

[JOR2013/192 Bevoegdheid curator ex art. 92 en 93a Fw strekt zich niet uit tot administratie die via cloud computing is opgeslagen op externe servers, Verwijzing naar Hof 's-Hertogenbosch 2 november 2010, «JOR» 2012/54](#)

Wetsbepaling(en): [FW artikel 92](#), [FW artikel 93A](#)

Ook gepubliceerd in: [ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ5770](#), [NJF 2013/242](#), [RI 2013/61](#)



Aflevering 2013 afl. 6
Rubriek Financiering, zekerheden en insolventie
College Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum 26 maart 2013
Rolnummer HD 200.106.778/01
LJN BZ5770
Rechter(s) mr. Fikkers
mr. Antens
mr. Van Harinxma thoe Slooten
Mr. W.J. Berendsen te Veldhoven, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Retera Interieurwerken BV,
appellant,
Partijen advocaat: mr. W.M. de Bruijn,
tegen
Vict Informatici BV te Waalre,
geïntimeerde,
advocaat: mr. R.J.M. van Dalen.
[Noot](#) *mr. W.J.B. van Nielen*
Bevoegdheid curator ex art. 92 en 93a Fw strekt zich niet uit tot administratie
Trefwoorden die via cloud computing is opgeslagen op externe servers, Verwijzing naar Hof 's-Hertogenbosch 2 november 2010, «JOR» 2012/54
Regelgeving Fw - 92
Fw - 93a

JOR 2013/192 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 26-03-2013, HD 200.106.778/01, LJN BZ5770
Bevoegdheid curator ex art. 92 en 93a Fw strekt zich niet uit tot administratie die via

cloud computing is opgeslagen op externe servers, Verwijzing naar Hof 's-Hertogenbosch 2 november 2010, «JOR» 2012/54

»Samenvatting

Op grond van art. 92 Fw dient de curator, teneinde te voorkomen dat de schuldenaar goederen aan de boedel onttrekt of de administratie verandert, onmiddellijk na zijn benoeming – onder meer – de administratie en alle aanwezige informatie daarover veilig te stellen voor zijn latere onderzoek daarvan in het belang van de boedel. Er gaat derhalve een conservatoire werking van deze taak en bevoegdheid uit. Tot de in het artikel genoemde bescheiden en andere gegevensdragers behoren tevens digitale bestanden waarop zich dergelijke informatie bevindt. In (met name) de vierde afdeling van de eerste titel van de Faillissementswet ligt besloten dat de gefailleerde in het belang van zijn schuldeisers gehouden is in persoon aan het beheer en de vereffening van de boedel alle vereiste medewerking te verlenen. Het betreft derhalve een bevoegdheid die in beginsel slechts jegens de failliet kan worden uitgeoefend, ten aanzien van aan de failliet in eigendom toebehorende bescheiden en andere gegevensdragers, welke bevoegdheid de failliet zich moet laten welgevalen. Dat bij arrest van Hof 's-Hertogenbosch 2 november 2010 («JOR» 2012/54 (Schlüter/Prinsen q.q.)) is beslist dat in dat specifieke geval de zakelijke informatie die zich bevond op een laptop die in eigendom toebehoorde aan een bedrijfsjurist in dienst van de failliet, maar die zich bevond op het bedrijf van de failliet, door de curator op grond van laatstgenoemd artikel kon worden veiliggesteld (niet de laptop zelf), doet aan dit uitgangspunt niet af. In het onderhavige geval betreft het echter niet het loutere veiligstellen van gegevens dat naar omstandigheden ook door derden moet worden gedoogd dan wel toegelaten. De curator heeft niet, althans onvoldoende gemotiveerd bestreden dat om te voldoen aan de wens van de curator het noodzakelijk is dat geïntimeerde de server, operating systems en de VOffice-software opnieuw installeert en de databases koppelt, waarna de (server)omgeving draaiend moet worden gehouden. Er zijn derhalve niet onaanzienlijke tijd en moeite verbonden aan de wens van de curator om de zich onder geïntimeerde bevindende informatie leesbaar en geordend aan hem ter beschikking te stellen. Bij de beantwoording van de vraag hoe ver de bevoegdheden reiken die de wetgever aan de curator heeft toegekend teneinde hem in de gelegenheid stellen zijn taak als curator uit te oefenen, past terughoudendheid. Gelet op die gepaste terughoudendheid kunnen ook uit art. 93a Fw geen andere bevoegdheden worden afgeleid dan dat de curator toegang heeft tot elke plaats voor zover dat voor de vervulling van zijn taak noodzakelijk is. Gegeven het feit dat de curator de overeenkomst tussen failliet en geïntimeerde niet gestand heeft willen doen, kan geïntimeerde, gelet op het hiervoor overwogene, niet worden gehouden om de voor haar uit die overeenkomst voortvloeiende werkzaamheden toch voort te zetten. De art. 92 en/of 93a Fw noodzaken geïntimeerde daartoe in ieder geval niet. Niet valt in te zien dat geïntimeerde voor de door de curator verlangde werkzaamheden niet de – commerciële – vergoeding zou mogen verlangen die door geïntimeerde en failliet daarvoor was overeengekomen. De curator heeft geen recht op kosteloze dienstverlening of dienstverlening tegen een zeer geringe vergoeding die niet in verhouding staat met de tussen geïntimeerde en failliet daarvoor overeengekomen prijs. Een belangenafweging kan niet tot een ander oordeel leiden.

»Uitspraak

(...; red.)

4. De beoordeling

4.1. Het gaat in deze zaak om het volgende.

4.1.1. Bij vonnis van de rechtbank 's-Hertogenbosch van 22 september 2011 is Retera Interieurwerken B.V. te Veldhoven (hierna: Retera) in staat van faillissement verklaard met benoeming van de curator als zodanig.

4.1.2. Retera maakte voor haar administratie (onder meer de voorraadadministratie, projectadministratie, e-mailverkeer en overige correspondentie alsmede alle basisgegevens ten behoeve van de (financiële) administratie), gebruik van zogenaamde cloud computing, waarbij de informatie niet wordt opgeslagen op eigen gegevensdragers, maar op zich elders bevindende, externe servers.

4.1.3. Retera had ten behoeve van de cloud computing sinds (in ieder geval) het jaar 2000 met Vict een overeenkomst gesloten. Medewerkers van Retera konden via internet inloggen op software van Vict, VOffice genaamd, die uitsluitend centraal geïnstalleerd is op de server van Vict. Van daaruit bestond toegang tot de administratie van Retera. Retera betaalde aan Vict voor de geleverde diensten een periodieke vergoeding. Met ingang van 1 januari 2010 is daarvoor een bedrag van € 1.473,75 per maand overeengekomen (productie 2 inleidende dagvaarding).

4.1.4. Nadat een betalingsachterstand was ontstaan in de maandelijks overeengekomen vergoeding voor de door Vict geleverde diensten en na het faillissement van Retera heeft Vict haar dienstverlening op 7 oktober 2011 gestaakt. Als gevolg daarvan heeft de curator vanaf die datum geen toegang meer tot de administratie van Retera zoals die is opgeslagen op de externe servers van Vict.

4.1.5. Bij e-mail van 11 oktober 2011 (productie 3 inleidende dagvaarding) schrijft Vict aan de curator:

“(…) Alle databases hebben we bevroren. Nu moeten we server installeren, operating systemen installeren, VOffice software installeren en daarna de databases weer koppelen.

Hierdoor heb je een werkend VOffice systeem met alle databases zoals projecten, voorraad, uren, acties, agenda, uitleen, mail, werknemers, bestanden, bijlage etc etc

We willen dit aanbieden voor eenmalig 3.000,- bij opdracht en 1.000,- euro per maand. (…)”

2.1. De curator vordert, verkort weergegeven, veroordeling van Vict om binnen vijf dagen en op zijn eerste verzoek de curator en/of zijn medewerker onbelemmerde toegang te verschaffen tot de administratie van Retera, en wel:

- a. op zodanig leesbare wijze dat alle rechten en verplichtingen van Retera gekend kunnen worden zoals bedoeld in artikel 2:10 BW;
- b. onder afgifte van zodanige informatie zoals wachtwoord en gebruikersnaam nodig om via cloud computing onbeperkte, ongestoorde en op leesbare wijze toegang te krijgen tot de administratie van Retera, zoals voorheen geboden aan laatstgenoemde;
- c. met verlening op eerste verzoek van alle door de curator noodzakelijk geachte medewerking;
- d. voor de duur van de afwikkeling van het faillissement van Retera, althans voor de duur van een in goede justitie te bepalen termijn;
- e. op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 2.500,- per (gedeelte van een) dag.

De curator vordert voorts Vict te verbieden om voor de uitvoering van het onder a tot en met e gevorderde aan de curator kosten in rekening te brengen (primair), dan wel Vict te verbieden een hogere kostenvergoeding te eisen dan een redelijke vergoeding voor de werkelijke kosten, voldoende gespecificeerd en gemaximeerd op € 17,- althans € 25,- per maand, althans een in goede justitie te bepalen vergoeding, alsmede Vict te gebieden te dulden dat deze kosten voor de duur van het faillissement beschouwd worden als algemene faillissementskosten en Vict te verbieden haar rechten als boedelschuldeiser uit te oefenen tot het faillissement is afgewikkeld, althans voor de duur van een in goede justitie te bepalen termijn (subsidiar).

2.2. De curator heeft ter onderbouwing van zijn vorderingen aangevoerd, kort weergegeven, dat het voor een goede afwikkeling van het faillissement van Retera noodzakelijk is dat hij inzage heeft in de administratie van Retera. Om die administratie geordend en leesbaar te kunnen raadplegen dient de curator in te kunnen loggen op de software van Vict. Nu de curator recht heeft op toegang tot de administratie in het belang van de gezamenlijke schuldeisers en uit hoofde van zijn wettelijke taken, meer in het bijzonder de artikelen 92 en 93a van de Faillissementswet (Fw), heeft de curator er recht en spoedeisend belang bij, zo voert hij aan, dat Vict hem daartoe in de gelegenheid stelt. Voor zover de curator al een onkostenvergoeding aan Vict verschuldigd zou zijn – hetgeen de curator betwist – dan dient die vergoeding reëel te zijn en voldoende te zijn onderbouwd. Het door Vict voor haar diensten gevraagde bedrag voldoet daar niet aan, aldus de curator.

2.2. Vict heeft gemotiveerd verweer gevoerd tegen de vorderingen.

2.3. Bij het bestreden vonnis heeft de voorzieningenrechter de vorderingen afgewezen. De voorzieningenrechter heeft daartoe overwogen, kort weergegeven, dat aan de curator weliswaar op grond van genoemde artikelen van de Faillissementswet vergaande bevoegdheden toekomen ten aanzien van het verkrijgen van toegang tot de administratie van een gefailleerde, waarbij ook de belangen van derden in het geding kunnen komen en die belangen in sommige gevallen moeten wijken voor de belangen van de curator, maar dat die bevoegdheden niet zo ver reiken dat de curator aanspraak kan maken op meer dan de enkele verstrekking van (leesbare) administratieve gegevens. Voor zover er diensten van Vict zijn vereist om die gegevens bruikbaar te maken – in het onderhavige geval betreft het enkele tienduizenden, ongeordende pagina's – zal de curator voor die diensten hebben te betalen, aldus de voorzieningenrechter.

3.1. De grieven hebben de strekking het geding in volle omvang aan het hof ter beoordeling voor te leggen. In dat kader overweegt het hof als volgt.

3.2. Vaststaat dat de enkele op een harddisk of andere gegevensdrager ter beschikking gestelde gegevens betreffende de financiële administratie van Retera, zoals Vict heeft aangeboden, onbruikbaar zijn. Slechts met behulp van de software van Vict, VOffice, kan structuur worden aangebracht in die omvangrijke en gefragmenteerde informatie. Ter vergelijking kan worden gedacht aan alle telefoonboeken van Nederland die door een shredder zijn gegaan; alles staat erop, maar de verbanden zijn weg, aldus Vict in een e-mail aan de curator van 24 oktober 2011 (productie 3 inleidende dagvaarding), door de curator geciteerd in punt 35 van de inleidende dagvaarding. De onbegrijpelijke en onleesbare stroom aan informatie wordt eerst inzichtelijk en bruikbaar indien de door Vict geleverde software en diensten kunnen worden benut.

3.3. De faillietverklaring van Retera heeft in beginsel geen gevolgen gehad voor de tussen Retera en Vict gesloten overeenkomst; de rechten en verplichtingen van de partijen bij die overeenkomst zijn door de faillietverklaring op zichzelf niet gewijzigd.

Ervan uitgaande dat op het moment van de faillietverklaring een betalingsachterstand bestond en Vict nog informatie van Retera onder zich had, deed zich de situatie voor als beschreven in artikel 37 Fw. Dit artikel bepaalt dat, indien partijen bij een wederkerige overeenkomst ten tijde van het faillissement van één van hen, hun verplichtingen over en weer nog niet volledig zijn nagekomen, de wederpartij de curator een redelijke termijn kan stellen waarbinnen deze dient te verklaren of hij bereid is de overeenkomst gestand te doen. Het tweede lid van dat artikel bepaalt dat de curator, zo hij zich daartoe bereid verklaart, verplicht is om zekerheid te stellen voor de nakoming van de overeenkomst. Verklaart de curator zich echter niet bereid om de overeenkomst gestand te doen, dan verliest hij krachtens het eerste lid de bevoegdheid om zijnerzijds nakoming te vorderen.

Het stond de curator derhalve in beginsel vrij die overeenkomst gestand te doen, zulks uiteraard tegen betaling van de overeengekomen maandelijkse vergoeding. In dat geval had op de oude voet gebruik gemaakt kunnen blijven worden van de diensten van Vict.

De curator heeft van die mogelijkheid echter geen gebruik willen maken, althans niet na 7 oktober 2011. Hij heeft zich met een beroep op de artikelen 92 en 93a Fw op het standpunt gesteld dat hem die diensten in het belang van de boedel om niet, althans tegen een veel lagere (kosten)vergoeding, ter beschikking gesteld dienden te worden,

3.4. Op grond van artikel 92 Fw dient de curator, teneinde te voorkomen dat de schuldenaar goederen aan de boedel onttrekt of de administratie verandert, onmiddellijk na zijn benoeming – onder meer – de administratie en alle aanwezige informatie daarover veilig te stellen voor zijn latere onderzoek daarvan in het belang van de boedel. Er gaat derhalve een conservatoire werking van deze taak en bevoegdheid uit. Tot de in het artikel genoemde bescheiden en andere gegevensdragers behoren tevens digitale bestanden waarop zich dergelijke informatie bevindt.

In (met name) de vierde afdeling van de eerste titel van de Faillissementswet ligt besloten dat de gefailleerde in het belang van zijn schuldeisers gehouden is in persoon aan het beheer en de vereffening van de boedel alle vereiste medewerking te verlenen. Het betreft derhalve een bevoegdheid die in beginsel slechts jegens de failliet kan worden uitgeoefend, ten aanzien

van aan de failliet in eigendom toebehorende bescheiden en andere gegevensdragers, welke bevoegdheid de failliet zich moet laten welgevalen. Dat dit hof bij arrest van 2 november 2010 (JOR 2012, 54) heeft beslist dat in dat specifieke geval de zakelijke informatie die zich bevond op een laptop die in eigendom toebehoorde aan een bedrijfsjurist in dienst van de failliet, maar die zich bevond op het bedrijf van de failliet, door de curator op grond van laatstgenoemd artikel kon worden veiliggesteld (niet de laptop zelf), doet aan dit uitgangspunt niet af.

3.5. In het onderhavige geval betreft het echter niet het loutere veiligstellen van gegevens dat naar omstandigheden ook door derden moet worden gedoogd dan wel toegelaten. De curator heeft niet, althans onvoldoende gemotiveerd bestreden dat om te voldoen aan de wens van de curator het noodzakelijk is dat Vict, zoals zij bij e-mail van 11 oktober 2011 aan de curator heeft medegedeeld (productie 3 bij inleidende dagvaarding), de server, operating systems en de VOffice-software opnieuw installeert en de databases koppelt, waarna de (server)omgeving draaiend moet worden gehouden. Er zijn derhalve niet onaanzienlijke tijd en moeite verbonden aan de wens van de curator om de zich onder Vict bevindende informatie leesbaar en geordend aan hem ter beschikking te stellen.

Het door de curator aangehaalde artikel 2:10 lid 1 BW (punt 45 memorie van grieven), waaruit volgt dat de administratie van een rechtspersoon zodanig moet worden gevoerd en bewaard dat daaruit te allen tijde de rechten en verplichtingen kunnen worden gekend, richt zich tot het bestuur van de desbetreffende rechtspersoon en kan niet tegen Vict worden ingeroepen, nog afgezien van de vraag of daarvan in casu geen sprake zou zijn bij een administratie via cloud computing.

3.6. Bij de beantwoording van de vraag hoe ver de bevoegdheden reiken die de wetgever aan de curator heeft toegekend teneinde hem in de gelegenheid stellen zijn taak als curator uit te oefenen, past terughoudendheid. De door de curator gemaakte vergelijking met de bevoegdheden die ingevolge de artikelen 47 en 48 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen aan de daarin bedoelde inspecteur zijn toegekend, kan hem daarom niet baten.

Gelet op die gepaste terughoudendheid kunnen ook uit artikel 93a Fw geen andere bevoegdheden worden afgeleid dan dat de curator toegang heeft tot elke plaats voor zover dat voor de vervulling van zijn taak noodzakelijk is.

3.7. Gegeven het feit dat de curator de overeenkomst tussen Retera en Vict niet gestand heeft willen doen, kan Vict naar het voorlopig oordeel van het hof, gelet op het hiervoor overwogene, niet worden gehouden om de voor haar uit die overeenkomst voortvloeiende werkzaamheden toch voort te zetten. De artikelen 92 en/of 93a Fw noodzaken Vict daartoe in ieder geval niet. Niet valt in te zien dat Vict voor de door de curator verlangde werkzaamheden niet de – commerciële – vergoeding zou mogen verlangen die door Vict en Retera daarvoor was overeengekomen. Evenals de voorzieningenrechter is het hof voorshands van oordeel dat de curator geen recht heeft op kosteloze dienstverlening of dienstverlening tegen een zeer geringe vergoeding die niet in verhouding staat met de tussen Vict en Retera daarvoor overeengekomen prijs. Een belangenafweging kan niet tot een ander oordeel leiden.

3.8. Gezien het voorgaande falen de grieven en zal het bestreden vonnis worden bekrachtigd. Als de in het ongelijk gestelde partij zal de curator in de proceskosten van het hoger beroep worden veroordeeld.

4. De uitspraak

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt de curator in de proceskosten van het hoger beroep (...; *red.*);

verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

»Annotatie

1. Onderhavig arrest is een vervolg op Rb. 's-Hertogenbosch 20 maart 2012, *RI* 2012/66. In deze zaak heeft failliet haar administratie door middel van zogenaamde “*cloud computing*” extern opgeslagen bij een serviceprovider. Hoe dient de curator ten aanzien van deze digitale administratie te handelen en welke middelen staan hem daartoe ten dienste? Krachtens art. 92 Fw dient de curator “alle nodige en gepaste middelen” in te zetten ter bewaring van de boedel. “Hij neemt onmiddellijk de bescheiden en andere gegevensdragers” onder zich. Tot deze bescheiden en gegevensdragers behoort volgens de Memorie van Toelichting bij de wetswijziging uit 1993 van art. 92 (en 76) Fw tevens de digitale administratie die is opgeslagen op elektronische “datadragers”, welke “zichtbaar [is] gemaakt op een wijze die een vlotte kennisneming van die gegevens mogelijk maakt”. De curator dient derhalve krachtens art. 92 Fw ook de door middel van “cloud computing” opgeslagen digitale administratie veilig te stellen, dat wil zeggen, dadelijk na aanvaarding van zijn benoeming te (doen) bevriezen en onder zich te nemen. Welke “nodige en gepaste middelen” heeft de curator daartoe tot zijn beschikking?

2. De digitale administratie behoort tot de boedel waarover de curator de exclusieve beschikking heeft, zodat de curator ook bevoegd moet worden geacht deze, net als de fysieke administratie, van derden op te vorderen (art. 68 jo. art. 23 Fw). In onderhavige zaak had de serviceprovider ook aangeboden om de digitale administratie op een gegevensdrager te zetten. Hiervan heeft de curator geen gebruikgemaakt omdat hij er kennelijk van uitging dat deze data slechts afdoende leesbaar zouden kunnen worden gemaakt (in de zin van art. 2:10 BW) door gebruikmaking van de software en diensten van de serviceprovider.

3. Uiteindelijk ontstond een situatie waarin de serviceprovider haar dienstverlening vanwege betalingsachterstanden ongeveer twee weken na faillissement staakte en slechts bereid was de curator toegang te verschaffen nadat hiervoor opstartkosten van € 3.000 en een maandelijkse vergoeding van € 1.000 werden betaald. Het hof stelt vast dat niet onaanzienlijke tijd en moeite is verbonden voor de serviceprovider om de bij haar bevindende informatie leesbaar en geordend aan de curator ter beschikking te stellen. De vordering van de curator tot – kort gezegd – onbelemmerde en (nagenoeg kosteloze) leesbare toegang, komt dan neer op een vordering tot kosteloos voortzetten van de dienstverlening door de serviceprovider. Hierop past het hof art. 37 Fw toe. Volgens het hof heeft de curator geen gebruikgemaakt van zijn mogelijkheid de overeenkomst gestand te doen, zodat hij op grond van art. 37 lid 2 Fw geen

recht op nakoming van de dienstverlening kon vorderen. Een belangenafweging kan volgens het hof niet tot een ander oordeel leiden.

4. Hiermee behandelt het hof niet de eigenlijke vraag die voorligt. De eigenlijke vraag die voorligt, is of – buiten art. 37 Fw – voor de serviceprovider onder omstandigheden een verplichting bestaat haar dienstverlening voort te zetten. De Faillissementswet biedt voor een dergelijke plicht – anders dan ingevolge art. 37b Fw geldt voor de energieleveranciers – geen uitdrukkelijke grondslag. Een plicht tot voortzetting van dienstverlening zou echter mogelijk wel onder omstandigheden kunnen worden gebaseerd op de goede trouw c.q. de redelijkheid en billijkheid die een crediteur (hier de serviceprovider) ook jegens zijn medeschuldeisers in het faillissement in acht moet nemen (vgl. HR 8 juli 1987, *NJ* 1988, 104 (*Loeffen q.q./BMH I*)). De Hoge Raad heeft ten aanzien van een energieleverancier overwogen dat het in de omstandigheden van het geval jegens de boedel en/of de gezamenlijke schuldeisers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn dat de energieleverancier zijn diensten beëindigt. Vgl. HR 16 oktober 1998, «JOR» 1999/17, m.nt. SCJJK (*Van der Hel q.q./Edon*). De Hoge Raad achtte het in dat geval echter van het nutsbedrijf niet onaanvaardbaar dat zij haar leveranties, benodigd voor de voortzetting van een onderneming, staakte wegens een onbetaald gebleven schuld van vóór de faillietverklaring.

5. In casu is de vraag of de taak van de curator om in het belang van de gezamenlijke schuldeisers te kunnen beschikken over de digitale administratie zwaarder weegt dan de belangen van de serviceprovider bij betaling van zijn diensten. Dat het belang van de curator om te kunnen beschikken over de administratie soms zwaarder weegt dan bepaalde rechten van derden blijkt uit (i) HR 15 april 1994, *NJ* 1995, 640, m.nt. WMK (*Middendorf/Kouwenberg q.q.*) en (ii) de vergaande middelen die de curator in de Faillissementswet heeft gekregen om over de administratie te beschikken, zoals de bevoegdheid tot het binnentreden van “elke plaats”, waaronder een woning, ex art. 93a Fw en de bevoegdheid om onder bepaalde voorwaarden de digitale bestanden van failliet op een laptop van een derde te (doen) kopiëren (zie hierover de een na laatste alinea).

6. In het geval de curator geen financiële middelen tot zijn beschikking heeft om de prefaillissementsvordering van de serviceprovider te betalen en hij niet op andere wijze van de “cloud omgeving” gebruik kan maken, lijkt het mij dat het onder omstandigheden jegens de gezamenlijke schuldeisers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn dat de serviceprovider zijn diensten niet, althans niet voor een beperkte periode (mogelijk zelfs tegen kostprijs), continueert. Vgl. HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 640 (*Veluwse Nutsbedrijven*) en Voorz.r. Rb. Amsterdam 9 april 2009, *LJN* BJ5559 (*Molhuizen q.q./SaaSplaza*) en T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 328-329, alsmede art. 3.4.2 Voorontwerp Insolventiewet.

7. Denkbaar is ook dat de serviceprovider zijn diensten moet continueren indien de curator niet of onvoldoende zekerheid kan bieden voor het betalen van de postfaillissementsvorderingen van de serviceprovider. Ik verwijs bijvoorbeeld naar de recente uitspraak in Voorz.r. Rb. Den Haag, 23 januari 2013, «JOR» 2013/90, m.nt. Zetteler en Vermaire (*Scheveningsche Pier*). Een andere uitkomst zou met zich brengen dat de curator zijn plichten tot het veiligstellen van en onderzoek doen naar de administratie niet kan vervullen en dat te gemakkelijk misbruik kan worden gemaakt om door middel van “cloud omgeving” de curator de administratie van failliet te onthouden. Bedacht moet worden dat nu al een groot deel van het MKB gebruikmaakt van de “cloud omgeving” en over enkele jaren dat eerder regel dan uitzondering zal zijn. In het kader van het voornemen van de Minister

van Veiligheid en Justitie om de informatiepositie van de curator te versterken, lijkt het mij voor de praktijk wenselijk de bevoegdheden van de curator ten aanzien van extern opgeslagen digitale administratie van failliet duidelijk in de wet op te nemen. Zeker gelet op het toenemend gebruik van de “cloud oplossing”.

8. Het hof maakt nog een terecht onderscheid tussen onderhavige casus waarin de curator continuering van de dienstverlening van de serviceprovider verlangt en de casus die aan de orde was in een eerder door hetzelfde hof gewezen arrest van 2 november 2010 («JOR» 2012/54 (*Schlüter/Prinsen q.q.*)). In dat arrest ging het om de vraag of de curator zich *toegang* kon verschaffen tot een laptop van een derde met zakelijke bestanden van failliet. Het hof overwoog toen dat de bevoegdheid van art. 92 Fw zich in beginsel slechts uitstrekt tot aan de failliet in eigendom toebehorende bescheiden en andere gegevensdragers. Volgens het hof vallen zakelijke bestanden van failliet op de laptop van een derde (de bedrijfsjurist van failliet) ook onder de bevoegdheid van de curator (de laptop van deze derde niet). Het hof besliste dat de curator in beginsel recht had op toegang tot de zich op de harde schijf bevindende zakelijke informatie, maar alleen indien dit geschiedde onder zulke voorwaarden dat daarmee een zo groot mogelijke bescherming van de privébestanden van de derde/eigenaar werden gewaarborgd. Deze privacy zou dan kunnen worden gewaarborgd doordat de curator een forensisch deskundige exclusief en onder geheimhouding de opdracht geeft van deze bestanden een zogenaamde “image” te maken en de curator slechts de bestanden die betrekking hebben op het faillissement te verstrekken. Zie hierover W.J.B. van Nielen, ‘Middelen van de curator bij faillissementsfraude’, *TvI* 2013-2. De uitspraak van het hof van 2 november 2010 komt mij juist voor. Het strookt met de kennelijke bedoeling van de wetgever en het past in het stelsel van de wet (waarin de curator toegang heeft tot elke plaats en met machtiging van de rechter-commissaris zelfs een woning (ook van een derde) mag binnentreden ex art. 93a Fw) om de curator – onder genoemde voorwaarden – ook het recht toe te kennen tot het veiligstellen van data van failliet op gegevensdragers van derden (vgl. Rb. Breda 31 juli 2008, «JOR» 2008/254 (*Janssens q.q./Schlüter*)).

9. Zoals gezegd stond in onderhavig arrest een andere vraag centraal: onder welke omstandigheden bestaat – buiten art. 37 Fw – voor de serviceprovider een verplichting zijn *dienstverlening* voort te zetten tegen een veel lagere, bijna kosteloze, vergoeding? Het hof heeft deze vraag echter niet behandeld. Bij behandeling van deze vraag komt het aan op een afweging tussen de belangen van de serviceprovider en de belangen van de gezamenlijke schuldeisers in het kader van de tussen schuldeisers in acht te nemen redelijkheid en billijkheid. De uitkomst van die afweging zal afhangen van de specifieke omstandigheden van het geval.

mr. W.J.B. van Nielen, advocaat bij Van Diepen van der Kroef