

Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift Juridisch up to Date. Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. (Lees onze disclaimer).

Jutd 2016/0034 Kan de curator zijn salaris bij voorrang verhalen op door hem ten onrechte geïncasseerde aan de bank verpande vorderingen?

Jutd 2016/0034 d.d. 18-03-2016

Auteur(s): Mr. R. van der Jagt, Van Iersel Luchtman advocaten, Breda.

De curator en pandhouder gedurende faillissement

De curator dient het actief in een faillissement te verzilveren. Bij ondernemingen is doorgaans sprake van een te incasseren debiteurenportefeuille. Die debiteurenportefeuille is vaak (stil) verpand aan de financier van de onderneming (meestal de bank). Op het moment dat de onderneming/pandgever tekortschiet in zijn verplichtingen, kan de financier/pandhouder gebruik maken van zijn pandrecht. De pandhouder zal de debiteuren dan aanschrijven met de mededeling dat alleen aan hem bevrijdend kan worden betaald ter (al dan niet gehele) voldoening van zijn vorderingen op de pandgever. Voor zover de debiteuren nog niet op de hoogte waren van het pandrecht, wordt het pandrecht door die aanschrijving openbaar (artikel 3:246 BW). Het faillissement brengt in deze bevoegdheid van de pandhouder geen verandering (artikel 57 Fw).

Zolang de stille pandhouder na het faillissement van de pandgever de debiteuren niet op de hoogte stelt van zijn pandrecht, mag de curator verpande debiteurenbetalingen in ontvangst nemen. De stille pandhouder maakt in dat geval met voorrang aanspraak op de door de boedel ontvangen bedragen, maar hij moet wel bijdragen in de algemene faillissementskosten (de boedelkosten)¹. Als de pandhouder zelf incasseert - en het pandrecht dus openbaar is - is dat niet zo en ontvangt hij de volledige incasso-opbrengst. Een curator mag een pandhouder niet frustreren in de uitoefening van zijn pandrecht. Om een (stille) pandhouder na faillissement in de gelegenheid te stellen zijn rechten uit te oefenen, dient de curator daarom enkele regels na te leven.

De curator zal in de regel pas mogen overgaan tot actieve incassering van de debiteuren, nadat hij een redelijke termijn heeft laten verstrijken waarbinnen de pandhouder de gelegenheid heeft om kenbaar te maken of hij al dan niet gebruikmaakt van zijn pandrecht. Bij professionele financiers/pandhouders is een termijn van veertien dagen vanaf faillissementsdatum gebruikelijk. De curator hoeft de pandhouder geen termijn te stellen. Als de pandhouder de verpande debiteuren zelf incasseert, mag de curator dat niet meer (actief) doen². Wel mag de curator in dat geval debiteurenbetalingen (passief) in ontvangst nemen, maar de opbrengst zal hij zonder omslag van de algemene faillissementskosten moeten afdragen aan de pandhouder. De curator dient de pandhouder voorts inzage te verstrekken in de administratie van de pandgever, zodat de pandhouder ook daadwerkelijk van zijn rechten gebruik kan maken³. Daarvoor mag de curator een redelijke vergoeding vragen van de pandhouder.

Rangorde in faillissement

In een faillissement laten zich grofweg drie crediteurenposities onderscheiden, namelijk: 1) boedelschulden, die ontstaan onder verantwoordelijkheid van de curator en eerst worden

voldaan uit het door de curator verzilverde actief; 2) preferente schulden, die aan bod komen nadat de boedelschulden zijn voldaan; en 3) concurrente schulden, die - behoudens indien de vordering met een pandrecht is versterkt - pas worden voldaan na volledige voldoening van de hoger gerangschikte schuldeisers. De vorderingen van financiers vallen in de laatstgenoemde categorie, voor zover zij zich niet kunnen verhalen via bijvoorbeeld een pandrecht.

Binnen de categorie boedelschuldeisers hebben sommige boedelschuldeiser ten opzichte van andere boedelschuldeisers soms een hogere rang (artikel 3:283 e.v. BW). Zo is het (door de rechtbank vast te stellen) salaris van de curator een boedelvordering (artikel 71 Fw) met een hogere rang dan veel andere boedelvorderingen (De Ranitz/Ontvanger⁴). Het salaris van de curator zal dus voorgaan op veel andere boedelschulden, ook op bijvoorbeeld boedelschulden die zijn ontstaan omdat de curator in zijn hoedanigheid (q.q.) onrechtmatig handelt.

In de rechtspraak is een uitzondering aanvaard op de rangorde van (boedel)schuldeisers. Als er aan de boedel een betaling plaatsvindt waarvan zonder meer vast staat en duidelijk is dat die betaling per vergissing plaatsvond en er geen rechtsgrond aan de betaling ten grondslag lag (een absoluut onverschuldigde betaling), dan dient de curator onverwijld terug te betalen. Alleen de daarvoor redelijk te maken (administratie)kosten mogen worden doorberekend. Dit is dus een soort "superboedelvordering"⁵.

Inbreuk op het pandrecht van de financier

Maar wat als de curator het (stille) pandrecht van een financier betwist en vervolgens zelf actief de debiteuren incasseert? Dat kan voor een pandhouder ingrijpende gevolgen hebben. Indien achteraf vast komt te staan dat de curator het pandrecht ten onrechte heeft betwist, dan is de conclusie dat de curator (in ieder geval in die hoedanigheid) schadeplichtig is jegens de pandhouder. De pandhouder verkrijgt dan een vordering op de boedel. Een schadevordering op de boedel gaat in beginsel niet voor op de vordering ter zake het salaris van de curator. De curator zou zichzelf (althans de boedel) dus kunnen bevoordelen door inbreuk te maken op het pandrecht van de financier.

Op 5 februari 2016 heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de vraag of een pandhouder een aanspraak heeft op onmiddellijke uitkering uit de faillissementsboedel van door de curator ten onrechte geïncasseerde en verpande debiteuren, zonder bij te dragen aan de algemene faillissementskosten (waaronder het salaris van de curator)⁶. In dit geschil tussen Rabobank en de curator van Rapsody Shipyard ("Rapsody") was het volgende het geval:

- Rabobank financierde Rapsody en had onder meer een stil pandrecht op diens debiteuren;
- Rapsody faillieerde op 12 april 2011;
- Rabobank heeft haar vorderingen op Rapsody op 14 en 19 april 2011 ingediend bij de curator en aangegeven zelf de debiteuren te incasseren;
- de curator heeft op 21 april 2011 het pandrecht van Rabobank betwist. Enerzijds omdat er vanaf faillissementsdatum nog werkzaamheden voltooid zouden moeten worden ten behoeve van de debiteuren (de vorderingen zouden nog niet bestaan). Anderzijds omdat er op faillissementsdatum nog niet was gefactureerd voor de (al dan niet voltooide) werkzaamheden. Tevens voerde de curator aan dat de debiteuren

onvoldoende bepaalbaar waren (6:227 BW), omdat de administratie van Rapsody niet was bijgewerkt;

- de curator heeft de administratie van Rapsody bijgewerkt en op grond daarvan de debiteuren gefactureerd en geïncasseerd ten gunste van de boedel;
- de curator weigerde Rabobank volledige toegang tot die administratie.

Rabobank heeft de curator gedagvaard en heeft - samengevat - een verklaring voor recht gevraagd dat de curator de debiteuren ten onrechte heeft geïncasseerd, dat de curator de incasso-opbrengst direct en zonder enige inhouding moet afdragen aan Rabobank (als ware het een superboedelvordering) en dat de curator vanwege zijn incasso-inspanningen zowel in zijn hoedanigheid (q.q.) als in persoon (pro se) aansprakelijk is voor de schade van Rabobank.

Zowel de rechtbank⁷, het gerechtshof⁸ als de Hoge Raad zijn van oordeel dat de curator ten onrechte inbreuk heeft gemaakt op het pandrecht van Rabobank en dat hij in zijn hoedanigheid onrechtmatig heeft gehandeld. Vast kwam te staan dat de werkzaamheden waarvoor werd gefactureerd op faillissementsdatum waren voltooid én dat de curator daarvoor op grond van de administratie van Rapsody heeft kunnen factureren (de debiteuren waren voldoende bepaalbaar). Ook Rabobank had dat dus kunnen doen als haar inzage in de administratie zou zijn gegeven. De curator wordt in zijn hoedanigheid veroordeeld tot schadevergoeding. Onder verwijzing naar het arrest Hamm q.q./ABN AMRO⁹ komen de rechtbank, het gerechtshof en de Hoge Raad evenwel tot het oordeel dat het onrechtmatig handelen van de curator geen aanleiding geeft om af te wijken van de hiervoor beschreven wettelijke rangorde. De boedelvordering van de curator voor zijn salaris blijft dus hoger gerangschikt dan de schadevordering van Rabobank op de boedel.

Onrechtmatig handelen van de curator in persoon (pro se)

Alleen in eerste aanleg werd geoordeeld over de pro se aansprakelijkheid van de curator. De rechtbank stelt dat het de curator vrij stond het pandrecht van Rabobank te betwisten, maar neemt het de curator wel kwalijk dat de geïncasseerde bedragen gedurende het geschil niet werden gesepareerd van de boedel. Die omissie acht de rechtbank echter onvoldoende om (ook) tot persoonlijke aansprakelijkheid van de curator te oordelen. De curator is dus alleen in zijn hoedanigheid veroordeeld tot betaling aan Rabobank van het ten onrechte geïncasseerde. In hoger beroep heeft Rabobank zich neergelegd bij dit oordeel van de rechtbank, zodat dit ook niet in cassatie aan de orde was.

De Hoge Raad overweegt onder verwijzing naar zijn eerdere uitspraken van 19 april 1996¹⁰ en 16 december 2011 evenwel dat - wanneer een curator de hiervoor beschreven praktijkregels niet in acht neemt - sprake kan zijn van persoonlijke aansprakelijkheid van de curator. De maatstaf waaraan de curator zich bij zijn taakvervulling immers dient te houden "komt hierop neer 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". Alleen de rechtbank heeft in deze kwestie geoordeeld over de pro se aansprakelijkheid van de curator met de conclusie dat daar geen sprake van is.

Conclusies

Een pandhouder die door incasso-inspanningen van een curator dreigt te worden benadeeld, verkrijgt geen "superboedelvordering". De Hoge Raad ¹¹blokkeert dus de weg naar een

tweede uitzondering op de wettelijke rangorde . Wat kan de pandhouder dan doen om zijn pandrecht "veilig te stellen"?

In kort geding kan onder meer worden gevorderd dat de curator eventueel door hem geïncasseerde bedragen moet separeren van de boedel, zodat zijn salaris niet zomaar bij voorrang ten laste wordt gebracht op de incasso-opbrengst. In een hoofdzaak zal vervolgens een oordeel moeten komen over de rechtsgeldigheid van het pandrecht/aanspraak op de incasso-opbrengst. Voorts zou de pandhouder de curator in zijn hoedanigheid én persoonlijk aansprakelijk kunnen stellen voor zijn schade. Vanwege de veelal "lege" faillissementsboedel en de wettelijke rangorde is het evenwel onzeker of de aansprakelijkheid van de curator in zijn hoedanigheid uiteindelijk iets zal opleveren. Dan resteert dus slechts de mogelijke persoonlijke aansprakelijkheid van de curator, waarvoor voornoemde hoge drempel geldt.

NOOT 1 [\[terug\]](#)

Artikel 182 Fw en Hoge Raad 17 februari 1997, (Mulder CLBN) ECLI:NL:HR:1997:ZC1641

NOOT 2 [\[terug\]](#)

Hoge Raad 22 juni 2007, (ING/Verdonk) ECLI:NL:HR:2007:BA2511

NOOT 3 [\[terug\]](#)

Hoge Raad 30 oktober 2009, (Hamm q.q./ABN AMRO) ECLI:NL:HR:2009:BJ0861

NOOT 4 [\[terug\]](#)

Hoge Raad 28 september 1990, (De Ranitz/Ontvanger) ECLI:NL:HR:1990:AD1243

NOOT 5 [\[terug\]](#)

Hoge Raad van 5 september 1997 (Ontvanger/Hamm q.q.) ECLI:NL:HR:1997:ZC2419

NOOT 6 [\[terug\]](#)

ECLI:NL:HR:2016:199

NOOT 7 [\[terug\]](#)

ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ0166

NOOT 8 [\[terug\]](#)

ECLI:NLGHARL:2014:6338

NOOT 9 [\[terug\]](#)

Zie voetnoot 3

NOOT 10 [\[terug\]](#)

Maclou, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047

NOOT 11 [\[terug\]](#)

ECLI:NL:HR:2011:BU4204