

arrest

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Sector civiel recht

zaaknummer HD 200.014.156

arrest van de tweede kamer van 2 november 2010

in de zaak van

[REDACTED]

wonende te [REDACTED],

appellant,

advocaat: mr. C. Jeunink,

tegen:

MR. DR. L.L.M. PRINSEN Q.Q.,

kantoorhoudende te Breda,

in diens hoedanigheid van curator in het faillissement van RYNART TRANSPORT B.V.,

gevestigd te Zevenbergen,

geïntimeerde,

advocaat: mr. Ph.C.M. van der Ven,

op het bij exploit van dagvaarding van 28 augustus 2008 ingeleide hoger beroep van het door de voorzieningenrechter van de rechtbank Breda gewezen vonnis van 31 juli 2008, LJN BD9054, tussen appellant - [REDACTED] - als gedaagde en (de voorganger van) geïntimeerde – beiden aangeduid als: de curator - als eiser.

1. Het geding in eerste aanleg (zaaknr. 190308 / KG ZA 08-296)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

2. Het geding in hoger beroep

2.1. Bij memorie van grieven heeft [REDACTED] op 23 februari 2010 producties overgelegd, zes grieven aangevoerd en geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep en, kort gezegd, tot afwijzing alsnog van de vorderingen van de curator en de veroordeling van de curator tot de teruggave van alle door IRS gemaakte forensische kopie(en) van de harde schijf van de laptop van [REDACTED], de vernietiging van de onderzoeksresultaten van de privé-laptop en de overhandiging van het uiteindelijke onderzoeksrapport aan [REDACTED].

2.2. Bij akte wijziging naam procespartij van 23 februari 2010 heeft de curator als productie in het geding gebracht de beschikking van de rechtbank Breda van 10 december 2008, waarbij mr. Janssens als curator is ontslagen en mr. Prinsen als opvolgend curator is benoemd.

2.3. Bij memorie van antwoord heeft de curator op 8 juni 2010 onder overlegging van één productie de grieven bestreden.

2.4. Vervolgens hebben partijen hun zaak ter zitting van 7 september 2010 doen bepleiten, waarbij [REDACTED] pleitnotities heeft overgelegd. Partij [REDACTED] heeft daarbij tevens bij akte producties in het geding gebracht.

2.5. Partijen hebben daarna uitspraak gevraagd. Prinsen heeft daartoe de gedingstukken overgelegd.

3. De gronden van het hoger beroep

Voor de exacte inhoud van de grieven verwijst het hof naar de memorie van grieven.

4. De beoordeling

4.1. Het gaat in dit hoger beroep om het volgende.

4.1.1. [REDACTED] was als bedrijfsjurist van de gehele Rynart Groep werkzaam. Hij was lid van het Managementteam van Rynart Transport B.V. en was werkzaam zeer dicht bij de voormalig bestuurder, Rynart Transport B.V., één van de tot de Rynart Groep behorende vennootschappen, is bij vonnis van de rechtbank Breda van vrijdag 14 september 2007 in staat van faillissement verklaard. Mr. Janssens is daarbij tot curator benoemd. Op maandag 17 september 2007 is IRS Forensic Services & Investigations B.V. (hierna: IRS) in opdracht van de Rabobank en de Fortisbank een onderzoek aangevangen naar eventuele fraude binnen Rynart Transport B.V.

4.1.2. De curator heeft aangevoerd dat er redenen voor dat onderzoek waren omdat:

- er een gerechtvaardigd vermoeden van fraude was naar aanleiding van de eerste onderzoeken die zijn uitgevoerd bij failliet;
- een bedrijfsauto aan een oud-bestuurder is verkocht zonder dat daarvoor in de administratie van failliet verklarende documenten zijn aangetroffen;
- een deel van de administratie in de vuilcontainer van failliet is aangetroffen;
- de curator belang had bij het op korte termijn uitsluitel krijgen omtrent de mogelijkheden tot het vervolgen van aansprakelijke personen op grond van eventuele faillissementsfraude binnen failliet.

4.1.3. [REDACTED] gebruikte ten behoeve van zijn werkzaamheden voor Rynart Transport B.V. zijn privélaptop. Deze nam hij sinds 2006 's ochtends van huis mee naar het kantoor van Rynart Transport B.V. 's Avonds nam hij zijn laptop steeds weer mee terug naar huis. Op maandag 17 september 2007 moest [REDACTED] op last van de curator zijn laptop op het werk achterlaten. Op 19 september 2007 is door IRS een, zogeheten forensische, kopie van de harde schijf van de laptop van [REDACTED] gemaakt, bestaande uit een image en een back-up copy (zie prod. 1 incl. dgv). In overleg tussen de curator en [REDACTED] zijn op 1 oktober 2007 twee schijven in een gesloten envelop in bewaring gegeven bij een notaris (verder: de notaris).

Partijen hebben vervolgens gecorrespondeerd omtrent de voorwaarden waaronder IRS bestanden op de kopieën zou mogen onderzoeken. Partijen zijn niet tot overeenstemming gekomen.

4.1.4. De curator vorderde in deze procedure, kort gezegd, de veroordeling van [REDACTED] uitvoerbaar bij voorraad, tot:

- I. overhandiging van een schrijven aan de notaris met de door de curator voorgestelde tekst, erop neerkomende dat de notaris wordt verzocht de envelop met inhoud aan de curator af te dragen, een en ander op straffe van een dwangsom;
- II. het gehangen en gedogen dat IRS forensisch onderzoek uitvoert op de forensische kopie van de harde schijf van [REDACTED], waarbij het [REDACTED] vrijstaat om aanwezig te zijn bij het uiteindelijke onderzoek;
- III. betaling van de kosten van de procedure.

4.1.5. Na door [REDACTED] gevoerd verweer heeft de voorzieningenrechter deze vorderingen toegewezen.

4.1.6. Partijen deelden aan het hof mee dat [REDACTED] zich aan de veroordeling heeft gehouden. IRS heeft de door [REDACTED] aangewezen privébestanden buiten het onderzoek gelaten. Het onderzoek van IRS is voltooid. De kopieën van de harde schijf bevinden zich nog bij IRS. Teruggave aan [REDACTED] wordt geweigerd.

4.2.1. De curator heeft zich in hoger beroep op het standpunt gesteld dat [REDACTED] geen spoedeisend belang heeft bij de behandeling van dit kort geding in hoger beroep.

4.2.2. Het hof overweegt dat er weliswaar een periode van ruim anderhalf jaar is verstreken tussen de datum van het bestreden vonnis en de door [REDACTED] genomen memorie van grieven, maar [REDACTED] heeft hier een deugdelijke verklaring voor gegeven. Hij heeft eerst meegewerkt aan de op straffe van een dwangsom voorgeschreven veroordeling en vervolgens in minnelijk overleg geprobeerd de kopieën terug in het depot bij de notaris te krijgen. Bovendien is er sprake van een voortdurende schending van de privacyrechten van [REDACTED] zolang IRS beschikt over de volledige kopieën van de schijf waarop ook privacygevoelige privébestanden van [REDACTED] staan. Hieruit volgt dat [REDACTED] voldoende spoedeisend belang heeft bij verkrijging van een oordeel in hoger beroep. Daarnaast heeft [REDACTED] belang bij behandeling van zijn grief tegen zijn veroordeling in de proceskosten.

4.3. [REDACTED] heeft aan de hand van zijn grieven aangevoerd dat de curator geen recht had om de op de laptop van [REDACTED] staande zakelijke informatie op te vragen, noch te onderzoeken.

De grieven lenen zich voor een gezamenlijke behandeling.

4.4.1. Het hof overweegt dat uit art. 92 Faillissementswet (Fw) de taak van de curator voortvloeit om onmiddellijk na zijn benoeming alles in het werk te stellen om - 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 genoemde '*bescheiden en andere gegevensdragers*' behoren tevens digitale bestanden waarop zich dergelijke informatie bevindt, dan wel redelijkerwijs vermoed kan worden zich daarop te bevinden.

4.4.2. De bevoegdheid van art. 92 Fw strekt zich in beginsel slechts uit over aan de failliet in eigendom toebehorende bescheiden en andere gegevensdragers. In de onderhavige zaak is het de vraag of de privé-laptop van de bedrijfsjurist [REDACTED], die deze laptop dagelijks ten behoeve van de werkzaamheden van de failliet gebruikte, onder de bevoegdheden van de curator ingevolge art. 92 Fw vallen.

Het hof overweegt dat de laptop zelf, als privé-eigendom van [REDACTED], hier niet onder valt. De op de laptop opgeslagen zakelijke bestanden, die ten behoeve van de werkgever zijn aangemaakt, bevatten evenwel informatie die de curator ingevolge art. 92 Fw ten behoeve van de boedel moet kunnen veiligstellen. Partijen twisten er niet over dat gelet op de technische aspecten het veiligstellen van de, verder niet gespecificeerde, zakelijke bestanden niet anders kon geschieden dan door het maken van een kopie van de volledige harde schijf. Uit de aard van de aan de curator opgedragen conservatoire werkzaamheid vloeit voort dat hij zijn daarmee gepaard gaande bevoegdheid onmiddellijk en zonder vertraging moet kunnen uitvoeren. Hiermee verdraagt zich niet een uitgebreide, eventueel gerechtelijke, discussie over de vraag of de curator bevoegd is om tot gebruikmaking van de conservatoire maatregel over te gaan. Deze discussie kan uiteraard wel ten volle gevoerd worden nadat de curator de conservatoire maatregel heeft toegepast.

4.4.3. Naar het voorlopig oordeel van het hof was de curator in de omstandigheden van het onderhavige geval bevoegd de privé-laptop, als drager van zakelijke bestanden van de failliet, onder zich te nemen en, in nauw overleg met [REDACTED], kopieën van de harde schijf te maken en deze te deponeren onder een notaris. Voor zover de grieven van een ander uitgangspunt uitgaan, falen ze.

4.5.1. Een geheel andere vraag betreft de vraag of de curator ook bevoegd was om van [REDACTED] te verlangen dat de volledige kopieën, inclusief de privébestanden van [REDACTED], ter beschikking werden gesteld aan IRS en IRS toe te staan informatie van die kopieën te onderzoeken. Voor beantwoording van deze vraag dienen de wederzijdse belangen van [REDACTED] en de boedel tegen elkaar worden afgewogen.

4.5.2. In het voordeel van [REDACTED] wegen de volgende belangen mee.

- De laptop is zijn privé-eigendom.
- Deze privé-laptop bevat tevens privacygevoelige privébestanden.
- [REDACTED] stelt steeds via het zakelijk netwerk van de werkgever te hebben gewerkt zodat alle zakelijke bestanden ook op dat netwerk te vinden zijn.

4.5.3. In het voordeel van de curator wegen de volgende belangen mee.

- De curator heeft recht op aan de failliet toebehorende informatie over haar administratie.
- De curator heeft ook belang bij een onderzoek daarvan.
- [REDACTED] werkte sinds 2006 dagelijks ter uitoefening van zijn activiteiten voor de failliet op deze laptop en nam de laptop 's avonds weer mee naar huis.
- [REDACTED] vervulde de functie van bedrijfsjurist van de gehele Rynart Groep. Hij was lid van het Managementteam van Rynart Transport B.V. en was werkzaam zeer dicht bij de voormalig bestuurder.
- [REDACTED] heeft zijn privé-laptop zowel privé als zakelijk gebruikt en heeft daardoor zelf bewerkstelligd dat daardoor privébestanden met zakelijke bestanden zijn vermengd.
- Ook al stelt [REDACTED] uitsluitend via het zakelijk netwerk van de werkgever te hebben gewerkt, dan nog valt niet uit te sluiten dat er bestanden zijn, die uitsluitend op de harde schijf van de laptop zijn opgeslagen. Evenmin valt uit te sluiten dat een werknemer, in casu de bedrijfsjurist, op het werk of daarbuiten (bijv. thuis) zakelijke bestanden aanmaakt zonder op het zakelijk netwerk van de werkgever te zijn aangesloten.

4.5.4. Deze belangen tegen elkaar afwegende komt het hof tot het voorlopig oordeel dat de curator in beginsel recht heeft op toegang tot de zich op de (kopie van de) harde schijf bevindende zakelijke informatie, maar alleen indien dit geschiedt onder zulke voorwaarden

dat daarmee een zo groot mogelijke bescherming van de (privacygevoelige) privébestanden van [REDACTED] wordt gewaarborgd.

4.5.5. In dat kader overweegt het hof dat de curator weliswaar heeft aangeboden dat:

- [REDACTED] de privébestanden in bijzijn van een medewerker van IRS kon aanwijzen;
- deze privébestanden dan van de forensische kopie geëxporteerd zouden worden en buiten het onderzoek zouden blijven en dat
- [REDACTED] tijdens het gehele onderzoek van IRS aanwezig mocht zijn.

Onder de omstandigheden van het hier te berechten geval is naar het voorlopig oordeel van het hof daarmee echter niet een zo groot mogelijke bescherming van de (privacygevoelige) privébestanden van [REDACTED] gewaarborgd. In het bijzonder spelen hierbij de volgende omstandigheden een rol.

- De curator is niet zelf opdrachtgever van het onderzoek van het externe bureau IRS.
- De curator heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat er tussen hem en IRS/de banken een juridische relatie bestaat met betrekking tot de kopieën en de gebruikte informatie.
- De curator heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat hij onafhankelijk van anderen over de kopieën en de onderzoeksresultaten kan beschikken. Bij het pleidooi in hoger beroep heeft [REDACTED] onbetwist aangevoerd dat de curator niet over een exemplaar van de eindrapportage beschikte en [REDACTED] daartoe verwees naar de Rabobank.
- Niet aannemelijk is geworden dat er een regeling is getroffen over het hoe en wanneer de kopieën aan [REDACTED] geretourneerd zullen worden. Tijdens het pleidooi in hoger beroep stelde [REDACTED] onweersproken dat de kopieën zich nog steeds bij IRS bevinden. Niet gebleken is dat de curator (in voldoende mate) zeggenschap over de kopieën heeft.

4.5.6. Uit het voorgaande volgt dat de curator onder deze omstandigheden IRS geen toegang tot de informatie op de kopieën had mogen geven. De grieven, voor zover hierop betrekking hebbend, slagen derhalve. Het hof zal het bestreden vonnis vernietigen en de vorderingen alsnog afwijzen. De curator zal als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in die van het hoger beroep worden veroordeeld. Op vordering van [REDACTED] zal deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard.

4.6.1. Nu [REDACTED] uitvoering heeft gegeven aan de bij het te vernietigen vonnis uitgesproken veroordeling, kan in beginsel de ongedaanmaking daarvan worden gelast. Voor zover de vorderingen van [REDACTED] betrekking hebben op een dergelijke ongedaanmaking, zijn die vorderingen niet aan te merken als reconventionele vorderingen die voor het eerst in hoger beroep zijn ingesteld.

4.6.2. Nu de kopieën als gevolg van de uitvoering van het bestreden vonnis door de notaris, na ontvangst van de toestemmende brief van [REDACTED], aan IRS ter beschikking zijn gesteld, is de teruggave van die kopieën door IRS onder de ongedaanmaking van het vonnis te rekenen. Het verweer van de curator dat dit een reconventionele vordering is, faalt derhalve. Strikt genomen zou de ongedaanmaking tot een teruggave aan (deponering onder) de notaris van de kopieën moeten leiden. [REDACTED] vordert evenwel de afgifte van de kopieën rechtstreeks aan zichzelf. Nu de curator hiertegen geen afzonderlijk verweer heeft gevoerd, kan deze vordering worden toegewezen als in het dictum vermeld.

4.6.3. De vordering van [REDACTED] tot vernietiging van de onderzoeksresultaten van de privé-laptop en de overhandiging van het uiteindelijke onderzoeksrapport aan [REDACTED] kan echter niet worden toegewezen. Het enkele feit dat het door IRS in opdracht van de Rabobank en de Fortisbank verrichte onderzoek heeft kunnen plaatsvinden dankzij de door de curator afgedwongen ter beschikkingstelling van de kopieën van de harde schijf, laat

onverlet dat het hier gaat om een onderzoek en onderzoeksrapportage waarvan niet de curator maar de beide banken de opdrachtgevers van IRS waren. De vordering van [REDACTED]

is in zoverre gericht tegen partijen die geen partij zijn in deze procedure en komt om die reden in kort geding tussen [REDACTED] en de curator niet voor toewijzing in aanmerking.

5. De uitspraak

Het hof:

5.1. vernietigt het door de voorzieningenrechter van de rechtbank Breda onder nummer 190308 / KG ZA 08-296 op 31 juli 2008 tussen partijen gewezen vonnis (LJN BD9054) en opnieuw rechtdoende in korte geding;

5.2. wijst de gevorderde voorzieningen af;

5.3. veroordeelt de curator om binnen veertien dagen na betekening van dit arrest te bewerkstelligen dat alle door IRS bij het forensisch onderzoek gemaakte forensische kopie(en) van de harde schijf van de laptop van [REDACTED], met alle zich daarop bevindende gegevens en bestanden, ter vrije en algehele beschikking van [REDACTED] worden gesteld;

5.4. veroordeelt de curator in de proceskosten van het geding in eerste aanleg en in die van het hoger beroep, welke kosten aan de zijde van [REDACTED] tot de dag van deze uitspraak worden begroot op € 254,= aan verschotten en € 816,= aan salaris advocaat voor de procedure in eerste aanleg en op € 388,44,= aan verschotten en € 894,= aan salaris advocaat voor de procedure in het hoger beroep;

5.5. wijst af het in hoger beroep meer of anders gevorderde;

5.6. verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. Van Schaik-Veltman, Venhuizen en Van Wechem en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 2 november 2010.

griffier

rolraadsheer

typ. JB



w.g. de griffier

w.g. de rolraadsheer

VOOR GROSSE / AFSCRIFT

Algegeven aan: adv. app./geintim.: *mr. C. Feunink*

Griffier gerechtshof 's-Hertogenbosch d.d. 02-11-2010

Parmodir