

194. Rabobank/Verdonk q.q.: onrechtmatig handelen en persoonlijke aansprakelijkheid van de curator

MR. J.A. STAL

Een pandhouder heeft een preferente boedelvordering indien een curator verpande vorderingen onrechtmatig int. In geval van een negatieve boedel gaat de salarismvordering van de curator echter voor. Hij profiteert dus van zijn eigen onrechtmatige daad. De Hoge Raad oordeelt dat in zo'n geval de curator persoonlijk aansprakelijk kan zijn. De schending van de Maclou-norm is gegeven. Daarnaast is een persoonlijk verwijt aan de curator vereist. Indien tussen curator en pandhouder een discussie ontstaat, zou de curator de opbrengst van de door hem geïnde vorderingen niet aan de boedel moeten toevoegen, maar moeten separeren. De pandhouder zou dat zo nodig in rechte moeten kunnen afdwingen.

Inleiding

In zijn arrest van 5 februari 2016 inzake Rabobank/Verdonk q.q.¹ geeft de Hoge Raad een aanwijzing voor de aanpak van een curator die onrechtmatig verpande vorderingen int. De curator zal volgens de Hoge Raad als ultimum remedium persoonlijk aansprakelijk voor de schade kunnen zijn.

In deze bespreking wil ik nagaan, hoe sterk de vordering uit hoofde van persoonlijke aansprakelijkheid tegen de curator is. Daarnaast wil ik inventariseren hoe de pandhouder kan voorkomen dat de curator profiteert van zijn onrechtmatige handelen.

Waar gaat het over?

In het faillissement van Rapsody Shipyard B.V. doet Rabobank een beroep op haar pandrecht op vorderingen. Rabobank neemt de debiteurenincasso zelf ter hand. De curator laat facturen opstellen voor nog niet gefactureerde werkzaamheden die waren afgerond voor datum faillissement. Hij incasseert die vorderingen zelf. Rabobank stelt dat de vorderingen die de curator incasseert, onder haar pandrecht vallen. Zij vordert van de boedel afdracht

van de opbrengst. De curator weigert afdracht. Rabobank stelt de curator zowel in zijn hoedanigheid als persoonlijk aansprakelijk wegens onrechtmatige incasso van aan haar verpande vorderingen.

Het hof veroordeelt de curator in zijn hoedanigheid tot betaling 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. De boedel is echter negatief. Eerst mogen de kosten van vereffening en executie worden betaald. In zoverre dient Rabobank het salaris en de verschotten van de curator voor te laten gaan. De vordering van Rabobank jegens de curator persoonlijk is in appel niet meer aan de orde.

Ingzet van het cassatieberoep is de Hoge Raad zover te krijgen dat hij niet zal toestaan dat de curator profiteert van zijn eigen onrechtmatige handelen. In geval van een negatieve boedel zou de preferente boedelvordering van de (ex)pandhouder daarom moeten voorgaan op de salarismvordering van de curator.

Wat vindt de Hoge Raad?

Met verwijzing naar art. 3:277 BW stelt de Hoge Raad het volgende voorop. Schuldeisers hebben 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.

¹ ECLI:NL:HR:2016:199. Inmiddels besproken in «JOR» 2016/83, m.nt. Kortmann, *Ondernemingsrecht* 2016/45, m.nt. Van Galen, *NJ* 2016/187, m.nt. Verstijlen en *RI* 2016/32, alsmede door Tuil, 'Onrechtmatige inning van stil verpande vorderingen door de curator' in: *MvV* 2016, p. 146 e.v.

Diezelfde regel geldt ook voor boedelschuldeisers in geval van een negatieve boedel. Dat volgt niet uit de wet, maar uit het arrest De Ranitz q.q./Ontvanger.² In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat het salaris en de verschotten van de curator onder de kosten van executie zijn begrepen. De Hoge Raad onderkent dat de toepassing van deze regel tot een onwenselijk resultaat kan leiden, wanneer het boedelactief mede bestaat uit de opbrengst van door de curator onrechtmatig geïncasseerde, verpande vorderingen. In dat geval kan de curator zijn salaris als door hem gemaakte kosten van executie en vereffening verhalen ten koste van de pandhouder wiens rechten hij heeft gefrustreerd. Desalniettemin ziet de Hoge Raad in het onwenselijke resultaat geen grond het wettelijke preferentiestelsel opzij te zetten. Hij verwierpt het cassatieberoep. In een obiter dictum overweegt de Hoge Raad dat de incasso van verpande vorderingen door een curator in strijd met de regels in het arrest Hamm q.q./ABN AMRO³, kan leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van de curator. De Hoge Raad haalt daarnaast zijn arrest Prakke/Gips⁴ aan:

“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 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.”

Vervolgens overweegt de Hoge Raad dat de curator geen vrijheid toekomt bij de inning van verpande vorderingen. Daarvoor gelden immers de regels uit de rechtsoverwegingen 4.2.1 en 4.2.2 van het arrest Hamm q.q./ABN AMRO. Als de curator die 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.”⁵

Profiteren van onrechtmatig handelen?

De Hoge Raad houdt in geval van een negatieve boedel vast aan zijn regel uit het arrest De Ranitz q.q./Ontvanger. Zonder correctie betekent dit, dat de curator kan profiteren van zijn eigen onrechtmatige handelen. De aanspraak op

Persoonlijke aansprakelijkheid van de curator vereist schending van de Maclou-norm en persoonlijke verwijtbaarheid

de boedel via de boedelvordering met de aan het pandrecht verbonden voorrang biedt geen soelaas.⁶

Hoe heeft de Hoge Raad het belang van de pandhouder wel willen beschermen? De oplossing moet, zo volgt uit het obiter dictum (ro. 3.3.5), worden gezocht in de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator.

Maclou en persoonlijke verwijtbaarheid

Betekent dit dat de curator die onrechtmatig verpande vorderingen int, altijd ook persoonlijk aansprakelijk is? Aan deze vraag gaat de vraag vooraf, wanneer een curator persoonlijk aansprakelijk is. De maatstaf is dat:

“een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.”⁷

Handelt een curator niet zoals hij als curator behoort te handelen, dan is hij in beginsel persoonlijk aansprakelijk. In zijn arrest Prakke/Gips voegt de Hoge Raad aan de Maclou-norm het element persoonlijke verwijtbaarheid toe.

“Daarvoor is vereist dat hij gehandeld heeft terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijs behoorde in te zien.” (ro. 3.4.3)

Kortom: de curator is persoonlijk aansprakelijk indien hij (i) op basis van de Maclou-norm onjuist handelde en (ii) de onjuistheid van zijn handelen inzag of behoorde in te zien.

Vrijheid versus gebondenheid

Let wel dat deze normen zijn ontwikkeld in casus waarin de curator bij de uitoefening van zijn taak niet aan regels was gebonden en hem (dus) een ruime mate van vrijheid toekwam. Die vrijheid noopt tot terughoudendheid bij de toetsing van het handelen van de curator; de toets is marginaal:

“Voor zover de curator daarbij niet gebonden is aan regels, komt hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toe. De curator dient zich te

2 HR 28 september 1990, NJ 1991/305.

3 HR 30 oktober 2009, NJ 2010/96.

4 HR 16 december 2011, NJ 2012/515

5 Onderhavige arrest, ro. 3.3.5

6 Die kwalificatie is omstreden, zie de conclusie A-G nr. 2.13

7 HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (Maclou), ro. 3.6

richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan zijn inzicht overgelaten op welke wijze en langs welke weg dat belang het beste kan worden gediend.⁸

De vraag dringt zich op of de toepassing van de maatstaf voor de persoonlijke aansprakelijkheid tot een andere uitkomst leidt, wanneer de curator bij zijn taakuitoefening

Is de curator die handelt in strijd met de regels voor de inning van verpande vorderingen, per definitie persoonlijk aansprakelijk?

wel aan regels is gebonden. Zulke regels zijn door de Hoge Raad bijvoorbeeld gegeven voor de inning van stil verpande vorderingen.⁹ Zij kunnen ook door de rechter-commissaris bij beschikking worden gegeven, bijvoorbeeld de verplichting tot het bedingen van zekerheid.¹⁰ Verdedigbaar is dat de curator nauwelijks of geen vrijheid toekomt, als hij aan regels is gebonden. Neemt hij de regels niet in acht, dan handelt hij in beginsel in strijd met de Maclou-norm. Met schending van de Maclou-norm in gevallen waarin de curator geen vrijheid van handelen toekomt, is persoonlijke aansprakelijkheid niet per definitie gegeven. Er is meer nodig. In Komdeur/Nederlandse Antillen is het ‘de ernstige mate’ waarmee de Maclou-norm wordt geschonden. In Hamm q.q./ABN AMRO leidt schending van de Maclou-norm tot persoonlijke aansprakelijk ‘indien daarvoor gronden zijn’. In het onderhavige arrest ‘zal hij [de curator] persoonlijk aansprakelijk *kunnen* zijn’ (toevoeging en cursivering door auteur) in geval van schending van de Maclou-norm (ro. 3.3.5).

De vraag is hoeveel betekenis aan de aanvullende eis, in het bijzonder het woordje ‘kunnen’ in het onderhavige arrest, moet worden toegekend. Betekent het dat als de curator in strijd met de voor zijn taakuitoefening gegeven regels handelt, hem ook nog een persoonlijk verwijt moet kunnen worden gemaakt? Zo ja, mag men ervan uitgaan dat de curator bij de schending van de regels per definitie het onjuiste van zijn handelen inziet of redelijkerwijs behoort in te zien?¹¹

Persoonlijke aansprakelijkheid bij gebonden handelen

Mijns inziens past enige nuance. De Hoge Raad heeft in de gevallen waarin de curator is gebonden aan regels, niet zonder meer persoonlijke aansprakelijkheid geaccepteerd. Hij laat ruimte voor nuancering voortvloeiend uit de omstandigheden van het geval. Een voorbeeld is de onderhavige casus. Ik veronderstel de curator met de regels voor de inning van stil verpande vorderingen als

geformuleerd in het arrest Hamm q.q./ABN AMRO bekend. De curator verschilt echter van mening met pandhouder Rabobank over de reikwijdte van het pandrecht: rust het ook op de vorderingen die voortspruiten uit voor datum faillissement reeds afgeronde werkzaamheden, maar die pas daarna zijn gefactureerd?¹² Nee, vindt de curator, die stelt dat er geen precedent in de rechtspraak te vinden is.¹³ Ja, zegt Rabobank, die in deze zaak rechtbank en hof aan haar zijde vindt.¹⁴ Nadien heeft de rechtbank Amsterdam ter ondersteuning van het standpunt van Rabobank geoordeeld dat het formaliseren van een vordering door het uitbrengen van een factuur, niet relevant is voor het ontstaan van de vordering.¹⁵ Genoemde oordelen sluiten aan bij de vaste rechtspraak waaruit volgt dat het opleggen van een belastingaanslag geen ontstaansvereiste vormt voor een belastingsschuld.¹⁶

Over de reikwijdte van het pandrecht was in feitelijke instanties dus wel discussie mogelijk. De vraag is of het voeren van die discussie en het verliezen ervan, moet leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van de curator. Ik meen van niet. Op de stelling van de curator was destijds mogelijk wat af te dingen. Gelet op de stand van de jurisprudentie was/is de stelling van de curator (nog) geen stelling tegen beter weten in. Een curator moet mijns inziens een niet apert onjuiste stelling kunnen innemen, zonder dat de persoonlijke aansprakelijkheid als een zwaard van Damocles boven zijn hoofd hangt.

Voorkomen van onwenselijk resultaat

Dat neemt niet weg dat na het onderhavige arrest de pandhouder van een curator mag verwachten dat hij zo veel mogelijk probeert eventuele negatieve gevolgen van zijn handelen in hoedanigheid voor de pandhouder te beperken. Handelt de curator niet in overeenstemming met het onderhavige arrest dan schendt hij mijns inziens de Maclou-norm en zou hij mogelijk persoonlijk aansprakelijk kunnen zijn.

Mocht de pandhouder zich desondanks geconfronteerd zien met een onwillige curator, dan lijken er tenminste drie wegen die het onwenselijke resultaat zouden kunnen voorkomen. Ten eerste zou de pandhouder – zo nodig in kort geding – met succes moeten kunnen vorderen dat het bedrag waarover geschil bestaat, wordt gesepareerd op een rekening buiten de boedel. Daardoor blijft die opbrengst netto – dus zonder omslag van de kosten voor executie en vereffening – beschikbaar voor de pandhouder, indien deze de discussie wint.¹⁷

8 Prakke/Gips, ro. 3.4.2

9 Zie Hamm q.q./ABN AMRO, ro. 4.2.1 en 4.2.2

10 Zie HR 27 november 1998, NJ 1999/685 (Komdeur/Nederlandse Antillen)

11 In bevestigende zin Van Galen in: OR 2016/45, par. 6, Verstijlen in zijn noot onder NJ 2016/187 nr. 6, en Tuil in: MvV 2016, p. 146 e.v., par. 4

12 Zie nr. 3.1 (vi) – (viii) van het onderhavige arrest

13 Zie conclusie A-G, nr. 1.3

14 Hof Arnhem-Leeuwarden 12 augustus 2014, «JOR» 2015/51, m.nt. Bie-mans

15 Rb. Amsterdam 15 april 2015, «JOR» 2016/14, m.nt. Schuijling (Fa-med/Kreikamp q.q.). De curator zou in deze zaak hoger beroep hebben ingesteld.

16 HR 26 juni 1998, «JOR» 1998/126 (Aerts q.q./ABN Amro) en HR 28 november 2003, «JOR» 2004/30 (Koverto)

17 Zie Vriesendorp, ‘Curatoren onder vuur; you can’t always get what you

In het verlengde daarvan voert de tweede weg langs de rechter-commissaris. De pandhouder zou als schuldeiser in het faillissement op grond van art. 69 Fw de rechter-commissaris met succes moeten kunnen verzoeken de curator te bevelen de betwiste opbrengst te separeren van de boedel. Met het onderhavige arrest in de hand, zou een voorzieningenrechter of rechter-commissaris eenvoudig van het belang en noodzaak van de verzochte voorziening moeten zijn te overtuigen.

Ten derde zou de pandhouder tot verhaal van zijn vordering op de curator persoonlijk beslag kunnen leggen onder de curator in zijn hoedanigheid op diens salarismvordering.¹⁸

Conclusie

Uit het hier besproken arrest Rabobank/Verdonk q.q. volgt dat een pandhouder een vordering uit onrechtmatige daad jegens de curator in zijn hoedanigheid (de boedel) heeft, als de curator in strijd met daarvoor geldende regels stil verpande vorderingen int. Deze vordering kwalificeert de Hoge Raad weliswaar als een preferente boedelvordering, maar zij komt in rang na die van de curator tot vergoeding van zijn salaris. In geval van een negatieve boedel waarin de preferente boedelvordering van de pandhouder niet voldaan wordt, profiteert de curator van zijn eigen onrechtmatige daad.

Teneinde die onwenselijke situatie te voorkomen, heeft de Hoge Raad ten overvloede overwogen dat de curator door het onrechtmatige handelen de Maclou-norm schendt. De schending kan leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van de curator. Daarvoor is vereist dat de curator een persoonlijk verwijt treft. Aan het vereiste is, gelet op de door de Hoge Raad aangebrachte nuancering in de jurisprudentie, mijns inziens niet zonder meer voldaan door

Hoge Raad: de curator mag niet profiteren van zijn eigen onrechtmatig handelen

het enkele schenden van de regels (gebonden handelen). De oplossing ligt er vooralsnog in de opbrengst van de geïnde vorderingen niet aan de boedel toe te voegen, maar te separeren. Krijgt de pandhouder uiteindelijk gelijk dan kan hij zich op de opbrengst verhalen, zonder dat de curator eerst zijn salaris daaruit mag voldoen. De pandhouder zou het afzonderen van de opbrengst in rechte (in kort geding of via een bevel van de rechter-commissaris) met succes moeten kunnen afdwingen.

Over de auteur

Mr. Jeroen Stal is advocaat bij Cleber te Amsterdam.

want, Tv/ 2015/19

18 Kortmann in zijn noot onder «JOR» 2016/83, nr. 6