

## Publicatie

Auteurs: T.D. van der Sanden  
Verschenen in: *JBPr 2023/74*  
Datum: Oktober 2023  
Titel: Noot bij rechtbank Gelderland 29 december 2021,  
ECLI:NL:RBGEL:2021:7020 (JBPr 2023/74)

### **Is de curator wegens een verslechterde verhaalspositie in zijn recht benadeeld en derhalve ontvankelijk in het ingestelde derdenverzet?**

**Rechtbank Gelderland zp Arnhem 29 december 2021, nr. C/05/378776/HA ZA 20-612, ECLI:NL:RBGEL:2021:7020 (mr. Meijer)**  
**Noot mr. Th.D. van der Sanden**

### **Derdenverzet. Curator. Benadeling in verhaalsmogelijkheden. Samenloop van executies.**

#### **[Rv art. 236, 376, 380]**

*In de onderstaande zaak heeft de curator derdenverzet ingesteld tegen een tussen concurrente schuldeisers en de schuldenaar gewezen verstekvonnis. De rechtbank komt tot het oordeel dat de curator ontvankelijk is in het door hem ingestelde derdenverzet, omdat het verstekvonnis ten nadele van de door de curator vertegenwoordigde faillissementsboedel kan worden uitgeoefend (r.o. 4.6). De rechtbank meent dat het verstekvonnis is gebaseerd op een opzetje om de curator buitenspel te zetten (r.o. 4.7-4.9), terwijl de curator geen andere middelen heeft dan het derdenverzet om tegen het opzetje op te komen (r.o. 4.10).*

*[Eisende partij]*, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van J. Norder Beheer B.V., te Groningen, eiser, advocaat mr. A. Gras te Groningen, tegen  
1. *[gedaagde partij 1]* te [plaats], gedaagde, advocaat mr. D.J. Kap te Groningen,  
2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *[gedaagde partij 2]* te [plaats], gedaagde, advocaat mr. D.J. Kap te Groningen,

3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *[gedaagde partij 3]* te [plaats], gedaagde, niet verschenen.

Eisende partij zal hierna de curator worden genoemd. Gedaagden zullen hierna ieder afzonderlijk *[gedaagde partij 1]*, *[gedaagde partij 2]* en *[gedaagde partij 3]* worden genoemd.

#### *1. De procedure (...; red.)*

#### *2. De feiten*

2.1. Bij vonnis van de rechtbank Noord-Nederland van 20 december 2013 is het faillissement uitgesproken van J. Norder Beheer B.V. (hierna: Norder Beheer) met aanstelling van eiser als curator.  
2.2. Norder Beheer participeerde samen met J.B. Investments B.V. en *[gedaagde partij 2]* in *[gedaagde partij 3]*.  
2.3. *[gedaagde partij 3]* is een onderneming die tot doel heeft te beleggen in, en het verkrijgen, vervreemden, beheren, administreren, het exploiteren van, alsmede het beschikken over registergoederen, roerende goederen en andere vermogenswaarden. *[gedaagde partij 1]*, bestuurder van *[gedaagde partij 2]*, is ook enig bestuurder van *[gedaagde partij 3]*.  
2.4. Norder Beheer, *[gedaagde partij 2]* en J.B. Investments beschikten ieder over één derde deel van de aandelen in het vermogen van *[gedaagde partij 3]*, zoals die op 7 april 2008 door de Stichting Administratiekantoor *[gedaagde partij 3]* zijn uitgegeven.  
2.5. Bij aanvang van de onderneming hebben de drie participanten bedragen aan *[gedaagde partij 3]* ter beschikking gesteld zodat *[gedaagde partij 3]* overeenkomstig haar doelstelling vastgoed kon verkrijgen.  
2.6. Omdat ten aanzien van Norder Beheer dit bedrag als opeisbare lening in het kader van een rekening-courantverhouding ter beschikking was gesteld, is de curator na het faillissement tot opeising van de lening

overgegaan en heeft de curator [gedaagde partij 3] in rechte betrokken. Ook heeft de curator conservatoir beslag gelegd op de aan [gedaagde partij 3] toebehorende onroerende zaken in [plaats] en [plaats].

2.7. Bij vonnis van de rechtbank Gelderland van 20 juni 2018 is [gedaagde partij 3] veroordeeld om aan de curator een bedrag van € 311.063,42 te betalen, vermeerderd met wettelijke rente over € 306.513,00 met ingang van 7 juli 2017 tot de dag van volledige betaling, alsmede vermeerderd met beslagkosten en proceskosten. Het door [gedaagde partij 3] gevoerde verweer, dat de drie participanten in 2008 (informele) kapitaalstortingen hebben gedaan om met [gedaagde partij 3] te kunnen beleggen in vastgoed en dat er dus geen sprake is van een zuivere rekening-courantverhouding, is door de rechtbank verworpen.

2.8. Tegen dit vonnis heeft [gedaagde partij 3] hoger beroep ingesteld. Hangende het hoger beroep heeft de curator de uitvoering van de executoriale verkoop van de beslagen onroerende zaken geschorst. Wel heeft de curator derdenbeslag onder de huurders van [gedaagde partij 3] gelegd. Uit de ontvangen derdenverklaringen als bedoeld in artikel 475 lid 2 Rv is toen gebleken dat [gedaagde partij 1] namens [gedaagde partij 2], en niet [gedaagde partij 3], al geruime tijd de huurinkomsten van de aan [gedaagde partij 3] toebehorende onroerende zaken ontving.

2.9. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft bij arrest van 25 februari 2020 het vonnis van de rechtbank Gelderland van 20 juni 2018 bekrachtigd.

2.10. De curator heeft daarna verschillende malen geprobeerd om tot een minnelijke regeling te komen met [gedaagde partij 3]. Dit bleek niet mogelijk, zodat de curator in juni 2020 de veiler heeft verzocht de executieveiling weer voort te zetten.

2.11. In de tussentijd hebben [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2], na verkregen verlof daartoe, medio maart 2020 ook conservatoir beslag gelegd op de aan [gedaagde partij 3] in eigendom toebehorende onroerende zaken in [plaats] en [plaats] en op alle gelden en/of geldswaarden, welke notaris mr. [betrokkene 1] onder zijn berusting heeft en/of zal verkrijgen van [gedaagde partij 3].

2.12. Vervolgens hebben [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2] [gedaagde partij 3] gedagvaard voor de rechtbank

Gelderland, locatie Arnhem. In die procedure hebben zij het verstrekte kapitaal, te vermeerderen met een (volgens hen) overeengekomen rentevergoeding opgeëist. [gedaagde partij 3] is in die procedure niet verschenen, waarna de rechtbank Gelderland bij verstekvonnis van 26 augustus 2020 de vorderingen van [gedaagde partij 2] en [gedaagde partij 1] van respectievelijk € 723.011,00 en € 668.847,00 heeft toegewezen.

2.13. Inmiddels heeft de curator de veiling van het onroerend goed van [gedaagde partij 3] voortgezet en een opbrengst van circa € 830.000,00 gerealiseerd.

### 3. Het geschil

3.1. De curator vordert in derdenverzet dat de rechtbank bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

1. voor recht verklaart dat het verzet tegen voormeld vonnis op 26 augustus 2020 gewezen tussen [gedaagde partij 2] en [gedaagde partij 1] als eisers en [gedaagde partij 3] als gedaagde, gegrond is;
2. *primair* vernietigt het vonnis d.d. 26 augustus 2020, onder nummer C/05/369050 / HA ZA 20- 237 tussen [gedaagde partij 2] en [gedaagde partij 1] als eisers en [gedaagde partij 3] als gedaagde geweest, waarvan in verzet is gekomen, *subsidiar* het vonnis waarvan in verzet is gekomen zodanig wijzigt dat het door [gedaagde partij 2] en [gedaagde partij 1] gevorderde wordt vastgesteld op nihil, althans op enig in goede justitie door de rechtbank vastgesteld bedrag,
3. [gedaagde partij 1], [gedaagde partij 2] en [gedaagde partij 3] hoofdelijk veroordeelt in de proceskosten, te vermeerderen met de nakosten en wettelijke rente.

3.2. [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2] voeren verweer en concluderen tot niet-ontvankelijkverklaring van de curator in zijn derdenverzet, althans tot afwijzing van de vorderingen met veroordeling van de curator in de kosten van de procedure.

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

### 4. De beoordeling

4.1. In deze zaak dient eerst de vraag te worden beantwoord of de curator een beroep toekomt op het rechtsmiddel derdenverzet, zoals omschreven in artikel 376 Rv. Indien die vraag bevestigend wordt

beantwoord, moet worden beoordeeld of het verstekvonnis waartegen het derdenverzet is ingesteld onjuistheden bevat. Als dat laatste komt vast te staan, is het beroep op derdenverzet van de curator gegrond en dient te worden beoordeeld welke gevolgen hieraan moeten worden verbonden.

*Komt de curator een beroep toe op derdenverzet?*

4.2. Ingevolge artikel 376 Rv zijn derden bevoegd zich te verzetten tegen een vonnis dat hun rechten benadeelt, indien zij noch in persoon, noch wettelijk zijn vertegenwoordigd, of indien noch degenen die zij vertegenwoordigen, in het rechtsgeding zijn opgeroepen, of door voeging of tussenkomst partij zijn geweest.

4.3. Derdenverzet betreft dus een rechtsmiddel waarmee derden, dat wil zeggen anderen dan de procespartijen, kunnen opkomen tegen vonnissen of arresten die hen in hun rechten benadelen. De Hoge Raad heeft al lang geleden bepaald dat geen ruime strekking aan het rechtsmiddel derdenverzet mag worden toegekend (HR 21 maart 1924, NJ 1924, blz. 535, ECLI:NL:HR:1924:60 (De Booy / Duitse Rijk)). Gelet hierop en gegeven het bepaalde in artikel 236 Rv, waaruit volgt dat vonnissen en arresten in beginsel alleen voor de procespartijen bindend zijn, is een beroep op derdenverzet alleen mogelijk in uitzonderlijke gevallen. In de annotatie van mr. E.M. Meijers bij het arrest van de Hoge Raad van 1 december 1939 (NJ 1940, 445, ECLI:NL:HR:1939:151) wordt geconcludeerd dat het derdenverzet slechts in drie gevallen kan worden ingeroepen, namelijk wanneer sprake is van:

- vonnissen waarbij krachtens de wet het gezag van gewijsde zich ook tot derden uitstrekt,
- constitutieve vonnissen, waarvan de werking niet slechts tot de procespartijen is bepaald,
- vonnissen waarvan de executoriale kracht ten nadele van derden kan worden uitgeoefend.

Hoewel de opsomming volgt uit een annotatie bij een vooroorlogs arrest, blijkt uit latere rechtspraak van de Hoge Raad niet dat de conclusie van Meijers moet worden bijgesteld. Het derdenverzet zal dus in beginsel alleen voor toepassing in aanmerking komen als sprake is van een van de drie hiervoor genoemde gevallen

(zie ook de meer recente Conclusie van AG Wuisman van 26 september 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1834 bij het arrest van de Hoge Raad van 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3452).

4.4. De curator stelt dat hij, althans de door hem vertegenwoordigde failliete boedel van Norder Beheer, in zijn rechten wordt benadeeld als gevolg van de bij het verstekvonnis van 26 augustus 2020 ten onrechte vastgestelde aanspraken van [gedaagde partij 2] en [gedaagde partij 1]. Immers, zo stelt de curator, als de opbrengst van de geëxecuteerde onroerende zaken naar rato van de omvang van de vorderingen moet worden verdeeld tussen de curator én [gedaagde partij 2] en [gedaagde partij 1], dan hebben de onterecht vastgestelde vorderingen ad € 723.011,00 en € 668.847,00 (vermeerderd met rente en kosten) een substantieel effect op het aan de boedel toekomende bedrag.

Volgens de curator heeft [gedaagde partij 1] als bestuurder niet de belangen van [gedaagde partij 3] c.q. haar crediteuren behartigd, maar in plaats daarvan enkel zijn eigen belangen door voor zichzelf en namens [gedaagde partij 2] in een procedure waarbij de curator niet betrokken is geweest onterechte en onjuiste vorderingen in te stellen tegen [gedaagde partij 3], waarbij de rechtbank is misleid door essentiële informatie achter te houden en op delen ook bewust onjuiste informatie te verstrekken. Daarbij heeft [gedaagde partij 1] in diens hoedanigheid van bestuurder van [gedaagde partij 3], verstek laten gaan, waardoor de vordering eenvoudig kon worden toegewezen. Verder stelt de curator aan dat de door hem vertegenwoordigde failliete boedel van Norder Beheer ook houder is van de certificaten van aandelen in het vermogen van [gedaagde partij 3]. In het opzetje tussen [gedaagde partij 1] als bestuurder van [gedaagde partij 3] en zichzelf als crediteur en/of bestuurder van [gedaagde partij 2] worden aldus ook de rechten van de boedel uit dien hoofde aangetast. Door een onjuist rentepercentage te vorderen in de verstekprocedure wordt het vermogen van [gedaagde partij 3] aangetast en daarmee wordt het eigendomsrecht ten aanzien van de certificaten uitgehold. De boedel als certificaathouder wordt daarmee in haar (indirecte) eigendomsrechten aangetast. Feitelijk verwateren de

aanspraken uit deze certificaten als gevolg van het door onjuiste informatie tot stand gekomen verstekvonnis. De boedel wordt dus niet alleen in haar belangen, maar ook in haar rechten geschaad, aldus de curator. De curator stelt daarnaast dat er in deze zaak voldoende reden is om de mogelijkheden van het derdenverzet niet zo beperkt uit te leggen. Uit de in de conclusie van antwoord in derdenverzet door [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2] aangehaalde jurisprudentie blijkt duidelijk dat de Hoge Raad niet het oog heeft gehad om het derdenverzet niet open te stellen voor dit soort evidente gevallen van misbruik. Het gaat in deze zaak om een procedure waarbij eisers en gedaagde in een procedure door één en dezelfde persoon worden vertegenwoordigd, het vervolgens op een akkoordje gooien en onjuiste, veel te hoge vorderingen erkennen en bij verstek laten vaststellen, terwijl hen in die procedure zelf geen strobreed in de weg gelegd kan worden door derden die hierdoor worden benadeeld. In zo'n geval is het derdenverzet het enige middel dat die derde de mogelijkheid biedt om een vonnis achteraf aan te tasten en voldongen feiten te voorkomen, aldus de curator. Hij verwijst hierbij nog naar een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland (13 december 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:6055) en trekt een vergelijking met de mogelijkheid van voeging en tussenkomst (de artikelen 217 en 218 Rv), welke regeling ook vaak restrictief wordt toegepast, maar waar een derde toch kan interveniëren in een situatie waarin sprake is van samenspanning tussen de eiser en de gedaagde om de derde te benadelen.

4.5. [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2] voeren aan dat in het onderhavige geval geen sprake is van benadeling in de zin van artikel 376 Rv. Weliswaar heeft de curator belang bij wat de rechtsverhouding inhoudt tussen andere (rechts) personen en kan hij vanwege het verstekvonnis omtrent die verhouding in dat belang worden geschaad, maar die omstandigheid alleen is onvoldoende om het rechtsmiddel derdenverzet te kunnen inzetten. De curator is hooguit materieel in zijn belang geschaad, doordat er naast hem derden, [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2], aanspraak maken op de executieopbrengst die is verkregen door middel van het liquideren van vermogensbestanddelen van [gedaagde partij 3]. Van benadeling van de

rechten van de curator / de boedel die is vereist om het middel derdenverzet in te stellen, is volgens [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2] echter geen sprake. Zij betwisten ook dat het eigendomsrecht ten aanzien van de certificaten wordt aangetast. De certificaten worden minder waard, maar het eigendomsrecht zelf wordt niet aangetast. [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2] verwijzen in dit verband nog naar het vonnis in incident van deze rechtbank van 13 januari 2021, waarbij de rechtbank zich heeft aangesloten bij een overweging uit het vonnis van de rechtbank Amsterdam van 17 januari 2020 (ECLI:NL:RBAMS:2020:310), kort gezegd inhoudende dat een derde die stelt in zijn (materieel) belang te zijn benadeeld niet in verzet kan komen op grond van artikel 376 Rv. De curator moet daarom niet-ontvankelijk worden verklaard in zijn vorderingen, aldus [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2].

4.6. De rechtbank acht de curator ontvankelijk in het derdenverzet. Vast staat dat de curator niet betrokken is geweest bij de procedure die tot het vonnis van 26 augustus 2020 is geweest, zodat aan die voorwaarde van artikel 376 Rv is voldaan. Ook staat genoegzaam vast dat de curator / de boedel wordt benadeeld in zijn verhaalsrecht door een evident geval van misbruik. Hiervoor is het volgende redengevend.

4.7. Dat in de procedure die tot dat vonnis heeft geleid, sprake is van een opzetje tussen [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2] enerzijds en [gedaagde partij 3] anderzijds, om de curator aldus buiten spel te zetten, volgt naar het oordeel van de rechtbank genoegzaam uit de volgende feiten en omstandigheden.

i) [gedaagde partij 1] is zowel bestuurder van [gedaagde partij 2] als van [gedaagde partij 3].

ii) Op 20 juni 2018 is [gedaagde partij 3] door de rechtbank Gelderland veroordeeld om aan de curator een bedrag van € 311.063,42 te betalen, vermeerderd met rente en kosten. Het door [gedaagde partij 3] gevoerde verweer, dat de drie participanten in 2008 (informele) kapitaalstorting hebben gedaan om met [gedaagde partij 3] te kunnen beleggen in vastgoed en dat er dus geen sprake is van een zuivere rekening-courantverhouding, is door de rechtbank verworpen. Dit vonnis is

op 25 februari 2020 door het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden bekrachtigd.

iii) In de periode hierna heeft de curator verschillende malen geprobeerd om tot een minnelijke regeling te komen met

[gedaagde partij 3], hetgeen niet is gelukt.

iv) In diezelfde periode hebben [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2] zonder de curator daarvan in kennis te stellen (onder meer) conservatoir beslag gelegd op de aan [gedaagde partij 3] in eigendom toebehorende onroerende zaken in [plaats] en [plaats].

v) Aansluitend hebben zij buiten medeweten van de curator [gedaagde partij 3] gedagvaard voor de rechtbank Gelderland. In die procedure hebben zij het verstrekte kapitaal, te vermeerderen met een (volgens hen) overeengekomen rentevergoeding opgeëist. [gedaagde partij 3] is in die procedure vervolgens niet verschenen, waarna de rechtbank Gelderland de vorderingen van [gedaagde partij 2] en [gedaagde partij 1] van respectievelijk € 723.011,00 en € 668.847,00 bij verstekvonnis van 26 augustus 2020 heeft toegewezen.

vi) In de procedure, zowel in eerste aanleg als in appel, tussen de curator en [gedaagde partij 3] is nimmer door [gedaagde partij 1] / [gedaagde partij 2] gezegd dat er sprake was van een overeengekomen rentevergoeding. Deze heeft de curator niet gevorderd en is dus ook niet toegewezen.

4.8. Het komt er dus op neer dat [gedaagde partij 1], mede namens [gedaagde partij 2], in de periode dat hij met de curator in overleg was om naar aanleiding van het tegen [gedaagde partij 3] gewezen arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 25 februari 2020 tot een minnelijke regeling te komen, zonder de curator daarvan in kennis te stellen een procedure is begonnen tegen datzelfde [gedaagde partij 3], de vennootschap waarvan hijzelf enig bestuurder is, en welke vennootschap in deze procedure verstek heeft laten gaan en via [gedaagde partij 1] zelfs een bericht heeft gestuurd dat zij, [gedaagde partij 3], in de uitkomst berust.

4.9. [gedaagde partij 1] heeft daarbij enkel zijn eigen belang (en die van zijn vennootschap [gedaagde partij 2]) behartigd en zichzelf willen bevoordelen ten opzicht van de curator / de boedel. Vast staat immers dat de bij verstek toegewezen vorderingen voor forse bedragen meedelen

in de verdeling van de opbrengst van het onroerend goed. De situatie is nu dat de drie oorspronkelijke investeerders die elk onder dezelfde voorwaarden tussen de € 300.000,-- en € 360.000,-- hebben geïnvesteerd in [gedaagde partij 3], voor sterk uiteenlopende bedragen meedelen in de opbrengst.

4.10. Bij dit alles betreft de rechtbank ook dat de curator geen andere middelen ten dienste staat om op te komen tegen de hiervoor geschetste (feitelijke) gang van zaken. De curator kan niet alsnog de beweerdelijk overeengekomen rentevergoeding opeisen. Zoals [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2] zelf ook in hun conclusie van antwoord in het derdenverzet hebben aangegeven bieden meer voor de hand liggende

'gereedschappen' de curator geen soelaas. Daarbij valt te denken aan het verzoek om een gerechtelijke rangregeling ex artikel 552 Rv of het aanvragen van het faillissement van [gedaagde partij 3]. In beide gevallen zal dit namelijk leiden tot een renvooiprocedure (overeenkomstig artikel 486 Rv dan wel artikel 122 Fw), waarin moet worden uitgegaan van de reeds genomen beslissing omtrent de vorderingen van [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2] op [gedaagde partij 3]. 4.11. Alles overziend is de rechtbank dan ook van oordeel dat in dit specifieke geval de curator een beroept toekomt en moet toekomen op het rechtsmiddel der derdenverzet zoals omschreven in artikel 376 Rv.

4.12. [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2] voeren daarnaast aan dat de curator zijn recht heeft verwerkt. Het vorderingsrecht van de curator op [gedaagde partij 3] is in het vonnis van 20 juni 2018 en het arrest van 25 februari 2020 volledig 'uitgekauwd'. [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2] hebben nadat de curator in zijn stellingen in de procedure tegen [gedaagde partij 3] door de rechtbank en het gerechtshof is bevestigd en [gedaagde partij 3] tot betaling is veroordeeld deze stellingen tot de hunnen gemaakt als zijnde in rechte vastgestelde rechtsbetrekkingen. Op basis daarvan zijn [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2] een procedure gestart tegen [gedaagde partij 3] waarbij de vorderingen zijn toegewezen. Thans tracht de curator in rechte vastgestelde rechtsbetrekkingen aan te tasten wetende

dat die rechtsbetrekkingen zijn vastgesteld op door dezelfde curator aangevoerde stellingen. Dat is zodanig tegenstrijdig dat de curator geen recht heeft derdenverzet in te stellen, respectievelijk dat dat recht is verwerkt. Voor zover de curator standpunten blijft innemen omtrent de door [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2] verkregen executoriale titel, dan wel de omvang van de door de rechtbank en het gerechtshof toegewezen rente zal de curator die kenbaar kunnen maken in de afwikkeling ex artikel 551 Rv. Dat is ook voor de curator de door de wet aangewezen weg, aldus [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2].

4.13. De rechtbank verwerpt dit verweer. Om rechtsverwerking te kunnen aannemen is nodig dat de rechthebbende zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van zijn recht of bevoegdheid. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad is enkel tijdsverloop daarvoor onvoldoende. Er moet sprake zijn van bijzondere omstandigheden op grond waarvan hetzij bij de wederpartij het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de rechthebbende zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de positie van de wederpartij onredelijk zou worden verzaamd of benadeeld in geval de rechthebbende zijn aanspraak of bevoegdheid alsnog geldend zou maken.

4.14. Naar het oordeel van de rechtbank hebben [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2] geen bijzondere feiten of omstandigheden gesteld – en die zijn ook niet gebleken – op grond waarvan hun positie onredelijk wordt verzaamd of benadeeld doordat de curator gebruikt maakt van de bevoegdheid derdenverzet in te stellen. Hiervoor is reeds geoordeeld dat de curator die bevoegdheid in dit geval toekomt. Bovendien is het juist de curator die is benadeeld door de handelwijze van [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2]. In ieder geval mochten zij gelet op de hiervoor geschetste gang van zaken niet erop vertrouwen dat de curator zou afzien van pogingen de bij verstek vastgestelde rechtsbetrekking tussen [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2] enerzijds en [gedaagde partij 3] anderzijds aan te tasten. Het beroep op rechtsverwerking faalt dan ook.

*Bevat het verstekvonnis waartegen het derdenverzet is ingesteld onjuistheden?*

4.15. Deze vraag dient de rechtbank te beantwoorden aan de hand van een nieuwe beoordeling van de vordering van [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2], met inachtneming van de argumenten van de curator. De curator stelt dat in de procedure tussen [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2] tegen [gedaagde partij 3] de behandelend rechter door [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2] bewust onvolledig dan wel onjuist is geïnformeerd. De door [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2] aan [gedaagde partij 3] verstrekte kapitalen waren niet opeisbaar. Een rentevergoeding is tussen de participanten nimmer overeengekomen. De curator wijst in dit verband op de jaarcijfers van [gedaagde partij 3] (productie 13 bij dagvaarding) waarin ten aanzien van de vorderingen van de participanten is bepaald: "*Over de schulden wordt geen rente berekend.*" Verder stelt de curator dat ook in het verweer van [gedaagde partij 3] in de procedures tussen [gedaagde partij 3] en de curator herhaaldelijk is opgemerkt dat er tussen partijen geen renteverplichting is overeengekomen en zelfs geen overeenkomst ter zake is gesloten. Desondanks hebben [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2] in de verstekzaak aangevoerd dat de participanten een rentepercentage van 5% op jaarbasis zijn overeengekomen, aldus de curator.

4.16. De rechtbank overweegt het volgende. Vast staat dat op de balans van [gedaagde partij 3] van 31 december 2013 (productie 13 bij dagvaarding) de zinssnede is opgenomen "*Over de schulden wordt geen rente berekend*". Daarbij komt dat de advocaat van [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2] tijdens de mondelinge behandeling op 8 oktober 2021 heeft aangegeven het eens te zijn met de constatering van de rechtbank dat er geen sprake is geweest van een afgesproken rente, dus een contractuele rente, en dat het gevorderde rentepercentage van 5% niet op de wet is gebaseerd, maar dat het natte vingerwerk is. Volgens de advocaat van [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2] komt die stelling voort uit het feit dat het gerechtshof heeft geoordeeld dat de door de participanten ter beschikking gestelde bedragen niet kunnen worden gekwalificeerd als kapitaalstortingen maar

als in rekening-courant geboekte geldleningen waartegenover een vergoeding moet staan. [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2] hebben dit oordeel vervolgens overgenomen in de procedure die tot het verstekvonnis van 26 augustus 2020 heeft geleid en hebben daar een rentepercentage van 5% aan gekoppeld. 4.17. Reeds op grond van het voorgaande komt de rechtbank tot het oordeel dat genoemd verstekvonnis een onjuistheid bevat, namelijk voor zover het de toegewezen contractuele rente van 5% betreft. Niet is komen vast te staan dat er ooit enige rente is overeengekomen, laat staan een rentepercentage van 5%. In zoverre is het beroep op derdenverzet van de curator gegrond. Het gevorderde onder 3.1 sub 1 zal daarom worden toegewezen.

#### *Welke gevolgen heeft de gegrondverklaring van het derdenverzet?*

4.18. Ingevolge artikel 380 Rv wordt, bij gegrondheid van het derdenverzet, het vonnis of arrest waartegen het verzet is gericht, alleen in zoverre verbeterd als het de rechten van derden heeft benadeeld, tenzij de uitspraak onsplitsbaar is en gehele vernietiging daarvan noodzakelijk is.

4.19. Hiervoor is geoordeeld dat het verstekvonnis van 26 augustus 2020 een onjuistheid bevat, namelijk voor zover het de toegewezen contractuele rente van 5% betreft. Zoals ook al door deze rechtbank in het vonnis in incident van 13 januari 2021 is geoordeeld zullen alle participanten (de curator namens de boedel, [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2]) tezamen in de opbrengst van de executie van het onroerend goed delen, nu zij allen beslag hebben gelegd op de onroerende zaken die aan [gedaagde partij 3] toebehoren. De rechtbank zal overeenkomstig het subsidiair gevorderde onder 3.1 sub 2 genoemd verstekvonnis zodanig wijzigen dat het door [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2] gevorderde wordt vastgesteld op de bedragen die [gedaagde partij 3] blijkens de eerder genoemde balans van [gedaagde partij 3] van 31 december 2013 (productie 13 bij dagvaarding) nog is verschuldigd aan [gedaagde partij 1] en [gedaagde partij 2]. Ten aanzien van [gedaagde partij 1] gaat het dan om een bedrag van € 346.513,00 en ten aanzien van [gedaagde partij 2] gaat het om een bedrag van € 371.513,00. Deze bedragen worden vermeerderd met de

wettelijke rente. 4.20. [gedaagde partij 1], [gedaagde partij 2] en [gedaagde partij 3] zullen als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij hoofdelijk in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van de curator worden begroot op:

- dagvaarding € 83,38
- griffierecht € 304,00
- salaris advocaat € 1.126,00 (2 punten x tarief € 563,00)

Totaal € 1.513,38

4.21. De gevorderde veroordeling in de nakosten is in het kader van deze procedure slechts toegewezen voor zover deze kosten op dit moment reeds kunnen worden begroot. De nakosten zullen dan ook worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing vermeld.

#### *5. De beslissing*

De rechtbank

5.1. verklaart voor recht dat het verzet tegen het vonnis op 26 augustus 2020 gewezen tussen [gedaagde partij 2] en [gedaagde partij 1] als eisers en [gedaagde partij 3] als gedaagde (zaaknummer / rolnummer C/05/369050 / HA ZA 20-237), gegrond is,

5.2. wijzigt het vonnis waarvan in verzet is gekomen zodanig dat [gedaagde partij 3] wordt veroordeeld om aan [gedaagde partij 2] en [gedaagde partij 1] te betalen een bedrag van respectievelijk € 371.513,00 en € 346.513,00, telkens te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over het toegewezen bedrag met ingang van 1 april 2020 tot de dag van volledige betaling,

5.3. veroordeelt [gedaagde partij 1], [gedaagde partij 2] en [gedaagde partij 3] hoofdelijk, zodat indien en voor zover de één betaalt, ook de anderen zullen zijn bevrijd, in de proceskosten, aan de zijde van de curator tot op heden begroot op € 1.513,38, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW hierover met ingang van de veertiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.4. veroordeelt [gedaagde partij 1], [gedaagde partij 2] en [gedaagde partij 3] hoofdelijk, zodat indien en voor zover de één betaalt, ook de anderen zullen zijn bevrijd, in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 163,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat [gedaagde partij 1], [gedaagde partij 2] en [gedaagde partij 3] niet binnen 14 dagen na

aanschrijving aan het vonnis hebben voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 85,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW over de nakosten met ingang van de veertiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling, 5.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad, 5.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

## NOOT

1. *Inleidende opmerkingen.* Deze zaak draait om de vraag of een verslechterde verhaalspositie van een derde crediteur door een vonnis waarbij deze geen partij is de bevoegdheid voor de derde crediteur schept om het buitengewone rechtsmiddel derdenverzet tegen dat vonnis in te stellen. Het rechtsmiddel derdenverzet geeft aan derden, niet-procespartijen, de bevoegdheid om op te komen tegen een tussen anderen gewezen vonnis. Die mogelijkheid hebben zij als dat vonnis hun rechten benadeelt (art. 376 Rv). Voor het instellen van derdenverzet geldt geen wettelijke termijn en het kan als buitengewoon rechtsmiddel ook worden ingesteld als het vonnis al in kracht van gewijsde is gegaan. Bij gegrondbevinding van het verzet wordt het vonnis gewijzigd voor zover nodig in verband met de benadeling of vernietigd als de benadeling slechts op die wijze kan worden opgeheven (art. 380 Rv).

2. *De casus in het kort.* Het gaat in deze zaak in hoofdzaak om het volgende. A en C zijn houders van certificaten van aandelen in vastgoedonderneming X B.V. B heeft een dubbelrol: hij is zowel enig bestuurder van C als van X B.V. A, B en C hebben X B.V. geldleningen verstrekt. A is failliet gegaan en voor hem treedt nu de faillissementscurator op. De curator is tot opeising van de door A verstrekte lening overgegaan en heeft een procedure tegen X B.V. geëntameerd. Ook heeft de curator conservatoir beslag gelegd op aan X B.V. toebehorend onroerend goed. X B.V. wordt tot betaling van de verstrekte lening aan de curator veroordeeld. De curator gaat niet direct over tot executie van het vonnis, maar probeert om tot een minnelijke regeling te komen met X B.V. Omdat deze poging niet succesvol is, verzoekt de curator de veiler over te gaan tot de

executoriale verkoop van het onroerend goed. Voordat de executie van het onroerend goed is afgerond, hebben B en C óók conservatoir beslag gelegd op het aan X B.V. toebehorend onroerend goed. Vervolgens hebben zij, zonder de curator daarvan in kennis te stellen, X B.V. gedagvaard en het verstrekte kapitaal, vermeerderd met een door hen gestelde overeengekomen rentevergoeding, opgeëist. X B.V. is in die procedure niet verschenen, waarna de vorderingen bij verstek zijn toegewezen. Na afronding van de executoriale verkoop van het onroerend goed, zag de curator zich geconfronteerd met B en C, die zich ook op de executie-opbrengst willen verhalen ter verkrijging van betaling op hun opgeklopte vorderingen, terwijl de executoriale verkoop onvoldoende heeft opgebracht om alle drie de beslagleggers geheel te kunnen voldoen. 3. *De benadeelde crediteur: derdenverzet?* Omdat de curator wil voorkomen dat hij in de verdeling van de executie-opbrengst moet concurreren met de (in het verstekvonnis toegewezen) opgeklopte vorderingen van B en C en hij kennelijk geen andere mogelijkheid zag om de vorderingen te bestrijden, heeft hij op de voet van art. 376 Rv derdenverzet tegen het verstekvonnis ingesteld. Hierbij heeft de curator aangevoerd dat de door hem vertegenwoordigde faillissementsboedel wordt benadeeld als gevolg van de in het verstekvonnis ten onrechte vastgestelde aanspraken van B en C. Volgens de curator brengt het gegeven dat de executie-opbrengst van het onroerend goed naar rato van de omvang van de vorderingen moet worden verdeeld tussen hem en B en C mee dat de onterecht vastgestelde vorderingen een substantieel effect hebben op het aan de boedel toekomende bedrag. 4. De rechtbank acht de argumenten van de curator overtuigend, want zij komt tot het oordeel dat de curator ontvankelijk is in het door hem ingestelde derdenverzet, omdat – zo begrijp ik de overweging – het verstekvonnis ten nadele van de door de curator vertegenwoordigde faillissementsboedel kan worden uitgeoefend (zie r.o. 4.6). De rechtbank meent dat het verstekvonnis is gebaseerd op een opzetje tussen B en C enerzijds en X B.V. anderzijds om de curator buitenspel te zetten (zie r.o. 4.7-4.9), terwijl de curator geen andere middelen heeft dan het derdenverzet om tegen het opzetje op te



komen (zie r.o. 4.10). De rechtbank komt vervolgens tot het oordeel dat bij het verstrekken van de leningen geen (contractuele) rente is overeengekomen en dat in zoverre het derdenverzet gegrond is en wijzigt het verstekvonnis, in die zin dat de volgens B en C overeengekomen contractuele rente van 5% wordt afgewezen.

5. *Derdenverzet: ruimer dan we dachten?* Van benadeling in een recht in de zin van art. 376 Rv is niet snel sprake. Bedacht moet worden dat een vonnis op de voet van art. 236 Rv alleen gezag van gewijsde heeft tussen de procespartijen. De Hoge Raad stelt ook paal en perk aan het derdenverzet. Reden daarvoor is dat de resultaten van een reeds beëindigde rechtsstrijd tussen anderen niet dan bij hoge uitzondering behoren te worden gewijzigd of tenietgedaan (HR 21 maart 1924, ECLI:NL:HR:1924:60, NJ 1924, p. 535 (*De Booy/Duitse Rijk*)). Volgens Meijers in zijn annotatie onder een arrest van de Hoge Raad van 1 december 1939 is het gebied waarop het derdenverzet toepassing kan vinden beperkt tot drie gevallen, namelijk: i) vonnissen waarbij krachtens de wet het gezag van gewijsde zich ook tot derden uitstrekt; ii) constitutieve vonnissen waarvan de werking niet tot procespartijen beperkt is; en iii) vonnissen waarvan de executoriale kracht ten nadele van derden kan worden uitgeoefend (HR 1 december 1939, ECLI:NL:HR:1939:151, NJ 1940/445, m.nt. EMM, p. 675-676 (*Smit/Purit*)). De (beperkte) latere rechtspraak van de Hoge Raad geeft geen houvast voor een andere opvatting over de reikwijdte van het rechtsmiddel dan die te vinden in de annotatie van Meijers (vgl. concl. A-G Wuisman onder 2.4.4 voor HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3452, *RvdW* 2015/7). Het derdenverzet moet zich aldus richten tegen het vonnis dat door haar inhoud of tenuitvoerlegging de derde benadeelt in zijn recht.

6. De vraag is of de door de curator vertegenwoordigde faillissementsboedel door het verstekvonnis wordt benadeeld als bedoeld in art. 376 Rv. Het is heel wel denkbaar dat de curator nadeel ondervindt van de tenuitvoerlegging van het verstekvonnis: de curator concurreert immers op het verhaal van het onroerend goed met B en C, die zich op de executie-opbrengst willen verhalen ter verkrijging van betaling op hun vorderingen. Dit nadeel

is echter feitelijk van aard (de curator heeft 'last' van de in het verstekvonnis toegewezen opgeklopte vorderingen waarvoor op dezelfde goederen verhaal wordt gezocht, er is aldus sprake van botsende executiebelangen) en staat niet gelijk aan benadeling als bedoeld in art. 376 Rv (zie in dit verband ook K. Wiersma, *Het rechtsmiddel verzet van derden* (diss. Leiden), Leiden: Universitaire Pers Leiden 1952, p. 188 e.v.). Dit is ook de lijn die in de feitenrechtspraak tot op heden wordt aangehouden (zie o.m. hof Den Haag 9 juli 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:2274 (welk oordeel met instemming van de A-G door de Hoge Raad met toepassing van art. 81 RO in stand is gelaten, zie HR 28 november, ECLI:NL:HR:2014:3452, *RvdW* 2015/7), rb. Rotterdam 9 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9449, *NJF* 2016/229 en rb. Amsterdam (ktr.) 17 januari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:310, *NJF* 2020/202). Voor schuldeisers die zich verhalen op hetzelfde goed en tezamen in de executie-opbrengst moeten delen, staat in het geval zij menen dat een concurrerende executoriale titel op onjuiste gronden is verleend, daarom geen derdenverzet open. Dat geldt dus mijns inziens ook voor de hier besproken zaak.

7. *Geen derdenverzet: staat de benadeelde crediteur met lege handen?* De rechtbank betreft ook bij haar oordeel dat de curator geen andere middelen heeft dan het derdenverzet om tegen de in het verstekvonnis toegewezen vorderingen van B en C op te komen. Onder andere zou de curator niet via een gerechtelijke rangregeling en de eventueel daaropvolgende renvooiprocedure kunnen voorkomen dat B en C niet voor de in het verstekvonnis toegewezen vorderingen meedelen in de verdeling van de executie-opbrengst van het onroerend goed, aangezien daarin moet worden uitgegaan van het tussen B en C en X B.V. gewezen verstekvonnis (zie r.o. 4.10). In het licht van het hiervoor onder 5 geschetste uitgangspunt dat een vonnis op de voet van art. 236 Rv alleen gezag van gewijsde heeft tussen de procespartijen heb ik daar mijn twijfels over. In een rangregeling en de eventueel daaropvolgende renvooiprocedure (art. 552 lid 4 jo. art. 486 Rv) gaat het om de verdeling van de executie-opbrengst onder de schuldeisers. Daarin staat het een schuldeiser vrij om (de hoogte van) gepretendeerde vorderingen van andere

schuldeisers e betwisten. Is dat anders als die andere schuldeiser zich erop beroept niet zomaar een vordering te hebben, maar een vordering waarvan de hoogte is vastgesteld in een rechterlijk vonnis? Ik zou menen van niet. De curator, in deze zaak, is niet gebonden aan het tussen B en C en X B.V. gewezen verstekvonnis en de daarin toegewezen vorderingen. In de renvooiprocedure kan de curator dan ook betogen dat het gaat om een opzetje waarvan hij als crediteur bij de verdeling van de opbrengst niet de dupe mag worden: tegenover hem kan dat verstekvonnis niet (in volle omvang) worden ingeroepen, nu een grondslag voor de in het vonnis toegewezen contractuele rente ontbreekt (ook is denkbaar dat het handelen van B en C tegenover A (de curator) in strijd is met de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW). Gevolg daarvan is dat B en C voor hun vorderingen in concurrentie met de curator voor een lager bedrag verhaal op de executie-opbrengst hebben.

mr. Th.D. van der Sanden  
promovendus aan de Universiteit Leiden