

RI 2016/32

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

5 februari 2016, nr. 14/06068

(Mrs. E.J. Numann, C.A. Streefkerk, G. Snijders, G. de Groot, T.H. Tanja-van den Broek; A-G mr. E.B. Rank-Berenschot)

Art. 3:277, 6:162 BW; art. 58 Fw

AR 2016/336

NJB 2016/348

RvdW 2016/241

JWB 2016/62

Ondernemingsrecht 2016/45

ECLI:NL:HR:2016:199

ECLI:NL:PHR:2015:2289

Pandhouder. Vereffening. Rangorde.**Hoe verhouden zich in een negatieve boedel de kosten van executie en vereffening met de boedelvordering van de pandhouder voor door de curator onrechtmatig geïnde vorderingen?**

In het faillissement van Rapsody Shipyard B.V. beroept Rabobank zich op haar pandrecht op vorderingen. Zij neemt de debiteurenincasso zelf ter hand. De curator laat voor nog niet gefactureerde werkzaamheden die waren afgerond voor faillissement, facturen opstellen. Hij incasseert die vorderingen zelf. Rabobank stelt dat de door de curator geïncasseerde vorderingen onder haar pandrecht vallen en vordert van de boedel afdracht van het geïncasseerde. Zij stelt de curator pro se aansprakelijk wegens onrechtmatige incasso van aan haar verpande vorderingen. Rechtbank en hof veroordelen de curator q.q. tot doorbetaling aan Rabobank van alle door hem in weerwil van het pandrecht geïncasseerde bedragen. Deze vordering is een boedelvordering met de aan het pandrecht verbonden voorrang. Omdat sprake is van een negatieve boedel, dienen eerst de kosten van vereffening en executie te worden betaald. In zoverre dient Rabobank het salaris en de verschotten van de curator voor te laten gaan. Inzet van het cassatieberoep is in geval van een negatieve boedel de preferente boedelvordering van de (ex)pandhouder te laten voorgaan op de salarismvordering van de curator, teneinde te voorkomen dat de curator profiteert van zijn eigen onrechtmatig handelen.

HR: Ingevolge art. 3:277 BW hebben schuldeisers onderling een gelijk recht om, na voldoening van de kosten van executie, uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang. Dit geldt op grond van het arrest De Ranitz q.q./Ontvanger ook ten aanzien van boedelschulden in geval van een negatieve boe-

del. Onder de kosten van executie worden in elk geval het salaris en de verschotten van de curator verstaan. Deze regel dient ook toepassing te vinden indien het boedelactief mede bestaat in de opbrengst van verpande vorderingen die door de curator onrechtmatig zijn geïncasseerd. Hierdoor kan de curator de door hem gemaakte kosten van executie en vereffening (ook zijn salaris) verhalen ten koste van de pandhouder wiens rechten hij heeft gefrustreerd. Daarin is echter geen grond gelegen het wettelijk preferentiestelsel opzij te zetten. De handelwijze van de curator kan wel leiden tot zijn persoonlijke aansprakelijkheid. Voor de toets aan de Maclou-norm is van belang het arrest Hamm q.q./ABN AMRO, waarin regels zijn gegeven voor de inning van stil verpande vorderingen. In het licht van aansprakelijkheid van de curator pro se komt hem in dit kader geen vrijheid toe.

Zie ook:

- HR 16 december 2011, RI 2012/46 (*Prakke/Gips*): maatstaf voor aansprakelijkheid pro se;
- HR 30 oktober 2009, RI 2010/1 (*Hamm q.q./ABN AMRO*): onrechtmatige incasso vorderingen;
- HR 7 juni 2002, NJ 2002/608 (*Komdeur q.q./Nationale Nederlanden*): afwijzing superboedelvordering;
- HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (*Maclou*): maatstaf voor aansprakelijkheid pro se;
- HR 17 februari 1995, NJ 1996/471 (*Mulder q.q./CLBN*): incasso stil verpande vorderingen;
- HR 28 september 1990, NJ 1991/305 (*De Ranitz q.q./Ontvanger*): rangorde van boedelschulden bij negatieve boedel.

Zie anders:

- HR 30 september 2009, JOR 2009/341, m.nt. Van Anandel;
- HR 8 juni 2007, NJ 2007/419 (*Van der Werff q.q./BLG*): superboedelvordering;
- HR 5 september 1997, NJ 1998/437 (*Ontvanger/Hamm q.q.*): superboedelvordering;
- Hof Arnhem-Leeuwarden 12 augustus 2014, JOR 2015/51, nr. 3.1, m.nt. Faber. Commentaren op Hamm q.q./ABN AMRO over de afgrenzing van superboedelschulden;
- Vriesendorp, 'Curatoren onder vuur; You can't always get what you want', TvI 2015/19;
- Struycken & Van Zanten, 'Hamvragen omtrent de inning van stil verpande vorderingen in faillissement – deel II', TvI 2010/13, par. 5.

Wenk:

In dit arrest oordeelt de Hoge Raad over de vordering van Rabobank jegens de curator die aan de bank verpande vorderingen on-

rechtmatig heeft geïncasseerd en de opbrengst aan de boedel heeft toegevoegd. Rechtbank en hof kwalificeren de vordering van de bank als boedelvordering met de aan haar pandrecht verbonden voorrang. Met verwijzing naar het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger* overweegt de Hoge Raad hetzelfde. Hij overweegt voorts dat de wettelijke voorrangregels ook gelden indien sprake is van een negatieve boedel. De verdeling ziet op de netto-opbrengst, derhalve nadat de kosten van executie en vereffening (de algemene faillissementskosten) zijn voldaan. Tot die kosten behoren in elk geval het salaris en de verschotten van de curator. De Hoge Raad onderkent dat de systematiek van het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger* kan leiden tot een onwenselijk resultaat. Immers, de curator kan zijn salaris verhalen ten koste van de pandhouder wiens rechten hij heeft gefrustreerd. Daarin ziet de Hoge Raad echter onvoldoende grond het wettelijke preferentiestelsel opzij te zetten. Hij ziet de boedelvordering ook niet als een superboedelvordering als bedoeld in het arrest *Hamm q.q./ABN AMRO*. Zo'n superboedelvordering moet zo spoedig mogelijk uit de beschikbare middelen van de boedel worden gedaan, zonder omslag van de kosten van executie en vereffening. De A-G geeft in haar conclusie voor het arrest een uitgebreid overzicht van de discussie (in literatuur en rechtspraak) over zo'n superboedelvordering (nr. 2.7-2.13).

Hoe is het 'onwenselijke resultaat' wel te voorkomen? De Hoge Raad wijst erop dat handelen in strijd met de regels uit het arrest *Hamm q.q./ABN AMRO* tot persoonlijke aansprakelijkheid van de curator kan leiden. Hij citeert de maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid uit het arrest *Prakke/Gips*. Daarin komt tot uitdrukking dat de faillissementscurator, voor zover hij bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels, in beginsel een ruime mate van vrijheid toekomt. Vervolgens wijst de Hoge Raad op het arrest *Hamm q.q./ABN AMRO* waarin regels zijn gegeven voor de inning van stil verpande vorderingen. Ter zake komt de curator geen vrijheid toe. Indien hij de betreffende regels niet in acht neemt, handelt hij niet zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht (*Maclou*). Hij zal persoonlijk aansprakelijk kunnen zijn voor de schade die de pandhouder als gevolg van die handwijze lijdt. Het is de vraag of deze vingerwijzing van de Hoge Raad in het onderhavige geval soelaas zou hebben geboden. Weliswaar heeft de curator de regels niet in

acht genomen, maar dat vindt zijn grond in de voorafgaande discussie (voor de rechtbank) over het karakter van de vorderingen: waren zij verpand aan de bank of niet? De betreffende vorderingen vloeiden voort uit voor datum faillissement verrichte werkzaamheden die waren afgerond voor datum faillissement, maar nog niet waren gefactureerd. Over het antwoord op de vraag is uiteraard discussie mogelijk. Die zou gevoerd moeten kunnen worden, zonder dat dat meteen tot persoonlijke aansprakelijkheid van de curator leidt.

De A-G wijst in haar conclusie voor het arrest op de suggestie van Vriesendorp (zie anders) dat de bank zo nodig in kort geding kan vorderen dat de weigerachtige curator ieder bedrag waarover geschil bestaat op een depotrekening buiten de boedel onderbrengt. Op die manier wordt voorkomen dat de curator bij een uiteindelijk negatieve boedel en verlies van het geschil het ten onrechte geïncasseerde bedrag toch zou mogen gebruiken om zijn salaris te voldoen.

Coöperatieve Rabobank Sneek-Zuidwest Friesland U.A., te Sneek, eiseres tot cassatie, adv. mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk,

tegen

Mr. Robert Verdonk, in hoedanigheid van curator in het faillissement van Rapsody Shipyard B.V., te Heerenveen, verweerder in cassatie, niet verschenen.

Hoge Raad:

1 *Het geding in feitelijke instanties*

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

a. de vonnissen in de zaak 118205/HA ZA 12-56 van de Rechtbank Noord-Nederland van 23 mei 2012 en 23 januari 2013;

b. het arrest in de zaak 200.125.520/01 van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 12 augustus 2014.

(...)

2 *Het geding in cassatie*

Tegen het arrest van het hof heeft Rabobank beroep in cassatie ingesteld. (...)

Tegen de curator is verstek verleend.

De zaak is voor Rabobank toegelicht door haar advocaat.

De conclusie van de advocaat-generaal E.B. Rank-Berenschot strekt tot verwerping.

De advocaat van Rabobank heeft bij brief van 4 december 2015 op die conclusie gereageerd.

3 *Beoordeling van het middel*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Rapsody Shipyard B.V. (hierna: Rapsody) heeft een onderneming gevoerd die zich richtte op nieuwbouw en reparatie van (luxe) plezierjachten.

(ii) Rapsody heeft bij pandakte van 21 april 2009 (hierna: de stampandakte), geregistreerd bij de Belastingdienst op 7 mei 2009, ten gunste van Rabobank een pandrecht gevestigd op onder meer:

“3. Alle ten tijde van registratie van deze akte bestaande rechten/vorderingen van de pandgever op derden met alle daaraan verbonden rechten en zekerheden en alle rechten/vorderingen die worden verkregen uit ten tijde van de registratie van deze akte bestaande rechtsverhoudingen tussen de pandgever en derden, zoals deze onder meer blijken uit zijn administratie, correspondentie of andere gegevens van de pandgever (...), met alle daaraan verbonden rechten en zekerheden, en ter zake van alle bedoelde rechten/vorderingen de rechten uit verzekeringsovereenkomsten.”

(iii) Rabobank heeft periodiek pandlijsten van Rapsody ontvangen. De laatste pandlijst is op 4 april 2011 geregistreerd.

(iv) Op 12 april 2011 is Rapsody in staat van faillissement verklaard, met benoeming van de curator in die hoedanigheid.

(v) Op 14 april 2011 heeft Rabobank de curator op de hoogte gesteld van haar vordering op Rapsody, alsmede van de door Rapsody te haren gunste gevestigde zekerheden.

(vi) Op 19 april 2011 heeft Rabobank haar vordering ingediend in het faillissement van Rapsody. Verder heeft zij een kopie van de stampandakte en de laatst geregistreerde pandlijst aan de curator verstrekt en onder meer geschreven:

“Zoals aangegeven in voornoemde e-mail van 14 april jl. zal de bank de debiteurenincasso ter hand nemen. Graag ontvangen wij conform uw aankondiging op korte termijn van u de geactualiseerde debiteurenlijst. Als wij het goed hebben begrepen, was namelijk een deel van het op faillissementsdatum verrichte werk nog niet gefactureerd aan de klant. Dit zijn de vorderingen die, zoals hiervoor aangegeven, onder het pandrecht van de bank vallen. De bank gaat ervan uit dat deze vorderingen op de nieuwe debiteurenlijst staan vermeld. Na ontvangst van deze lijst, zal de bank ook deze debiteuren aanschrijven.”

(vii) Bij brief van 21 april 2011 aan Rabobank heeft de curator onder meer geschreven:

“(…) Daargelaten het antwoord op de vraag of de nog uit te factureren werkzaamheden rechtstreeks voortvloeien uit reeds bestaan-

de rechtsbetrekkingen ten tijde van het opmaken van de laatste pandlijsten (met betrekking tot sommige opdrachten moeten ook in het faillissement nog werkzaamheden worden verricht om überhaupt tot een uitfactureren te kunnen komen), deel ik uw visie niet dat m.b.t. het onderhanden werk dat na faillissementsdatum wordt uitgefactureerd de alsdan ontstane vorderingen onder het pandrecht van de bank vallen. (...) Anders dan u aanneemt, zullen de vorderingen m.b.t. de na faillissementsdatum door mij uitgefactureerde werkzaamheden dan ook niet op de debiteurenlijst (met de stand per faillissementsdatum) zoals ik u die ter hand zal stellen, staan vermeld. (...) Mochten er buiten deze (handels) debiteuren nog andere vorderingen zijn (hetgeen mij overigens niet bekend is) dan staat het de bank vrij in de administratie van de failliete vennootschap daarnaar onderzoek te verrichten.(...)”

(viii) De curator heeft facturen laten opstellen voor door Rapsody verrichte werkzaamheden die waren afgerond voor het faillissement, maar nog niet gefactureerd. Vervolgens is de curator overgegaan tot incasso van deze vorderingen.

3.2.1 In dit geding vordert Rabobank jegens de curator q.q., kort samengevat, een verklaring voor recht dat Rabobank een rechtsgeldig pandrecht heeft op de vorderingen van Rapsody op haar debiteuren en dat de curator deze vorderingen onrechtmatig heeft geïncasseerd en de opbrengst ervan aan de boedel ten goede heeft laten komen, alsmede de curator te veroordelen tot aftrek van deze opbrengst, primair zonder aftrek of omslag van kosten. Daarnaast heeft Rabobank jegens de curator pro se gevorderd een verklaring voor recht dat deze onrechtmatig heeft gehandeld jegens Rabobank door de aan haar verpande vorderingen ten bate van de boedel te incasseren, en veroordeling van de curator pro se tot betaling aan Rabobank van het deel van de aldus geïncasseerde bedragen waarvoor Rabobank geen verhaal vindt, alsmede tot vergoeding van een eventueel door haar te betalen deel van de faillissementskosten.

3.2.2 De rechtbank heeft voor recht verklaard dat alle vorderingen op de debiteuren van Rapsody rechtsgeldig aan Rabobank zijn verpand en de curator q.q. veroordeeld tot (door)betaling aan Rabobank van alle door hem in weerwil van dat pandrecht geïncasseerde bedragen, na aftrek van de door Rabobank te betalen bijdrage in de omslag/kosten van het faillissement en eventuele redelijke kosten van specificatie van de verpande vorderingen. De vorderingen tegen de curator pro se heeft zij afgewezen.

3.2.3 De curator heeft beroep en Rabobank incidenteel beroep tegen het vonnis van de rechtbank ingesteld. Het beroep van Rabobank strekt ertoe dat de curator q.q. wordt veroordeeld tot (door)betaling van alle door de curator in weerwil van het pandrecht van Rabobank geïncasseerde bedragen zonder enige aftrek van omslag/kosten. Rabobank heeft geen grief gericht tegen de afwijzing van haar vorderingen tegen de curator pro se.

3.2.4 Het hof heeft het beroep van de curator verworpen. Op het incidenteel beroep van Rabobank heeft het hof het bestreden vonnis vernietigd voor zover daarin de curator is veroordeeld tot doorbetaling aan Rabobank van de door de curator in weerwil van het pandrecht van Rabobank geïncasseerde bedragen na aftrek van omslag/kosten en heeft het de curator veroordeeld tot betaling aan Rabobank van de bedoelde bedragen (zonder aftrek). Het hof heeft, voor zover in cassatie van belang, overwogen:

“3.17. Voor zover de curator (...) betalingen op de verpande vorderingen heeft ontvangen, heeft Rabobank voor afdracht aan haar van het aldus ontvangene een boedelvordering met de aan haar pandrecht verbonden voorrang. (...).

3.18. Als gevolg van het onrechtmatig handelen van de curator, is een boedelschuld ontstaan ter hoogte van de door de curator ten onrechte geïncasseerde bedragen. Boedelschulden komen ten laste van de curator in diens hoedanigheid en dienen in beginsel – in geval van een negatieve boedel met inachtneming van de onderlinge rangorde van de boedelschulden – onmiddellijk door de curator worden voldaan. De boedelschulden vallen onder de algemene faillissementskosten. In zoverre slaagt de grief van de Rabobank dat zij ten onrechte is veroordeeld om een bijdrage te leveren in de algemene faillissementskosten. Nu echter niet wordt betwist dat er sprake is van een negatieve boedel en dus de baten onvoldoende zijn om alle schuldeiseres te voldoen, dienen allereerst de kosten van vereffening en executie te worden betaald. In zoverre dient Rabobank in ieder geval het salaris en de verschotten van de curator voor te laten gaan.

3.19. Voor zover Rabobank heeft beoogd te stellen dat de curator verplicht is zo spoedig mogelijk uit de beschikbare middelen van de boedel, voorafgaand aan de afwikkeling van de negatieve boedel, een bedrag te voldoen gelijk aan dat wat ten onrechte door de boedel is ontvangen overweegt het hof als volgt. Een zodanige verplichting is wel aangenomen voor het geval per vergissing aan de boedel door derden betalingen zijn gedaan (HR 5 september 1997, ECLI:NL:

HR:1997:ZC2419). Het hof is met de rechtbank van oordeel dat de curator niet het recht kan worden ontzegd om zijn betwisting van het (stil) pandrecht aan de rechter voor te leggen. In het systeem van de faillissementswet past niet dat indien blijkt dat de curator in rechte in het ongelijk wordt gesteld, de daaruit voortvloeiende vordering geheel buiten de boedel om wordt afgedaan. In die gevallen dat de curator onzorgvuldig handelt bij de uitoefening van zijn wettelijke taak tot beheer en vereffening van de boedel kan dit leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid jegens degenen in wier belang hij die taak uitoefent, te weten de (gezamenlijke) schuldeisers, en jegens derden met de belangen van wie hij bij de uitoefening van die taak rekening heeft te houden, zoals de gefailleerde.”

3.3.1 Het middel bestrijdt het oordeel van het hof dat, gelet op de negatieve boedel, allereerst de kosten van vereffening en executie dienen te worden betaald en dat Rabobank in zoverre in ieder geval het salaris en de verschotten van de curator dient te laten voorstaan.

3.3.2 Het hof heeft terecht geoordeeld dat in het onderhavige geval, waarin de curator op incasso van verpande vorderingen gerichte activiteiten heeft verricht, terwijl hij dat tegenover Rabobank als stille pandhouder had behoren na te laten, Rabobank voor afdracht aan haar van hetgeen de curator als gevolg daarvan heeft ontvangen een boedelvordering heeft met de aan haar pandrecht verbonden voorrang. Het middel bestrijdt voorts terecht niet het oordeel van het hof dat er geen grond bestaat de curator verplicht te achten zo spoedig mogelijk uit de beschikbare middelen van de boedel een bedrag te voldoen gelijk aan dat wat ten onrechte door de boedel is ontvangen (HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, rov. 4.3.3, NJ 2010/96 (*Hamm q.q./ABN AMRO*)).

3.3.3 Het middel betoogt dat in geval van een negatieve boedel de preferente boedelvordering van de (ex-)pandhouder voorgaat op de salarismvordering van de curator voor zover dat nodig is om te voorkomen dat de curator profiteert van zijn eigen onrechtmatig handelen. Onderdeel 1 voert daartoe aan dat op de regel uit het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger* (HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, NJ 1991/305) een uitzondering moet worden gemaakt voor zover het gaat om de verdeling van de opbrengst van de door de curator onrechtmatig geïnde vorderingen waarop het pandrecht van Rabobank rustte. Het andersluidende oordeel van het hof heeft tot gevolg dat het onrechtmatig handelen van de curator wordt beloond in de zin dat zijn salaris en verschotten betaald worden uit de opbrengst van de onrechtmatig geïnde vorderingen, terwijl die op-

brengt bij gebreke van onrechtmatig handelen door de curator niet (of hoogstens bij wijze van surplus na verhaal door de pandhouder) ter dekking van zijn salaris en verschotten beschikbaar zou zijn geweest. Dit geldt a fortiori voor zover het gaat om het salaris en de verschotten van de curator die zijn gemoeid met het voeren van de onderhavige procedure, waaronder het voeren van het door het hof terecht verworpen standpunt dat Rabobank geen pandrecht zou hebben op de onderhavige vorderingen, aldus het onderdeel.

3.3.4 Ingevolge art. 3:277 BW hebben schuldeisers onderling een gelijk recht om, na voldoening van de kosten van executie, uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang. Ten aanzien van boedelschulden is in het hiervoor in 3.3.3 genoemde arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger* overwogen:

“(…) dat, zo het actief van de boedel niet toereikend is om alle boedelschulden te voldoen, die schulden in beginsel naar evenredigheid van de omvang van elke schuld moeten worden voldaan, behoudens de daarvoor geldende wettelijke redenen van voorrang. Dit laatste is niet alleen van belang voor de voorrechten van de ontvanger en de bedrijfsvereniging, doch bepaalt ook de rang die toekomt aan hetgeen in geval van faillissement kan gelden bedoeld in art. 1195 onderdeel 1e BW, dan wel – in het tot een gelijk resultaat leidende stelsel van titel 10 van Boek 3 NBW – als kosten van executie en vereffening die zijn gemaakt, en vooraf uit de opbrengst moeten worden voldaan, teneinde de ‘netto-opbrengst’ te verkrijgen, die onder de daarvoor in aanmerking komende schuldeisers moet worden verdeeld. Onder die kosten vallen in elk geval het salaris en de verschotten van curatoren, zoals ook strookt met het bepaalde in art. 250 Fw.”

Anders dan het onderdeel betoogt, dient deze regel ook toepassing te vinden in een geval waarin het boedelactief mede bestaat in de opbrengst van verpande vorderingen die door de curator onrechtmatig zijn geïncasseerd. Weliswaar kan dit tot het onwenselijke resultaat leiden dat de curator de door hem gemaakte kosten van executie en vereffening – waaronder zijn salaris – kan verhalen ten koste van de pandhouder wiens rechten en verhaalsmogelijkheden hij heeft gefrustreerd en die zonder die handelwijze van de curator niet ten laste van de pandhouder zouden zijn gekomen, maar daarin is geen grond gelegen om het wettelijk preferentiestelsel opzij te zetten.

3.3.5 Het voorgaande laat onverlet dat, zoals aan het slot van rov. 4.3.3 van het arrest *Hamm*

q.q./ABN AMRO is overwogen, een handelwijze van de curator in strijd met de in dat arrest gegeven regels tot zijn persoonlijke aansprakelijkheid kan leiden (zie voor de maatstaf voor die aansprakelijkheid: HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 (*Maclou*) en HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, NJ 2012/515). In laatstgenoemd arrest heeft de Hoge Raad dienaangaande overwogen:

“3.4.2 (...) De faillissementscurator kan wegens een onzorgvuldige uitoefening van zijn wettelijke taak tot beheer en vereffening van de boedel persoonlijk aansprakelijk zijn jegens degenen in wier belang hij die taak uitoefent, te weten de (gezamenlijke) schuldeisers, en jegens derden met de belangen van wie hij bij de uitoefening van die taak rekening heeft te houden, zoals de gefailleerde. Voor zover de faillissementscurator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels, komt hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toe. (...)”

3.4.3 De norm van het *Maclou*-arrest ziet op genoemde persoonlijke aansprakelijkheid van de curator wegens een onjuiste taakuitoefening in een geval dat de in 3.4.2 bedoelde vrijheid voor hem bestond. (...) Voor persoonlijke aansprakelijkheid is (...) vereist dat de curator ook persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt van zijn handelen. Daarvoor is vereist dat hij gehandeld heeft terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijze behoorde in te zien.”

In het arrest *Hamm q.q./ABN AMRO* zijn in de rov. 4.2.1 en 4.2.2 regels gegeven voor de inning van stil verpande vorderingen. In zoverre komt de curator geen vrijheid toe. Indien hij de desbetreffende regels niet in acht neemt handelt hij niet zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht en zal hij persoonlijk aansprakelijk kunnen zijn voor de schade die de pandhouder als gevolg van die handelwijze lijdt.

3.3.6 Uit het voorgaande volgt dat onderdeel 1 faalt.

3.4 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Rabobank in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de curator begroot op nihil.

Conclusie A-G mr. E.B. Rank-Berenschot:

In deze faillissementszaak heeft het hof geoordeeld dat thans eiseres tot cassatie (hierna: Rabobank) een pandrecht had op de vorderingen van haar pandgever ter zake van vóór de faillietverklaring van de pandgever verrichte, maar eerst na de faillietverklaring door de curator gefactureerde werkzaamheden. Voorts heeft het hof vastgesteld dat thans verweerder in cassatie (hierna: de curator) onrechtmatig heeft gehandeld door, nadat Rabobank had laten weten zelf de incasso van deze vorderingen ter hand te willen nemen, te weigeren de benodigde gegevens te verstrekken en vervolgens actief de verpande vorderingen te innen. Ten slotte is geoordeeld dat Rabobank voor afdracht aan haar van het door de curator ontvangen een boedelvordering met de aan haar pandrecht verbonden voorrang heeft. Deze oordelen zijn in cassatie niet bestreden.

In cassatie gaat het uitsluitend nog om de vraag naar de rangorde van genoemde boedelvordering ten opzichte van het salaris van de curator indien sprake is van een negatieve boedel. Dient de bank/ex-pandhouder het salaris en de verschotten van de curator voor te laten gaan in die zin dat eerst het salaris en de verschotten van de curator worden voldaan voordat het tot uitkering aan de bank komt, of is de curator gehouden de geïncasseerde bedragen integraal aan de bank/ex-pandhouder af te dragen?

1 Feiten en procesverloop

1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten:¹

a) Rapsody Shipyard B.V. (hierna: Rapsody) heeft een onderneming gevoerd die zich richtte op nieuwbouw en reparatie van (luke) plezierjachten.

b) Op 25 maart 2009 heeft Rapsody (destijds statutair genaamd Butlanvier B.V.) – samen met een aantal gelieerde vennootschappen – met Rabobank een kredietovereenkomst gesloten. Conform deze kredietovereenkomst rustte op Rapsody de verplichting om een pandrecht op onder meer huidige en toekomstige vorderingen op derden te vestigen ten gunste van Rabobank. De kredietovereenkomst is geregistreerd bij de Belastingdienst op basis van art. 5 Registratiewet 1970 in verbinding met art. 4 onderdeel c Uitvoeringsbeschikking Registratiewet 1970.

c) Rapsody heeft bij pandakte d.d. 21 april 2009² (hierna: de stampandakte), geregistreerd bij de Belastingdienst op 7 mei 2009, ten

gunste van Rabobank een hiervoor onder b) bedoeld pandrecht gevestigd op onder meer:

“3. Alle ten tijde van registratie van deze akte bestaande rechten/vorderingen van de pandgever op derden met alle daaraan verbonden rechten en zekerheden en alle rechten/ vorderingen die worden verkregen uit ten tijde van de registratie van deze akte bestaande rechtsverhoudingen tussen de pandgever en derden, zoals deze onder meer blijken uit zijn administratie, correspondentie of andere gegevens van de pandgever, daaronder begrepen intercompanyvorderingen, regresvorderingen, vorderingen in rekening-courant en rechten die de pandgever jegens derden kan uitoefenen krachtens art. 2:403 BW, met alle daaraan verbonden rechten en zekerheden, en ter zake van alle bedoelde rechten/vorderingen de rechten uit verzekeringsovereenkomsten.”

d) Rabobank heeft periodiek pandlijsten van Rapsody ontvangen. De laatste pandlijst d.d. 1 april 2011 is op 4 april 2011 geregistreerd.

e) Op 6 april 2011 heeft V.H. Oenema, accountmanager bij Rabobank, een e-mail gestuurd aan S. Davarci, directeur van een aan Rapsody gelieerde vennootschap, en de navolgende informatie verzocht. In hoofdletters zijn de vragen namens hem beantwoord.

“Zoals vanochtend besproken ontvangen wij graag de onderstaande informatie zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk vrijdag 8 april.

- Lijst met debiteuren en nog te factureren opdrachten van Rapsody Shipyard
GAAT NIET LUKKEN

- Overzicht van Winterberging Heeg, waarin de onderstaande punten zijn opgenomen:

- Aantal schepen die in de winterberging liggen en kosten en tijdsplanning voor het ter waterlaten van deze schepen; DIT KAN OP BASIS VAN SCHATTING

- Kosten nog uit te voeren reparaties die nodig zijn voordat de schepen het water in gaan;

GAAT NIET LUKKEN

- Opbrengsten die in cash op de rekening komen betreffende bovengenoemde acties; GAAT NIET LUKKEN

- Overzicht crediteuren van Y-land en al haar dochtermaatschappijen; BOEKHOUDING MOET NOG INGEVOERD WORDEN VANAF JANUARI (...)

f) Op 12 april 2011 is Rapsody door de rechtbank Leeuwarden in staat van faillissement verklaard, met benoeming van mr. Verdonk tot curator.

g) Op 14 april 2011 heeft Rabobank de curator op de hoogte gesteld van haar vordering op Rapsody, alsmede van de zekerheden die Rapsody heeft gevestigd ten gunste van Rabobank.

1 Ontleend aan rov. 3.2 van het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 12 augustus 2014.

2 Productie 3 bij inleidende dagvaarding.

h) Op 19 april 2011 heeft Rabobank haar vordering ingediend in het faillissement van Rapsody. Verder heeft Rabobank een kopie van de stampandakte en de laatst geregistreerde pandlijst aan de curator verstrekt. Voorts schrijft Rabobank in haar brief, onder meer:

“Zoals aangegeven in voornoemde e-mail van 14 april jl. zal de bank de debiteurenincasso ter hand nemen. Graag ontvangen wij conform uw aankondiging op korte termijn van u de geactualiseerde debiteurenlijst. Als wij het goed hebben begrepen, was namelijk een deel van het op faillissementsdatum verrichte werk nog niet gefactureerd aan de klant. Dit zijn de vorderingen die, zoals hiervoor aangegeven, onder het pandrecht van de bank vallen. De bank gaat ervan uit dat deze vorderingen op de nieuwe debiteurenlijst staan vermeld. Na ontvangst van deze lijst, zal de bank ook deze debiteuren aanschrijven.

Alvast onze dank voor het toezenden van de debiteurenlijst. Eventuele (redelijke) kosten zullen door ons aan u worden vergoed.”

i) Bij brief van 21 april 2011 heeft de curator aan Rabobank onder meer geschreven:

“(…) Daargelaten het antwoord op de vraag of de nog uit te factureren werkzaamheden rechtstreeks voortvloeiën uit reeds bestaande rechtsbetrekkingen ten tijde van het opmaken van de laatste pandlijsten (met betrekking tot sommige opdrachten moeten ook in het faillissement nog werkzaamheden worden verricht om überhaupt tot een uitfactureren te kunnen komen), deel ik uw visie niet dat m.b.t. het onderhanden werk dat na faillissementsdatum wordt uitgefactureerd de alsdan ontstane vorderingen onder het pandrecht van de bank vallen. (...) Anders dan u aanneemt, zullen de vorderingen m.b.t. de na faillissementsdatum door mij uitgefactureerde werkzaamheden dan ook niet op de debiteurenlijst (met de stand per faillissementsdatum) zoals ik u die ter hand zal stellen, staan vermeld (...) Mochten er buiten deze (handels) debiteuren nog andere vorderingen zijn (hetgeen mij overigens niet bekend is) dan staat het de bank vrij in de administratie van de failliete vennootschap daarnaar onderzoek te verrichten.(...)”

j) Op 9 mei 2011 is er een geactualiseerde debiteurenlijst per faillissementsdatum opgesteld.

k) Op 13 mei 2011 schrijft de curator aan Rabobank, onder meer:

“(…) Door de curator uitgefactureerde werkzaamheden in een faillissement behoren niet tot de administratie van de failliet. Reeds uit dien hoofde meen ik dat het kwestieus is of ik gehouden ben afschriften van de betreffende facturen aan de bank ter

hand te stellen. (...) Tenslotte meen ik dat de gehoudenheid tot het verschaffen van inlichtingen wel impliceert dat de stille pandhouder dan ook inderdaad pandhouder is. Dat laatste wordt nu juist door mij betwist.”

l) De curator heeft na datum faillissement facturen laten opstellen voor de verrichte werkzaamheden door Rapsody die zijn afgerond vóór datum faillissement, maar die nog niet waren gefactureerd. Vervolgens is de curator overgegaan tot incasso van deze vorderingen door middel van de opgestelde facturen.

m) Op 16 november 2011 heeft S. Davarci, directeur van de aan Rapsody gelieerde vennootschappen, op verzoek van een advocaat van Rabobank geschreven:

“Op het moment van het faillissement was de orders nog niet volledig in orde ivm weggaan van Robert de planer en zijn plaats vervanger was ziek. Dus Jacalinie moest alles in halen en daar heeft de bank ook om gevraagd toen faillissement er kwam was Jacalinie nog niet eens aan begonnen. De curator heeft daarna Jacalinie aangesteld om alle in oorde te maken en dat heeft 2 maanden geduurd.”

1.2 Rabobank heeft de curator q.q. en pro se gedagvaard voor de Rechtbank Noord-Nederland en – na wijziging van eis – gevorderd dat de rechtbank:

I. voor recht verklaart dat een vordering op de debiteur van Rapsody is ontstaan ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, waarin de verplichting tot betaling is opgenomen;

II. voor recht verklaart dat alle vorderingen op de debiteuren van Rapsody, nu deze zijn ontstaan door het sluiten van de betreffende overeenkomsten voorafgaand aan de faillietverklaring van Rapsody en derhalve voortvloeiën uit reeds ten tijde van het faillissement bestaande rechtsverhoudingen, rechtsgeldig verpand zijn aan Rabobank en de opbrengst van de geïncasseerde debiteurenvorderingen toekomt aan Rabobank;

III. voor recht verklaart dat de curator onrechtmatig c.q. ten onrechte deze verpande (deel)vorderingen heeft geïncasseerd en de opbrengst aan de boedel heeft toegeëigend;

IV. de curator veroordeelt, tegen behoorlijk bewijs van kwijting, tot (door)betaling aan Rabobank van alle door de curator in weerwil van het pandrecht van Rabobank geïncasseerde bedragen, zonder aftrek van en/of omslag van enige kosten, dan wel de curator veroordeelt tot (door)betaling aan Rabobank na aftrek van en/of omslag van enige kosten;

V. de curator veroordeelt in de kosten van de onderhavige procedure, te vermeerderen met de wettelijke rente over de proceskosten vanaf veertien dagen na betekening van het in dezen te wijzen vonnis;

VI. voor recht verklaart dat Verdonk (de curator pro se) onrechtmatig heeft gehandeld jegens Rabobank door deze verpande (deel) vorderingen te incasseren en de opbrengst aan de boedel toe te eigenen;

VII. Verdonk (de curator pro se) veroordeelt, tegen behoorlijk bewijs van kwijting, tot betaling aan Rabobank van alle door de curator in weerwil van het pandrecht van Rabobank geïncasseerde bedragen, dan wel voor zover de curator onvoldoende verhaal biedt, Verdonk (de curator pro se) veroordeelt tot betaling van hetgeen alsdan nog verschuldigd blijft, alsmede Verdonk (de curator pro se) veroordeelt, indien de curator ex art. 182 Fw, gehouden is om bij betaling uit de boedel aan Rabobank over te gaan tot omslag van de faillissementskosten, tot vergoeding van deze kosten aan Rabobank;

VIII. Verdonk (de curator pro se) veroordeelt in de kosten van de onderhavige procedure, te vermeerderen met de wettelijke rente over de proceskosten vanaf veertien dagen na betekening van het in dezen te wijzen vonnis. Rabobank heeft aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat de vorderingen die zijn ontstaan uit hoofde van werkzaamheden die door Rapsody zijn verricht voor datum faillissement, aan haar zijn verpand. Nu de curator is overgegaan tot incassering van deze vorderingen, frustreert de curator de rechten van Rabobank. Door voorts geen gehoor te geven aan het verzoek de debiteurenincasso te staken, dan wel de opbrengst te separeren totdat de discussie tussen partijen is beslecht, is Verdonk tevens pro se aansprakelijk jegens Rabobank.³

1.3 De curator heeft gesteld, kort gezegd, dat Rabobank geen pandhouder is ten aanzien van de vorderingen op debiteuren van Rapsody die na faillissementsdatum door de curator zijn gefactureerd en tot facturering waarvan eerst kon worden overgegaan nadat de curator de administratie van Rapsody heeft laten bijwerken.⁴ Tot verweer tegen zijn aansprakelijkheid pro se heeft de curator aangevoerd, onder meer, dat het geschil een aantal juridische kwesties betreft waarvoor geen precedent in de rechtspraak te vinden is.⁵

1.4 Bij eindvonnis van 23 januari 2013⁶ heeft de rechtbank geoordeeld dat Rabo een geldig pandrecht heeft verkregen op de na faillietverklaring gefactureerde vorderingen (rov. 4.2-4.18). Zij heeft het gevorderde onder I afgevoerd en het gevorderde onder II, III en V toe-

gewezen. Wat betreft het onder IV gevorderde heeft de rechtbank overwogen dat Rabobank dient mee te dragen in de (omslag)kosten van het faillissement en dat eventuele redelijke kosten van specificatie van de verpande vorderingen aan de hand van de administratie van Rapsody ten laste van Rabobank komen (rov. 4.19). Zij heeft derhalve de curator veroordeeld tot (door)betaling aan Rabobank van alle door de curator in weerwil van het pandrecht van Rabobank geïncasseerde bedragen na aftrek van omslag/kosten (dictum, rov. 5.3).

De vorderingen van Rabobank met betrekking tot de veroordeling van Verdonk pro se (de vorderingen VI tot en met VIII) zijn afgewezen met veroordeling van Rabobank in de proceskosten van Verdonk pro se.⁷

1.5 De curator is van het eindvonnis in hoger beroep gekomen bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en heeft gevorderd dat het gerechtshof, uitvoerbaar bij voorraad, het vonnis waarvan beroep uitsluitend voor zover gewezen tegen de curator q.q. vernietigt alsmede de vorderingen van de bank in eerste aanleg alsnog afwijst met veroordeling van de bank in de kosten van de procedures in beide instanties voor zover tegen de curator q.q. gewezen.⁸

1.6 Rabobank heeft incidenteel hoger beroep ingesteld tegen het eindvonnis en – kort gezegd – gevorderd uitvoerbaar bij voorraad de curator q.q. te veroordelen tot (door)betaling aan Rabobank van alle door de curator in weerwil van het pandrecht van Rabobank geïncasseerde bedragen zonder enige aftrek van omslag/kosten, dit voorts met veroordeling van de curator q.q. in de kosten van het incidentele appel.⁹ Tegen de afwijzing door de rechtbank van de vorderingen tegen de curator pro se heeft Rabobank niet incidenteel gegriefd, zodat de vraag naar de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator aan de beoordeling door het hof is onttrokken.¹⁰

1.7 In zijn arrest van 12 augustus 2014¹¹ heeft het hof de grieven van de curator in het principaal appel verworpen. Het hof oordeelt evenals de rechtbank dat de vorderingen op de debiteuren uit hoofde van de door Rapsody vóór faillissementsdatum verrichte werkzaamheden onder het pandrecht van Rabobank vielen (rov. 3.4-3.12).

1.8 De grief in incidenteel beroep slaagt volgens het hof deels (rov. 3.13-3.20). Het hof

⁷ Rov. 3.3.3 van het bestreden arrest.

⁸ Rov. 2.3 van het bestreden arrest.

⁹ Rov. 2.4 van het bestreden arrest.

¹⁰ Rov. 3.3.3 van het bestreden arrest. Volgens Rabobank is abusievelijk geen appel ingesteld tegen de afwijzing van de vorderingen jegens de curator pro se en bestaat wel degelijk grond voor aansprakelijkheid (s.t., nr. 19).

¹¹ Hof Arnhem-Leeuwarden 12 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6338, RI 2014/94; JOR 2015/51, m.nt. N.E.D. Faber.

³ Rov. 3.3.1 van het bestreden arrest. Vgl. rov. 4.2. van het vonnis van 23 januari 2013.

⁴ Rov. 3.3.2 van het bestreden arrest. Vgl. rov. 4.3 van het vonnis van 23 januari 2013.

⁵ Rov. 4.22 van het vonnis van 23 januari 2013.

⁶ Rb. Noord-Nederland 23 januari 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ0166, RI 2013/74.

heeft onderdeel 5.3 van het dictum van het vonnis van de Rechtbank Noord-Nederland van 23 januari 2013 vernietigd voor zover daarin de curator is veroordeeld tot doorbetaling aan Rabobank van de door de curator in weerwil van het pandrecht van Rabobank geïncasseerde bedragen na aftrek van omslag/kosten en heeft, in zoverre opnieuw rechtdoende, de curator veroordeeld tot betaling aan Rabobank van alle door de curator in weerwil van het pandrecht van Rabobank geïncasseerde bedragen, met bekrachtiging van het vonnis voor het overige.

1.9 Hiertoe heeft het hof als volgt overwogen:

“3.13. De grief van Rabobank richt zich tegen overweging 4.19 in het vonnis van de rechtbank van 23 januari 2013. Die overweging luidt: ‘(...) De rechtbank zal wel toewijzen de onder IV gevorderde veroordeling van de curator, tegen behoorlijk bewijs van kwijting, tot (door)betaling aan de Rabobank van alle door de curator in weerwil van het pandrecht van de Rabobank geïncasseerde bedragen, zij het na aftrek van omslag/kosten. Voor zover de Rabobank vordert dat deze afdracht zonder enige aftrek van kosten/omslag zal geschieden, wordt deze vordering afgewezen. Uit HR 30 oktober 2009, *RvdW 2009/1271 (Hamm q.q/ABN AMRO, 4.3.3.)* volgt dat de Rabobank dient mee te dragen in de (omslag) kosten van het faillissement. Uit datzelfde arrest (r.o. 4.2.2.) volgt voorts dat de curator gerechtigd is om van de pandhouder te verlangen dat hij de boedel de kosten vergoedt die de curator in redelijkheid heeft gemaakt voor het verschaffen van de gegevens of het verlenen van inzage in de administratie. Aangezien de onderhavige verpande vorderingen pas (achteraf) konden worden gespecificeerd in opdracht van de curator aan de hand van de administratie van Rapsody zijn eventuele kosten die daarmee redelijkerwijs verband houden, naar het oordeel van de rechtbank verschuldigd geworden door de Rabobank.’

3.14. Rabobank heeft in de toelichting op haar grief gesteld dat zij ten onrechte is veroordeeld tot een bijdrage in de (algemene) kosten van het faillissement. Zij acht voorts een vergoeding aan de curator/boedel voor de kosten voor het uitzoeken en factureren van de aan haar verpande vorderingen niet redelijk, nu het haar door de opstelling van de curator onmogelijk werd gemaakt zelf de incasso ter hand te nemen en mededeling te doen van haar pandrecht aan de debiteuren en zij geen enkele invloed heeft kunnen uitoefenen op de door de curator gemaakte kosten.

3.15. De curator heeft aangevoerd dat de vordering van Rabobank is gebaseerd op

een onrechtmatige daad van de curator hetgeen bij toewijzing leidt tot een concurrente boedelvordering. Dit maakt dat het omslagsysteem van art. 182 Fw niet van toepassing is, maar Rabobank wel de hoger gerangschikte boedelcrediteuren voor moet laten gaan, waaronder de curator met zijn salarisvordering.

3.16. Hiervoor is vastgesteld dat de door de curator uitgefactureerde vorderingen van de door Rapsody verrichte werkzaamheden onder het pandrecht van Rabobank vielen. De Rabobank heeft twee dagen na het uitspreken van het faillissement aan de curator laten weten de incasso van de vorderingen zelf ter hand te willen nemen. De curator heeft gesteld (toelichting op grief 2) dat hij de bank als pandhouder na faillissementsdatum meteen in de gelegenheid heeft gesteld om zelf de administratie van Rapsody in te zien. Rabobank heeft betwist dat zij ongeclausuleerd toegang heeft gekregen tot de door haar benodigde gegevens. De curator heeft, zo stelt Rabobank, geen inzage gegeven in het deel van de administratie waarop naar zijn mening geen pandrecht van de bank rustte. Dit deel zag op de werkzaamheden die de curator had laten verrichten met betrekking tot de facturering van door Rapsody verrichte werkzaamheden. Het hof is van oordeel dat dit laatste onder meer blijkt uit het hier(voor) onder 3.2.9. en 3.2.11.¹² weergegeven citaten uit de brieven van de curator aan Rabobank, waarin de curator aangeeft dat Rabobank ‘buiten deze (handels)debiteuren’ onderzoek kan doen in de administratie. Het feit dat de curator zich later op het standpunt stelde ‘niets had de bank eraan in de weg gestaan om reeds toen inzage in de administratie van de failliet te nemen ook m.b.t. de projectadministratie e.d.’ (onder meer CvA noot 17) is in dit verband van onwaarde, nu de curator daarvoor had aangegeven dat daarbuiten zouden worden gehouden de na faillissementsdatum gefactureerde werkzaamheden. Dit betekent dat de curator heeft geweigerd, hoewel daartoe verplicht, de benodigde gegevens te verstrekken. De curator is vervolgens actief de verpande vorderingen gaan incasseren. Daarmee is de nagenoeg exclusieve bevoegdheid van de pandhouder doorkruist om in geval van faillissement van de pandgever – alsof dit er niet was (art. 57 Fw) – voldoening van de verpande vorderingen te eisen en betalingen in ontvangst te nemen. Dit handelen van de curator jegens de pandhouder dient als onrechtmatig te worden beschouwd.

¹² Zie deze conclusie onder 1.1-i en 1.1-k.

3.17. Voor zover de curator als gevolg daarvan betalingen op de verpande vorderingen heeft ontvangen, heeft Rabobank voor afdracht aan haar van het aldus ontvangene een boedelvordering met de aan haar pandrecht verbonden voorrang. In faillissement is de curator in beginsel gerechtigd om van de stille pandhouder te verlangen dat hij de boedel de kosten vergoedt die de curator in redelijkheid heeft gemaakt voor het verschaffen van de bedoelde gegevens of het verlenen van inzage. Gelet op het feit dat is vastgesteld dat de curator Rabobank geen ongeclausuleerde inzage heeft willen geven en daarmee grotendeels de mogelijkheid heeft ontnomen zelf de incasso ter hand te nemen acht het hof naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar om de door de curator opgevoerde kosten aan Rabobank in rekening te brengen.

3.18. Als gevolg van het onrechtmatig handelen van de curator, is een boedelschuld ontstaan ter hoogte van de door de curator ten onrechte geïncasseerde bedragen. Boedelschulden komen ten laste van de curator in diens hoedanigheid en dienen in beginsel – in geval van een negatieve boedel met inachtneming van de onderlinge rangorde van de boedelschulden – onmiddellijk door de curator worden voldaan. De boedelschulden vallen onder de algemene faillissementskosten. In zoverre slaagt de grief van de Rabobank dat zij ten onrechte is veroordeeld om een bijdrage te leveren in de algemene faillissementskosten. Nu echter niet wordt betwist dat er sprake is van een negatieve boedel en dus de baten onvoldoende zijn om alle schuldeiseres te voldoen, dienen allereerst de kosten van vereffening en executie te worden betaald. In zoverre dient Rabobank in ieder geval het salaris en de verschotten van de curator voor te laten gaan.

3.19. Voor zover Rabobank heeft beoogd te stellen dat de curator verplicht is zo spoedig mogelijk uit de beschikbare middelen van de boedel, voorafgaand aan de afwikkeling van de negatieve boedel, een bedrag te voldoen gelijk aan dat wat ten onrechte door de boedel is ontvangen overweegt het hof als volgt. Een zodanige verplichting is wel aangenomen voor het geval per vergissing aan de boedel door derden betalingen zijn gedaan (HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419). Het hof is met de rechtbank van oordeel dat de curator niet het recht kan worden ontzegd om zijn betwisting van het (stil) pandrecht aan de rechter voor te leggen. In het systeem van de faillissementswet past niet dat indien blijkt dat de curator in rechte in het ongelijk wordt

gesteld, de daaruit voortvloeiende vordering geheel buiten de boedel om wordt afgedaan. In die gevallen dat de curator onzorgvuldig handelt bij de uitoefening van zijn wettelijke taak tot beheer en vereffening van de boedel kan dit leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid jegens degenen in wier belang hij die taak uitoefent, te weten de (gezamenlijke) schuldeisers, en jegens derden met de belangen van wie hij bij de uitoefening van die taak rekening heeft te houden, zoals de gefailleerde.”

1.10 Rabobank heeft – tijdig¹³ – beroep in cassatie ingesteld. De curator is in cassatie niet verschenen. Tegen hem is verstek verleend. Rabobank heeft de zaak schriftelijk toegelicht.

2 Beoordeling van het cassatieberoep

2.1 Het cassatieberoep van de Rabobank richt zich volgens de dagvaarding (p. 3–4) tegen de (hiervoor onder 1.9 weergegeven) rechtsoverwegingen 3.18 en 3.19 (vgl. s.t., nr. 10). Op de keper beschouwd lijkt echter met name te worden opgekomen tegen het oordeel in rov. 3.18 (slot) dat, gelet op de negatieve boedel, allereerst de kosten van vereffening en executie dienen te worden betaald en in zoverre Rabobank in ieder geval het salaris en de verschotten van de curator dient voor te laten gaan (s.t., nr. 13).

Inzet van het cassatieberoep is dat in het geval van een negatieve boedel de preferente boedelvordering van de (ex) pandhouder voor gaat op de salarismvordering van de curator voor zover dat nodig is om te voorkomen dat de curator profiteert van zijn eigen onrechtmatig handelen (s.t., nr. 37).

Het middel omvat zes onderdelen, die even zovele ‘routes’ schetsen om het gewenste resultaat te bereiken (s.t., nr. 43).

2.2 Onderdeel 1 betoogt dat voor zover sprake is van een dusdanig negatieve boedel dat de boedelvordering van Rabobank ondanks haar hoge voorrang (arrest, rov. 3.17) niet (geheel) voldaan kan worden wanneer vooraf het salaris en de verschotten van de curator in mindering worden gebracht, op de regel uit het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger* (HR 28 september 1990, NJ 1991/305) een uitzondering moet worden gemaakt voor zover het gaat om de verdeling van de opbrengst van de door de curator onrechtmatig geïnde vorderingen waarop het pandrecht van Rabobank rustte (vgl. s.t., nr. 43). Het andersluidende oordeel van het hof heeft tot gevolg dat het onrechtmatig handelen van de curator wordt beloond in de zin dat zijn salaris en verschotten betaald worden uit de opbrengst van de onrechtmatig geïnde vorderingen, terwijl die opbrengst bij gebreke van

¹³ De cassatiedagvaarding is op 12 november 2014 uitgebracht.

onrechtmatig handelen door de curator niet (of hoogstens bij wijze van surplus na verhaal door de pandhouder) ter dekking van zijn salaris en verschotten beschikbaar zou zijn geweest. Dit geldt a fortiori voor zover het gaat om het salaris en de verschotten van de curator die zijn gemoeid met het voeren van de onderhavige procedure, waaronder het voeren van het door het hof terecht verworpen standpunt dat Rabobank geen pandrecht zou hebben op de litigieuze vorderingen. Door dit een en ander te miskennen heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, aldus het onderdeel.

Volgens onderdeel 2 heeft Rabobank als (voormalig) zekerheidsgerechtigde een goederenrechtelijk geaarde ('separatistische') aanspraak op de opbrengst van de verpande vorderingen.¹⁴ Wanneer sprake is van een dusdanig negatieve boedel dat het salaris en de verschotten van de curator niet uit het overige boedelactief kunnen worden voldaan, behoort de curator vanwege deze goederenrechtelijk geaarde aanspraak van Rabobank de opbrengst van de verpande vordering geheel af te dragen aan Rabobank zonder op die opbrengst vooraf zijn salaris en verschotten in mindering te brengen (vgl. s.t., nr. 43). Door dit een en ander te miskennen zou het hof hebben blijkgegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

Onderdeel 3 betoogt dat, gelet op de omstandigheid dat Rabobank daardoor een boedelvordering met de aan haar pandrecht verbonden voorrang heeft, Rabobank pas daadwerkelijk schade lijdt ten gevolge van de onrechtmatige inning van de aan Rabobank verpande vorderingen, indien en voor zover de curator zou besluiten de boedelvordering van Rabobank niet te voldoen, omdat de boedel na inhouding van zijn salaris en verschotten leeg is. Juist die inhouding zou tot onrechtmatig veroorzaakte schade van Rabobank leiden. Om deze reden moet de curator inhouding van zijn salaris en verschotten achterwege laten voor zover het gaat om het uitbetalen van de opbrengst van de onrechtmatig geïnde vorderingen. De curator moet op grond van art. 3:296 BW veroordeeld worden om de opbrengst van de onrechtmatige geïnde vorderingen zonder aftrek van zijn salaris en verschotten aan Rabobank af te dragen, teneinde te voorkomen dat de onrechtmatige daad van de curator tot schade bij Rabobank leidt. In ieder geval dient de curator de (toekomstige) schade van Rabobank op grond van art. 6:103 BW in natura te vergoeden door af te zien van het vooraf inhouden van zijn salaris en verschotten op de opbrengst van de onrechtmatige geïnde vorderingen (vgl.

s.t., nr. 43). Door dit een en ander te miskennen heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, aldus het middel.

Volgens onderdeel 4 zou de boedel door het onrechtmatig handelen van de curator onrechtvaardig worden verrijkt indien de curator het recht zou hebben, zoals het hof ten onrechte heeft geoordeeld, om zijn salaris en verschotten te voldoen uit de opbrengst van de verpande vorderingen en vervolgens tot de conclusie te komen dat de boedel leeg is, zodat Rabobank als crediteur van een boedelvordering met de aan haar pandrecht verbonden voorrang (geheel of gedeeltelijk) onbetaald blijft. Deze ongerechtvaardigde verrijking behoort te worden voorkomen dan wel ongedaan gemaakt, doordat de curator het recht wordt ontzegd zijn salaris en verschotten vooraf uit die opbrengst te voldoen (vgl. s.t., nr. 43). Door dit te miskennen heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

Onderdeel 5 klaagt dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat in het onderhavige geval de regel uit het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger* toegepast zou moeten worden voor zover het gaat om de verdeling van de opbrengst van de door de curator onrechtmatig geïnde vorderingen waarop het pandrecht van Rabobank rustte (vgl. s.t., nr. 43). Het is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid immers onaanvaardbaar dat de curator voordeel zou hebben van het onrechtmatig innen van deze vorderingen, doordat de opbrengst van deze vorderingen wordt gebruikt om zijn salaris en verschotten te voldoen. Daardoor zou de curator voor zijn onrechtmatig gedrag worden beloond. Dit geldt a fortiori voor zover het gaat om het salaris en de verschotten van de curator die zijn gemoeid met het voeren van de onderhavige procedure, waaronder het voeren van het door het hof terecht verworpen standpunt dat Rabobank geen pandrecht zou hebben op de litigieuze vorderingen. Ook dit zou het hof hebben miskend.

Onderdeel 6 betoogt dat, voor zover het hof de in de onderdelen 1 tot en met 5 genoemde rechtsregels niet heeft miskend, zijn oordeel dat Rabobank het salaris en de verschotten van de curator voor moet laten gaan, onbegrijpelijk althans ontoereikend gemotiveerd is (vgl. s.t., nr. 43). Uit het thans meest recente voorlopig financieel eindverslag d.d. 4 september 2014 blijkt dat het totaal van de onrechtmatig geïnde vorderingen € 33.368,66 bedraagt, dat het totaal van de baten € 53.083,87 bedraagt en dat het voorschot salaris curator € 50.300,87 bedraagt. Deze toestand van de boedel betekent dat 's hofs oordeel dat uit de opbrengst van de onrechtmatig geïnde vorderingen waarop het pandrecht van Rabobank rustte, eerst het salaris en de verschotten van de curator moeten worden voldaan, tot gevolg heeft dat het salaris

¹⁴ Het onderdeel verwijst naar de noot van F.M.J. Verstijlen, nr. 10, onder HR 25 februari 2011, NJ 2012/74 (*ING/Hielkema q.q.*).

van de curator grotendeels (namelijk voor meer dan 62%) wordt voldaan uit de opbrengst van de door de curator onrechtmatig geïnde vorderingen. Het gevolg van 's hofs oordeel zal zelfs zijn dat het salaris en de verschotten van de curator die gemoid zijn met het voeren van de onderhavige procedure, waaronder het voeren van het door het hof terecht verworpen standpunt dat Rabobank geen pandrecht zou hebben op de litigieuze vorderingen, uit de opbrengst van de onrechtmatig geïnde vorderingen ten koste van Rabobank zal worden voldaan. In het licht van deze feiten en omstandigheden, die uit de processtukken c.q. de openbare faillissementsverslagen blijken, is onbegrijpelijk, althans ontoereikend gemotiveerd 's hofs oordeel dat Rabobank het salaris en de verschotten van de curator voor moet laten gaan.

2.3 Bij de beoordeling van deze klachten kan het volgende voorop worden gesteld.

2.4 In de aangevallen overweging aan het slot van rov. 3.18 heeft het hof kennelijk toepassing gegeven aan de regels die besloten liggen in het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger*.¹⁵ Daarin heeft Uw Raad overwogen:

“3.5 (...) zo het actief van de boedel niet toereikend is om alle boedelschulden te voldoen, (moeten) die schulden in beginsel naar evenredigheid van de omvang van elke schuld (...) worden voldaan, behoudens de daarvoor geldende wettelijke redenen van voorrang. Dit laatste (...) bepaalt ook de rang die toekomt aan hetgeen in geval van faillissement kan gelden (...) – in het (...) stelsel van titel 10 van Boek 3 BW – als kosten van executie en vereffening die zijn gemaakt, en vooraf uit de opbrengst moeten worden voldaan, teneinde de ‘netto-opbrengst’ te verkrijgen, die onder de daarvoor in aanmerking komende schuldeisers moet worden verdeeld. Onder die kosten vallen in elk geval het salaris en de verschotten van curatoren (...)”

Hieruit volgt dat in geval van een negatieve boedel een verdeling onder de boedelcrediteuren plaatsvindt op basis van de gewone rangordebepalingen (vgl. art. 3:277 BW): de boedelcrediteuren worden, na voldoening van de kosten van executie en vereffening (het salaris en de verschotten van de curator daaronder begrepen), uit de aldus verkregen netto-opbrengst van de activa na evenredigheid van ieders vordering voldaan, behoudens de door de

wet erkende redenen van voorrang.¹⁶ De aangevallen overweging is derhalve in zoverre in overeenstemming met geldend recht.

2.5 In rov. 3.19 heeft het hof vervolgens Rabobank een ‘superboedelvordering’ als bedoeld in het arrest *Ontvanger/Hamm q.q.*¹⁷ ontzegt. Het hof heeft dat aldus gemotiveerd dat het met de rechtbank – kennelijk verwijzend naar rov. 4.24 van het rechtbankvonnis¹⁸ – van oordeel is dat de curator niet het recht kan worden ontzegt om zijn betwisting van het pandrecht van de bank aan de rechter voor te leggen en dat het in het systeem van de Faillissementswet niet past dat indien de curator in rechte in het ongelijk wordt gesteld, de daaruit voortvloeiende vordering geheel buiten de boedel om wordt afgedaan. Deze motivering als zodanig wordt in cassatie niet betwist.

2.6 De uitkomst van rov. 3.19 sluit aan bij hetgeen volgt uit het arrest van Uw Raad van 30 oktober 2009 inzake *Hamm q.q./ABN AMRO*,¹⁹ in het bijzonder rov. 4.3.3. Overzichtelijkheids-halve citeer ik ook de voorgaande overwegingen (met door mij toegevoegde cursivering):

“4.3.1. Wat betreft de aanspraken van de pandhouder op hetgeen door de debiteuren van de verpande vorderingen aan de boedel is betaald, geldt het volgende.

4.3.2. Hetgeen hiervoor in 4.1.3 is overwogen betekent niet dat de curator gedurende de daar genoemde redelijke termijn waarbinnen hij zich dient te onthouden van op incasso van de verpande vorderingen gericht mededelingen aan de desbetreffende debiteuren, de hiervoor in 4.1.2 genoemde bevoegdheid om voldoening van de stil verpande vorderingen te eisen en betalingen van die vorderingen in ontvangst te nemen, heeft verloren. Het betekent slechts dat hij om de hiervoor in 4.1.3 genoemde reden dient na te laten actief van die bevoegdheid gebruik te maken. Dit brengt mee dat betalingen die debiteuren van de verpande vor-

16 Zie over de rangorde van boedelschulden bij een negatieve boedel: R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht 2013/272*; Wessels, *Vereffening van de boedel*, 2014, nr. 7179-7180; Polak & Pannevis, *Insolventierecht 2014*, par. 11.6.2.

17 HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, *NJ 1998/437*, m.nt. PvS. Zie over de superboedelvordering o.m.: Vriesendorp *Insolventierecht, 2013/196* en 271; Wessels, *Vereffening van de boedel*, 2014, nr. 7112-7113; Polak & Pannevis, *Insolventierecht 2014*, par. 11.6.4.

18 Rov. 4.24 van het vonnis van 23 januari 2013 ziet op de gestelde aansprakelijkheid van de curator pro se. In dat verband overweegt de rechtbank dat op het punt van de aan de rechtbank voorgelegde rechtsvragen geen sprake was van een zodanige heersende leer dat de curator het standpunt van Rabobank in redelijkheid niet mocht bestrijden.

19 HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, *NJ 2010/96*, m.nt. FMJV; *JOR 2009/341*, m.nt. W.J.M. van Andel.

15 HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, *NJ 1991/305*, m.nt. PvS. Zie daarover kritisch: Van Andel, *JOR 2009/341*, onder 13. Zie tevens HR 30 juni 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1782, rov. 3.9, *NJ 1996/554*, m.nt. S.C.J.J. Kortmann en HR 13 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3413, rov. 4, *NJ 2004/196* m.nt. W.M.K.

deringen eigener beweging aan de curator hebben gedaan, in de faillissementsboedel vallen, zij het dat de stille pandhouder ter zake van het ontvangene verhaal kan zoeken overeenkomstig de aan zijn pandrecht verbonden voorrang, onder de verplichting bij te dragen in de algemene faillissementskosten (vgl. HR 17 februari 1995, nr. 15743, LjN ZC1641, NJ 1996/471 (Mulder/CLBN)).

4.3.3. Heeft de curator evenwel op incasso van de verpande vorderingen gerichte mededelingen gedaan aan of andere op incasso gerichte activiteiten verricht jegens de desbetreffende debiteuren, terwijl hij dat ingevolge het hiervoor in 4.1.3 en 4.1.4 overwogene tegenover de stille pandhouder had behoren na te laten, dan geldt het volgende. Voorzover de curator als gevolg daarvan betalingen op de verpande vorderingen heeft ontvangen, heeft de pandhouder voor afdracht aan hem van het aldus ontvangene – in het verlengde van hetgeen in voormeld arrest van 17 februari 1995 is overwogen een boedelvordering met de aan zijn pandrecht verbonden voorrang. *Er bestaat geen grond de curator verplicht te achten zo spoedig mogelijk uit de beschikbare middelen van de boedel een bedrag te voldoen gelijk aan dat wat ten onrechte door de boedel is ontvangen. Een zodanige verplichting is wel aangenomen voor het geval dat per vergissing aan de boedel door derden betalingen zijn gedaan, zoals in HR 5 september 1997, 16400, LjN ZC2419, NJ 1998/437 (Ontvanger/Hamm) en laatstelijk in HR 8 juni 2007, C05/329, LjN AZ4569, NJ 2007/419 (...)/BLG Hypotheekbank). Maar van situaties waarop die rechtspraak het oog heeft, is in het onderhavige geval geen sprake.*

Aangezien het hier aan de orde zijnde handelen van de curator jegens de pandhouder als onrechtmatig moet worden beschouwd, laat hetgeen hiervoor is overwogen ten aanzien van het verhaal van de pandhouder ter zake van op de door de curator ontvangen betalingen onverlet dat de pandhouder daarnaast een concurrente boedelvordering heeft voor de schade die hij bovendien mocht hebben geleden als gevolg van dat onrechtmatig handelen, onverminderd de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator uit dien hoofde indien daarvoor gronden zijn.”

2.7 In zijn conclusie voor het arrest was mijn ambtgenoot Wuisman uitgebreid ingegaan op de rechten van een houder van een pandrecht ten aanzien van hetgeen de curator ten onrechte heeft geïnd.²⁰ Hoewel de omstandigheden – verrijking van de boedel als gevolg van een onrechtmatig handelen van de cura-

tor – geheel op zichzelf beschouwd wel steun bieden voor het aanvaarden van een superboedelvordering, is het volgens hem toch niet opportuun te achten om de schadevordering, die ontstaat uit het tegenover de pandhouder onrecht en tot verrijking van de boedel leidend innen door de curator van stil verpande vorderingen, als een superboedelvordering te erkennen. Het nader in het kader van rechtspraak op de grondslag van ongerechtvaardigde verrijking en/of naar maatstaven van het maatschappelijk verkeer onbetamelijk handelen uitwerken van de vraag welke boedelvorderingen als supervorderingen moeten worden opgevat, lijkt hem toch geen te verkiezen aanpak. Bij deze aanpak spelen snel de omstandigheden van het concrete geval een belangrijke rol en dat leidt ertoe dat de te volgen koers onvoorspelbaar en daarmee onzeker wordt in een mate die ongewenst is bij de afhandeling van faillissementen. Bij faillissementen zijn vaak grotere aantallen personen betrokken met uiteenlopende en meestal tevens tegenstrijdige belangen, terwijl de financiële middelen beperkt zijn. Dit noopt tot een aanpak op basis van ‘hard and fast rules’.

Hij wijst erop dat in de arresten *Ontvanger/Hamm q.q.*,²¹ *Komdeur q.q./Nationale Nederlanden*²² en *Van der Werff q.q./BLG*²³ de Hoge Raad er overigens ook zelf blijk van geeft zeer terughoudend te (willen) zijn met het aanvaarden van een superboedelvordering. In het arrest *Komdeur q.q./Nationale Nederlanden* speelde naast het gegeven dat een betaling aan de boedel uiteindelijk onverschuldigd bleek te zijn gedaan, ook dat het tot die betaling gekomen was door een onrechtmatig handelen van de curator q.q. Toch ging de Hoge Raad niet over tot het aanvaarden van een superboedelvordering. De verklaring hiervoor moet volgens Wuisman toch hierin worden gezocht dat de Hoge Raad de erkenning van een supervordering echt wil beperken tot de gevallen van onverschuldigde betaling aan de boedel die én niet bedoeld is én niet te maken heeft met een verhouding van degene die betaald heeft met de failliet. Tegen deze achtergrond bezien, valt volgens Wuisman niet in te zien dat aan de vordering van de stil pandhouder tot vergoeding van de schade die hij lijdt als gevolg van het innen door de curator van een stil verpande vordering, terwijl de curator zich in de verhouding tot hem zich van dat innen had behoren te onthouden, wel de status van superboedelvordering zou toekomen. Hij komt tot de conclusie

²¹ HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, NJ 1998/437, m.nt. PvS.

²² HR 7 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3796, NJ 2002/608, m.nt. JBMV.

²³ HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4569, NJ 2007/419, m.nt. PvS.

²⁰ Nr. 2.17-2.26.

dat de onregelmatige inning van de curator leidt tot een boedelvordering, maar niet tot een boedelvordering die aanstonds en met voorrang boven (alle) andere boedelvorderingen dient te worden voldaan. In geval van persoonlijke aansprakelijkheid van de curator kan er zonnodig ook op hem nog verhaal worden gezocht.

2.8 Voornoemd arrest inzake *Hamm q.q./ABN AMRO* heeft in de literatuur verschillende bezwaren opgeroepen.

2.9 Struycken en Van Zanten vragen zich af waarom de Hoge Raad de toekenning van een superboedelschuld wel gerechtvaardigd vindt in *Ontvanger/Hamm q.q.*-achtige gevallen, maar niet in situaties zoals aan de orde in *Komdeur q.q./Nationale Nederlanden* en *Hamm q.q./ABN AMRO*. Indien men meent dat het onredelijk is dat de curator en de overige boedelschuldeisers profiteren van het feit dat een derde bij vergissing een betaling ten gunste van de faillissementsrekening verricht, dan zou dat a fortiori moeten gelden voor het geval dat de curator de betaling van een – al dan niet stil verpande – vordering op onrechtmatige wijze afdwingt. In het licht van het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger* lijkt Struycken en Van Zanten de conclusie onvermijdelijk dat de vordering van de (voormalig) pandhouder in geval van onrechtmatige inning in rang bij het salaris van de curator is achtergesteld. Weliswaar bestond de boedelvordering met rang van pand ten tijde van het wijzen van het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger* nog niet, maar zij achten niet aannemelijk dat de Hoge Raad een uitzondering op de in dit arrest besloten liggende regels heeft willen creëren zonder daar ook maar een woord aan te wijden, mede gezien het eerdere pleidooi in de literatuur voor een vorm van achterstelling van het salaris. Zij achten de conclusie dat het salaris van de curator voorgaat, niet erg bevredigend. Op deze wijze wordt de curator die inbreuk maakt op de positie van de pandhouder daarvoor immers beloond.²⁴

2.10 Faber signaleert in zijn noot onder het thans in cassatie bestreden arrest dat het oordeel van het hof in overeenstemming is met het geldende recht, maar helaas wel leidt tot het ongerijmde resultaat dat de curator aldus kan profiteren van zijn eigen onrechtmatig handelen en zijn salaris voldaan kan krijgen uit de gelden die door zijn onrechtmatig handelen ten onrechte in de boedel zijn gevloeid. De pandhouder die daardoor een deel van zijn vordering niet vergoed krijgt, zou voor het ontbrekende deel zijn aangewezen op een vordering tot schadevergoeding jegens de curator pro se, aangenomen dat er in het concrete ge-

val een grond voor persoonlijke aansprakelijkheid bestaat. Is de curator persoonlijk aansprakelijk voor de geleden schade, dan is het moeten voeren van twee procedures, één tegen de curator q.q. en één tegen de curator pro se, omslachtig. Is de curator persoonlijk niet aansprakelijk, dan is de uitkomst ongewenst, omdat de curator ten koste van de pandhouder persoonlijk voordeel heeft van zijn eigen onrechtmatige daad. De Hoge Raad had er zijns inziens beter aan gedaan de lijn die hij met het arrest *Ontvanger/Hamm q.q.* heeft ingezet, welk arrest betrekking heeft op een onverschuldigde betaling die tevens een onmiskenbare vergissing is, door te trekken naar een geval als het onderhavige en te beslissen dat de curator gehouden is de onrechtmatig geïnde gelden, ten belope van de door de pandhouder geleden schade, onverkort aan hem door te betalen.²⁵

2.11 Vriesendorp werpt in het kader van een bespreking van het arrest van 6 februari 2015 (*Welage q.q./Rabo Hart van Brabant*)²⁶ de vraag op naar de positie van de pandhouder indien de curator, zulks met misbruik van zijn bevoegdheden ex art. 58 Fw, tot uitwinning van verpande goederen overgaat en de opbrengst op de faillissementsrekening stort. Indien de ten onrechte buitenspel geplaatste separatist dan op de voet van de arresten van de Hoge Raad inzake *De Ranitz q.q./Ontvanger* en *Hamm q.q./ABN AMRO* hoort te wachten tot eerst het salaris en de verschotten van de curator zijn voldaan, zou dit volgens Vriesendorp tot het ongerijmde resultaat leiden dat een curator die misbruik maakt van zijn bevoegdheden van art. 58 Fw, daar uiteindelijk toch door gebaat zou worden. Dit klemt temeer waar de verkoop door de curator tot extra werkzaamheden – en daarmee verhoging van het salaris – leidt. Dan is er sprake van 'insult to injury': niet alleen moet de separatist met lede ogen aanzien dat hem door de onterechte termijnstelling een exclusief verhaalsobject is ontnomen, maar bovendien dat de hiermee gepaard gaande – extra – kosten van de curator ook nog eens in mindering op die opbrengst mogen worden gebracht.

Vriesendorp betoogt voorts dat de door de Hoge Raad in *Hamm q.q./ABN AMRO* aangewezene route – waarbij de pandhouder op grond van het pandrecht voorrang heeft voor zijn boedelvordering tot afdracht van door de curator onrechtmatig geïnde bedragen – tot het curieuze en in zijn ogen onaanvaardbare resultaat leidt dat de curator met een beroep op de rangorde zoals door de Hoge Raad in *De Ranitz q.q./Ontvanger* is overwogen, toch eerst zijn salaris en verschotten aan zichzelf zou mogen uitkeren. Alleen als er dan nog een restant is,

24 T.H.D. Struycken & T.T. van Zanten, 'Hamvragen omtrent de inning van stil verpande vorderingen in faillissement – deel II', *Tvl* 2010/13, par. 5.

25 *JOR* 2015/51, onder 3.1.

26 HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:228, *NJ* 2015/294.

moet hij tot uitkering daarvan aan de pandhouder overgaan. Naar analogie met het arrest van 6 februari 2015 maakt de curator dan misbruik van zijn bevoegdheid (tot het bij voorrang voldaan krijgen van zijn salaris en verschotten) door zijn eigen belang boven dat van de gepasseerde pandhouder te stellen. Analooq aan de kernoverwegingen (rov. 3.4-5) uit *Ontvanger/Hamm q.q.* kan gesteld worden dat dan de curator als ene (hoog preferente) boedelschuldeiser ongerechtvaardigd verrijkt zou worden ten koste van de gedupeerde stil pandhouder als andere (strikt genomen lager gerangschikte) boedelschuldeiser. Evenals bij *Ontvanger/Hamm q.q.*, waarbij de onverschuldigde betaler als – lager gerangschikte concurrente – boedelschuldeiser bij de negatieve boedel achter het net dreigde te vissen en dit onwenselijke resultaat door de Hoge Raad is geredresseerd, moet dit volgens hem ook gebeuren bij de vordering tot afdracht van onrechtmatig door de curator geinde stil verpande vorderingen.

Praktisch gezien zullen banken/pand- of hypotheekhouders – zo nodig in kort geding – voortaan moeten vorderen dat curatoren onmiddellijk ieder bedrag waarover geschil bestaat op een depotrekening buiten de boedel moeten onderbrengen om te voorkomen dat de curator bij een uiteindelijk negatieve boedel en verlies van het geschil dat bedrag toch zou mogen gebruiken om zijn salaris te voldoen, zelfs als vaststaat dat hij (q.q.) onrechtmatig heeft gehandeld.

Zou men vasthouden aan de absolute voorrang voor de curator voor zijn salaris en verschotten, dan doemen nog meer curieuze – en volgens Vriesendorp onaanvaardbare – gevolgen op. Hij noemt onder meer het voorbeeld van de curator die andermans goederen verkoopt en levert aan een niets vermoedende derde en de opbrengst daarvan op de faillissementsrekening ontvangt. Als de curator geen ernstig persoonlijk verwijt te maken valt, zal er niet snel sprake zijn van een aansprakelijkheid pro se. De benadeelde heeft dan wel een – concurrente – boedelvordering op de curator (q.q.) tot vergoeding van de schade. Zou die derde dan bij een negatieve boedel ook moeten wachten tot er iets overblijft nadat de curator zichzelf zijn salaris – mede voor verkoopactiviteiten waarmee ten onrechte opbrengst op de faillissementsrekening is beland – heeft uitgekeerd?²⁷

2.12 Ook Van An del vindt de uitkomst van het arrest *Hamm q.q./ABN AMRO* niet bevredigend. Onrechtmatig handelen dient niet be-

loond te worden, zeker niet als het om handelen van een door de rechtbank aangestelde en onder toezicht van een rechter-commissaris functionerende curator met een publieke taak gaat. Men kan tegenwerpen dat dergelijk handelen niet beloond wordt zolang dat handelen van de curator ook als een onrechtmatige daad pro se kwalificeert, maar die tegenwerping raakt niet de kern van de zaak, alleen daarom al niet omdat niet ieder onrechtmatig handelen q.q. tevens onrechtmatig handelen pro se impliceert. De kern van de zaak is dat, door de vordering uit hoofde van onrechtmatig verwerven van actief door de curator in zijn algemeenheid als een concurrente boedelvordering aan te merken, in geval van een negatieve boedel de overige boedelschuldeisers, inclusief de curator zelf met zijn salarisch vordering, profiteren van het onrechtmatig handelen van degene die te hunnen behoeve de (negatieve) boedel vereffent, zulks ten nadele van de derde jegens wie onrechtmatig gehandeld wordt. Dat is, volgens Van An del, aanmerkelijk onbillijker dan het toekennen van (slechts) een concurrente boedelvordering aan degene die door zijn eigen fout onverschuldigd aan de boedel betaalt.²⁸

2.13 Volledigheidshalve merk ik op dat in de literatuur ook kritiek is geuit op het creëren van een preferente boedelvordering ten behoeve van de benadeelde pandhouder. Met name wordt betoogd dat niet valt in te zien dat een dergelijke figuur, zoals overwogen, in het verleden ligt van het arrest *Mulder q.q./CLBN* en dat niet duidelijk is waarop de boedelvordering met de aan het pandrecht verbonden voorrang is gegrond.²⁹

2.14 Inzet van het cassatieberoep is, als reeds opgemerkt, dat moet worden voorkomen dat in het geval van een negatieve boedel de curator voor wat betreft de voldoening van zijn salarisch vordering profiteert van eigen onrechtmatig handelen, zulks ten nadele van de voldoening van de preferente boedelvordering van de (ex) pandhouder (vgl. s.t., nr. 37).

Daartoe wordt, hoewel het middel daar strikt genomen niet op aanstuurt, Uw Raad uitgenodigd om terug te komen van de beslissing in *Hamm q.q./ABN AMRO* en de (ex) pandhouder wel een superboedelvordering als bedoeld in *Ontvanger/Hamm q.q.* toe te kennen. Volgens de toelichting is dat echter niet noodzakelijk en volstaat reeds de minder vergaande oplossing

²⁸ JOR 2009/341.

²⁹ Verstijlen in zijn noot onder NJ 2010/96, onder 8. Zie ook F.M.J. Verstijlen, 'Bouwen aan het pandrecht', in: *Markante Analyses*, 2009, p. 198-201 en A. Steneker, *Pandrecht (Mon. BW nr. B12a)* 2012, nr. 57. Vgl. tevens F.E.J. Beekhoven van den Boezem & G.J.L. Bergervoet, 'Nieuwe vragen naar aanleiding van herinvoering stille cessie tot zekerheid', *Tvl* 2011/10, par. 4 die deze kritiek relativieren.

²⁷ R.D. Vriesendorp, 'Curatoren onder vuur; you can't always get what you want', *Tvl* 2015/19. Hij tekent daarbij aan zijdelings betrokken te zijn bij het onderhavige cassatieberoep.

van een uitzondering op de regel uit *De Ranitz q.q./Ontvanger* (s.t., nr. 39).

2.15 Zowel het toekennen van een superboedelvordering als het aannemen van een voorrangrecht voor de pandhouder ten opzichte van het salaris van de curator zou neerkomen op een doorbreking van het preferentiestelsel zoals neergelegd in het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger*. Hoe aansprekend het argument ook moge zijn dat de curator een verkeerde prikkel krijgt indien hij met het actief innen van de vordering een basis vergaart voor zijn eigen salaris, dat is mijns inziens niet voldoende reden om het bestaande preferentiestelsel los te laten en de pandhouder een superboedelvordering toe te kennen.³⁰ Ik teken daarbij aan dat Uw Raad weliswaar eerder een opening lijkt te hebben gelaten voor het aanvaarden van een superboedelvordering in het arrest *Komdeur q.q./Nationale Nederlanden*,³¹ maar er in verschillende arresten blijkt van heeft gegeven zeer terughoudend te willen zijn met het aanvaarden van een superboedelvordering en in *Hamm q.q./ABN Amro* een superboedelvordering voor een situatie als de onderhavige zelfs uitdrukkelijk van de hand heeft

gewezen.³² Ik sluit op dat punt aan bij het hierover onder 2.7 weergegeven betoog van mijn ambtgenoot Wuisman en het arrest van Uw Raad.

Ik voorzie ook nieuwe afgrenzingsproblemen met andere casusposities waarin de curator q.q. onrechtmatig handelt. Naast het geval in het genoemde arrest *Komdeur q.q./Nationale Nederlanden* (afgedwongen betaling) kan worden gedacht aan de voorbeelden die Kortmann heeft genoemd, zoals door de curator gepleegd bedrog en ongeoorloofde vergelijkende reclame.³³ Ook kan worden gedacht aan gevallen waarin het onrechtmatig handelen van de curator q.q. slechts indirect of helemaal niet³⁴ in een opbrengst voor de boedel resulteert.

Deze argumenten tegen het aannemen van een superboedelvordering kunnen mutatis mutandis ook worden ingebracht tegen de door het middel verdedigde minder vergaande oplossing, bestaande uit een voorrang voor de (ex) pandhouder ten opzichte van de salarisvordering van de curator.

2.16 Waar Uw Raad in het arrest *Hamm q.q./ABN AMRO* enerzijds een concurrente en een preferente boedelvordering aan de pandhouder heeft toegekend en anderzijds een superboedelvordering zoals in *Ontvanger/Hamm q.q.* uitdrukkelijk heeft afgewezen, is zulks ongetwijfeld geschied tegen de achtergrond van het in het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger* geschetste preferentiestelsel, de aan de salarisvordering van de curator verbonden voorrang

30 Vgl. F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss.), 1998, p. 187-188; A. Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW nr. B12a), 2012, nr. 57. Vgl. ook J.B.M. Vranken in zijn NJ-notoot onder *Komdeur q.q./Nationale Nederlanden*: "Ontvanger/Hamm is Einzelfallgerechtigtheit, een arrest dat volkomen op zichzelf staat. Er zou veel gewonnen zijn wanneer wij dit zouden accepteren in plaats van te blijven zoeken, bijv. nu weer naar aanleiding van het onderhavige arrest, naar zijn inpasbaarheid in het systeem van voorrang bij faillissement." Vgl. ook hetgeen Wesels (*Vereffening van de boedel*, 2013, nr. 7113) opmerkt naar aanleiding van het arrest *Ontvanger/Hamm q.q.*: "Ik meen dat de Hoge Raad hier – door aan deze vordering een niet in de wet geregelde voorrang toe te kennen – zijn rechtsvormende taak te buiten gaat en overigens inconsistent met eerdere rechtspraak beslist. Een dergelijke verbintenis kan het dwingendrechtelijke preferentiestelsel niet doorbreken. Deze rechtsgevolgen laten zich uit het stelsel van de wet geenszins afleiden, terwijl er ook geen decisieve aanknopingspunten voor zijn te vinden." Vgl. ook Asser, *WPNR* 1998/6330, die verzucht dat wat de Hoge Raad doet in feite neerkomt op het scheppen van een bijzondere voorrang in gevallen waarin hij dat gerechtvaardigd acht. Het wettelijke systeem van preferenties vormt de neerslag van een systeem van gewogen belangen van schuldeisers, dat geen ruimte biedt om niet in de wet voorziene preferenties daar doorheen te laten breken. Het doorbreken van het wettelijke voorrangstelsel is voorts weinig consistent met de rechtszekerheid die bij de afwikkeling van faillissementen door HR 30 juni 1995, NJ 1996/554, vereist wordt.

31 Rov. 3.3: "De door Smeets c.s. aan de curator gedane betaling is niet het gevolg van een onmiskenbare vergissing en evenmin van een daarmee voor de toepassing van de Faillissementswet in dit verband op een lijn te stellen oorzaak."

32 Vgl. naast de onder 2.7 genoemde arresten ook: HR 9 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7066, NJ 2011/553, m.nt. J.W. Zwemmer; HR 22 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8474, NJ 2003/32, m.nt. PvS, en HR 27 september 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE3389, NJ 2002/620, m.nt. PvS. Zie ook J.W.A. Biemans, 'Inning, betaling en afdracht bij stille cessie in faillissement', in: *De bewindvoerder, een octopus*, 2008, p. 455-458. Volledigheidshalve stip ik nog aan dat in de literatuur nog een verband wordt gelegd tussen het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* (HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, JOR 2013/224, m.nt. G.A.J. Boekraad), waarin Uw Raad het begrip boedelschuld herdefinieerde, en de onderhavige problematiek. Vgl. bijv. A.J. Tekstra, 'Drie soorten boedelschulden in faillissement', *FIP* 2013, p. 130-132, die overigens betoogt dat er veel voor valt te zeggen de oorspronkelijke *Ontvanger-Hamm*-vordering in het systeem van boedelschulden onder te brengen en, naar ik begrijp, als concurrente boedelvordering te behandelen om het systeem van de Faillissementswet weer sluitend te maken. Een inbreuk op het pandrecht door de curator door de verkoop van verpande zaken levert volgens hem een boedelschuld op en niet een vordering die naar analogie van *Ontvanger/Hamm* 'buiten de boedel om' moet worden afgewikkeld (p. 130).

33 S.C.J.J. Kortmann, 'De onbegrijpelijke, onbillige en onbruikbare *Ontvanger/Hamm q.q.*-regel', in: *10 jaar JOR Alsnog geannoteerd*, 2006, p. 162-163.

34 Te denken valt aan een casus zoals in HR 21 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0512, NJ 1992/321.

daaronder begrepen. Een eventueel minder welgevallig geacht resultaat van het aldus door Uw Raad opgebouwde systeem is mijns inziens geen goede reden om dit systeem los te laten,³⁵ temeer nu ik denk dat er andere oplossingen zijn om de scherpe randen van dit systeem bij te schaven.

2.17 Uw Raad oordeelde immers in het arrest *Hamm q.q./ABN AMRO* dat bij onrechtmatige inning van de verpande vorderingen door de curator persoonlijke aansprakelijkheid zijnerzijds aan de orde kan zijn indien daarvoor gronden zijn. Van Hees merkt op dat de laatste clausulering overbodig lijkt. Gelet op de nauwkeurige voorschriften die de Hoge Raad heeft gegeven ten aanzien van de inning van stil verpande vorderingen zal de curator die zich daar niet aan houdt al snel handelen in strijd met hetgeen in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. Daarmee is zijn persoonlijke aansprakelijkheid volgens Van Hees gegeven.³⁶ Ook Steneker en Tuil betogen dat bij overtreding van de concrete regels die de Hoge Raad de curator met betrekking tot de inning van verpande vorderingen heeft gegeven, snel kan worden aangenomen dat de curator die ze negeert niet overeenkomstig de norm voor een zorgvuldig curator handelt en aansprakelijk is voor de schade van de pandhouder.³⁷ Hoewel Struycken en Van Zanten de vraag stellen of steeds aan de strenge vereisten voor privé aansprakelijkheid zal zijn voldaan (welke aansprakelijkheid ultimum remedium dient te zijn) en,

in nvolging van Van Galen³⁸, betogen dat de uitkomst van een belangenafweging binnen de boedel primair zou moeten worden gerealiseerd door middel van regels die ten aanzien van de boedel gelden, kunnen zij zich anderzijds voorstellen dat de lat voor aansprakelijkheid pro se lager wordt gelegd in alle gevallen waarin onrechtmatig handelen leidt tot vergroting van het voor de curator beschikbare boedelactief.³⁹

Ik zou mij bij deze gedachte willen aansluiten. Gegeven het arrest *Hamm q.q./ABN AMRO* lijkt mij de systematisch meest zuivere oplossing van het voorliggende probleem dat de lat voor privé aansprakelijkheid van de curator bij onrechtmatige inning van verpande vorderingen niet te hoog wordt gelegd. Volgens Rabobank heeft zij abusievelijk geen incidenteel appel ingesteld tegen de afwijzing door de rechtbank van de tegen de curator pro se ingestelde vorderingen (nr. 19 s.t.). Tegen de achtergrond van het voorgaande zou dit wellicht geen onbegaanbare weg zijn geweest, mede gelet op het feit dat Rabobank heeft gesteld dat de curator niet bereid is geweest de opbrengst van de verpande vorderingen te separeren in afwachting van de uitkomst van de inhoudelijke discussie over het bestaan van het pandrecht van de bank.^{40 41}

Zoals Vriesendorp⁴² suggereert, kunnen banken/pand- of hypotheekhouders daarnaast – zo nodig in kort geding – vorderen dat weigerachtige curatoren onmiddellijk ieder bedrag waarover geschil bestaat op een depotrekening buiten de boedel onderbrengen om op die manier te voorkomen dat de curator bij een uiteindelijk negatieve boedel en verlies van het geschil dat bedrag toch zou mogen gebruiken om zijn salaris te voldoen.

2.18 Tegen de achtergrond van het voorgaande kom ik tot de conclusie dat de onderdelen 1, 3, 4 en 5 falen.

2.19 Ik voeg daaraan toe dat de door de voornoemde onderdelen verdedigde rechtsopvattingen bovendien reeds afstuiten op het ontbreken van een (voldoende duidelijke) grief c.q. het ontbreken van een feitelijke grondslag

35 Vgl. A. Steneker in zijn noot onder HR 8 juni 2007, *JOR* 2007/211: "De regels van het faillissementsrecht zijn gericht op een rechtvaardige verdeling van deze pijn. Uitzonderingen op deze regels moeten niet vanuit individuele gevallen worden geformuleerd, maar vergen een afweging op abstract niveau, reden waarom deze afweging niet door de rechter, maar door de wetgever dient te worden gemaakt." Zie ook A-G Mok in zijn conclusie voor het arrest *Ontvanger/Hamm q.q.* (met name nr. 4.9.2-4.10.2).

36 J.J. van Hees, 'Kroniek van het insolventierecht', *NJB* 2012/888.

37 A. Steneker, *Pandrecht* (*Mon. BW nr. B12a*), 2012, nr. 57; M.L. Tuil, '*Hamm q.q./ABN Amro*: inning van stil verpande vorderingen tijdens faillissement', *MvV* 2010/2, p. 25. Vgl. met iets terughoudender formulering: A.J. Verdaas, 'Verpande vorderingen in het faillissement van de pandgever. Een trilogie in arresten', *NTBR* 2010/13, par. 4.2. Zie ook Geurts in zijn noot (onder 98) bij Rb. Rotterdam 30 april 2014, *JOR* 2015/14 en R. Verdonk (n.b. curator in de onderhavige zaak), 'Is een vordering tot vergoeding van een door de curator veroorzaakte schade een superboedelvordering indien de faillissementsboedel daardoor is verrijkt?', *MvV* 2007/2, p. 32-34.

38 Vgl. R.J. van Galen, 'Het primaat van de pandhouder', in: *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, 1997, p. 600 en 604 met verwijzing naar voetnoot 18. Zie ook R.J. van Galen, 'De curator en de separatist', in: *Onzekere Zekerheid*, 2001, p. 32-33 en diezelfde, 'De Rangorde onder boedelschulden in faillissement', *WPNR* 1997/6266 en *WPNR* 1997/6267, p. 256 en 278.

39 Struycken & Van Zanten, a.w., par. 5.

40 Vgl. Verdonk, a.w., p. 33.

41 Dit wordt overigens door de curator in deze zaak betwist; conclusie van dupliek (gedaagden 1 en 2), nr. 47-49. Het zou m.i. echter op de weg van de curator hebben gelegen om het separeren van de opbrengst te effectueren.

42 Zie hierboven nr. 2.11.

in de stellingen van Rabobank. De onduidelijke (toelichting op de) incidentele grief 1 lijkt zich voornamelijk te richten tegen de door de curator in rekening te brengen kosten voor het verschaffen van gegevens of inzage in de administratie.⁴³ Op het punt van de betwisting van de omslag in de faillissementskosten (arrest, rov. 3.18) en het veronderstelde beroep op een superboedelvordering (arrest, rov. 3.19) heeft het hof de stellingen van Rabobank wel zeer welwillend gelezen. Zie ook de weergave van de stellingen in rov. 3.14.

De onderdelen 3 en 4 falen in elk geval omdat daarop toegespitste vorderingen in feitelijke instanties niet door de Rabobank zijn ingesteld, terwijl de onderdelen voorts miskennen dat de schade van de pandhouder niet zozeer ontstaat door een beslissing van de curator, maar een gevolg is van het preferentiestelsel.⁴⁴ Voor het betoog van onderdeel 5 dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat in het onderhavige geval de regel uit het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger* zou moeten worden toegepast op de verdeling van de opbrengst van de door de curator onrechtmatig geïnde vorderingen waarop het pandrecht rustte, geldt dat Rabobank in feitelijke instanties geen beroep heeft gedaan op art. 6:248 lid 2 BW en dat een beroep daarop niet eerst in cassatie aan de orde kan worden gesteld.

2.20 De in onderdeel 2 bedoelde separatistische aanspraak voor de pandhouder op het geïnde vindt geen grondslag in het recht. Uitgangspunt is immers dat het geïnde onbelast in de boedel valt.⁴⁵ Op grond van art. 3:246 lid 5 BW komt het pandrecht slechts op het geïnde te rusten bij inning door de (openbaar) pandhouder of met machtiging door de kantonrechter door de pandgever. Uit het arrest *Hamm q.q./ABN Amro* volgt dat de pandhouder bij onrechtmatige inning door de curator slechts een (concurrerende en een preferente) boedelvorde-

ring heeft en dus geen separatistische aanspraak op het geïnde.⁴⁶

2.21 Onderdeel 6 faalt omdat het oordeel van het hof tegen de achtergrond van zijn juiste rechtsopvatting geenszins onvoldoende gemotiveerd of onbegrijpelijk is. De verwijzing naar het eindverslag van 4 september 2014 (zie ook s.t., nr. 48) betreft een novum.

2.22 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het cassatieberoep dient te worden verworpen.

3 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping.

RI 20163/33

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

5 februari 2016, nr. 15/00279

(Mrs. F.B. Bakels, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, G. de Groot, M.V. Polak; A-G mr. J. Spier)

Art. 68 lid 1 Fw

AR 2016/334

RvdW 2016/248

JWB 2016/56

NJB 2016/350

ECLI:NL:PHR:2015:2232

ECLI:NL:HR:2016:201

Peeters/Gatzen-vordering. Stelplicht curator. Heeft de curator aan zijn stelplicht voldaan?

X BV hield zich bezig met de ontwikkeling en verkoop van vakantiewoningen in Italië. In dat verband verkocht X BV timeshare-rechten die recht gaven op het gebruik van een accommodatie. De kopers kochten deze rechten als belegging. De kopers ontvingen voor de terbeschikkingstelling van hun gebruiksrechten een gegarandeerd rendement van aanvankelijk 10% en later 9%, respectievelijk 8% per jaar, naast de garantie dat het gebruiksrecht na vijf jaren weer voor de aankoopprijs aan X BV zou kunnen worden terug verkocht. De kopers wendden voor hun belegging veelal gelden aan die zij verkregen door verhoging van de hypotheek op hun woning. Kopers werden daarvoor doorverwezen naar twee notarissen met wie X BV samenwerkte. De AFM bestempelde het product als beleggingsproduct en sommeerde X BV in 2004 onmiddellijk te stoppen

43 Memorie van antwoord in principaal appel, tevens memorie van grieven in incidenteel appel, grief 1 (nr. 81-94). Vgl. tevens inleidende dagvaarding, nr. 71; conclusie van antwoord in reconventie in incident, nr. 12; conclusie van repliek tevens houdende wijziging eis, nr. 41.

44 Vgl. Verstijlen (diss.) 1998, p. 187-188 en Boekraad (diss.) 1997, p. 203-205.

45 Vgl. F.M.J. Verstijlen, noot (onder 9) bij NJ 2010/96, en 'Bouwen aan het pandrecht', in: *Markante Analyses*, 2009, p. 199, voetnoot 27; Struycken & Van Zanten, a.w., par. 5. In zijn NJ-noot waarnaar het onderdeel verwijst, bespreekt Verstijlen het arrest van Uw Raad van 25 februari 2011 (ECLI:NL:HR:2011:BO7109, NJ 2012/74; JOR 2014/271, m.nt. N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt), waarin een andere situatie aan de orde was en Uw Raad aanvaardde dat er sprake was van parate executie van het pandrecht door een afwijkende wijze van verkoop in de zin van art. 3:251 lid 2 BW.

46 Bij rechtmatige inning door de curator verliest de pandhouder zijn pandrecht, maar behoudt hij zijn voorrang bij verhaal op het geïnde. De pandhouder dient het verbindend worden van de sluitdelingslijst af te wachten en dient bij te dragen in de omslag van de algemene faillissementskosten; HR 17 februari 1995, NJ 1996/471, m.nt. WMK (*Mulder q.q./CLBN*).