

218

Gerechtshof 's-Gravenhage
11 maart 2014, zaaknr. 200.109.772/01
(mr. Van der Klooster, mr. Verduyn, mr.
Pikkemaat)
Noot mr. W.J.B. van Nielen

**Bevoegdheid curator ex art. 92 Fw. Afgifte
(kopie van) e-mailcorrespondentie failliet.
Mailserver behoort toe aan derde. Verwijzing
naar Vzng. Rb. Breda, 31 juli 2008, «JOR»
2008/254 en Hof 's-Hertogenbosch 2 november
2010, «JOR» 2012/54.**

[Fw art. 92]

De curator is op grond van art. 92 (en 93a) Fw gerechtigd en verplicht de gehele administratie, ook voor zover die zich elders bevindt, onder zich te nemen om deze voor verlies te bewaren en zelf in de gelegenheid te zijn de bedrijfsvoering en de rechten en verplichtingen van de failliet in het kader van de afwikkeling van het faillissement te beoordelen. Onder die administratie dient ook de e-mailcorrespondentie van de failliet begrepen te worden; wanneer e-mailcorrespondentie wordt gevoerd met behulp van de e-mailadressen van een failliet, dient deze in beginsel dan ook tot de administratie van de failliet gerekend te worden. Het feit dat de server, inclusief de mailserver, geen eigendom is van failliet en daardoor goederenrechtelijk niet tot de boedel behoort, staat hier niet aan in de weg. Op grond van art. 92 Fw dient de curator de in dat artikel aangeduide bescheiden in het kader van zijn verplichtingen de stand van de boedel te bewaren en tegen onrechtmatige onttrekkingen te beschermen, onder zich te nemen. Daarnaast ziet art. 92 Fw op het integraal bewaren van de administratie van de failliet, mede op grond waarvan de curator zich een oordeel moet vormen over de stand van de boedel en de wijze waarop de failliet werd bestuurd. Waar het de administratie van de failliet betreft is de curator niet gehouden tegenover de bestuurder van de failliet zijn belang bij afgifte van de administratie af te wegen tegen een mogelijk belang van de bestuurder bij het niet-vrijgeven daarvan. De door de bestuurder ter onderbouwing van zijn stellingen aangehaalde uitspraken (Vzng. Rb. Breda, 31 juli 2008, «JOR» 2008/254 en Hof 's-Hertogenbosch 2 november 2010, «JOR» 2012/54 (Schlüter/Prinsen q.q.)) betreffen een verzoek van een curator om inzage in of

kennisname van een harde schijf waarop zich weliswaar gegevens met betrekking tot de failliet bevonden, maar die toebehoorden aan een derde die werkzaamheden voor de failliet had verricht. Daarmee verschilt die zaak van de onderhavige nu hier sprake is van een door de bestuurder van de failliete vennootschap bij de uitoefening van zijn bestuurstaak gebruikte mailserver waarvan de inhoud, voor zover die betrekking heeft op de failliet, tot de administratie van de vennootschap moet worden gerekend. Doordat de curator op grond van art. 92 Fw de gehele administratie inclusief de e-mailcorrespondentie van de failliet onder zich moet nemen, kan de curator niet reeds voorafgaand aan kennisname van deze gegevens met betrekking daartoe een handelwijze zoals vernietiging van bepaalde gegevens worden opgelegd. Evenmin kan de curator vooraf beperkt worden in de wijze waarop hij ten opzichte van derden met de gegevens die behoren tot de administratie en daarmee betrekking hebben op de bedrijfsvoering van de failliet, omgaat aangezien een dergelijke voorafgaande beperking aan de juiste taakuitoefening van de curator in de weg staat.

A. Langerak te Mijnsheerenland,
appellant in principaal appel,
geïntimeerde in incidenteel appel,
advocaat: mr. J.P.M. Borsboom,
tegen

mr. Ch. Groenewoud te Rotterdam, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Trade Pool International BV,
geïntimeerde in principaal appel,
appellant in incidenteel appel,
advocaat: mr. J.G.M. Roijers.

Het geding
(...; red.)

3. In deze zaak gaat het kort gezegd om het volgende.

Langerak was tot kort voor het faillissement van Trade Pool International B.V. op 8 september 2011 bestuurder van deze vennootschap. Trade Pool International B.V. (hierna ook: Trade Pool) heeft in verband met haar bedrijfsvoering gebruik gemaakt van een mailserver die onderdeel was van een IT-server waarvan ook de andere bedrijven gebruik maakten die in hetzelfde pand gevestigd waren als waarin Trade Pool haar bedrijf uitoefende. Deze server was eigendom van Caterbrands B.V.

– begroot de te liquideren kosten in incidenteel hoger beroep op nihil.

NOOT

1. Failliet, Trade Pool International BV, heeft in verband met haar bedrijfsvoering gebruik gemaakt van een mailserver die onderdeel was van een IT-server, waarvan ook andere bedrijven gebruik maakten die in hetzelfde pand gevestigd waren als waarin Trade Pool haar bedrijf uitoefende. Deze server was eigendom van een derde. De medewerkers van Trade Pool hanteerden e-mailadressen die eindigden op “novem.nl” of “novem.com” respectievelijk “trade-pool.nl”. De curator van Trade Pool beoogt alle correspondentie van en naar deze e-mailadressen ter inzage onder zich te nemen. De bestuurder verzet zich tegen onbeperkte inzage omdat zich tussen deze e-mailcorrespondentie ook privé e-mailverkeer bevindt, waaronder tussen hem en zijn advocaat. Na faillissement hebben de curator en de bestuurder – wachtend op een minnelijke regeling of vonnis – op een harde schijf een kopie van de server gemaakt en deze bij een notaris gedeponneerd. De curator vordert vrijgave van deze harde schijf en onbeperkte en ongeclausuleerde inzage in de bestanden.

2. Van belang is dat het hof ervan uitgaat dat de harde schijf (met een kopie van de IT-server) de curator *alleen* toegang verschaft tot de e-mailcorrespondentie van Trade Pool die met behulp van de daartoe bestemde e-mailadressen vanuit de burelen van TradePool is gevoerd. Hiermee verschilt deze casus van de casus van Hof Den Bosch 2 november 2010, «JOR» 2012/54, waarin het betrof een verzoek van de curator om inzage in de inhoud van een laptop van een werknemer van failliet, waarin zich (mogelijk) ook bestanden en e-mailadressen van derden bevonden. Het hof besliste daarin dat de curator in beginsel recht had op toegang tot de zich op die harde schijf bevindende zakelijke informatie, maar alleen indien dit geschiedde onder zulke voorwaarden dat daarmee een zo groot mogelijke bescherming van de privé-bestanden van de derde/eigenaar werden gewaarborgd. (Zie hierover «JOR» 2013/192, m.nt. Van Nielen).

3. In deze casus valt de beslissing anders uit doordat het hof alle zich op de harde schijf bevindende e-mailcorrespondentie tot de adminis-

tratie van Trade Pool rekent. Het hof redeneert dat wanneer e-mailcorrespondentie wordt gevoerd met behulp van de e-mailadressen van een failliet, deze in beginsel dan ook tot de administratie van de failliet gerekend dient te worden. Aanknopingspunt voor dit oordeel kan gevonden worden in de wetsgeschiedenis van art. 2:10 BW waarin alle in- en uitgaande correspondentie in het kader van de administratie wordt genoemd (*Kamerstukken II 1992-1993*, 23 024, nr. 3 en *Kamerstukken II 1988-1989*, 21 287, nr. 3).

4. Vervolgens overweegt het hof dat, waar het de administratie van de failliet betreft, de curator niet gehouden is tegenover de bestuurder van de failliet zijn belang bij afgifte van de administratie af te wegen tegen een mogelijk belang van de bestuurder bij het niet-vrijgeven daarvan. De curator is immers op grond van art. 92 (en 93a) Fw gerechtigd en verplicht de gehele administratie, ook voor zover die zich elders bevindt, onder zich te nemen. Daaraan kan worden toegevoegd dat de bestuurder verplicht is alle medewerking te verlenen aan het afgeven van de administratie (HR 23 december 1983, *NJ* 1985, 170, m.nt. Alkema en F.B. Bosveldt en A.R. van Oeijen, ‘Cloud Computing in faillissement en surseance’, *TvI* 2013, 39, par. 3.2). In het Voorontwerp “Wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking van de positie van de curator” d.d. 21 februari 2014 wordt een nieuw art. 105a Fw opgenomen op grond waarvan de failliet en de bestuurder alle medewerking aan het beheer en de vereffening van de boedel moeten verlenen, *tenzij dit naar het oordeel van de rechter-commissaris in redelijkheid niet van hem kan worden verlangd*. De MvT bij dit nieuwe art. 105a Fw geeft aan dat er grenzen zijn aan de medewerkingsplicht, waarbij te denken valt aan een onevenredige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer of doorbreking van vertrouwelijke correspondentie tussen cliënt en zijn onafhankelijke advocaat. Zie kritisch over dit voorstel W.J.B. van Nielen & C.M. Derijks ‘De curator als civiele fraudebestrijder’, *TvBS* 2014 (1), p. 28. De vraag is of deze redelijkheidstoets ook betrekking heeft op een afgifteplicht van de bestuurder om de gehele administratie aan te leveren, waaronder alle e-mailcorrespondentie. Indien dat zo is, bemoeilijkt dat wel de taak van de curator ex art. 92 Fw om alle administratie zo snel mogelijk

veilig te stellen en daar direct kennis van te nemen ten behoeve van de afwikkeling van het faillissement.

5. Volgens het hof houdt het inzagerecht van de curator in de administratie ook kennisname van privé-correspondentie in en verbiedt het grondwettelijk recht op eerbiediging van de privé-sfeer kennisneming door de curator van het e-mailverkeer niet. Kennisneming door de curator van privé-correspondentie van en naar derden is volgens het hof nu eenmaal onvermijdelijk in het kader van het in bewaring nemen van de administratie, het beheer en de vereffening van de boedel en het door de curator te verrichten onderzoek. Het is de vraag of dit oordeel van het hof juist is. Voor de beantwoording daarvan is mede van belang dat het e-mailverkeer van failliet waarschijnlijk niet onder het bereik van het grondrecht van art. 13 lid 1 GW (brief-, telefoon-, en telegraafgeheim) valt. Dit is evenwel nog niet een uitgemaakte zaak (zie het proefschrift van J.C. Van Apeldoorn, *Insolventieprocedures en grondrechten*, Boom juridische Uitgevers 2009, p. 46). Dit briefgeheim kent een hoger beschermingsniveau dan het grondwettelijk recht op eerbiediging van de privé-sfeer van art. 10 GW (waarnaar het hof verwijst) onder meer omdat het bij het briefgeheim gaat om communicatie via gesloten enveloppen met het oogmerk dat derden van de inhoud geen kennis nemen. In het kader van dit briefgeheim en postblokkade in faillissement is in het arrest EHRM 20 september 2000, 33274/96, nr. 45 (*Foxley/United Kingdom*) in het kader van toetsing aan art. 8 EVRM uitgemaakt dat de postblokkade is toegestaan voor opsporing van activa, maar dat dit gepaard dient te gaan met "adequate and effective safeguards". Geoordeeld werd dat de curator de uit postblokkade aangetroffen geprivatiseerde correspondentie tussen failliet en zijn advocaat ongelezen diende door te sturen naar failliet.

6. Indien aangenomen wordt dat e-mailverkeer buiten het bereik van art. 13 GW valt, is het antwoord op onze vraag niet een op een af te leiden uit voornoemde jurisprudentie van het EVRM. De vraag blijft derhalve openstaan of en zo ja welke "adequate and effective safeguards" vereist zijn bij het doorzoeken door de curator van e-mailcorrespondentie van failliet, waarin zich correspondentie tussen de bestuurder en zijn advocaat bevindt. Tegenover de redenering van

het hof dat kennisneming hiervan door de curator nu eenmaal onvermijdelijk is in het kader van zijn (e-mail)onderzoek, kan worden gezet dat de curator bescherming van privé-correspondentie kan waarborgen door inschakeling van een forensische accountant (zie hierover mijn annotatie bij «JOR» 2013/192).

7. Tot slot oordeelt het hof ten overvloede dat de curator zich wel terughoudend dient op te stellen en hij over de inhoud van privé-correspondentie geen informatie aan derden mag verstrekken, tenzij dit noodzakelijk is voor het voldoen aan een wettelijke verplichting, het beheer en vereffening van de boedel of een zwaarwegend maatschappelijk belang zulks vergt. Het hof haalt hier art. 8.1 van de Praktijkregels uit 2004 aan. Inmiddels zijn deze praktijkregels, waaronder art. 8.1, aangepast. Zie hierover het artikel van R. Mulder, 'Informatievervalsing door de gefailleerde aan de curator en van de curator aan de gefailleerde', *Insoladbundel De curator en informatie*, 2013, p. 24 en 25.

W.J.B. van Nielen
advocaat bij Van Diepen Van Der Kroef

219

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden locatie Arnhem
15 april 2014, zaaknr. 200.115.651,
ECLI:NL:GHARL:2014:3108
(mr. Steeg, mr. Hillen, mr. Wattel)
Noot mr. N.B. Pannevis

Achterstelling jegens bepaalde andere schuldeiser. Uitleg achterstelling. Uitgestelde opeisbaarheid.

[FW art. 29]

Taalkundig gezien zou uit de door de bank verstrekte voorwaarden voortvloeien dat de achterstelling ten opzichte van de bank alleen zou gelden tot het moment dat aan alle voorwaarden voor de verstrekking van het bancaire krediet was voldaan en daarna niet meer. Een dergelijk resultaat ligt echter niet bepaald voor de hand. Een achterstelling ten opzichte van een bepaald krediet is nu juist uit haar aard bedoeld voor de duur van dat krediet en niet om slechts een beperkt aantal dagen te gelden en