oordelen dat het stellige verweer van [eiseres] dat zij *niet* als partij bij de deelovereenkomsten is aan te merken niet opgaat. Daarvan uitgaande miskent het betoog van [eiseres] dat de reststoffen van Aldel op het terrein van [eiseres] lagen opgeslagen krachtens de beide deelovereenkomsten A en B van 22 mei 2013, en de overeenkomst van 12 mei 2011 voor de opslag van kathodepool. Het betreft hier wederkerige (duur)overeenkomsten ter zake van de opslag en verwerking van reststoffen. Voor wederkerige overeenkomsten die ten tijde van de faillietverklaring nog niet of niet geheel zijn nagekomen – waaronder begrepen op dat tijdstip lopende duurovereenkomsten –, gaat de faillissementswet uit van het volgende stelsel. Op zichzelf brengt het faillissement geen wijziging in de verbintenissen die voortvloeien uit een overeenkomst. De curator heeft echter, zoals blijkt uit artikel 37 lid 1 Fw, de mogelijkheid om overeenkomsten niet gestand te doen en dus de daaruit voortvloeiende verbintenissen niet na te komen (vgl. HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, NJ 2007/155). Die verbintenissen leveren in het faillissement een concurrente vordering op die, indien het geen geldvordering betreft, overeenkomstig artikel 133 Fw voor de geschatte waarde kan worden ingediend. Indien de curator de overeenkomst niet gestand doet, kan de wederpartij deze ook ontbinden, na de weg van artikel 37 lid 1 Fw te hebben gevolgd, en heeft zij daarnaast wegens het tekortschieten in de nakoming van de overeenkomst een concurrente vordering op grond van artikel 37a Fw. Ingeval de curator in verband met het belang van de boedel besluit de overeenkomst niet gestand te doen, resteert voor de wederpartij dus steeds – behoudens door de wet erkende redenen van voorrang – een concurrente vordering. Dit is in overeenstemming met het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers dat aan de Faillissementswet ten grondslag ligt (vgl. HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 rov. 3.6.1, NJ 2013/291 ([B/C])).

5.9 In het onderhavige geval hebben de curatoren, nadat Aldel in staat van faillissement is verklaard, kenbaar gemaakt dat zij de overeenkomsten op grond waarvan de reststoffen waren opgeslagen niet langer gestand doen, waarna [A] en [eiseres] de overeenkomsten (partieel) hebben ontbonden. Gelet op de in rov. 5.8 geschetste systematiek van de faillissementswet resteert dan voor [eiseres]/[A] wegens het tekort schieten van de curatoren in de nakoming van de overeenkomst(en) een concurrente vordering en hetzelfde geldt voor de eventuele schade die [eiseres]/[A] lijdt doordat geen wederzijdse nakoming maar ontbinding van de overeenkomst(en) plaatsvindt (artikel 6:277 BW). De vordering tot het (doen) verwijderen van de reststoffen strookt niet met deze systematiek, omdat zij tot gevolg heeft dat de aan de verwijdering verbonden kosten door de boedel zouden moeten worden gedragen, hetgeen de curatoren nu juist hebben willen voorkomen en daarom gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid van artikel 37 Fw om de overeenkomst(en) niet gestand te doen. Zij strookt bovendien niet met het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers, omdat alsdan [eiseres]/[A] als crediteur boven andere, niet bevoorrechte, crediteuren zou worden voldaan. De vordering tot verwijdering althans betaling van de daaraan verbonden kosten kan [eiseres]/[A] als concurrente vordering in het faillissement van Aldel indienen.

5.10 Er is derhalve sprake van een tekortkoming van Aldel, maar deze leidt slechts tot een concurrente vordering in het faillissement. Dat daarnaast ook sprake is van een onrechtmatig handelen door de curatoren kan het hof niet inzien en daartoe is door

[eiseres] ook onvoldoende aangevoerd. Daarbij is het volgende van belang.

5.11 Naar analogie van de arresten HR 7 mei 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4377, NJ 1983, 478 (Treichsel/Lameris) en HR 4 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB8922, NJ 1989, 854 (Schols-Pelzers/Heijnen) verdedigt [eiseres] ook voor de onderhavige zaak de opvatting dat de aanwezigheid van een zaak van 'A' op het erf van 'B' in beginsel een inbreuk betekent op het recht van 'B' en aldus een onrechtmatige daad. In het eerst genoemde geval ging het om een vordering tot vergoeding van de kosten van het verwijderen van een boom die in de tuin van Treichsel stond en die als gevolg van storm is omgewaaid en in de tuin en op het dak van Lameris is terecht gekomen. In het tweede genoemde geval ging het 'om uit de hoger gelegen tuin van Schols c.s. afkomstig en derhalve aan hen in eigendom toebehorend 'materiaal' dat bij de litigieuze verzakkingen in het talud tussen hun tuin en die van Heijnen in deze laatste tuin terecht was gekomen en daarbij ander materiaal had 'meege-sleept' dat daardoor eveneens in de tuin van Heijnen terecht was gekomen'. In het verlengde daarvan betoogt [eiseres] dat niet louter de eigenaar van een perceel, met een beroep op de verwijderingsleer, kan vorderen dat 'storende' goederen van dat perceel worden verwijderd, maar dat die rechtsvordering ook toekomt aan anderen die een recht op dat perceel kunnen doen gelden (huur, pacht, vruchtgebruik, bruikeleen).

5.12 Het hof kan [eiseres] in die opvatting niet volgen, op grond van het volgende:

a. In rov. 5.4 is vastgesteld dat [eiseres] geen eigenaar is van het terrein waarop de reststoffen lagen opgeslagen, en dat [eiseres] niet 'ageert op grond van (een inbreuk op) haar eigendomsrecht'. Dat is een belangrijk verschil met de gevallen die aan de orde waren in de in rov. 5.11 genoemde arresten.

b. Het standpunt van [eiseres] ziet er bovendien aan voorbij dat tot aan het faillissement en de daarop volgende ontbinding de reststoffen van Aldel op het terrein van [eiseres] lagen opgeslagen krachtens de beide met [A] gesloten deelovereenkomsten A en B van 22 mei 2013, en de met [eiseres] gesloten overeenkomst van 12 mei 2011 voor de opslag van kathodepool. Ook dat is een belangrijk verschil met de in rov. 5.11 genoemde arresten waarop [eiseres] haar standpunt doet steunen. Het standpunt van [eiseres] impliceert dat de curator die rechtmatig gebruik maakt van de mogelijkheid om een wederkerige overeenkomst niet gestand te doen (artikel 37 Fw) onrechtmatig handelt indien hij de gevolgen daarvan niet ongedaan maakt met een boedelschuld tot schadevergoeding als gevolg. Aldus zou het in rov. 5.8 geschetste systeem van de Faillissementswet op niet aannembare wijze worden doorkruist.

c. De curatoren hebben met kracht van argumenten – door [eiseres] niet (gemotiveerd) weersproken – betoogd dat de *strekking* van de overeenkomsten nooit is geweest dat de reststoffen na de opslag weer aan Aldel zouden worden teruggegeven. Weliswaar is, aldus de curatoren, in de overeenkomsten bepaald dat Aldel tot aan de betaling eigenaar van de reststoffen zal blijven, maar evident is dat nooit de bedoeling heeft voorgelaten dat deze reststoffen op enig moment door Aldel weer zouden (moeten) worden teruggenomen (pleitnotitie curatoren eerste aanleg onder 26 e.v./memorie van grieven onder 28). Daarin is een belangrijk verschil gelegen met overeenkomsten van huur, pacht, bruikeleen en/of bewaarneming waarbij naar zijn aard de zaak na het einde van de overeenkomst dient te worden teruggegeven. Om die reden kan ook een beroep op het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 7 juli 2001, JOR 2001,266 (Provag) [eiseres] niet baten, reeds omdat aan die zaak ten grondslag lag een door de curator niet nagekomen bewaarnemingsovereenkomst.

d. Daarnaast heeft het hof nog het volgende onder ogen gezien. In zijn arrest van 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, rov. 3.8, slot, ((B/C)) overweegt de Hoge Raad:

‘Zoals volgt uit HR 9 juni 2005, LJN AV9234, NJ2007/21 (rov. 3.5.2), kan de gewezen verhuurder uit hoofde van zijn recht op het gehuurde verlangen dat de curator de tot de boedel behorende zaken uit het gehuurde verwijdert. Deze verplichting rust op de curator in zijn hoedanigheid en is derhalve een boedelschuld.’

In rov. 3.5.2 uit HR 9 juni 2005, LJN AV9234, NJ 2007/21 werd, voor zover van belang overwogen:

‘(...) (Eiser) kon derhalve jegens de curator geen beroep doen op bepalingen van de al voor de faillietverklaring van (A) geëindigde, door hem zelf opgezegde, huurovereenkomst. Hij kon wel als eigenaar van de bedrijfspanden van de curator verlangen dat deze de tot de boedel behorende zaken daaruit zou verwijderen. (...)’

Naar 's hofs oordeel moet daaruit worden afgeleid dat slechts de (gewezen) verhuurder die *eigenaar* is van het gehuurde *kan verlangen* dat de curator de tot de boedel behorende zaken uit het gehuurde verwijdert, welke verplichting een boedelschuld is. Niet alleen is de positie van [eiseres] – zo volgt uit (c) – niet gelijk te stellen met die van een verhuurder, pachter of bruikleengever, maar bovendien is [eiseres] geen eigenaar van het terrein waarop de reststoffen opgeslagen lagen zodat zij ook om die reden niet van de curatoren kan verlangen dat zij overgaan tot verwijdering van haar terrein van de tot de boedel behorende reststoffen.

5.13 De slotsom moet derhalve zijn dat op de curatoren niet een verplichting rust de reststoffen van het terrein van [eiseres] te (doen) verwijderen, althans de daaraan verbonden kosten als boedelschuld te dragen. Dat betekent dat ook de grieven I en III slagen. Grief IV keert zich tegen het oordeel van de voorzieningenrechter (rov. 4.11) dat sprake is van een boedelvordering die onmiddellijk en integraal moet worden voldaan. Nu volgens het hof geen sprake is van een boedelvordering bestaat geen belang bij bespreking van de vraag of indien wel sprake was van een boedelvordering, deze superpreferent zou zijn geweest. Grief V bestrijdt de in eerste aanleg ten laste van de curatoren uitgesproken proceskostenveroordeling. Met het slagen van de grieven I – III slaagt ook deze grief. Het bestreden vonnis zal worden vernietigd en het hof zal, opnieuw recht doende, de vordering van [eiseres] alsnog afwijzen.

5.14 De vordering van de curatoren tot terugbetaling op grond van onverschuldigde betaling van hetgeen zij ter uitvoering van het kort geding vonnis aan [eiseres] hebben voldaan – een bedrag van € 517.083,85 – vermeerderd met rente en kosten van het gelegde conservatoire derdenbeslag is toewijsbaar. In geval van vernietiging in hoger beroep van een vonnis ontvalt de rechtsgrond aan hetgeen reeds ter uitvoering van dit vonnis is verricht waarna op de voet van artikel 6:203 BW een vordering tot ongedaanmaking van deze prestatie ontstaat. Het strookt met de eisen van een goede rechtspleging de mogelijkheid aan te nemen dat in hoger beroep met het oog op het verkrijgen van een executoriale titel aan de vordering tot vernietiging van het bestreden vonnis een vordering tot ongedaanmaking van de ingevolge dat vonnis verrichte prestatie wordt verbonden (vgl. HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN7327, NJ 2005/246). Weliswaar hebben de curatoren niet zelf de reststoffen van het terrein van [eiseres] (doen) verwijderen maar hebben zij in overleg met [eiseres] gekozen voor de door (de advocaat van) [eiseres] in zijn brief van 8 juli 2014 genoemde ‘optie I’ (bedoeld zal zijn: ‘optie II’) in verband waarmee de curatoren uit de boedel een bedrag van € 517.083,85 aan [eiseres] hebben betaald, maar in het licht van de correspondentie tussen partijen – in rov. 3.12 en 3.14 geciteerd – kan er geen

twijfel over bestaan dat zulks geschiedde ter ‘uitvoering van het vonnis’, zoals de advocaat van [eiseres] in zijn brief van 8 juli 2014 zelf heeft geschreven. Het verweer van [eiseres] dat de curatoren dit bedrag niet hebben voldaan uit hoofde van het vonnis, maar uit hoofde van een nadien tussen [eiseres] en de curatoren gesloten overeenkomst kan dan ook niet slagen. Het verweer dat de curatoren de gevorderde terugbetaling van € 517.083,85 niet hebben onderbouwd is onbegrijpelijk. In de brief van haar advocaat van 8 juli 2014 schrijft [eiseres] dat ‘indien en voor zover wordt geopteerd voor optie (II)’ [eiseres] de boedel een factuur zal sturen voor het bedrag van € 517.083,85 (inclusief btw). Vaststaat dat de curatoren dit bedrag ‘ter uitvoering van het vonnis’ aan [eiseres] hebben voldaan. Ook het eerst ten pleidooie gevoerde verweer dat in het teruggevorderde bedrag ook een van overheidswege opgelegde afvalstoffenheffing is begrepen, dat er meer is gedaan – en aan [eiseres] is opgedragen – dan alleen het verwijderen van de reststoffen van het terrein van [eiseres] en dat het teruggevorderde bedrag ook ‘een aanzienlijke BTW-component’ bevat moet falen. In het licht van het voren overwogene valt immers zonder nadere onderbouwing – die ontbreekt – niet in te zien dat de daarmee gemoeide, onverschuldigd betaalde, bedragen ten laste van de boedel zouden moeten komen. Wat de btw betreft ligt het dan ook op de weg van [eiseres] om de inmiddels afgedragen btw bij de Belastingdienst terug te vragen.’

1.6 [eiseres] heeft – tijdig⁸ – beroep in cassatie ingesteld. Curatoren hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Partijen hebben de zaak schriftelijk doen toelichten. [eiseres] heeft gerepliceerd.

2 Beoordeling van het cassatieberoep

2.1 Het cassatieberoep van [eiseres] richt zich tegen rov. 5.5 en 5.9-5.14 van het bestreden arrest. Het middel omvat drie onderdelen (‘klachten’).

Onderdeel 1: het eigendomsrecht als grondslag van de vordering

2.2 Onderdeel 1 komt op tegen de vaststelling van het hof dat “tussen partijen niet in geschil is dat (...) de grondslag van [de] vordering niet wordt gevormd door een (vermeend) eigendomsrecht” (rov. 5.5) en dat “[eiseres] niet ageert op grond van (een inbreuk op) haar eigendomsrecht” (rov. 5.12 sub a). Volgens [eiseres] heeft het hof daarmee miskend dat de grondslag van de vordering wel degelijk (mede) wordt gevormd door een (inbreuk op een) eigendomsrecht, omdat [eiseres] zich uitdrukkelijk heeft beroepen op haar exclusieve gebruiksrecht, en de vordering van een persoonlijk gebruiksgerechtigde tot verwijdering (i) strekt tot opheffing van de inbreuk op het eigendomsrecht, althans (ii) rechtstreeks van de bevoegdheid van de eigenaar is afgeleid (cassatiedagvaarding nr. 5). Bovendien zou uit de door curatoren overgelegde akte volgen dat (iii) zij als beheerder bevoegd was om in eigen naam een rechtsvordering tot verwijdering in te stellen ter bescherming van het eigendomsrecht van de Provincie (cassatiedagvaarding nr. 6).

2.3 Dit onderdeel faalt. In rov. 5.5 en 5.12 sub a⁹ heeft het hof niet meer tot uitdrukking gebracht dan dat vaststaat dat [eiseres] geen eigenaar (meer) is van het perceel en dus niet ageert op grond van haar eigendomsrecht¹⁰, zodat het onderdeel op dat punt feitelijke grondslag mist.

Voor zover het onderdeel zich erop beroept dat de beheersbevoegdheid van [eiseres] mede de bevoegdheid omvat om in

8 Art. 402 lid 2 jo. 339 lid 2 Rv. De cassatiedagvaarding is op 8 september 2015 uitgebracht.

9 Het hof verwijst in rov. 5.12 sub a abusievelijk naar rov. 5.4.

10 Zie ook rov. 5.12 sub d.

eigen naam een vordering tot verwijdering in te stellen ter bescherming van het eigendomsrecht van de Provincie, betreft het een ontoelaatbaar novum in cassatie. Deze stelling is in feitelijke instanties niet ingenomen. [eiseres] heeft op de aangegeven vindplaats (MvA nr. 18) uitsluitend verwezen naar de akte ter adstructie van haar stelling dat zij het terrein waarop de reststoffen lagen opgeslagen heeft verkocht en dat zij tot aan de feitelijke levering exclusief gerechtigd is tot het gebruik van het terrein.¹¹

Onderdeel 2: de verplichting van curatoren tot verwijdering

2.4 Onderdeel 2 bestrijdt vanuit verschillende invalshoeken het oordeel van het hof dat op curatoren niet een verplichting rust de reststoffen van het terrein van [eiseres] te (doen) verwijderen, zodat de vordering van [eiseres] alsnog moet worden afgewezen (rov. 5.13). Volgens het hof kan [eiseres] de vordering tot verwijdering als concurrente vordering in het faillissement van Aldel indienen (rov. 5.9).

2.5 Alvorens tot bespreking van de afzonderlijke klachten over te gaan, stel ik het volgende voorop.

Inleiding

2.6 Van belang is hetgeen [eiseres] aan haar vordering tot verwijdering ten grondslag heeft gelegd. Zij heeft gesteld dat als gevolg van de ontbinding van de overeenkomsten de reststoffen zonder recht of titel – derhalve onrechtmatig – waren opgeslagen op het bij haar in gebruik zijnde terrein. Door deze stoffen op het terrein te laten liggen maken curatoren inbreuk op het exclusieve gebruiksrecht van [eiseres] althans handelen zij in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 BW). De (objectieve) rechtsplicht om aan deze onrechtmatige toestand een einde te maken rust op curatoren als beheerder van de failliete boedel (art. 68 Fw). Deze rechtsplicht moet gedurende het faillissement onverkort worden nageleefd. Op de voet van art. 3:296 BW wordt gevorderd curatoren te veroordelen tot nakoming van deze rechtsplicht, aldus [eiseres].¹²

2.7 In deze zaak gaat het in de kern om de vraag *a)* of een persoonlijk (obligatoir) gebruiksgerechtigde van een terrein aanspraak kan maken op verwijdering van storende zaken, net zoals een eigenaar dat kan¹³, en, zo ja, *b)* of hij zo'n aanspraak ook kan effectueren jegens de curator in het faillissement van de eigenaar van de storende zaken.

2.8. *Ad a)*. Volgens de zogenoemde verwijderingsleer kan de eigenaar van een terrein vorderen dat degene wiens zaak op zijn terrein is terechtgekomen, die zaak verwijderd. Kern van die leer is dat de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt, meebrengt dat de eigenaar wiens zaak op het ter-

rein van een ander terecht komt – waardoor een situatie ontstaat die een inbreuk op de eigendom van het terrein insluit – jegens die ander gehouden is om, nadat hij van de situatie op de hoogte is gekomen, maatregelen te nemen om aan genoemde situatie een einde te maken; laat de eigenaar dit na, dan handelt hij

hierdoor onrechtmatig.¹⁴ In de literatuur is gedebatteerd over de vraag of de verwijderingsplicht berust op schending van een zorgvuldigheidsnorm of (uiteindelijk) op een rechtsinbreuk.¹⁵ Ik denk dat het antwoord op deze vraag voor de discussie in deze zaak niet doorslaggevend is. Langs de weg van art. 3:296 BW kan op verschillende gronden een bevel tot verwijdering worden gevraagd, waarbij het niet ter zake doet of die grond wordt gevonden in inbreuk op eigendom (vgl. art. 5:1 BW¹⁶) of een andere specifieke categorie van onrechtmatigheid genoemd in art. 6:162 lid 2 BW.¹⁷

2.9 In het verlengde van de verwijderingsleer stelt [eiseres] zich op het standpunt dat de rechtsvordering tot verwijdering niet alleen toekomt aan de eigenaar van een terrein, maar ook aan degene die een (obligatoir) gebruiksrecht heeft op dat terrein.¹⁸ Probleem daarbij is dat op een contractueel gebruiksrecht, als zijnde een relatief en niet een absoluut recht, in beginsel slechts inbreuk kan worden gemaakt door de wederpartij; het is geen subjectief recht waarop inbreuk kan worden gemaakt door een derde.¹⁹

2.10 Zoals door Du Perron wordt opgemerkt, kunnen derden echter wel de belangen schaden die voor partijen met hun overeenkomst of verbintenis zijn verbonden en dienen zij op grond van een heteronome rechtsnorm de rechten van partijen uit hun overeenkomst te eerbiedigen.²⁰ Algemeen wordt dan ook aangenomen dat een contractueel belanghebbende bij een goed kan bogen op bescherming van een op hem toegeseden zorgvuldigheidsnorm als bedoeld in art. 6:162 lid 2 BW.²¹

Zo levert naar de mening van Bloembergen de beschadiging of vernietiging van een zaak tevens een onrechtmatige daad op je-

11 Ik teken daarbij aan dat het verweer van curatoren, dat [eiseres] geen eigenaar was van het perceel, aanleiding had moeten vormen voor [eiseres] om uiteen te zetten waarom zij bevoegd zou zijn de vordering als gevolmachtigde of lastgever van de eigenaar in te stellen. Vgl. HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP9665, NJ 2005/41; HR 15 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0874, RvdW 2010/158.

12 Memorie van antwoord, nrs. 15-18, 23, 26, 28, 37; pleitaantekeningen zijdens VPK d.d. 18 juni 2015, nrs. 18-19. Zie ook inleidende dagvaarding, nrs. 13-15; pleitnotities zijdens [eiseres] d.d. 18 juni 2014, nrs. 8-11. Vgl. de weergave in het vonnis van 1 juli 2014, rov. 3.2, en in het arrest van 14 juli 2015, rov. 4.1 en 5.7.

13 Of iemand anders met een absoluut recht zoals een beperkt gerechtigde; vgl. A.A.J. Smelt, Goederen met een negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht (diss. 2006), p. 91 en Brunner in nr. 1 van diens noot onder HR 4 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB8922, NJ 1989/854.

14 HR 7 mei 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4377, NJ 1983/478 m.nt. CJHB en HR 4 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB8922, NJ 1989/854 m.nt. CJHB.

15 Vgl. Smelt, a.w., p. 43-55. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/37 en 48; Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5* 2008/31a; C.A. Streefkerk, De onrechtmatigheid van de rechtsinbreuk, in: Onrechtmatige daad (1996), p. 78-82 (i.h.b. p. 80, voetnoot 28), en Brunner in diens noten onder de hierboven genoemde arresten.

16 De aanspraak op opheffing van een inbreuk op een eigendomsrecht welke niet bestaat uit het houden van de betreffende zaak wordt ook wel met "actio negatoria" aangeduid en ligt besloten in art. 3:296 lid 1 BW; vgl. Smelt, a.w., p. 68-69.

17 Vgl. Smelt, a.w., p. 93. Het is wel van belang om onderscheid te maken tussen een vordering op grond van art. 3:296 lid 1 BW (zoals de actio negatoria) en een schadevergoedingsvordering op basis van art. 6:162 lid 1 BW. Anders dan de onrechtmatige daadsvordering van art. 6:162 lid 1 BW strekt de actio negatoria niet tot vergoeding van geleden schade, maar tot opheffing van een inbreuk op het eigendomsrecht; zie Smelt, a.w., p. 69-70 en 81-83 en P.C. van Es, De actio negatoria (diss. 2005), hoofdstuk 15.

18 Pleitaantekeningen zijdens [eiseres] d.d. 18 juni 2015, nrs. 12-13. Vgl. rov. 5.11 van het bestreden arrest.

19 Voor het 'semi-zakelijke' recht van de huurder en de pachter wordt soms wel anders aangenomen. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/46. Zie ook Smelt (a.w., p. 91), met verwijzing naar de opmerking in de wetgeschiedenis dat het voor de uitkomst van de zaak in HR 7 mei 1982, NJ 1983/478 geen verschil maakte of de eiser nu eigenaar of huurder was van het betreffende perceel (PG Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), MVA II Inv., p. 1270).

20 C.E. du Perron, Overeenkomst en derden (diss. 1999), p. 105-107.

21 Zie o.m. Smelt, a.w., p. 91-93. Vgl. tevens Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/29 en GS Onrechtmatige daad (Jansen), art. 6:162 BW, aant. 60 en art. 6:163 BW, aant. 55.2.

gens degene die een contractueel belang heeft bij die zaak (verplaatste schade). Deze kan ageren jegens de dader uit hoofde van onrechtmatige daad, bestaande in handelen in strijd met een hem beschermende norm. Hetzelfde geldt indien het gaat om een inbreuk op de exclusiviteit van het eigendomsrecht (op welke inbreuk slechts de eigenaar zich kan beroepen); dan is er mede onzorgvuldig gehandeld jegens degene aan wie de eigenaar zijn exclusieve bevoegdheden had afgestaan.²² In de woorden van Brunner: aldus komt de maatschappelijke zorgvuldigheid de persoonlijk gerechtigde te hulp om aan te vullen wat hij zakenrechtelijk tekort komt.²³ Volgens De Bie Leuveling blijkt uit art. 3:125 lid 3 BW dat de wetgever er voor heeft gekozen om de bescherming van de persoonlijk gerechtigde (middellijk) houder gestalte te geven door middel van de algemene regeling van de onrechtmatige daad.²⁴ Du Perron tekent daarbij aan dat bekendheid van de derde met het contractuele belang niet is vereist, omdat het niet afwijkt van het eigenaarsbelang.²⁵ Van Nispen voegt hieraan toe dat het ook praktischer is wanneer een contractueel belanghebbende zelfstandig in rechte tegen de stoorder kan optreden dan dat hij een omweg moet inslaan door zijn wederpartij krachtens wet of beding tot vrijwaring tegen de stoornis aan te spreken waarna de laatste een verbod van inbreuk tegen de derde moet uitlokken. Zo zou ook de bruiklener een verbod kunnen vragen tegen derden die hem door feitelijkheden in zijn genot belemmeren alsmede een bevel tot ontruiming. Aansprakelijk zijn echter niet derden die aan de hoofdgerechtigde recht of toestemming ontlenen.²⁶ Van Es merkt in dit laatste verband op dat de inhoud van de jegens de gebruiker in acht te nemen betamelijkheidsnorm wordt ingekleurd door de verhouding tussen de inbreukmaker en de eigenaar. Ter ondersteuning van zijn betoog dat de persoonlijk gerechtigde in geval van een inbreuk op het eigendomsrecht zijn rechten niet ontleent aan de schending van een zelfstandige betamelijkheidsnorm, maar zijn rechten afleidt van de eigenaarsbevoegdheid, verwijst hij naar rechtspraak van Uw Raad volgens welke bepalingen van het burenrrecht van overeenkomstige toepassing kunnen zijn op de gebruiker/niet-eigenaar.²⁷ Van Es concludeert mede naar aanleiding van deze rechtspraak dat het antwoord op de vraag of een persoonlijk gerechtigde kan optreden tegen een bepaalde inbreuk op het eigendomsrecht, afhangt van de aard van de inbreuk (waarbij in het bijzonder van belang is of de inbreuk het gebruiksgenot van de zaak aantast) in samenhang met de aard en inhoud van de rechten en verplichtingen die uit de obligatoire verhouding

tussen de eigenaar en de persoonlijk gerechtigde voortvloeien. Voorts geldt dat in alle gevallen waarin de eigenaar er belang bij heeft dat de inbreuk op het eigendomsrecht niet ongedaan gemaakt wordt, de persoonlijk gerechtigde alleen een vordering kan instellen wanneer de eigenaar te kennen heeft gegeven hier geen bezwaar tegen te hebben.²⁸

2.11 Gegeven het voorgaande zou ik tot uitgangspunt willen nemen dat ook de obligatoir gebruiksgerechtigde in beginsel²⁹ bescherming geniet tegen een storing in het genot van de zaak door een derde.

2.12 Deze bescherming kan zich – onder meer – manifesteren in de gedaante van een rechtsvordering tot de oplegging van een verbod of bevel op de voet van art. 3:296 lid 1 BW. Deze rechtsvordering strekt tot nakoming van de in art. 6:162 BW geïmpliceerde (ook wel aangeduid als: 'kale' of 'objectieve') rechtsplichten om zich te onthouden van een onrechtmatige daad.³⁰ Voor de veroordeling tot nakoming van deze rechtsplicht (verbod of bevel) moet sprake zijn van een dreigende onrechtmatige daad of vrees voor herhaling, maar is geen toerekenbaarheid vereist, noch schade. Evenmin is een ingebrekestelling noodzakelijk. De rechter heeft ter zake van het al of niet opleggen van een verbod of bevel ingevolge art. 3:296 BW in beginsel geen discretionaire bevoegdheid: indien de rechter heeft vastgesteld dat gedaagde verplicht is bepaalde handelingen na te laten, is het gevorderde verbod in beginsel zonder meer toewijsbaar. In kort geding bestaat echter wel ruimte voor afwijzing op grond van een belangenafweging.³¹

2.13 *Ad b*). Vervolgens komt de vraag aan de orde of de contractueel gebruiksgerechtigde zijn aanspraak op bescherming ook kan inroepen tegen de curator in het faillissement van de derde van wie de storende zaak afkomstig is.

2.14 Voorop staat dat rechtsvorderingen tot nakoming van tot de failliete boedel behorende verplichtingen jegens de curator worden ingesteld (art. 25 Fw), behoudens voor zover het rechtsvorderingen betreft tot voldoening van verbintenissen uit de boedel. Deze laatste vorderingen worden aan het verificatieproces onderworpen (art. 26 Fw).³² Tot de eerstgenoemde categorie behoren o.m. rechtsvorderingen tot nakoming van objectieve rechtsplichten c.q. het nalaten van onrechtmatig handelen, waaronder de rechtsvordering tot oplegging van een verbod of bevel.³³

2.15 De curator neemt in zijn hoedanigheid deel aan het maatschappelijk verkeer en als zodanig verschilt zijn positie niet van die van een willekeurige ander. Hij moet zich dan ook, zoals eenieder, houden aan de regels zoals die in dat maatschappelijk verkeer gelden: hij dient zich te onthouden van een

22 A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (1965), p. 274-275.

23 Noot onder HR 7 mei 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4377, NJ 1983/478.

24 J. de Bie Leuveling Tjeenk, *Gerechtigden tot schadevergoeding bij zaakschade* (diss. 1997), p. 219-222.

25 Du Perron, a.w., p. 127-128.

26 C.J.J.C van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel* (diss. 1978), p. 153-156.

27 Zie o.m. HR 24 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZCo48, NJ 1992/280. Zie met betrekking tot de bepalingen uit het burenrrecht tevens Van Nispen, *Het burenrrecht in het NBW*, in: *Lugdunum batorum juri sacrum* (1982), p. 99: "Omgekeerd kunnen behalve de eigenaar ook de gebruikers van het naburig erf aan deze voorschriften een aanspraak ontlenen in zoverre zij in plaats van de eigenaar belang hebben bij de handhaving van de daarin vervatte bepalingen. De beperkt-zakelijk gerechtigden kunnen zich daarbij baseren op hun subjectieve recht, de andere gebruikers op een zorgvuldigheidsnorm welke waarborgt tegen aantastingen van het goed welke hun nadeel berokkenen. De aanspraak van laatstbedoelde (de contractueel belanghebbende) gebruikers is een afgeleide van de eigenaarsbevoegdheid."

28 P.C. van Es, a.w., p. 276-281. Van Es merkt nog op dat de eventuele bevoegdheid van de persoonlijk gerechtigde niet in de weg staat aan de bevoegdheid van de eigenaar om in rechte op te treden tegen een inbreuk op zijn eigendomsrecht.

29 Tenzij de hoofdgerechtigde bijv. toestemming heeft gegeven of belang heeft bij het ongewijzigd blijven van de toestand. Daarnaast kan de obligatoire verhouding tussen de eigenaar en de gebruiksgerechtigde er aan in de weg staan dat de laatste bevoegd is om tegen een derde te ageren. Vgl. Van Es, a.w., p. 280-281.

30 Zie over het begrip rechtsplicht o.m. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2012/8; Van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel*, p. 8-15.

31 GS Vermogensrecht (Jongbloed), Titel 3.11.Inl., aant. 5; art. 3:296, aant. 2 en 3; GS Onrechtmatige daad, II.1 (Rechtsvorderingen) (Deurvorst), aant. II.1.1.2, II.1.2.1.1.2, II.1.2.1.1.3, II.1.2.1.1.5, II.1.2.1.2.6, II.1.2.1.2.10, II.1.2.1.2.12, II.1.2.1.5.17; Mon. Nieuw BW A-11 (van Nispen), 2003, nrs. 6, 12 en 16.

32 Zie voor een nadere duiding van deze verifieerbare vorderingen rov. 3.7.2 van het arrest HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291 m.nt. FMJV.

33 Van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel*, p. 31.

inbreuk op iemands subjectief recht, hij behoort de wet te respecteren en hij dient ook overigens de zorgvuldigheid in acht te nemen die in het maatschappelijk verkeer tegenover een ander betaamt. Er is geen reden voor een specifieke op de positie van de curator q.q. afgestemde norm. Dat bij de boedel een veelheid van (tegenstrijdige) belangen zijn betrokken, betekent niet dat de curator bij het beheer van de boedel ten behoeve van de verschillende belanghebbenden inbreuk mag maken op rechten van derden, wettelijke plichten mag schenden of dat hij minder (of meer) zorgvuldig hoeft om te gaan met de belangen van derden.³⁴

2.16 Bij zijn deelname aan het maatschappelijk verkeer neemt de curator in beginsel dezelfde positie in als de schuldenaar: hij beheert diens vermogen zoals dat wordt uitgewonnen ten behoeve van diens schuldeisers. Hij moet zich dan ook houden aan de normen die in het maatschappelijk verkeer voor de schuldenaar zijn gesteld. Indien hij deze overtreedt, ontstaat een boedelschuld op grond van onrechtmatige daad.³⁵

2.17 De verantwoordelijkheid voor de naleving van rechtsplichten berust bij de curator en kan worden beschouwd als een element van zijn taak om de failliete boedel te beheren en te vereffenen (art. 68 Fw). De curator is verplicht om – op kosten van de boedel – aan de tot de boedel behorende rechtsplichten te voldoen. Wanneer dergelijke rechtsplichten niet worden nagekomen, moeten de daardoor ontstane vorderingen door de curator als boedelschuld worden voldaan.³⁶ Ik verwijs in dit verband naar het arrest HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 ([B/C] q.q.), NJ 2013/291 m.nt. FMJV, waarin uw Raad een categorie boedelschulden onderscheidt die ontstaan “omdat zij een gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting” (rov. 3.7.2).

2.18 Uit het voorgaande volgt mijns inziens dat de curator in beginsel gehouden is objectieve rechtsplichten onverkort na te leven. Hij kan daartoe op grond van art. 3:296 lid 1 BW in beginsel door de rechter worden veroordeeld. De toestand van de boedel is daarbij niet van belang, behoudens in zoverre de kosten van naleving het vermogen overstijgen.³⁷ Naleving van rechtsplichten waarvan niet-naleving een onrechtmatige daad oplevert, kan worden gevorderd door verbods- of bevelsacties (art. 3:296 lid 1 BW jo. art. 6:162 lid 2 BW).³⁸ Kortom: de curator kan worden verboden onrechtmatig te handelen dan wel worden bevolen een onrechtmatige toestand te beëindigen.

2.19 De slotsom is dat de obligatoir gebruiksgerechtigde de hem uit hoofde van art. 3:296 jo. art. 6:162 BW toekomende bevoegdheid om verwijdering te vorderen van storende zaken ook kan inroepen tegen de curator in het faillissement van de derde van wie de storende zaken afkomstig zijn.³⁹

2.20 Mijns inziens doet hieraan niet af hetgeen Uw Raad overwoog in het arrest [B/C] q.q. (rov. 3.8, met mijn cursivering):

“(…) Opmerking verdient dat dit niet betekent dat in een geval als aan de orde was in laatstgenoemd arrest⁴⁰, de ontruimingsverplichting na de beëindiging van de huur geen boedelschuld kan zijn. Zoals volgt uit HR 9 juni 2006, LJN A[U]9234, NJ 2007/21 (rov. 3.5.2), kan de gewezen verhuurder uit hoofde van zijn recht op het gehuurde verlangen dat de curator de tot de boedel behorende zaken uit het gehuurde verwijderd. *Deze verplichting rust op de curator in zijn hoedanigheid en is derhalve een boedelschuld.*”

In het in deze rechtsoverweging genoemde arrest van 9 juni 2006 had Uw Raad in rov. 3.5.2 voor zover thans van belang geoordeeld:

“Ervan uitgaande dat de huur van de bedrijfspanden nog voor de faillietverklaring van Smittrans door Smit zelf is beëindigd, is de curator geen huurpenningen verschuldigd geworden die op grond van art. 39 lid 1 F. een boedelschuld zouden kunnen opleveren. De verplichting van Smittrans als voormalig huurder om de bedrijfspanden te ontruimen was, anders dan het onderdeel klaarblijkelijk tot uitgangspunt neemt, geen verplichting van de curator, omdat een faillissementscurator niet buiten de in de wet aangewezen gevallen in de verplichtingen van de gefailleerde treedt. Smit kon derhalve jegens de curator geen beroep doen op bepalingen van de al voor de faillietverklaring van Smittrans geëindigde, door hem zelf opgezegde, huurovereenkomst. Hij kon wél als eigenaar van de bedrijfspanden van de curator verlangen dat deze de tot de boedel behorende zaken daaruit zou verwijderen. (...)”

Ik meen de overweging dat de (zakelijke) ontruimingsverplichting als boedelschuld kwalificeert in het licht van het zojuist geciteerde gedeelte van rov. 3.7.2 aldus te moeten begrijpen dat (eerst) een boedelschuld ontstaat indien de curator handelt in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven ontruimingsverplichting.⁴¹

2.21 Tegen de achtergrond van deze vooropstelling kom ik thans toe aan de beoordeling van de klachten van onderdeel 2.

Klachten

2.22 Onderdeel 2 sub 7-8 komt op tegen rov. 5.9, voor zover het hof daarin oordeelt dat de vordering tot verwijdering niet strookt met (i) het in rov. 5.8 geschetste stelsel betreffende niet (geheel) nagekomen wederkerige overeenkomsten (art. 37 en 37a Fw) en (ii) het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers. Volgens de [eiseres] is dit oordeel van het hof onjuist en/of zonder nadere motivering onbegrijpelijk. Daartoe wordt aangevoerd dat de door [eiseres] ingestelde vordering tot verwijdering niet op de overeenkomsten gegrond of daarvan afgeleid is, maar gestoeld is op de op Aldel rustende rechtsplicht om – kort gezegd – jegens [eiseres] niet onrechtmatig te handelen. Voorts is bij de vordering van [eiseres] tot verwijdering de gelijkheid van schuldeisers niet in het geding, omdat [eiseres] ter zake van die vordering niet als schuldeiser in de door het hof be-

529

34 Aldus A.L.M. Keirse en F.M.J. Verstijlen, Curator qualitate qua, lever ieder het zijne! Over de aansprakelijkheid van de curator bij het negeren van een eigendomsvoorbehoud, NTBR 2004/8, p. 399. Zie ook F.J. Vonck, Goederenrechtelijke verplichtingen tot een doen in faillissement, Tvl 2010/8, par. 3.

35 F.M.J. Verstijlen, De faillissementscurator (diss. 1998), p. 209-210 en 353-354. Vgl. HR 21 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0512, NJ 1992/321 (inzake handhaving van een voor faillissement gelegd beslag).

36 Smelt, a.w., p. 114.

37 Smelt, a.w., p. 107, i.h.b. voetnoot 333.

38 P.C. van Es, a.w., hoofdstuk 15.1.

39 Vgl. F.M.J. Verstijlen, Contract en boedelschuld tussen partijautonomie en paritas, NJB 2013/1930 (anders kennelijk nog zijn NJ-noot (nr. 12) onder HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291); J.K. Six-Hummel in haar noot in WR 2013/66; A. Steneker en A.J. Tekstra, De boedelschuldenlijst (II), FIP 2015/368 onder I voetnoot 50; F.J. Vonck, Tvl 2010/8, par. 2.2 en 3. Anders:

W.J.M. van An del en T.T. van Zanten, Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden, Tvl 2013/26, par. 5 slot.

40 Te weten: HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8170 (Van Galen q.q./Circle Vastgoed), NJ 2004/617 m.nt. PvS. Zie daarover o.m.: A.I.M. van Mierlo in Tvl 2004/55 en AA 2004, p. 782 e.v.

41 In deze zin wellicht ook Polak/Pannevis, Insolventierecht 2014, par. 11.6.3 (“anders gezegd: ontstaan er boedelschulden als hij niet ontrent?”). Anders: G.A.J. Boekraad in zijn noot (sub 9) in JOR 2013/224; A.J. Tekstra, Drie soorten boedelschulden in faillissement, FIP2013/4, p. 126 (voetnoot 1) en 132. Over de ‘categorie III-boedelschulden’ kritisch: R.J. van Galen, Ondernemingsrecht 2014/29, nr. 3 (slot) en 4.

doelde zin kan worden aangemerkt. Anders dan het hof oordeelt, kan de vordering tot verwijdering dan ook niet ter verificatie worden ingediend. Het betreft een op een niet uit verbintenis voortvloeiende rechtsplicht gestoelde aanspraak waaraan ongeacht de toestand van de boedel dient te worden voldaan.

2.23 Deze klachten slagen. Een vordering op basis van de overeenkomsten tussen [eiseres] en Aldel (streckende tot schadevergoeding of een vordering wegens de ontbinding van de overeenkomst) dient te worden onderscheiden van een vordering als de onderhavige, strekkende tot verwijdering van storende zaken op grond van art. 3:296 lid 1 BW. Waar eerstgenoemde vordering slechts ter verificatie kan worden ingediend (art. 26 Fw en art. 37a Fw⁴²), is verificatie van de verwijderingsvordering niet aan de orde. Die vordering dient in een faillissement tegen de curator worden ingesteld of voortgezet met werking ten opzichte van de boedel (art. 25 en art. 28 Fw). Van enige strijdigheid met de systematiek van art. 37 en 37a Fw⁴³ of de gelijkheid van schuldeisers is geen sprake nu de verwijderingsvordering niet op een overeenkomst is gegrond en [eiseres] in dit verband niet optreedt als (faillissements)schuldeiser, maar als derde die de versterking van het genot van haar gebruiksrecht wenst te beëindigen.

2.24 Onderdeel 2 sub 9-20 keert zich tegen de in rov. 5.12 genoemde vier argumenten (*a t/m d*) waarmee het hof het beroep van [eiseres] op – kort gezegd – analoge toepassing van de in rov. 5.11 beschreven verwijderingsleer verwerpt.

2.25 In rov. 5.12 sub *a* voert het hof aan dat een belangrijk verschil met de in rov. 5.11 genoemde rechtspraak is dat [eiseres] niet ageert op grond van een inbreuk op haar eigendomsrecht. Voorts heeft het hof in rov. 5.12 sub *d* uit het arrest [B/C] q.q. afgeleid dat nu [eiseres] geen eigenaar is, zij om die reden niet van curatoren kan verlangen dat zij tot verwijdering van de tot de boedel behorende reststoffen overgaan.

2.26 Volgens onderdeel 2 sub 11 zijn deze oordelen de eerste plaats onjuist en/of onbegrijpelijk gelet op de klachten in onderdeel 1, waarnaar korthedshalve wordt verwezen.

Deze klacht bouwt voort op onderdeel 1 en faalt dus eveneens.

2.27 In onderdeel 2 sub 12 wordt geklaagd dat het hof met deze oordelen miskent dat het voor het antwoord op de vraag of een gehouwenheid tot verwijdering bestaat onverschillig is of wordt geageerd door een perceeleigenaar die wordt gehinderd in de uitoefening van zijn eigendomsrecht, of door een partij die ten aanzien van het perceel een exclusief gebruiksrecht heeft en wordt gehinderd in de uitoefening van dat recht. Ook de (exclusief) gebruiksgerechtigde kan verwijdering vorderen op de grond dat inbreuk wordt gemaakt op het eigendomsrecht althans haar (exclusieve) gebruiksrecht met betrekking tot het voorwerp van dat eigendomsrecht, dan wel op grond van de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid.

Voor het geval dat het hof van een juiste rechtsopvatting zou zijn uitgegaan, klaagt onderdeel 2 sub 13 dat 's hofs oordeel onbegrijpelijk is, omdat zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet valt in te zien waarom het feit dat [eiseres] niet ageert op grond van een inbreuk op haar eigendomsrecht van belang zou

zijn, nu het hof in rov. 3.2 immers heeft vastgesteld dat [eiseres] een contractuele bevoegdheid tot gebruik van het perceel heeft en [eiseres] uitdrukkelijk die gebruiksbevoegdheid aan haar vordering tot verwijdering ten grondslag heeft gelegd

2.28 De rechtsklacht slaagt. Zoals hiervoor werd toegelicht, kan een vordering strekkende tot verwijdering van storende zaken ook worden ingesteld door een obligatoir gebruiksgerechtigde. Dit zou anders kunnen zijn indien de hoofdgerechtigde bijvoorbeeld toestemming heeft gegeven of belang heeft bij het ongewijzigd blijven van de toestand of de obligatoire verhouding tussen de eigenaar en de gebruiksgerechtigde er aan in de weg staat dat de laatste bevoegd is om tegen een derde te ageren, maar in het processuele debat zijn geen aanknopingspunten te vinden voor een van deze beletsels.⁴⁴

2.29 In rov. 5.12 sub *b* acht het hof van belang dat een ander belangrijk verschil met de in rov. 5.11 genoemde arresten zou zijn dat de reststoffen aanvankelijk – tot de ontbinding – krachtens overeenkomst op het terrein van [eiseres] lagen. Naar 's hofs oordeel zou het standpunt van [eiseres] impliceren dat de curator die rechtmatig gebruikmaakt van de mogelijkheid om een wederkerige overeenkomst niet gestand te doen, onrechtmatig zou handelen indien hij de gevolgen daarvan niet ongedaan maakt met een boedelschuld tot schadevergoeding als gevolg, hetgeen volgens het hof een onaanvaardbare doorkruising van het in rov. 5.8 geschetste stelsel zou opleveren.

Volgens onderdeel 2 sub 15 ligt in dit oordeel van het hof besloten dat het volgens het hof van belang is of de zaken waarvan verwijdering wordt gevorderd zich aanvankelijk rechtmatig op het perceel bevonden. Aldus heeft het hof miskend dat voldoende moet worden geacht dat de zaken zich zonder recht of titel op het desbetreffende perceel bevinden op het moment waarop de verwijdering wordt gevorderd.

Onderdeel 2 sub 16 klaagt dat het hof bovendien heeft miskend dat de curator die rechtmatig gebruikmaakt van zijn in art. 37 Fw verankerde recht om door de schuldenaar aangegane overeenkomsten niet gestand te doen, alleen de *contractuele* gevolgen daarvan niet ten laste van de boedel ongedaan behoeft te maken. Indien het door de niet-gestanddoening veroorzaakte verlies van het recht op nakoming van de overeenkomst (daarnaast) tot gevolg heeft dat jegens de (na ontbinding: voormalige) contractspartij onrechtmatig is gehandeld, dan dienen de gevolgen *daarvan* wél door de curator ongedaan te worden gemaakt. Van een doorkruising van het stelsel van de Faillissementswet is daarbij geen sprake, aldus de klacht.

2.30 Ook deze klachten zijn terecht voorgesteld. Dat de storende zaken op het perceel zijn beland krachtens de overeenkomsten tussen [eiseres] en Aldel laat onverlet dat die zaken na de beëindiging van die overeenkomsten niet langer (contractueel) gelegitimeerd op het perceel aanwezig waren. Zoals hiervoor uiteengezet, is het instellen van de verwijderingsvordering door [eiseres] jegens de curatoren niet in strijd met de systematiek van art. 37 en 37a Fw. Vgl. in dit verband tevens HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:AU9234, NJ 2007/21 waarin de reeds beëindigde huurovereenkomst niet in de weg stond aan een verwijderingsvordering door de eigenaar.

2.31 In rov. 5.12 sub *c* overweegt het hof dat de curatoren met

42 Vgl. rov. 3.6.1 en 3.7.2 van HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291 m.nt. FMJV.

43 Vgl. A. Steneker en A.J. Tekstra, De boedelschuldenlijst (II), FIP 2015/368 onder K: "Er is overigens geen relatie te leggen tussen categorie 3 en de regeling voor de gestanddoening van art. 37 Fw." Zij duiden met categorie 3 de boedelschulden die het gevolg zijn van handelen door de curator in strijd met een op hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting (zie rov. 3.7.1 van HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291 m.nt. FMJV).

44 De omstandigheid dat de Provincie Limburg in zijn algemeenheid krachtens de overeenkomst met [eiseres] heeft ingestemd met gebruik van het terrein *door [eiseres]* zoals voorheen betekent niet dat zij daarvoor toestemming zou hebben gegeven aan *Aldel en/of curatoren*. Dat zou ook niet voor de hand liggen, gelet op de verplichting van (o.a.) [eiseres] als verkoper van het perceel jegens de Provincie Limburg als koper om het perceel te ontruimen per datum feitelijke levering (art. 3a en 14 van de akte (overgelegd als prod. 1 bij MvG)).

kracht van argumenten – die door [eiseres] niet gemotiveerd zouden zijn weersproken – hebben betoogd dat de *strekking* van de overeenkomsten nooit is geweest dat de reststoffen na de opslag weer aan Aldel zouden worden teruggegeven.

Volgens onderdeel 2 sub 18 berust dit oordeel op een onjuiste rechtsopvatting en/of is het onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd, omdat de desbetreffende overeenkomsten door de curatoren niet gestand zijn gedaan en in aansluiting daarop zijn ontbonden, zodat aan (de vermeende strekking van) die overeenkomsten niet langer betekenis toekomt.

Onderdeel 2 sub 19 berust op de lezing dat 's hofs oordeel zo moet worden begrepen dat partijen hebben beoogd om af te spreken dat ook in geval van een ontbinding wegens een tekortkoming in de nakoming zijdens Aldel de reststoffen niet behoeven te worden teruggenomen, althans dat dit door curatoren is gesteld en door [eiseres] onvoldoende gemotiveerd is weersproken. Geklaagd wordt dat ook dat oordeel zonder nadere motivering onbegrijpelijk is. Daartoe wordt aangevoerd dat er door [eiseres] bij herhaling op is gewezen – hetgeen het hof in rov. 5.4 heeft vastgesteld – dat uitdrukkelijk is overeengekomen dat Aldel tijdens het gehele proces van transport en opslag en – in geval van een opdracht tot verwerking – tot aan het moment van betaling, eigenaar bleef van de reststoffen, en [eiseres] en [A] zolang slechts als houder hadden te gelden. Hiermee is onverenigbaar dat partijen zouden hebben beoogd dat de reststoffen nimmer meer door Aldel zouden moeten worden teruggenomen, omdat zonder een contractuele basis voor het houderschap van [eiseres] en [A] het nalaten de reststoffen te verwijderen immers een voortdurende inbreuk op het eigendomsrecht en/of het exclusieve gebruiksrecht oplevert.

Ten slotte klaagt onderdeel 2 sub 20 dat 's hofs oordeel dat de strekking van de overeenkomsten nooit is geweest dat de reststoffen na de opslag weer aan Aldel zouden worden teruggegeven, ook onbegrijpelijk is omdat uit rov. 5.9, laatste zin en rov. 5.10 blijkt dat het hof van oordeel is dat [eiseres] een vordering tot verwijdering heeft die voortvloeit uit de met Aldel gesloten overeenkomst(en).

2.32 Deze klachten treffen eveneens doel. Dat de strekking van de overeenkomsten nooit is geweest dat de reststoffen na de opslag weer aan Aldel zouden worden teruggegeven, kan worden aangenomen voor het geval de overeenkomsten op een normale wijze zouden zijn uitgevoerd, maar laat zich niet althans niet zonder nadere toelichting begrijpen in het geval de overeenkomsten – zoals in casu – niet (verder) worden uitgevoerd en worden beëindigd, (mede) in het licht van 's hofs vaststelling a) dat Aldel tot aan de betaling eigenaar van de reststoffen zal blijven (rov. 3.5, 3.8 en 5.4) en b) het hof in rov. 5.9-5.10 wel lijkt uit gaat van een (contractuele) verplichting tot het (doen) verwijderen van de reststoffen althans een verplichting tot betaling van de daaraan verbonden kosten.

2.33 Volgens onderdeel 2 sub 21 brengt gegrondbevinding van één of meer van de hiervoor genoemde klachten mee dat 's hofs oordelen in rov. 5.13 evenmin in stand kunnen blijven.

Gelet op het slagen van de voorgaande klachten slaagt deze klacht eveneens.

Onderdeel 3: de vordering tot (terug)betaling

2.34 Onderdeel 3 keert zich tegen (i) de verwerping in rov. 5.14 van het verweer van [eiseres] dat curatoren het bedrag van € 517.083,85 niet hebben voldaan uit hoofde van het vonnis, maar uit hoofde van een nadien tussen [eiseres] en Curatoren gesloten overeenkomst, en (ii) het oordeel dat de vordering van curatoren tot terugbetaling op grond van onverschuldigde betaling van het bedrag ad € 517.083,85 dat zij ter uitvoering van het kort geding vonnis aan [eiseres] hebben voldaan toewijsbaar is.

Geklaagd wordt dat hof door aldus te oordelen heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en/of een onbegrijpelijk oordeel heeft gegeven. Daartoe wordt aangevoerd dat het dictum van het vonnis in eerste aanleg geen andere uitleg toelaat dan dat de curatoren waren veroordeeld tot verwijdering van de reststoffen, zodat de ingevolge het vonnis door curatoren te verrichten prestatie dan ook niet bestond in de betaling van genoemd bedrag van € 517.083,85, maar in de verwijdering van de reststoffen. Volgens [eiseres] kan aan de vordering tot vernietiging van het bestreden vonnis dan ook niet een vordering tot (terug)betaling van € 517.083,85 worden verbonden. Het hof heeft miskend dat een dergelijke vordering moet worden beschouwd als een vordering tot schadevergoeding, die niet tegelijk met de vordering tot vernietiging van het in eerste aanleg gewezen vonnis aan de orde kan worden gesteld.

2.35 Dit onderdeel behoeft geen behandeling. Het bestreden oordeel over de eventuele vordering uit onverschuldigde betaling bouwt voort op het door onderdeel 2 bestreden oordeel. Aangezien onderdeel 2 doel treft, zal het hof waarnaar de zaak wordt verwezen ook de in onderdeel 3 aan de orde gestelde vraag zonodig opnieuw dienen te beoordelen.^{45, 46}

3 Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instanties

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

- het vonnis in de zaak C/18/148659/KG ZA 14-163 van de rechtbank Noord-Nederland van 1 juli 2014;
- het arrest in de zaak 200.155.478 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 14 juli 2015.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft [eiseres] beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De curatoren hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal E.B. Rank-Berenschot strekt tot vernietiging en verwijzing.

De advocaat van de curatoren heeft bij brief van 9 december 2016 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [eiseres] exploiteert een terrein dat dienst doet als opslaglocatie voor afvalstoffen (hierna: het terrein).

Op het terrein lag ten tijde van de behandeling van dit kort geding in eerste aanleg 3.328,58 ton ovenpuin en 1.013,08 ton kathodekool (hierna: de reststoffen) opgeslagen, welke reststoffen afkomstig waren van Aluminium Delfzijl B.V. (hierna: Aldel).

45 HR 23 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3531, NJ 2007/176, rov. 5; Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2012/257.

46 Zie omtrent de vordering tot ongedaanmaking als sequel van de vordering tot vernietiging van het vonnis o.m. Snijders/Wendels, Civiel appel (2009), nr. 136 met verdere verwijzingen alsmede GS Rv (Tjong Tin Tai), art. 136, aant. 8.

Het terrein is eigendom van de provincie Limburg. [eiseres] is contractueel bevoegd tot gebruik van dit terrein om niet.

(ii) In verband met de opslag van de reststoffen heeft Aldel op 22 mei 2013 een overeenkomst gesloten met [A] B.V. (hierna: [A]).

Aldel diende daarvoor de in de overeenkomst bepaalde bedragen aan [A] te voldoen. In de overeenkomst is bepaald dat Aldel eigenares bleef van de reststoffen.

(iii) Op 12 mei 2011 heeft [eiseres] een overeenkomst gesloten met Aldel voor de opslag van kathodekool. Ook in deze overeenkomst is bepaald dat Aldel ter zake van die opslag vergoedingen verschuldigd was aan [eiseres]. Verder is onder meer bepaald dat Aldel eigenares bleef van de reststoffen.

(iv) Op 30 december 2013 is Aldel failliet verklaard, met benoeming van de curatoren als zodanig.

(v) De curatoren hebben [A] en [eiseres] kenbaar gemaakt dat zij de overeenkomsten op grond waarvan de reststoffen zijn opgeslagen, niet langer gestand doen. [A] en [eiseres] hebben de overeenkomsten vervolgens gedeeltelijk ontbonden.

(vi) De curatoren hebben geen gehoor gegeven aan de sommatie om de reststoffen, die een negatieve waarde vertegenwoordigen, van het terrein te verwijderen.

3.2.1 In dit kort geding hebben [eiseres] en [A] gevorderd de curatoren te veroordelen de reststoffen van het terrein van [eiseres] te (doen) verwijderen, op straffe van een dwangsom.

Zij hebben deze vordering erop gebaseerd dat Aldel inbreuk maakt op het eigendomsrecht van [eiseres] op het terrein, en voorts op de stelling dat de curatoren in hun hoedanigheid onrechtmatig handelen door de reststoffen niet van het terrein te verwijderen. De curatoren hebben met name als verweer gevoerd dat de vordering van [eiseres] een concurrente vordering is, die ter verificatie kan worden ingediend in het faillissement. Van een boedelvordering is volgens de curatoren geen sprake.

3.2.2 De voorzieningenrechter heeft de vordering van [A] bij gebrek aan voldoende onderbouwd (spoedeisend) belang afgewezen. Hij wees de vordering van [eiseres] echter toe.

Hij overwoog daartoe, zeer verkort weergegeven, dat door de aanwezigheid van de reststoffen op het terrein, onrechtmatig inbreuk wordt gemaakt op het eigendomsrecht van [eiseres].

3.2.3 Vervolgens hebben de curatoren, onder protest van hun gehouwenheid daartoe, uit de boedel aan [eiseres] een bedrag van € 517.083,85 voldaan om laatstgenoemde in staat te stellen de reststoffen van het terrein te (doen) verwijderen en te (laten) verwerken.

3.2.4 De curatoren zijn voorts van het vonnis van de voorzieningenrechter in hoger beroep gegaan. Zij hebben gevorderd dat de vorderingen van [eiseres] alsnog worden afgewezen, en dat VPK wordt veroordeeld tot terugbetaling aan de curatoren van het hiervoor in 3.2.3 bedoelde bedrag van € 517.083,85 met rente en kosten.

3.2.5 Het hof heeft het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd en de vordering van [eiseres] alsnog afgewezen.

werd tevens veroordeeld tot terugbetaling aan de curatoren van € 517.083,85, met rente en kosten. Daartoe heeft het hof het volgende overwogen. Tot uitgangspunt is genomen dat de reststoffen die zich ten tijde van de behandeling in eerste aanleg bevonden op het terrein, deel uitmaakten van de boedel van Aldel (rov. 5.3-5.4). De grief die is gericht tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat de vordering van [eiseres] is gebaseerd op (een inbreuk op) haar eigendomsrecht, treft doel, reeds omdat tussen partijen niet in geschil is dat [eiseres] geen eigenaar (meer) was van het terrein ten tijde van het instellen van de vordering (rov. 5.5). [eiseres] heeft in hoger beroep aangevoerd dat de reststoffen zonder recht of titel – derhalve onrechtmatig – waren opgeslagen, en dat de curatoren verplicht

waren om aan deze onrechtmatige toestand een einde te maken door de reststoffen van het terrein te verwijderen. Zij vordert dus geen nakoming van een verbintenis uit een (ontbonden) overeenkomst, maar van een objectieve rechtsplicht. (rov. 5.7) Dit betoog faalt. Het betreft hier wederkerige (duur)overeenkomsten ter zake van de opslag en verwerking van reststoffen. Als de curator een zodanige overeenkomst na faillietverklaring niet gestand doet, levert dat in het faillissement een concurrente vordering op die, indien het geen geldvordering betreft, overeenkomstig art. 133 Fw voor de geschatte waarde kan worden ingediend. Dit is in overeenstemming met het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers dat aan de Faillissementswet ten grondslag ligt. (rov. 5.8) In het onderhavige geval resteert dus voor [eiseres]/[A] wegens het tekortschieten van de curatoren in de nakoming van de overeenkomst(en) een concurrente vordering. De vordering tot het (doen) verwijderen van de reststoffen strookt niet met deze systematiek, omdat zij tot gevolg heeft dat de aan de verwijdering verbonden kosten door de boedel zouden moeten worden gedragen, hetgeen de curatoren nu juist hebben willen voorkomen. Daarom hebben zij gebruik gemaakt van de mogelijkheid van art. 37 Fw om de overeenkomst(en) niet gestand te doen. Zij strookt bovendien niet met het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers. (rov. 5.9)

Dat daarnaast ook sprake is van een onrechtmatig handelen door de curatoren, kan het hof niet inzien (rov. 5.10).

Het beroep van [eiseres] op de arresten HR 7 mei 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4377, NJ 1983/478 (Trechsel/Lameris) en HR 4 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB8922, NJ 1989/854 (Schols-Pelzers/Heijnen) faalt (rov. 5.11). Het hof motiveerde dit laatstgenoemde oordeel als volgt:

“5.12 Het hof kan [eiseres] in die opvatting niet volgen, op grond van het volgende:

a. In rov. 5.4 is vastgesteld dat [eiseres] geen eigenaar is van het terrein waarop de reststoffen lagen opgeslagen, en dat [eiseres] niet ‘ageert op grond van (een inbreuk op) haar eigendomsrecht’. Dat is een belangrijk verschil met de gevallen die aan de orde waren in de in rov. 5.11 genoemde arresten.

b. Het standpunt van [eiseres] ziet er bovendien aan voorbij dat tot aan het faillissement en de daarop volgende ontbinding de reststoffen van Aldel op het terrein van [eiseres] lagen opgeslagen krachtens de beide met [A] gesloten deelopovereenkomsten A en B van 22 mei 2013, en de met [eiseres] gesloten overeenkomst van 12 mei 2011 voor de opslag van kathode[k]ool. Ook dat is een belangrijk verschil met de in rov. 5.11 genoemde arresten waarop [eiseres] haar standpunt doet steunen.

Het standpunt van [eiseres] impliceert dat de curator die rechtmatig gebruik maakt van de mogelijkheid om een wederkerige overeenkomst niet gestand te doen (art. 37 Fw) onrechtmatig handelt indien hij de gevolgen daarvan niet ongedaan maakt met een boedelschuld tot schadevergoeding als gevolg. Aldus zou het in rov. 5.8 geschetste systeem van de Faillissementswet op niet aanvaardbare wijze worden doorkruist.

c. De curatoren hebben met kracht van argumenten – door [eiseres] niet (gemotiveerd) weersproken – betoogd dat de strekking van de overeenkomsten nooit is geweest dat de reststoffen na de opslag weer aan Aldel zouden worden teruggegeven. Weliswaar is, aldus de curatoren, in de overeenkomsten bepaald dat Aldel tot aan de betaling eigenaar van de reststoffen zal blijven, maar evident is dat nooit de bedoeling heeft voorgelaten dat deze reststoffen op enig moment door Aldel weer zouden (moeten) worden teruggenomen (...). Daarin is een belangrijk verschil gelegen met overeenkomsten van huur, pacht, bruikleen en/of bewaarneming waarbij naar zijn aard de zaak na het einde van de overeenkomst dient te worden teruggegeven. (...)

d. Daarnaast heeft het hof nog het volgende onder ogen gezien. In zijn arrest van 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, rov. 3.8, slot, ([B/C]) overweegt de Hoge Raad:

‘Zoals volgt uit HR 9 juni 2006, LJN AU9234, NJ 2007/21 (rov. 3.5.2), kan de gewezen verhuurder uit hoofde van zijn recht op het gehuurde verlangen dat de curator de tot de boedel behorende zaken uit het gehuurde verwijderd. Deze verplichting rust op de curator in zijn hoedanigheid en is derhalve een boedelschuld.’

In rov. 3.5.2 uit HR 9 juni 2006, [ECLI:NL:HR:2006:AU9234], NJ 2007/21 werd, voor zover van belang overwogen:

‘(...) (Eiser) kon derhalve jegens de curator geen beroep doen op bepalingen van de al voor de faillietverklaring van (A) geëindigde, door hem zelf opgezegde, huurovereenkomst. Hij kon wel als eigenaar van de bedrijfspanden van de curator verlangen dat deze de tot de boedel behorende zaken daaruit zou verwijderen. (...)’

Naar 's hofs oordeel moet daaruit worden afgeleid dat slechts de (gewezen) verhuurder die eigenaar is van het gehuurde kan verlangen dat de curator de tot de boedel behorende zaken uit het gehuurde verwijderd, welke verplichting een boedelschuld is. Niet alleen is de positie van [eiseres] – zo volgt uit (c) – niet gelijk te stellen met die van een verhuurder, verpachter of bruikleengever, maar bovendien is [eiseres] geen eigenaar van het terrein waarop de reststoffen opgeslagen lagen zodat zij ook om die reden niet van de curatoren kan verlangen dat zij overgaan tot verwijdering van haar terrein van de tot de boedel behorende reststoffen.

5.13 De slotsom moet derhalve zijn dat op de curatoren niet een verplichting rust de reststoffen van het terrein van [eiseres] te (doen) verwijderen, althans de daaraan verbonden kosten als boedelschuld te dragen. (...)’

3.3 De onderdelen 1 en 2 betogen met diverse klachten in de kern dat op de curatoren in hun hoedanigheid wel degelijk de verplichting rustte de reststoffen van het terrein van [eiseres] te (doen) verwijderen. Volgens de onderdelen heeft het hof ten onrechte overwogen dat [eiseres] haar vordering tot verwijdering daarvan (slechts) als concurrente vordering in het faillissement van Aldel kan indienen.

Bij de beoordeling van deze klachten wordt het volgende vooropgesteld.

3.4.1 In zijn arrest van 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291 ([B/C]) heeft de Hoge Raad onder meer geoordeeld dat het faillissement op zichzelf geen wijziging brengt in de verbintenissen die voortvloeien uit een overeenkomst. De curator heeft echter, zoals blijkt uit art. 37 lid 1 Fw, de mogelijkheid om overeenkomsten niet gestand te doen en dus de daaruit voortvloeiende verbintenissen niet na te komen (vgl. HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, NJ 2007/155). Die verbintenissen leveren in het faillissement een concurrente vordering op die, indien het geen geldvordering betreft, overeenkomstig art. 133 Fw voor de geschatte waarde kan worden ingediend. Indien de curator de overeenkomst niet gestand doet, kan de wederpartij deze ook ontbinden, na de weg van art. 37 lid 1 Fw te hebben gevolgd, en heeft zij daarnaast wegens het tekortschieten in de nakoming van de overeenkomst een concurrente vordering op grond van art. 37a Fw. Hierop is om redenen van billijkheid slechts een uitzondering gemaakt in de art. 39 en 40 Fw. Dit stelsel strookt met hetgeen volgt uit de Faillissementswet met betrekking tot boedelschulden. Op grond van die wet zijn boedelschulden slechts die schulden die een onmiddellijke aanspraak geven jegens de faillissementsboedel hetzij ingevolge de wet, hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, hetzij omdat zij een gevolg zijn van een

handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting.

3.4.2 In rov. 3.8 (slot) van het arrest [B/C] heeft de Hoge Raad voorts geoordeeld dat het vorenstaande niet betekent dat in een geval als aan de orde was in HR 18 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AN8170, NJ 2004/617 (Circle Plastics), de ontruimingsverplichting na de beëindiging van de huur geen boedelschuld kan zijn. Zoals volgt uit HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9234, NJ 2007/21 (rov. 3.5.2), kan de gewezen verhuurder uit hoofde van zijn recht op het gehuurde verlangen dat de curator de tot de boedel behorende zaken uit het gehuurde verwijderd. Deze verplichting rust op de curator in zijn hoedanigheid.

3.5 Indien de wederpartij van de failliet, zoals in het onderhavige geval, geen eigenaar is van het gebouw waarin of van het terrein waarop zich na ontbinding van de overeenkomst nog tot de boedel behorende zaken bevinden, maar zij daarvan wel een exclusief gebruiksrecht heeft, ontleent zij aan dat gebruiksrecht in beginsel evenzeer het recht om van de curator verwijdering van die zaken te verlangen. Een exclusief gebruiksrecht omvat immers doorgaans mede de bevoegdheid zich te verzetten tegen een storing in het genot van de zaak waarop het gebruiksrecht betrekking heeft (zie Parl. Gesch. Boek 5, p. 65; vgl. HR 24 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZCo480, NJ 1992/280).

De curator is dan ook gehouden de desbetreffende zaken te verwijderen, tenzij hij stelt en bij tegenspraak bewijst dat de wederpartij daarop uit hoofde van haar rechtsverhouding met de eigenaar van het gebouw of terrein geen aanspraak kan maken.

3.6 De op het voorgaande gerichte klachten van de onderdelen 1 en 2 treffen doel. De overige klachten van deze onderdelen behoeven geen behandeling.

3.7 Onderdeel 3 is gericht tegen de verwerping in rov. 5.14 van het verweer van [eiseres] dat de curatoren het bedrag van € 517.083,85 niet hebben voldaan uit hoofde van het vonnis, maar uit hoofde van een nadien tussen [eiseres] en de curatoren gesloten overeenkomst, en het oordeel dat de vordering van de curatoren tot terugbetaling op grond van onverschuldigde betaling van het bedrag ad € 517.083,85 dat zij ter uitvoering van het kortgedingvonnis aan [eiseres] hebben voldaan toewijsbaar is. Ook dit onderdeel behoeft geen behandeling; het verwijzingshof dient opnieuw over de desbetreffende vordering te oordelen.

4 Beslissing

De Hoge Raad:
vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 14 juli 2015;
verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;
veroordeelt de curatoren in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiseres] begroot op € 6612,02 aan verschotten en € 2600,= voor salaris.

NOOT

1. Bijna vier jaar na het spraakmakende arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* (HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291, m.nt. P. van Schilfgaarde) mocht de Hoge Raad zich onlangs wederom uitlaten over de vraag wie zorg (en dus: kosten) moet dragen voor de correcte oplevering van terreinen of gebouwen die niet aan de gefailleerde toebehoren. In *Koot Beheer/Tideman q.q.* was het de eigenaar (tevens verhuurder) van een bedrijfsruimte die eiste dat de boedel (ex-huurder) de opleverkosten als boedelschuld zou voldoen (zie voor een nadere analyse van dat arrest B. Wessels, *Insolventierecht* Deel VII

(Vereffening van de boedel), Deventer: Kluwer 2013, nr. 7093 e.v., p. 57 e.v.). In de hierboven afgedrukte uitspraak was de eiser niet de eigenaar van de onroerende zaak, maar was de eiser een partij die (op basis van een separate gebruiksovereenkomst met de eigenaar) een opslagbedrijf op het bedrijfsterrein exploiteerde. Deze exploitant eiste dat de failliete boedel diens goederen van het terrein zou afvoeren. De Hoge Raad oordeelt in dit arrest dat een dergelijke partij in beginsel verwijdering van de goederen van de boedel kan verlangen, ook al is die partij zelf geen eigenaar van het terrein of het gebouw waarop of waarin de goederen van de boedel zich bevinden.

2. De relevante feiten zijn de volgende. Vossenberg Kranenpool B.V. (VKP) exploiteert een opslaglocatie voor afvalstoffen op een terrein dat eigendom is van de provincie Limburg. VKP werkt daarbij nauw samen met Vossenberg Secundaire Bouw en Brandstoffen B.V. (VSB). VKP is op grond van een overeenkomst met de provincie exclusief gerechtigd om gebruik te maken van het terrein. Aluminium Delfzijl B.V. (hierna: Aldel) maakt gebruik van de diensten van VSB en VKP voor de opslag van afvalstoffen op het terrein. De afvalstoffen vertegenwoordigen een negatieve waarde. Aldel is met VSB en VKP overeengekomen dat Aldel gedurende het transport en de opslag eigenaar is en blijft van de afvalstoffen. Als Aldel failliet gaat, bevindt zich nog een grote hoeveelheid afvalstoffen op het terrein. De curatoren geven te kennen dat de boedel de overeenkomsten niet gestand zal doen (art. 37 lid 1 Fw). VKP eist, na ontbinding van de overeenkomsten door VSB en VKP, dat de boedel voor verwijdering van de afvalstoffen zorg zal dragen. De curatoren weigeren dit: volgens hen heeft VKP slechts een concurrente (schade)vordering die zij ter verificatie zal moeten indienen (art. 37a Fw). De curatoren beroepen zich onder meer op het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.*

3. De voorzieningenrechter ging in eerste aanleg nog uit van de onjuiste veronderstelling dat VKP eigenaar was van het terrein. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter pleegde de boedel een onrechtmatige inbreuk op het eigendomsrecht van VKP. Met verwijzing naar HR 18 juni 2014, ECLI:NL:PHR:2004:AN8170, NJ 2004/612, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Circle Plastics*) oordeelde de voorzieningenrechter dat de verplichting tot verwijdering van de afvalstoffen in beginsel als een boedelschuld moet worden aangemerkt. Sterker nog: de voorzieningenrechter besliste met verwijzing naar HR 28 september 1990, NJ 1991/305, m.nt. P. van Schilfgaarde (*De Ranitz q.q./De Ontvanger*) en Hof Amsterdam 28 mei 1998, «JOR» 1999/13 (*Stigter/Tanger q.q.*) dat de boedel de verplichting tot verwijdering in beginsel “onmiddellijk en integraal” moest nakomen, ongeacht of er nog andere (preferente) boedelschulden waren. De voorzieningenrechter veroordeelde de curatoren ertoe om de afvalstoffen (op straffe van een dwangsom) binnen drie maanden van het terrein te verwijderen.

4. In hoger beroep kon het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden niet anders dan het vonnis vernietigen. Immers: VKP bleek geen eigenaar van het terrein te zijn, waardoor een belangrijke pijler onder het oordeel van de voorzieningenrechter (het veronderstelde eigendomsrecht van VKP) was weggefallen. Het hof besliste voorts dat de vordering tot verwijdering van de afvalstoffen geen boedelvordering was. Volgens het hof hadden de curatoren – met hun beslissing de overeenkomst met VSB niet gestand te doen – juist beoogd de boedel verwijderingskosten te besparen. Door de vordering van VKP als boedelvordering aan te merken, zou de boedel de kosten alsnog voor haar kiezen krijgen. Dat zou volgens het hof strijdig zijn met de *paritas creditorum* en het systeem van de faillissementswet – waarbij het hof naast *Koot Beheer/Tideman q.q.* ook HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838, NJ 2007/155, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Nebula*) aanhaalde. Het hof kwam aldus tot de slotsom dat de

vordering tot verwijdering van de goederen alsnog moest worden afgewezen.

5. VKP had zich in hoger beroep nog tevergeefs beroepen op de zogeheten verwijderingsleer. Die leer – ontwikkeld in de arresten HR 7 mei 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4377, NJ 1983/478, m.nt. C.J.H. Brunner (*Trechsel/Laméris*) en HR 4 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB8922, NJ 1989/854, m.nt. C.J.H. Brunner (*Schols-Pelzers/Heijnen*) – houdt kort gezegd in dat het onrechtmatig is om ‘storende goederen’ op een perceel van een ander terecht te laten komen of achter te laten (zie J.K. Six-Hummel, *Groene Serie Huurrecht*, Deventer: Kluwer 2012, aant. 28 bij art. 7:224 BW). Volgens VKP kon ook zij – als exclusief gebruiksgerechtigde op het terrein – zich jegens de boedel op deze verwijderingsleer beroepen. Het hof wees deze redenering af, waarbij het hof gewicht toekende aan het feit dat VKP geen eigenaar was van het terrein. Volgens het hof mocht uit de arresten *Koot Beheer/Tideman q.q.* en HR 9 juni 2005, ECLI:NL:HR:2006:AU9234, NJ 2007/21, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Smit/Van Hees q.q.*) slechts worden afgeleid dat de (ex-)verhuurder die eigenaar is van het gehuurde kan verlangen dat de curator de achtergebleven goederen verwijderd. VKP was volgens het hof niet gelijk te stellen aan een eigenaar. Het hof wees er tevens op dat de strekking van de overeenkomsten tussen Aldel, VSB en VKP niet was geweest dat de afvalstoffen ooit nog door Aldel zouden moeten worden teruggenomen.

6. In cassatie concludeert procureur-generaal Rank-Berenschot tot vernietiging van het arrest van het hof. Zij beargumenteert, onder verwijzing naar de nodige literatuur op dit gebied, dat VKP wél een beroep kan doen op de verwijderingsleer, ook al is VKP niet zelf eigenaar van het terrein. De door het hof aangehaalde strekking van de overeenkomsten tussen Aldel, VSB en VKP doet daar niets aan af. Rank-Berenschot neemt het volgende tot uitgangspunt: “ook de obligatoir gebruiksgerechtigde [geniet] in beginsel bescherming (...) tegen een storing in het genot van de zaak door een derde”. Deze bescherming is vrijwel absoluut: de bodemrechter zal een door de gebruiksgerechtigde ingestelde verwijderingsvordering “in beginsel zonder meer” moeten toewijzen (randnr. 2.12 conclusie P-G). Dat geldt volgens haar ook voor een dergelijke vordering jegens een curator in zijn hoedanigheid: ook hij moet zich houden aan de normen die in het maatschappelijk verkeer voor de schuldenaar zijn gesteld (randnr. 2.16 conclusie P-G). Als de boedel voor de gebruiksgerechtigde een storing in het genot van de zaak veroorzaakt, ontstaat volgens de analyse van Rank-Berenschot een boedelschuld op grond van art. 6:162 BW. Dit is volgens haar niet – zoals het hof had overwogen – in strijd met de systematiek van de faillissementswet of de arresten *Smit/Van Hees q.q.* en *Koot Beheer/Tideman q.q.*, want in die laatstgenoemde arresten was de mogelijkheid opengelaten dat er in sommige gevallen een boedelschuld zou ontstaan. De enige geldelijke limiet die de P-G aan de naleving van dit type ‘objectieve rechtsplichten’ stelt, is de omvang van het boedelactief (randnr. 2.18 conclusie P-G). Slechts wanneer de kosten van deze naleving (hier: de kosten van verwijdering van de afvalstoffen) het vermogen van de boedel overstijgen, kunnen de kosten (deels) voor rekening van de gebruiksgerechtigde blijven.

7. De Hoge Raad geeft in dit beknopte arrest een samenvatting van de stand van zaken na de arresten *Koot Beheer/Tideman q.q.*, *Nebula*, *Circle Plastics* en *Smit/Van Hees q.q.* (r.o. 3.4.1 en 3.4.2). Het faillissement brengt op zichzelf geen wijziging in de verbintenissen die voortvloeien uit een overeenkomst. De curator kan ervoor kiezen om overeenkomsten niet gestand te doen. Uit die beslissing kunnen verbintenissen voortvloeien die een concurrente vordering in het faillissement opleveren. Die

vordering kan (waar nodig: voor de *geschatte* geldelijke waarde op grond van art. 133 Fw) ter verificatie worden ingediend.

8. In lijn met *Koot Beheer/Tideman q.q.* zijn boedelschulden slechts die schulden die een onmiddellijke aanspraak geven jegens de boedel hetzij (i) ingevolge de wet, hetzij (ii) omdat de curator die in zijn hoedanigheid is aangegaan, hetzij (iii) omdat zij een gevolg zijn van een handelen van een curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting (zie ook M. Pannevis en N.J. Polak, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 346 e.v.). Een verplichting om zaken van de boedel te verwijderen kan onder die laatste categorie vallen. Ook een partij die zelf geen eigenaar is van de onroerende zaak waarin of waarop zich goederen van de gefailleerde bevinden kan – als die partij een exclusief gebruiksrecht heeft – van de curator eisen dat de boedel de zaken verwijdert, tenzij de curator stelt en bij tegenspraak bewijst dat die partij uit hoofde van haar rechtsverhouding met de eigenaar van de onroerende zaak geen aanspraak kan maken op een dergelijke verwijdering. De Hoge Raad vernietigt om deze redenen het arrest van het hof en verwijst de zaak naar 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling.

9. De 'gewone' concurrente en preferente schuldeisers in faillissement, waaronder ook vaak verhuurders, Belastingdienst en UWV, zullen niet blij zijn met deze uitspraak. De verwijdering van afvalstoffen kan een kostbare aangelegenheid zijn voor de boedel. De (niet-boedel)schuldeisers zullen moeten accepteren dat de boedel 'leegloopt' zonder dat zij daartegen iets kunnen doen. Voor een belangenafweging lijkt, als we dit arrest van de Hoge Raad lezen, geen enkele ruimte. Het is bovendien niet uitgesloten dat een curator die over voldoende boedelactief beschikt en desondanks te lang wacht met ontruimen persoonlijke aansprakelijkheid boven het hoofd hangt (zie Rb. Middelburg 31 juli 2002, ECLI:NL:RBMID:2002:AF0579, NJ 2003/13).

10. In de praktijk komen regelmatig onderverhuurconstructies voor, waarvoor dit arrest van belang kan zijn. Als de onderhuurder failliet, wenst de hoofdhuurder vanzelfsprekend dat het gehuurde na een opzegging of niet-gestanddoening door de curator zo snel mogelijk (en voor de hoofdhuurder zo goedkoop mogelijk) wordt leeggemaakt. De hoofdhuurder zal in een dergelijk geval, onzes inziens, kunnen betogen dat de curator in zijn hoedanigheid verplicht is tot verwijdering van de zaken die toebehoren aan de boedel. Ook de hoofdhuurder heeft – na beëindiging van de onderhuurovereenkomst – immers doorgaans een exclusief gebruiksrecht waarop de curator in beginsel geen inbreuk mag maken. Dit exclusieve gebruiksrecht krijgt in een faillissementssituatie van de onderhuurder, zo valt uit dit arrest af te leiden, in beginsel een zelfde soort bescherming tegen onrechtmatige inbreuk als een eigendomsrecht. Zie voor een behandeling van het omgekeerde geval – waarin niet de onderhuurder maar de hoofdhuurder failliet – I.E. Hofhuis en D.M. van Geel, 'De positie van de onderhuurder in het faillissement van de onderverhuurder', *Tijdschrift voor Huurrecht Bedrijfsruimte*, 2015/6.

11. De Hoge Raad biedt de curator nog wel een strohalm: "*De curator is dan ook gehouden de desbetreffende zaken te verwijderen, tenzij hij stelt en bij tegenspraak bewijst dat de wederpartij daarop uit hoofde van haar rechtsverhouding met de eigenaar van het gebouw of terrein geen aanspraak kan maken*" (r.o. 3.5). De P-G gaf hiervoor de opmaat in haar conclusie door erop te wijzen dat er gevallen kunnen zijn waarin de hoofdgerechtigde tot de onroerende zaak "*toestemming heeft gegeven of belang heeft bij het ongewijzigd blijven van de toestand of de obligatoire verhouding tussen de eigenaar en de gebruiksgerechtigde eraan in de weg staat dat de laatste bevoegd is om tegen een derde te ageren*." (zie randnr. 2.28 conclusie P-G). Uit de rechtsverhouding tussen de wederpartij en

de eigenaar vloeit in dergelijke gevallen voort dat de curator niet onrechtmatig handelt jegens de gebruiksgerechtigde door de zaken achter te laten op het terrein of in het pand van de eigenaar.

12. Het is de vraag hoe ruim deze tenzij-regel moet worden uitgelegd. Neem het voorbeeld dat een hoofdhuurder met de eigenaar van een pand is overeengekomen dat de (financiële) gevolgen van eventuele tekortkomingen door de onderhuurder volledig voor rekening en risico van de eigenaar zullen komen. Vervolgens gaat de onderhuurder failliet en beëindigt de hoofdhuurder op grond van art. 37a Fw de huurovereenkomst. Er blijven afvalstoffen in het pand achter. Een derde partij wil het pand in onderhuur nemen voor een hogere onderhuurprijs dan de gefailleerde betaalde, maar die nieuwe onderhuurder kan het pand pas betrekken als de afvalstoffen zijn afgevoerd. Zou de curator van de onderhuurder in deze situatie kunnen stellen dat de hoofdhuurder, gelet op de vrijwaring door de eigenaar, géén aanspraak kan maken op verwijdering? Hoewel de Hoge Raad deze hypothetische situatie in dit arrest niet behandelt, menen wij dat de hoofdhuurder in dit voorbeeld wel degelijk het recht heeft om verwijdering te vorderen. De hoofdhuurder heeft er immers (financieel) belang bij om met de nieuwe onderhuurder te kunnen contracteren. Door de zaken van de boedel niet te verwijderen, ontnemt de curator de hoofdhuurder in feite deze mogelijkheid, hetgeen als een onrechtmatige inbreuk op het gebruiksrecht van de hoofdhuurder uit te leggen is. Het valt nog te bezien of en wanneer de Hoge Raad de gelegenheid krijgt om de tenzij-regel nader uit te leggen. Tot dat moment zullen eigenaren en hoofdhuurders er in de praktijk verstandig aan doen *gezamenlijk* van de curator te eisen dat de zaken van de boedel worden verwijderd.

13. Nu de verplichting rust op de curator in zijn hoedanigheid zal de boedel wel over voldoende actief moeten beschikken alvorens aan de ontruimingsverplichting te kunnen voldoen. Bij een (nagenoeg) lege boedel heeft de exclusief gebruiksgerechtigde de keuze tussen (i) afwachten met het instellen van de rechtsovername tot ontruiming totdat de boedel over voldoende actief beschikt, of (ii) de kosten voor ontruiming geheel of gedeeltelijk zelf te voldoen en vervolgens bij wijze van schadevergoeding te verhalen op de boedel (art. 25 Fw). Onzes inziens kan de executie van een vonnis waarin de curator een bevel tot verwijdering wordt gegeven worden gestaakt wanneer de boedel om financiële redenen geen gehoor kan geven aan dat bevel. Wanneer de exclusief gebruiksgerechtigde de kosten aanvankelijk zelf voldoet, geeft dit een onmiddellijke aanspraak op de boedel zonder dat daarvoor verificatie nodig is. De onmiddellijke aanspraak betekent echter niet dat de vordering direct door de boedel zal worden betaald. Boedelschulden hoeven pas te worden voldaan zodra duidelijk is of en in welke mate de boedel – na aftrek van het curatorsalaris – daarvoor de middelen heeft (vgl. Rb. Rotterdam 11 oktober 1985, NJ 1987/186; Vzr. Rb. Breda 21 maart 2008, nr. 186285/KGZA08-106).

14. Deze benadering gaat op in de gevallen dat de te ontruimen zaken een negatieve waarde vertegenwoordigen voor de boedel, zoals doorgaans bij afvalstoffen, en de boedel (nagenoeg) leeg is. De verplichting tot verwijdering van afvalstoffen verschilt in die zin van de vordering tot revindicatie van eigendom, de uitoefening van het recht van reclame of de ontruiming van een bedrijfsruimte met waardevolle (leidende tot een positieve boedel) maar lastig te verwijderen zaken. In een dergelijk geval zal de curator bij de voorzieningenrechter moeten pleiten voor enig respijt om de op te ruimen zaken te gelde te kunnen maken. In *Aldel/VKP* gunde de Voorzieningenrechter de curatoren drie maanden de tijd voor de verwijdering van de afvalstoffen. In de zaak *Interieur Projecten VIP* uit 2010 vond het Hof

's-Hertogenbosch een termijn van twee maanden voor de oplevering van een bedrijfsruimte niet onrechtmatig (Hof 's-Hertogenbosch 30 november 2010, ECLI:NL:SGHE:2010:BO6499, RI 2011/24, r.o. 4.4.7). Een standaard ontruimingstermijn voor de curator is echter in de rechtspraak (nog) niet ontwikkeld. Welke termijn redelijk is, zal steeds afhangen van de omstandigheden van het geval.

G.J. de Bock en R.A.G. de Vaan
TeekensKarstens advocaten notarissen

79
Hoge Raad 31 maart 2017, nr. 16/02091 ECLI:NL:HR:2017:567 ECLI:NL:PHR:2017:78 (mr. Bakels, mr. Heisterkamp, mr. Tanja-van den Broek, mr. Du Perron, mr. Kroeze) (concl. A-G mr. Wissink) Noot A.N.A. Buyserd
Contractenrecht. Verkoop van huis onder financieringsvoorbehoud. Beroep op financieringsvoorbehoud. Recht op courtage.
Het recht van de verkoopmakelaar op courtage komt niet te vervallen op de enkele grond dat zijn cliënt het beroep van koper op de ontbindende voorwaarde heeft aanvaard.
[BW art. 7:401]

536

Het recht van [eiser] als verkoopmakelaar op courtage komt niet te vervallen op de enkele grond dat zijn cliënt, [verweerster], het beroep van koper op de ontbindende voorwaarde heeft aanvaard.

Indien dit beroep van koper op kennelijk ontoereikende gronden is gebaseerd, kan de omstandigheid dat [verweerster] dit beroep heeft aanvaard, geen afbreuk doen aan het recht van [eiser] op de voor zijn diensten overeengekomen courtage. In dit licht getuigt van een onjuiste rechtsopvatting het oordeel van het hof dat het niet kan treden in de rechtsverhouding tussen [verweerster] en koper, en dat het ten aanzien van die rechtsverhouding zeker niet kan uitgaan van een andere, volledig aan de standpunten van partijen bij de rechtsverhouding tegenstrijdige, juridische vaststelling met betrekking tot het bestaan van de koopovereenkomst. Voorts is de omstandigheid dat koper in deze procedure geen partij is, in dit verband niet ter zake dienend. Diens rechten of belangen zijn immers niet betrokken bij het antwoord op de vraag of [eiser] tegenover zijn opdrachtgever [verweerster] recht heeft op voldoening van courtage. Ook in zoverre berust het oordeel van het hof dus op een onjuiste rechtsopvatting.

De klachten tegen het bestreden arrest zijn dus gegrond. Zij kunnen echter niet tot cassatie leiden in verband met het volgende.

[eiser], handelend onder de naam van [A],
wonende te [woonplaats],
eiser tot cassatie,
advocaat: mr. J.H.M. van Swaaij,
tegen
[verweerster],
wonende te [woonplaats], Italië,
verweerster in cassatie,
advocaat: mr. H.J.W. Alt.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiser] en [verweerster].

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

1 Feiten en procesverloop

1.1 Deze zaak betreft de aanspraak van een makelaar op betaling van courtage na bemiddeling bij een koopovereenkomst welke uiteindelijk geen doorgang heeft gevonden. De makelaar bestrijdt dat de verkoper kon aanvaarden dat de koper terecht een beroep deed op het financieringsvoorbehoud.

1.2 Het hof gaat uit van de volgende feiten:¹

(i) Tussen verweerster (hierna [verweerster]) en eiser (hierna [eiser]) is een overeenkomst tot stand gekomen waarbij [eiser] als makelaar zou bemiddelen bij de verkoop van de woning van [verweerster] aan de [a-straat 1] te Noordwijk ZH (hierna: de woning).

(ii) In de schriftelijke opdrachtbevestiging van 2 mei 2011 staat onder meer:

“(…) Wij zijn overeengekomen dat er een courtage berekend gaat worden van 1,25%. Dit is exclusief btw en advertentie-/verkoopkosten. (...) Het object zal in collegiale samenwerking met Makelaarsland worden aangeboden op Funda. De daaraan verbonden kosten van courtage zal van mijn courtage in mindering worden gebracht”

(iii) Op 16 september 2011 is de woning door bemiddeling van [eiser] verkocht aan [betrokkene 1], handelend onder de naam David Vastgoed (hierna: koper), voor een koopprijs van € 812.500,= (hierna: de koopovereenkomst).

(iv) In de koopovereenkomst is in artikel 13 onder het kopje ‘Ontbindende voorwaarden’ het volgende (hierna: de ontbindende voorwaarde) opgenomen:

“1. Deze overeenkomst zal, mits met inachtneming van het navolgende, ontbonden (kunnen) worden zonder vergoeding en/of compensatie van schade of kosten één der partijen in elk van de volgende gevallen:

(…)

b. als koper niet vóór 7 oktober 2011 een toezegging heeft verkregen voor het aangaan van één of meer geldleningen ter financiering van het bij deze gekochte tot een totale hoofdsom van ten minste € 812.500,= plus k.k. (...) zulks tegen de normaal geldende voorwaarden en tarieven van de Nederlandse geldverstrekende instellingen. Indien de koper op grond van dit artikel de ontbinding inroept, moet er minimaal van twee verschillende erkende geldverstrekende instellingen een afwijzingsverklaring worden overhandigd aan verkoper of diens makelaar, en – indien van toepassing – Nationale Hypotheek Garantie ter van de overeenkomst(en) tot voormelde geldlening (en) niet voor voormelde datum is verleend.

2. Koper zal ter verkrijging van de financiering, al het hem mogelijke verrichten en kan op deze ontbindende voorwaarde alleen een beroep doen door aan verkoper tenminste twee schriftelijke afwijzingen te overleggen. (...)

3. Op vervulling van een in lid 1 gemelde voorwaarde kan slechts koper zich beroepen. Dit beroep moet geschieden door middel van een schriftelijke mededeling (aangetekend dan wel per fax met ontvangstbevestiging) aan de in deze akte genoemde notaris of aan de desbetreffende makelaar. Deze mededeling dient uiterlijk op de dag na de voor de desbetreffende voorwaarde in lid 1 genoemde datum in het bezit te zijn van de notaris en onderbouwd te zijn met bewijsmaterialen.”

(v) Bij e-mail van 7 oktober 2011 heeft koper aan [betrokkene 2]

¹ Gerechtshof Den Haag 12 januari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:24, NJF 2016/102.