



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Uitwinningsperikelen met curatoren bij eigendomsvoorbehoud en pandrecht: een aanzet tot een dogmatische, rechtvaardige én praktische oplossing

Vriesendorp, R.D.

Citation

Vriesendorp, R. D. (2018). Uitwinningsperikelen met curatoren bij eigendomsvoorbehoud en pandrecht: een aanzet tot een dogmatische, rechtvaardige én praktische oplossing. *Tijdschrift Voor Insolventierecht*, 2018(7), 308-320. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/67505>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/67505>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Uitwinningsperikelen met curatoren bij eigendomsvoorbehoud en pandrecht: een aanzet tot een dogmatische, rechtvaardige én praktische oplossing

Tvl 2018/49

Curatoren treffen soms zaken aan waarop mogelijk rechten van derden rusten. Als hij zaken nodig heeft voor het beheer of deze wil verkopen, is de curator niet altijd op de hoogte van eventuele aanspraken van derden of betwist hij die juist. Welke gevolgen heeft dit voor de zekerheidsgerechtigden en welke rol vervullen eventuele afspraken daarover? Aan de hand van een systematische analyse van deze kwesties voor de financier met een stil pandrecht of de leverancier met een eigendomsvoorbehoud of voorbehouden pandrecht biedt deze bijdrage een dogmatische onderbouwing en een praktische aanpak voor de curator om aansprakelijkheid (q.q. en ook privé) te voorkomen.

1. Inleiding

Professor Eric Dirix heeft op 26 oktober 2018 afscheid genomen als hoogleraar aan de KU Leuven waar hij van 1991-2011 insolventierecht en sindsdien rechtsvergelijking als leeropdracht had. Daarnaast is hij vanaf 1993 rechter, eerst in Antwerpen bij rechtbank en hof en sinds 1998 raadsheer in het Belgische Hof van Cassatie. Hij was vanaf de oprichting in 1995 als lid van de redactiecommissie en later als redactied medewerker tot begin 2017 aan dit tijdschrift verbonden. In deze rol verzorgde hij de band tussen dit tijdschrift en onze zuiderburen op het terrein van het insolventierecht en meer in het algemeen het goederen- en zekerhedenrecht.²

Eric Dirix is academicus en pragmaticus tegelijk, hij wil zijn oordeel dogmatisch onderbouwen en liefst zoveel mogelijk passend in het privaatrechtelijke systeem, maar het moet ook wel werken in de praktijk. Ter gelegenheid van zijn afscheid heb ik aandacht besteed aan een dogmatische kwestie met praktische consequenties bij het geldend maken van de aan pandrecht en eigendomsvoorbehoud verbonden bevoegdheden. Het betreft de status en rangorde van vorderingen van pandhouders en leveranciers onder eigendomsvoorbehoud jegens curatoren, als een curator – al dan niet bewust – de positie van deze partij schendt, overneemt of hem anderszins schade toebrengt. Recent is hierover (weer)³ het – dogmatische – debat opgelaaide.⁴ Voorts biedt ook recente jurisprudentie aanknopingspunten voor deze discussie.⁵ Kort gezegd gaat de discussie over de vraag of de pandhouder/leverancier in dat geval een aanspraak jegens de curator heeft (*q.q.* en wellicht ook *pro se*), waarbij in het debat tot nog toe vooral de *wenselijkheid* van een voorgestelde oplossing een rol speelt. De *rechtsgrond* van de toegekende aanspraak, het *object* waarop die aanspraak betrekking heeft en welke *rang* die vordering dan toekomt, zijn echter niet of nauwelijks uitgewerkt. Zodoende ontbreekt de dogmatische inbedding daarvan in ons privaatrechtelijk systeem. In deze bijdrage waag ik een poging daartoe die bovendien moet leiden tot een rechtvaardige én praktische oplossing.

Vanuit didactisch verantwoord oogpunt simplificeer ik eerst de casus om het zicht op de kern van deze kwestie niet onnodig te vertroebelen (par. 2). Vervolgens spits ik in par. 3 de casus toe op drie specifieke situaties waarin de curator inbreuk maakt op de positie van achtereenvolgens: de pandhouder van stil verpande voorraden en bedrijfsmidde-

1 Gelieve dit artikel aan te halen als R.D. Vriesendorp, 'Uitwinningsperikelen met curatoren bij eigendomsvoorbehoud en pandrecht: een aanzet tot een dogmatische, rechtvaardige én praktische oplossing', *Tvl* 2018/49. Reinout Vriesendorp is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek, Amsterdam en hoogleraar Insolventierecht aan de Universiteit Leiden, werkzaam bij de afdelingen Ondernemingsrecht en Bedrijfswetenschappen en redacteur van dit blad. Met dank aan Floris Kaptein (De Brauw Blackstone Westbroek) en Gert-Jan Boon (Universiteit Leiden) voor hun nuttige op- en aanmerkingen bij eerdere versies. Dit artikel is grotendeels gelijklopend en onder dezelfde titel eerder verschenen als hoofdstuk in: *Vraagpunten op de grens van insolventierecht, goederenrecht en verbintenissenrecht, Opstellen opgedragen aan Prof. dr. Eric Dirix* (p. 111-135, Antwerpen, Intersentia 2018), ter gelegenheid van diens afscheid als hoogleraar aan de KU Leuven.

2 Zie 'Stil pandrecht op schuldvorderingen in België' (*Tvl* 1995, nr. 6), 'Fiducia-verbod en leasing in Nederland en België' (*Tvl* 1996, nr. 3), 'Schuldsanering voor particulieren in België' (*Tvl* 1999, nr. 3), 'Het nieuwe Belgische insolventierecht – eerste ervaringen' (*Tvl* 2000, nr. 3), 'De collectieve dimensie van het beslagrecht in België' (*Tvl* 2001, nr. 2), 'Zekerheidsrechten in de Europese Insolventieverordening' (*Tvl* 2002, nr. 3), 'Kroniek Belgisch insolventierecht' (*Tvl* 2005/26), 'Het Voorontwerp in het licht van internationale ontwikkelingen' (*Tvl* 2008/9), 'De nieuwe Belgische Wet Continuïteit Ondernemingen' (*Tvl* 2009/16), 'Kroniek Belgisch insolventierecht' (*Tvl* 2010/21), 'België kiest voor een centraal pandregister' (*Tvl* 2014/5), 'De kwaliteitsrekening in België' (*Tvl* 2015/41) en 'Kroniek Belgisch insolventierecht' (*Tvl* 2016/22).

3 Vooral in het kader van (on)rechtmatige inning door de curator van stil verpande vorderingen zijn in Nederland eerder deze eeuw de pennen in beweging gezet in de context van de uitspraken van de Hoge Raad in *ING/Verdonk q.q.* (HR 22 juni 2007, NJ 2007/520), *Hamm q.q./ABN Amro* (HR 30 oktober 2009, NJ 2010/96) en *Rabobank/Verdonk q.q.* (HR 5 februari 2016, NJ 2016/187).

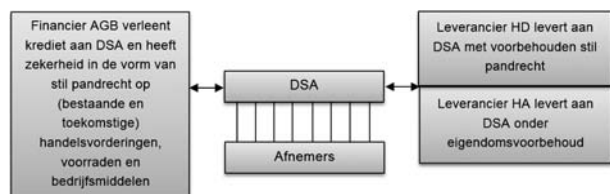
4 Dit beperkt zich niet tot de onrechtmatige inning van stil verpande vorderingen maar raakt ook onrechtmatig gedrag van de curator bij stil verpande zaken en eigendomsvoorbehoud, zie o.a. N.E.D. Faber & N.S.J.G. Vermunt, 'Het doorbreken van de (wettelijke) rangorde van boedelvorderingen': in S.E. Bartels e.a. (eds.), *Vertrouwen in het burgerlijke recht, Liber amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, 151-166 en recent V.J.M. van Hoof, 'De separatist en de tot vervreemding onbevoegde curator', *Tvl* 2018/10, met reactie E.F. Verheul (*Tvl* 2018/30) en naschrift van V.J.M. van Hoof (*Tvl* 2018/31); vgl. R.D. Vriesendorp, 'Curatoren onder vuur: you can't always get what you want', *Tvl* 2015/19.

5 Zie twee op dezelfde dag (13 maart 2018) gewezen arresten van Hof Den Haag (ECLI:NL:GHDHA:2018:1609; *Curator AOH q.q. en pro se/Nidera*) en Hof Arnhem-Leeuwarden (*JOR* 2018/193; *Versendaal q.q./Lindorff*); eerder Hof Amsterdam 28 mei 1998, *JOR* 1999/13 (*Stigter/Tanger q.q.*), Rb. Middelburg 31 augustus 2011, *JOR* 2012/58 (*EPN/Den Hollander q.q.*), Rb. Den Haag 20 april 2016, *JOR* 2016/284 (*Stitch c.s./Curatoren Etam*).

len, een leverancier met een voorbehouden stil pandrecht en een leverancier met een eigendomsvoorbehoud op dergelijke zaken. Op basis van deze analyse kom ik tot een stappenplan waarmee de positie van de separatist ten opzichte van de curator *q.q.* en *pro se* kan worden bepaald (par. 4). Afrondend kom ik tot een aansporing aan de Nederlandse wetgever om in lijn met de internationale ontwikkelingen het pad te effenen, althans te verbreden voor een trustachtige benadering om te komen tot een dogmatische, praktische én rechtvaardige oplossing van bovenstaande kwestie binnen het stelsel van de wet (par. 5).

2. Casus

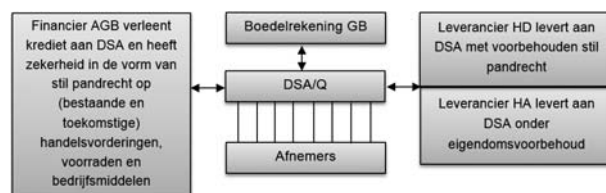
Het thema van deze bijdrage wil ik onderzoeken aan de hand van een relatief eenvoudige casus, die als uitgangspunt voor de verschillende vormen van zekerheid zoveel mogelijk gelijk is. Het gaat om onderneming DirDorp Science Activities N.V. ("DSA"), die gefinancierd wordt door Algemene Generale Bank ("AGB"). Tot zekerheid voor de terugbetaling heeft DSA zich verbonden om aan AGB zekerheidsrechten te verstrekken. DSA doet dit in de vorm van een stil pandrecht op haar bestaande en toekomstige handelsvorderingen en zaken (voorraad en bedrijfsmiddelen). Daarnaast heeft DSA op krediet van verschillende leveranciers zaken (voorraad en bedrijfsmiddelen) gekocht en geleverd gekregen, waarbij de ene leverancier, HaizeDel ("HD"), gebruik heeft gemaakt van een voorbehouden stil pandrecht en de andere, HoldAp ("HA"), zich de eigendom heeft voorbehouden. Schematisch is de situatie als volgt:



In beginsel hebben de leveranciers HD en HA geen last van het bij voorbaat gevestigde stil pandrecht van AGB, omdat dit komt te rusten op de reeds met het (voorbehouden) stil pandrecht van HD dan wel het eigendomsvoorbehoud van HA belaste zaak.⁶ Dit is niet anders geworden door de erkenning door de Hoge Raad van een onvoorwaardelijk pandrecht op het voorwaardelijke eigendomsrecht van DSA als de koper onder eigendomsvoorbehoud.⁷ Het verschil tussen het pandrecht en het eigendomsvoorbehoud op de voorraden in tegenstelling tot de bedrijfsmiddelen, is dat de pandhouder en de leveranciers onder voorbehouden pand-/eigendomsrecht van de voorraden hebben ingestemd met bedrijfsmatige doorverkoop en -levering. Hiertoe hebben zij op voorhand aan DSA de bevoegdheid verleend om die voorraden binnen de 'normale bedrijfsuitoefening' te vervreemden. Dientengevolge worden kopers van de voorraden door

levering door DSA daarvan volledig en onbelast eigenaar. Bij de bedrijfsmiddelen daarentegen is dit niet het geval: zonder uitdrukkelijke instemming van de pandhouder resp. eigenaar is DSA (gedeeltelijk) beschikkingsonbevoegd. Een koper krijgt dan een met stil pandrecht belaste zaak resp. geen eigendom, hooguit bezit. Als hij echter voldoet aan de criteria van art. 3:86, lid 1 (bij eigendomsvoorbehoud) of lid 2 (bij pand) BW, verkrijgt hij niettemin de volledige en onbelaste eigendom van die bedrijfsmiddelen.

Op een gegeven moment komt DSA in financiële moeilijkheden te verkeren en gaat uiteindelijk zelfs failliet met aanstelling van mr. Qualitas ("Q") tot curator. Deze treft bij DSA tal van vermogensbestanddelen (vorderingen en zaken) aan, die hij onder zijn beheer plaatst en met het oog op de afwikkeling van het faillissement wil liquideren. Ten behoeve van zijn werkzaamheden opent hij een bankrekening (inzake faillissement DSA) bij GELD BANK ("GB"). Hierdoor komt de eerder weergegeven casus er iets anders uit te zien:



Als Q besluit om de aangetroffen vermogensbestanddelen te gelde te maken, leidt dat tot een keur aan uitwinningssperikelen. In het licht van de beschikbare ruimte voor deze bijdrage, beperk ik me tot de perikelen bij de verkoop van de aangetroffen voorraden en bedrijfsmiddelen.⁸ Meer specifiek richt ik mij op de gevolgen van de volgende situaties die zich in het faillissement van DSA kunnen voordoen:

- i) Q verkeert in de – verschoonbaar – onjuiste veronderstelling dat er geen aanspraken van derden zijn, en kan daarover niet snel duidelijkheid krijgen;
- ii) Q weet dat er aanspraken van derden zijn, maar betwist deze;
- iii) Q weet dat er aanspraken van derden zijn, maar heeft de goederen nodig voor zijn beheer en/of afwikkeling van het faillissement en heeft hierover (nog) geen afspraken met de rechthebbende(n) kunnen maken; en
- iv) Q weet dat er aanspraken van derden zijn, maar heeft afspraken gemaakt met de rechthebbende.

3. De gevolgen van de acties van de curator voor de zekerheidsgerechtigden

Wanneer Q tot actie overgaat, kan dat voor de rechthebbenden in elk van bovenstaande situaties i)-iv) tot gevolgen leiden waarbij hun positie in meer of mindere mate wordt geraakt. Zelfs als hun oorspronkelijke rechten in stand blijven, bijvoorbeeld wegens het *droit de suite*, kun-

⁶ HR 4 december 1998, NJ 1999/549 (Potharst/Serrée).

⁷ HR 3 juni 2016, NJ 2016/290 (Rabobank/Reuser); dit onvoorwaardelijke pandrecht op de voorwaardelijke eigendom van de koper (DSA) is niet van invloed op de onderlinge rangorde tussen leverancier en financier.

⁸ De (uitw)inning van de stil verpande handelsvorderingen levert op zichzelf al voldoende stof op voor een bijdrage, zoals blijkt uit jurisprudentie en de daarop gebaseerde literatuur, zie noot 3 hierboven.

nen die rechthebbenden feitelijk in een mindere positie terecht komen. In dit verband spelen twee factoren een rol die van invloed kunnen zijn op de goederenrechtelijke posities van zowel de boedel/Q als de verkrijgers van de door Q verkochte zaken en diens gevolg ook op de posities van AGB, HD en HA.

De eerste factor betreft het zogenaamde 'bevoegdheidsbeding' dat financier (AGB) en leveranciers (HD en HA) met DSA waren overeengekomen bij de voorraden: binnen haar normale bedrijfsuitoefening is DSA bevoegd om die te vervreemden. De kopers hiervan krijgen diens gevolg – in tegenstelling tot bij een vervreemding van de bedrijfsmiddelen – zonder meer de onbelaste eigendom van die zaken. De vraag of een pandhouder/eigenaar dat bevoegdheidsbeding ook tegen zich moet laten gelden in faillissement is echter niet onomstreden. Zo kan men stellen dat de executiefase in een faillissement niet meer kan worden beschouwd als een 'normale bedrijfsuitoefening'. Pleitbaar is evenwel dat in de fase kort na de faillietverklaring, waarin de reguliere verkoopactiviteiten door de curator voorlopig worden voortgezet, bijvoorbeeld met het oog op een mogelijke doorstart, nog wel sprake is van zo'n 'normale bedrijfsuitoefening', mits de zekerheidsgerechtigde daarvan nog wel enig profijt ziet. Het is dan wel raadzaam om een dergelijke bevoegdheid expliciet in de pandakte of leveringsvoorwaarden op te nemen.

De tweede factor hangt ten dele nauw met de eerste samen, de mogelijke derdenbescherming die de goederenrechtelijke positie van de verschillende betrokkenen kan beïnvloeden. In hoeverre verliest de zekerheidsgerechtigde zijn positie door een geslaagd beroep op derdenbescherming door de koper? Als het 'bevoegdheidsbeding' in faillissement niet werkt of de curator zonder instemming van de zekerheidsgerechtigde tot vervreemding overgaat, is hij uiteindelijk niet bevoegd om de zaak (voorraad dan wel bedrijfsmiddel) onbelast te vervreemden. In dat geval bestaat er niettemin alle kans dat de koper een succesvol verweer kan opwerpen dat hij bij de verkrijging te goeder trouw was. Ondanks het stil pandrecht van AGB resp. HD of het eigendomsvoorbehoud van HA wordt de koper dan toch onbelast eigenaar op grond van art. 3:86, lid 1 dan wel 2 BW.

Met inachtneming van deze factoren veranderen de consequenties voor de betrokkenen in een oplopende graad van bewustzijn bij de curator van mogelijke aanspraken op de door Q aangetroffen voorraden en bedrijfsmiddelen door AGB als pandhouder (3.1), HD als leverancier met een voorbehouden pandrecht (3.2) en HA als leverancier met een eigendomsvoorbehoud (3.3).

3.1 *Curator Q tegenover financier AGB waar het de stil verpande voorraden en bedrijfsmiddelen betreft*

In de situatie waarin Q overgaat tot verkoop en levering van voorraden en bedrijfsmiddelen van DSA waarop een stil pandrecht van AGB rust, komt in aanvulling op de genoemde twee factoren nog een ander aspect om de hoek kijken. Onder omstandigheden maakt het voor de positie van AGB namelijk verschil op welke bankrekening de koopprijs

voor de verkochte zaken wordt betaald: op de rekening van DSA bij de pandhouder (AGB) of op de door de curator (Q) bij GB geopende faillissementsrekening. Wat betekent dit nu voor de aan het slot van par. 2 genoemde vier situaties? De verschillende situaties komen achtereenvolgens in par. 3.1.1–3.1.4 aan de orde.

3.1.1 *Q verkeert in de – verschoonbaar – onjuiste veronderstelling dat er geen aanspraken van derden zijn*

In de situatie waarin de curator (Q) meent dat de door hem verkochte en geleverde voorraden en bedrijfsmiddelen niet belast waren met enig pandrecht, gaan Q en de koper ervan uit dat de laatste door de levering door de curator volledig eigenaar wordt. Als de curator tot zijn mening heeft kunnen komen door adequate voorzorgsmaatregelen, in een vorm en omvang die in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze van hem of haar gevergd mogen worden, is de onjuiste veronderstelling verschoonbaar. Dit vereist wel dat Q zijn oordeel niet lichtvaardig heeft gevormd en zich voldoende heeft ingezet en met de benodigde nauwkeurigheid heeft gecontroleerd of de aangetroffen zaken niet met een stil pandrecht of een eigendomsvoorbehoud waren belast.⁹ Te denken valt aan een al naargelang de omstandigheden meer of minder uitvoerige maar deugdelijke check van de administratie en informatieuitvraag bij relevante functionarissen van DSA, het aanschrijven van de bekende schuldeisers met het verzoek per omgaande te reageren als men zekerheidsrechten wenst uit te oefenen, het controleren op eventuele merktekens, etc.

Ondanks de verschoonbaarheid van de onjuiste veronderstelling heeft de verkoop en levering in beginsel goederenrechtelijk tot gevolg dat de koper geen volledig onbelaste eigendom verwerft, maar dat het stil pandrecht van AGB op de verkochte zaken blijft rusten. De ontbrekende wetenschap daarvan bij Q is hiervoor irrelevant. Als de koper zich echter kan beroepen op derdenbescherming of – in geval van de voorraden – het 'bevoegdheidsbeding' waarmee AGB op voorhand had ingestemd met vervreemding in de 'normale bedrijfsuitoefening', is AGB wel haar pandrecht kwijt. Er ontstaat ook niet van rechtswege een pandrecht op het geïnde.¹⁰ Goederenrechtelijk staat AGB derhalve met lege handen. In hoeverre resteert haar nog een andere mogelijkheid om haar positie zoveel mogelijk te redden?

Voor het antwoord is van belang dat in deze situatie als uitgangspunt geldt dat de verkoop door de curator niet is aan te merken als een uitwinning ten behoeve van AGB maar voor de boedel. Zo bezien is de geïnde koopprijs te beschouwen als een executieopbrengst die volgens de regels van art. 180, lid 2 Fw in verband met titel 3.10 BW moet worden uitgekeerd.¹¹ De parallel met de situatie waarin de curator

⁹ Dit sluit aan op de zogenaamde 'Maclou-norm' waaraan het handelen van een curator moet worden getoetst: HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (*Maclou/ Curatoren Van Schuppen*) en HR 16 december 2011, NJ 2012/515 (*Prakke/ Gips*). Vgl. F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, diss. Tilburg, Zwolle 1998, hfdst. XIII.4 e.v.

¹⁰ Vgl. HR 23 april 1999, NJ 2000/158 (*Van Gorp q.q./Rabo Breda; Wollie*).

¹¹ Zie HR 17 februari 1995, NJ 1996/471 (*Mulder q.q./CLBN*), r.o. 3.4.3 en voorafgaande Conclusie A-G Hartkamp, nr. 15.

de pandhouder een termijn voor uitwinning heeft gesteld en de pandhouder die heeft laten verstrijken (art. 58 Fw) dringt zich op.¹² Vanuit deze invalshoek is deze kwestie onlangs in de Nederlandse rechtspraak aan de orde geweest en – voorlopig¹³ – beslist in een procedure voor het Hof Arnhem-Leeuwarden.¹⁴ Voor de vraag of de pandhouder voorrang heeft op de opbrengst, sloot het hof in navolging van de rechtbank in die zaak aan bij art. 58 Fw omdat de wet deze voorrang van de pandhouder alleen toekent in geval van uitwinning door de curator na de daarin genoemde een termijnstelling.

“In deze zaak had een schuldeiser aan de curator per abuis eerst gemeld geen pandrecht te hebben op bepaalde zaken. Na de verkoop en levering daarvan door de curator aan een derde die het pandrecht niet tegen zich hoefde te laten gelden, kwam de schuldeiser daarop terug en stelde hij toch een pandrecht te hebben. De rechtbank, gevolgd door het hof, zag in deze situatie aanleiding om een analogie te trekken met artikel 58 Fw, mede tegen de achtergrond van twee arresten van de Hoge Raad over voorrang bij verdeling van executieopbrengst. Dientengevolge heeft de pandhouder voorrang op de verkoopopbrengst die de curator had ontvangen. Wel moet hij wachten op het verbindend worden van de slotuitdelingslijst en derhalve bijdragen aan de algemene faillissementskosten.”

Een termijnstelling op grond van art. 58 Fw doet zich bij de verkoop door Q echter niet voor, omdat Q er juist van uit was gegaan – en in het licht van de verschoonbaarheid ook mocht gaan – dat er geen aanspraken van een pandhouder zijn, zodat een parallel met de regeling van art. 58 Fw minder goed voorstelbaar is.

Toch zijn er in theorie omstandigheden denkbaar waarin de pandhouder nog een andere mogelijkheid heeft om iets terug te zien na het verlies van zijn pandrecht. AGB kan vergoeding van haar schade tot het beloop van de verrijking van de boedel van de curator *q.q.* vorderen, omdat er geen rechtvaardiging voor AGB's verarming door die verrijking is te geven. Aangezien de schade van AGB is veroorzaakt door de inbreuk die Q als curator met de verkoop had gemaakt op een subjectief recht van AGB, zou in beginsel ook een aanspraak op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) jegens de curator *q.q.* mogelijk zijn, tenzij deze inbreuk niet toerekenbaar is aan de curator, bijvoorbeeld door het gedrag van de pandhouder¹⁵ of als de onjuiste veronderstelling verschoonbaar is. Aangezien er in het hier besproken geval sprake is van een verschoonbare vergissing door Q, zal er van een toerekenbare onrechtmatige daad, en daar-

mee een schadevergoedingsverplichting, geen sprake zijn; het betreft geen risicoaansprakelijkheid voor de curator *q.q.*

Tot slot de situatie dat de koopprijs door de koper niet op de boedelrekening bij GB maar op de rekening van DSA bij AGB wordt betaald en Q over dat bedrag wil beschikken. In hoeverre zou AGB dat kunnen tegenhouden en afgifte daarvan weigeren met een beroep op verrekening met haar vordering op DSA? Dit is onaannemelijk omdat de vordering van Q (en de daarmee corresponderende schuld van AGB) niet rechtstreeks voortvloeit uit handelingen die voor de faillietverklaring zijn verricht, maar door de door hem na de faillietverklaring verrichte verkoop. Omdat de vordering op de koper niet was verpand, is er geen reden om af te wijken van de 'strenge verrekeningsregels' en is verrekening dus op grond van vaste jurisprudentie niet mogelijk.¹⁶

3.1.2 *Q weet dat er aanspraken van derden zijn, maar betwist deze*

In de situatie waarin Q wel op de hoogte is van het stil pandrecht van AGB, verandert de situatie enigszins. Dan is er van verschoonbaarheid bij de curator geen sprake. Het kan echter zijn dat de curator de zekerheid van de pandhouder betwist, bijvoorbeeld omdat volgens de curator niet is voldaan aan de vestigingsvereisten (art. 3:84 BW *jo.* art. 3:237 BW) of omdat de vestiging daarvan paulianeus of anderszins vernietigbaar of nietig is. In dergelijke gevallen zal Q willen handelen alsof de voorraden en bedrijfsmiddelen onbelast tot de boedel behoren, zodat hij die vrijelijk kan verkopen aan derden. Voor een termijnstelling ex art. 58 Fw is dan in beginsel geen reden, want de curator erkent het pandrecht niet.¹⁷

Ondanks de betwisting van het pandrecht van AGB door Q heeft de verkoop en levering door de curator net als bij de verschoonbaar onjuiste veronderstelling (zie 3.1.1) in beginsel tot gevolg dat de koper geen volledig onbelaste eigendom verwerft. Ook nu blijft het stil pandrecht van AGB op de verkochte zaken rusten. Alleen bij een geslaagde betwisting door Q of beroep door de koper op derdenbescherming of gebruikmaking van het 'bevoegdheidsbeding' bij het pandrecht op de voorraden verliest AGB haar pandrecht en staat zij goederenrechtelijk weer met lege handen. Toch lijkt de positie van AGB nu gunstiger, los van de hierboven genoemde mogelijke analogie met art. 58 Fw, leidend tot voorrang op de opbrengst bij de uitdeling na aftrek van de faillissementskosten.¹⁸ Er is daarnaast ook kans om Q met succes aan te spreken op grond van onrechtmatige daad.

De vraag of Q in zijn hoedanigheid (*q.q.*) aansprakelijk is, hangt om te beginnen af van de uitkomst van de betwisting daarvan door Q. Als de curator de betwisting doorzet

12 Vgl. A-G Hartkamp, nr. 15 in zijn Conclusie voor HR 17 februari 1995, NJ 1996/471 (*Mulder q.q./CLBN*).

13 Mij is niet bekend of cassatie is ingesteld.

14 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 13 maart 2018, JOR 2018/193 (*Versendaal q.q./Lindorff*).

15 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 13 maart 2018, JOR 2018/193 (*Versendaal q.q./Lindorff*), waarin de verwarring die de pandhouder had gecreëerd omtrent het niet/wel bestaan van het pandrecht aanleiding vormde om de proceskosten in eerste aanleg te compenseren.

16 Vgl. HR 17 februari 1995, NJ 1996/471 (*Mulder q.q./CLBN*) en HR 23 april 1999, NJ 2000/158 (*Van Gorp q.q./Rabo Breda; Wollie*).

17 Toch nemen curatoren wel het zekere voor het onzekere en stellen zij de pandhouder ondanks de betwisting van het pandrecht soms een termijn om dat uit te oefenen. Deze – op het oog tegenstrijdige – benadering leidt overigens niet tot rechtsverwerking; zie HR 11 april 2008, JOR 2008/180 (*Cantor Holding/Arts q.q.*).

18 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 13 maart 2018, JOR 2018/193 (*Versendaal q.q./Lindorff*).

en daarin gelijk krijgt, is er geen pandrecht geweest en is er dus geen inbreuk op dat recht gemaakt. Q was vrij om de voorraden en bedrijfsmiddelen naar believen te gebruiken, verbruiken of vervreemden. Blijkt de betwisting uiteindelijk ten onrechte te zijn gedaan, dan staat de inbreuk op het pandrecht van AGB vast. Door de wetenschap van Q omtrent het pandrecht van AGB heeft zij een schadeclaim jegens de curator *q.q.* op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Voor AGB levert dit een boedelvordering jegens de curator *q.q.* op. Aangezien deze boedelvordering concurrent is, staat zij achter bij het salaris en verschotten van de curator en mogelijk preferente boedelvorderingen (fiscus, UWV). Met de andere concurrente boedelvorderingen moet bovendien naar evenredigheid gedeeld worden als er sprake is van een negatieve boedel waarbij niet alle boedelschuldeisers kunnen worden voldaan. Dan loopt AGB dus het risico dat zij maar een gedeelte van haar schade vergoed krijgt. In geval van een lege boedel waarin geen enkele uitdeling aan concurrente boedelschuldeisers plaatsvindt, ontvangt AGB zelfs niets, tenzij zich een van de volgende situaties voordoet.

Allereerst kan onder omstandigheden verrekening AGB helpen. Dit is niet zozeer het geval als de koper de koopprijs op verzoek van Q heeft overgemaakt naar de boedelrekening bij GB, maar het wordt anders als die gelden zijn overgemaakt naar de bankrekening van DSA bij AGB. Dan heeft AGB die ontvangen gelden in haar macht gekregen. Als Q daarvan uitbetaling vraagt, bevindt AGB zich door de feitelijke omstandigheden in een positie waarin zij haar boedelvordering tot schadevergoeding kan verrekenen met de vordering van Q tot afdracht van de opbrengst aan hem of haar. Anders dan hierboven bij 3.1.1, zijn nu de bijzondere verrekeningsbepalingen uit faillissement (art. 53/54 Fw) niet van toepassing. Het gaat hier om de 'gewone' civielrechtelijke verrekening (art. 6:127 e.v. BW), omdat tegenover elkaar staan de aanspraak op, en een verschuldigdheid door, de curator *q.q.* ten opzichte van AGB. Daarom maakt het ook geen verschil als de curator een afzonderlijke boedelrekening bij AGB zou hebben geopend – naast de bestaande rekening ten name van DSA – en de koopprijs daarop gestort zou zijn. Ook dan kan AGB een verzoek tot uitbetaling van die opbrengst pareren met een verrekeningsberoep. Het gaat immers om een vordering van en op de curator in hoedanigheid.

Vervolgens kan er naast de onrechtmatige daad van Q in hoedanigheid (*q.q.*) ook sprake zijn van een onrechtmatige daad door de curator privé (*pro se*), waardoor AGB langs een omweg (het restant van) de schade door de inbreuk op het pandrecht vergoed kan krijgen. Het is op zichzelf niet – persoonlijk – verwijtbaar dat een curator een recht van een derde betwist, ook al blijkt dit later ten onrechte.¹⁹ Dat wordt het volgens mij echter wel als hij de belangen van AGB daarbij onvoldoende in het oog houdt. Concreet betekent dit in gevallen als deze dat de curator eventuele inkomsten uit de

verkoop van goederen waarover het geschil gaat, vooralsnog afgescheiden houdt van de boedel of daarvoor zekerheid stelt (art. 6:51 BW) en afhankelijk van de uitkomst van de betwisting handelt. Als de betwisting standhoudt en het pandrecht van AGB niet bestaat, mag Q die inkomsten gebruiken voor het boedelbeheer en bij de afwikkeling daaruit zijn salaris etc. voldoen. Maar als de curator verliest, moet de pandhouder zijn aanspraak direct kunnen effectueren en ontvangen wat hem toekomt. Als AGB dan niet (volledig) betaald wordt, heeft de pandhouder naast zijn (deels) onbetaalde boedelvordering een schadeclaim jegens Q *pro se* wegens – blijkbaar – verwijtbaar onvoldoende afgescheiden houden van de inkomsten uit de verkoop.

3.1.3 *Q weet dat er aanspraken van derden zijn, maar heeft de goederen nodig voor zijn beheer en/of afwikkeling van het faillissement en heeft hierover (nog) geen afspraken met de rechthebbende(n) kunnen maken; art. 58 Fw ligt niet voor de hand*

De derde situatie betreft die waarin Q positief weet dat er aanspraken van derden zoals AGB zijn, maar die om verschillende redenen niet wil of kan respecteren. Zo kan het zijn dat de curator in de eerste – doorgaans hectische – periode van het faillissement met het oog op waardebehoud of zelfs -maximalisatie de bestaande voorraden zo veel en zo snel mogelijk wil blijven verkopen; en in voorkomend geval misschien ook al bepaalde bedrijfsmiddelen. Als hij dan weet dat deze zaken (geheel of ten dele) belast zijn met een stil pandrecht, heeft hij verschillende keuzes:

- a) overleg voeren met AGB en handelen conform de inkomsten daarvan;
- b) als dat overleg niet tot zijn tevredenheid wordt afgerond, kan Q het pandrecht betwisten, als daar gronden voor zijn; of
- c) besluiten het pandrecht vooralsnog te negeren omdat het hem niet lukt om bijtijds contact te krijgen met de pandhouder (en een termijnstelling ex art. 58 Fw in deze vroege fase van het faillissement niet waarschijnlijk lijkt), waardoor afspraken niet mogelijk zijn en vervolgens de opbrengst:
 - i) apart te zetten voor de – nog niet benaderde – AGB; of
 - ii) in de boedel te laten vloeien.

Afgezien van de keuze voor a), die hierna wordt besproken (3.1.4), maakt Q bij de rest welbewust inbreuk op het pandrecht van AGB. Geval b) is in de vorige par. (3.1.2) aan de orde geweest. Hoe zit dit nu bij c)?

Nu in geval c.i) de rechthebbende (nog) niet in beeld is, zal de opbrengst van de verkoop (vooralsnog) niet bij hem belanden en moet de curator (Q) besluiten wat daarmee te doen en op welke grond. Hiermee hangt samen de voor zover mij bekend nog nergens behandelde vraag welke grondslag de rechthebbende (AGB) later kan aanvoeren als hij erachter komt wat er gebeurd is. Omdat er (nog) geen afspraak is gemaakt, kan er geen sprake zijn van een overeenkomst tussen Q en AGB als rechtsgrond voor de afdrachtvoor-

19 Zo bijv. Verstijlen in zijn noot onder HR 5 februari 2016, NJ 2016/187 (*Rabot/Verdonk q.q.*), nr. 8; anders N.E.D. Faber & N.S.J.G. Vermunt, 'Het doorbreken van de (wettelijke) rangorde van boedelvorderingen': in S.E. Bartels e.a. (eds.), *Vertrouwen in het burgerlijke recht, Liber amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 18.

ring. Zolang de curator echter wel van plan is de opbrengst door te sluizen naar de rechthebbende, is een onrechtmatige-daad-vordering (*q.q.*) niet aannemelijk. Zolang een afdracht van de opbrengst aan AGB mogelijk blijft, heeft zij geen schade geleden (aannemende dat de tijdfactor met behulp van rente wordt gecompenseerd). Daarnaast valt er in deze aanpak weinig toe te rekenen. Waar Q in de situatie c.i) niet de bedoeling heeft om de opbrengst in de boedel te laten vloeien, is er ook geen sprake van een ongerechtvaardigde verrijking van de boedel (art. 6:212 BW). Dit zou het pas worden als Q zou besluiten om die opbrengst toch in de boedel te houden (geval c.ii), zie hieronder). Buiten deze genoemde, niet-toepasselijke grondslagen, resteert AGB alleen nog zaakwaarneming (art. 6:198 BW): door de verpande goederen wegens tijdsdruk zelf te vervreemden om uiteindelijk de opbrengst daarvan bij de pandhouder te laten belanden, heeft Q zich willens en wetens en op redelijke grond met de belangen van AGB ingelaten, terwijl op dat ogenblik een bevoegdheid daartoe ontbrak. Deze zaakwaarneming verplicht Q echter wel om de begonnen waarneming voort te zetten (art. 6:199 BW). Dit betekent dat Q ervoor moet zorgen dat AGB zo snel mogelijk de verkoop-opbrengst van de verpande zaken daadwerkelijk ontvangt. Zolang dit niet is gebeurd, heeft AGB een daarop gerichte concurrente boedelvordering. Hier doet zich mogelijk weer hetzelfde probleem voor AGB voor als hierboven bij 3.1.1.

Als Q de ontvangen koopprijs niet (volledig) aan AGB kan voldoen wegens een negatieve boedel, lijdt AGB schade die zij met een concurrente boedelvordering uit onrechtmatige daad *q.q.* om dezelfde reden evenmin vergoed krijgt. Wegens de onvolledige uitvoering van de zaakwaarneming maakt Q – alsnog – een toerekenbare inbreuk op het pandrecht van AGB. Deze onrechtmatige daad is Q *pro se* toe te rekenen omdat hij met het niet naar behoren voortzetten van de zaakwaarneming bewust het risico heeft gelopen dat AGB schade zou lijden door de inbreuk op haar pandrecht, terwijl dit redelijkerwijze wel van hem kon worden verlangd (art. 6:199, lid 1 BW). Q heeft blijkbaar nagelaten om de gelden die hij voor AGB ontving als opbrengst adequaat afgescheiden te houden van de failliete boedel of heeft nagelaten daarvoor zekerheid te stellen (zie 3.1.2 hierboven).

In geval c.ii) is er van zaakwaarneming geen sprake: Q wil juist het belang van de boedel dienen. Dan heeft de door Q gefrustreerde rechthebbende (AGB) van het begin af aan een vordering op grond van onrechtmatige daad door Q in hoedanigheid (*q.q.*), omdat deze willens en wetens inbreuk maakt op het pandrecht van AGB. Een alternatieve grondslag voor de schadevergoedingsvordering van AGB vormt ongerechtvaardigde verrijking, omdat er geen rechtvaardiging voor AGB's verarming door de verrijking van de boedel is te geven. Aangezien beide vorderingen – onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) en ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) – gericht zijn op schadevergoeding, zal de uitkomst niet verschillen.²⁰ Mogelijk dat het verschil in te

bewijzen factoren AGB doet kiezen voor de ene of de andere grondslag.

In beide gevallen gaat het om een concurrente boedelvordering tot schadevergoeding waarbij AGB bij een negatieve boedel het risico loopt haar schade niet (of slechts gedeeltelijk) vergoed te krijgen. Voor de (rest)schade heeft AGB dan net als bij 3.1.2 een schadevordering uit onrechtmatige daad jegens de curator *pro se*, als deze onvoldoende maatregelen heeft getroffen om de ontvangen koopprijs adequaat afgescheiden te houden van de failliete boedel of daarvoor zekerheid te stellen, waardoor de concurrente boedelvordering van AGB niet (gedeeltelijk) kon worden voldaan.

Voor beide gevallen (c.i en c.ii) heeft AGB weer profijt – net als bij 3.1.2 – als de koper van de door Q verkochte zaken de koopprijs overmaakt naar de bankrekening bij AGB. Bij een verzoek door Q tot uitbetaling kan AGB zich ook nu op de 'gewone' verrekening van art. 6:127 e.v. BW beroepen: haar verplichting tot afdracht aan de curator is tot het gemeenschappelijke beloop tenietgegaan wegens de schuld van de curator *q.q.* tot schadevergoeding wegens niet behoorlijk voortgezette zaakwaarneming (c.i) dan wel onrechtmatige daad/ongerechtvaardigde verrijking (c.ii).

Voor de volledigheid kan voor de hier besproken situatie tot slot gewezen worden op de mogelijkheid voor Q om op grond van art. 58 Fw aan AGB een termijn te stellen om tot uitwinning over te gaan, bij gebreke waarvan Q zelf gaat uitwinnen met de bijbehorende gevolgen. Dan krijgt de koper door de verkoop door Q de onbelaste eigendom en gaat het pandrecht van AGB teniet. Ongeacht op welke rekening die opbrengst wordt overgeboekt, valt dat bedrag in de boedel; verrekening is niet aan de orde. Als voormalig pandhouder heeft AGB een recht op de opbrengst met de aan het pandrecht verbonden voorrang. Dit baat haar echter alleen als er na volledige betaling van de faillissementskosten nog iets voor de curator overblijft om op de voet van art. 180 e.v. Fw tot uitdeling aan faillissementsschuldeisers over te gaan. Met de termijnstelling van art. 58 Fw kan de curator een talmende pand- of hypotheekhouder tot actie manen.²¹ Tegen deze achtergrond ligt gebruik van dit vergaande middel in de beginfase van een faillissement niet voor de hand. Ik laat deze mogelijkheid daarom hier verder buiten beschouwing.

3.1.4 Q heeft afspraken gemaakt met de rechthebbende

In de vierde en laatste situatie waarin Q stil verpande zaken verkoopt, heeft hij afspraken met pandhouder AGB gemaakt over de wijze waarop de uitwinning ter hand wordt genomen en de voorraden en bedrijfsmiddelen worden verkocht. De verplichtingen die voor Q uit deze afspraak voortvloeien, zijn boedelschulden.²² De hiermee corresponderende boedelvordering voor AGB is bij gebreke aan enigerlei wettelijke voorrangsbepaling concurrent en deelt dus het hierboven (in 3.1.2 en 3.1.3) al beschreven lot bij een negatieve boe-

20 Zie bv. *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding* (Vriesendorp), Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 325.

21 Vgl. HR 20 december 2013, NJ 2014/151 (*Glencore/curatoren Zalco c.s.*), r.o. 4.6.2 en HR 6 februari 2015, NJ 2015/294 (*Welage q.q./Rabobank*), r.o. 3.3.5.

22 HR 19 april 2013, NJ 2013/291 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

del. Dan loopt AGB het risico dat zij maar een deel of zelfs helemaal niets terugziet van de opbrengst van de aan haar verpande zaken. Toch staat ook hier AGB niet helemaal machteloos. Om te beginnen, moet de afspraak tussen Q en AGB worden geduid en uitgelegd.

Als deze kan worden aangemerkt als een 'afwijkende wijze van verkoop' in de zin van art. 3:251, lid 2 BW, krijgt die afspraak het karakter van executoriale (onderhandse) verkoop door de pandhouder AGB. Het maakt niet uit wat die afspraak vervolgens precies behelst omtrent de feitelijke gang van zaken bij die verkoop. Ongeacht de manier waarop, geldt de hiervoor ontvangen koopprijs als executieopbrengst waarop AGB als pandhouder zich bij voorrang mag verhalen.²³ Pas als dit gebeurd is, is de executie ten einde en kan de curator het faillissement verder afwickelen. De voorrang wordt feitelijk geëffectueerd door die opbrengst af te houden van de gelden die AGB door de verkoop onder zich krijgt. Zo hoeft AGB bij een betaling door de executiekoper op een bij haar aangehouden bankrekening van DSA (of eventueel Q) tot het beloop van haar door pandrecht gedekte vordering niets aan Q uit te keren, zij het dat hier van verrekening geen sprake is.²⁴ Als de koopprijs echter niet op een rekening bij AGB wordt gestort (maar bijvoorbeeld op de boedelrekening van Q bij GB), wordt het praktisch voor AGB lastiger om haar voorrang op die opbrengst te effectueren. AGB heeft die gelden niet onder zich en daarmee ook niet in haar macht. Als Q uitbetaling aan GB vraagt, is er in beginsel ook geen grond voor GB om dat te weigeren. Als een andere boedelschuldeiser derdenbeslag onder GB ten laste van Q heeft gelegd, mag GB het saldo weliswaar niet meer aan Q uitkeren, maar zodra de opbrengst vermengd is met andere betalingstransacties op de boedelrekening bij GB, kan niet meer 'de' opbrengst van de verkoop worden aangewezen. Het lijkt mij niet eenvoudig om dan nog een voorrang van AGB te rechtvaardigen. AGB zal dan ook beslag moeten leggen en een rangregeling moeten vragen, maar zonder aanwijsbare opbrengst in het beslagen saldo lijkt een concurrente positie tussen de eerdere beslaglegger en AGB meer op haar plaats.

Als de afspraak niet kan worden aangemerkt als een afwijkende wijze van verkoop in de zin van art. 3:251, lid 2 BW, heeft AGB in beginsel een concurrente boedelvordering tot afdracht van de ontvangen koopprijs behoudens andersluidende afspraak. Mag Q nu bij een negatieve boedel die hele opbrengst aanwenden ter betaling van zijn salaris en verschotten, omdat vergoeding van deze kosten nu eenmaal voorgaat? Dit is de huidige lijn van de Hoge Raad; in voorkomend geval zal de pandhouder de curator *pro se* moeten aanspreken zo daartoe gronden zijn.²⁵ Als AGB toch directe afdracht wenst, zal zij daartoe afspraken met Q moeten maken. Daarbij past ook een afspraak wat te doen als Q de verkoopinspanningen verricht ten behoeve van AGB; dan komt hem en de boedel een bijdrage toe ter dekking van de ge-

maakte kosten. Deze boedelbijdrage mag Q afhouden van hetgeen hij aan AGB moet afdragen. Ingeval de opbrengst door de koper rechtstreeks wordt overgemaakt naar de bankrekening van DSA/Q bij AGB, dient AGB de boedelbijdrage aan Q te betalen. Hierin ligt derhalve het verschil al naargelang de koper de koopprijs overmaakt naar een rekening van DSA/Q bij AGB of elders.

In beide gevallen zal Q voor een deugdelijke afscheiding moeten zorgen van de ontvangen verkoopopbrengst tot ten minste een bedrag ter grootte van de overeengekomen aanspraak van AGB (minus eventuele boedelbijdrage) en onmiddellijke afdracht daarvan aan AGB. Laat hij dat na, dan valt Q een persoonlijk verwijt te maken dat hem *pro se* kan worden aangerekend. Als AGB om welke reden dan ook door de niet-nakoming van de gemaakte afspraken minder ontvangt dan haar pandrecht haar zou doen toekomen, moet dat uit de privéschadevergoeding gedekt worden en is Q *pro se* aansprakelijk.

3.2 *Curator Q tegenover leverancier HD waar het de onder voorbehouden stil pandrecht geleverde voorraden en bedrijfsmiddelen betreft*

Net als bij het stil pandrecht op de voorraden en bedrijfsmiddelen van DSA bespreek ik beide categorieën zaken hierna in beginsel op dezelfde manier waar zij geleverd zijn door HD en HA. Dit geldt zowel voor het voorbehouden stil pandrecht van HD (3.2) als voor het eigendomsvoorbehoud van HA (zie 3.3 hierna). Net als tegenover AGB geldt echter ook tegenover beide leveranciers dat een verschillende behandeling denkbaar is door het zogenaamde 'bevoegdheidsbeding' op grond waarvan kopers van delen van de voorraad door levering volledige en onbelaste eigendom verkrijgen. Bij de bedrijfsmiddelen is dit zonder uitdrukkelijke instemming van HD dan wel HA echter niet het geval.

De vraag of HD met een voorbehouden stil pandrecht een bevoegdheidsbeding tegen zich moet laten gelden in faillissement is niet anders dan bij het stil pandrecht van de bank (AGB), nu dit 'gewone' stil pandrecht in zijn uitwinning niet verschilt van een op grond van art. 3:81, lid 1 BW voorbehouden stil pandrecht. Daarom geldt voor deze situatie in belangrijke mate hetzelfde als hierboven (in 3.1.1-3.1.4) is aangegeven, zie 3.2.1-3.2.4 hierna.

3.2.1 *Q verkeert in de – verschoonbaar – onjuiste veronderstelling dat er geen aanspraken van derden zijn, althans weet dat niet zeker*

Een verschil ten opzichte van het pandrecht van financier AGB is het ontbreken van een verrekeningsmogelijkheid voor HD, nu zij geen bankrekening in stand houdt waarop eventuele betalingen door een koper zouden kunnen binnenkomen. Voor het overige is de positie van HD met het voorbehouden stil pandrecht niet anders dan voor AGB met haar 'gewone' stil pandrecht.

Zo geldt ook tegenover HD dat Q zich voldoende moet hebben ingezet en met de benodigde nauwkeurigheid heeft nagegaan of de aangetroffen zaken niet met een voorbehouden stil pandrecht ten gunste van HD waren belast. Ook bij

23 Vgl. HR 14 februari 2014, NJ 2014/264 (Feenstra q.q./ING); zie ook HR 25 februari 2011, NJ 2012/74 (ING/Hielkema q.q.).

24 Vgl. HR 14 februari 2014, NJ 2014/264 (Feenstra q.q./ING), r.o. 3.4.2.

25 Art. 3:277 BW. Zie HR 28 september 1990, NJ 1991/305 (De Ranitz q.q./Ontvanger); vgl. HR 5 februari 2016, NJ 2016/187 (Rabo/Verdonk q.q.).

het voorbehouden stil pandrecht van HD verwerft de koper door de levering in beginsel geen volledig onbelaste eigendom ondanks de verschoonbaarheid van de onjuiste veronderstelling van Q. De zaak is belast met het (voorbehouden) stil pandrecht van HD dat op de verkochte zaken blijft rusten. Toch valt te verwachten dat de koper zich met succes kan beroepen op derdenbescherming of – in geval van de voorraden – het ‘bevoegdheidsbeding’ waarmee HD op voorhand had ingestemd met vervreemding in de ‘normale bedrijfsuitoefening’, waardoor HD zijn pandrecht kwijt is. Goederenrechtelijk staat HD net als AGB met lege handen en zijn de mogelijkheden om de schade klein te houden beperkt.

Voorop staat ook hier dat de verkoop door de curator niet is aan te merken als een uitwinning ten behoeve van HD, zodat de geïnde koopprijs kan worden gezien als een executieopbrengst voor de boedel waarop het verdelingsmechanisme van titel 3.10 BW van toepassing is. Ook nu weer ontstaat er niet van rechtswege een pandrecht op het geïnde.²⁶ Met betrekking tot de vraag in hoeverre HD voorrang heeft op de opbrengst, kan op basis van het eerder aangehaalde arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden dezelfde analogie worden toegepast.²⁷ Dit betekent toekenning van voorrang aan HD bij de uitdeling van de opbrengst na omslag van de faillissementskosten. In geval van een negatieve boedel helpt dit HD echter op geen enkele manier. HD moet dan dulden dat de opbrengst ten goede komt aan de boedel-schuldeisers. HD heeft dus alleen maar baat bij haar voorrang als Q tot een uitdeling overgaat.

3.2.2 *Q weet dat er aanspraken van derden zijn, maar betwist deze*

In de situatie waarin Q wel op de hoogte is van het voorbehouden stil pandrecht van HD, verandert de situatie enigszins ten opzichte van die waarin de curator dat – verschoonbaar – niet weet (3.2.1). In de vergelijkbare positie als bij AGB (3.1.2) is er echter nauwelijks verschil. Alleen omdat HD geen baat heeft bij de verrekeningsmogelijkheden die AGB wel heeft door de bankrekening van DSA/Q bij haar, heeft HD hier een mindere positie dan AGB.

3.2.3 *Q weet dat er aanspraken van derden zijn, maar heeft de goederen nodig voor zijn beheer en/of afwikkeling van het faillissement en heeft hierover (nog) geen afspraken met de rechthebbende(n) kunnen maken*

De derde categorie betreft een aantal situaties waarin Q positief weet dat er aanspraken van derden zoals HD zijn, maar hij die om verschillende – hierboven (3.1.3) behandelde – redenen niet wil of kan respecteren. Daarbij bleek dat de curator vrij ver kan/mag gaan met inbreukmakende handelingen op de rechten van AGB. Voor het voorbehouden stil pandrecht van HD is dit niet wezenlijk anders, zodat korthedshalve daarnaar verwezen wordt.

3.2.4 *Q heeft afspraken gemaakt met de rechthebbende*

In de laatste situatie heeft curator Q afspraken met pandhouder HD gemaakt over de wijze waarop de uitwinning ter hand wordt genomen en de voorraden en bedrijfsmiddelen worden verkocht. Net zoals bij AGB, kan deze afspraak tussen Q en HD worden aangemerkt als een ‘afwijkende wijze van verkoop’ in de zin van art. 3:251, lid 2 BW. Dit heeft als consequentie dat de hiervoor ontvangen koopprijs de executieopbrengst is waarop HD zich als pandhouder bij voorrang mag verhalen (zie 3.1.4). Omdat HD geen bankrekening voor DSA aanhoudt waarop de executieopbrengst kan worden ontvangen, mist HD het voordeel dat AGB heeft om de opbrengst (minus een af te dragen boedelbijdrage) direct in mindering te brengen op de vordering van HD op DSA. Als de afspraak niet is aan te merken als een ‘afwijkende wijze van verkoop’, geldt hetzelfde als hierboven in 3.1.4 is beschreven: HD heeft in beginsel een concurrente boedelvordering tot afdracht van de ontvangen koopprijs (minus een eventuele boedelbijdrage).

In beide gevallen doet HD er goed aan om in de afspraak met Q op te nemen dat hij voor een deugdelijke afscheiding zorgt van de ontvangen koopprijs van de rest van zijn boedelgelden en onmiddellijke afdracht daarvan aan HD. Toerekenbare nalatigheid op dit punt is Q persoonlijk te verwijten met als gevolg een aansprakelijkheid *pro se*.

3.3 *Curator Q tegenover leverancier HA waar het de onder eigendomsvoorbehoud geleverde voorraden en bedrijfsmiddelen betreft*

Na de behandeling van het stil pandrecht van AGB (3.1) en het voorbehouden stil pandrecht van HD (3.2) behoeven de uitwinningssperikelen bij de laatste categorie met het eigendomsvoorbehoud van HA na bovenstaande uiteenzetting nog maar een korte uitwerking. Weliswaar is er conceptueel een wezenlijk verschil tussen stil pand en eigendomsvoorbehoud: het eerste is een beperkt recht (art. 3:8 BW), dat tevens een afhankelijk recht is (art. 3:7 BW) en nevenrecht (art. 6:142 BW), terwijl het laatste gebruikmaakt van het eigendomsrecht als zijnde het meest omvattende recht dat een mens op een zaak kan hebben (art. 5:1 BW). In de context van financiering en zekerheid is het eigendomsvoorbehoud echter nauw verwant aan het stil pandrecht en het voorbehouden stil pandrecht in het bijzonder. Op zich terecht heeft Verheul in zijn zeer fraaie dissertatie onlangs overtuigend betoogd dat het eigendomsvoorbehoud geen zekerheid biedt voor betaling van de koopprijs maar zekerheid voor de verkoper dat hij in geval van ontbinding en ongedaanmaking zijn volledige eigendomsrecht weer kan uitoefenen.²⁸ Vanuit financieringsoogpunt liggen bankkrediet (met stil pandrecht) en leverancierskrediet (met voorbehouden stil pandrecht en eigendomsvoorbehoud) echter zeer dicht tegen elkaar aan. Dit blijkt ook bij de behandeling van de in deze bijdrage beschreven situaties. Door deze gelijkenis zal ik de vier genoemde situaties in deze paragraaf niet afzonderlijk behandelen, maar volsta ik met het aan-

26 Vgl. HR 23 april 1999, NJ 2000/158 (Van Gorp q.q./Rabo Breda; Wollie).

27 Hof Arnhem-Leeuwarden 13 maart 2018, JOR 2018/193 (Versendaal q.q./Lindorff).

28 E.F. Verheul, *Eigendomsvoorbehoud*, diss. RU Groningen, Deventer: Wolters Kluwer 2018, hoofdstuk 2, par. 5.6 en 5.7.

stippen van enkele verschillen die voor het eigendomsvoorbehoud in algemene zin gelden.

Op het eerste gezicht lijkt er een wezenlijk verschil tussen de posities van Q enerzijds en AGB/HD anderzijds ten opzichte van de positie van Q en HA en daarmee tussen het (voorbehouden) stil pandrecht en het eigendomsvoorbehoud. Anders dan bij het voorbehouden stil pandrecht, waarbij Q weliswaar geen onbelaste eigendom in de boedel van DSA aantrof maar wel – beperkt – beschikkingsbevoegd was, is hij dat bij het eigendomsvoorbehoud in beginsel geheel niet. Behoudens bij het ‘bevoegdheidsbeding’ bij onder eigendomsvoorbehoud geleverde voorraden zou de wederpartij van Q dus geen eigenaar worden van de verkochte zaken. In werkelijkheid zal dit verschil maar beperkt zijn omdat in de praktijk de koper meestal via de weg van derdenbescherming (art. 3:86, lid 1 BW) alsnog de volledige, onbelaste eigendom verwerft. Dit heeft als consequentie dat HA zijn eigendomsrecht verliest op dezelfde manier waarop AGB haar pandrecht kwijtraakt (zie 3.1.1) en HD zijn voorbehouden stil pandrecht (zie 3.2.1). Een terugvallen op een mogelijke boedelvordering wegens de inbreuk op het eigendomsrecht zal door de verschoonbaarheid vermoedelijk niet toerekenbaar zijn, zodat HA hiervan geen gebruik kan maken. De positie van HA met het – verloren – eigendomsvoorbehoud is qua resultaat vergelijkbaar met de positie van HD die zijn voorbehouden stil pandrecht is kwijtgeraakt.

Afgezien van het *conceptuele* verschil tussen eigendom en pandrecht en de twee vragen die hieronder in 3.4 aan de orde komen, is er geen wezenlijk *praktisch* verschil met de positie van HD met zijn voorbehouden stil pandrecht in de situaties waarin (i) Q wel op de hoogte is van het eigendomsvoorbehoud van HA (vgl. 3.1.2 en 3.2.2); (ii) Q weet dat er aanspraken van derden zijn, maar hij de goederen nodig heeft voor zijn beheer en/of afwikkeling van het faillissement terwijl hij met HA (nog) geen afspraken heeft kunnen maken (vgl. 3.1.3 en 3.2.3); of (iii) Q die afspraken juist wel met HA heeft gemaakt (vgl. 3.1.4 en 3.2.4). Ten opzichte van AGB heeft HA – net als HD – een afwijkende positie waar AGB onder omstandigheden dankzij een verrekeningsmogelijkheid toch haar volledige vordering betaald kan krijgen.

3.4 *Bescherming van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud (HA) tegen inbreuken door de curator (Q) als deze weet dat er aanspraken van HA zijn, maar Q deze tevergeefs betwist*

Als Q besluit om bepaalde aanspraken, zoals die van HA, te betwisten, geldt hetzelfde als bij het stil pandrecht van AGB (3.1.2) en het voorbehouden stil pandrecht van HD (3.2.2). In dergelijke gevallen dient de curator de ontvangen gelden te separeren totdat duidelijk is wie tot die opbrengst gerechtigd is. Als de curator dit niet adequaat doet en later blijkt dat de geïnde bedragen zich niet meer afgescheiden van de boedel bevinden, dan loopt hij het risico van aansprakelijkheid *pro se*.²⁹ Hierbij spelen twee vragen (3.4.1 en 3.4.2).

29 Zie 3.1.2.

3.4.1 *Heeft HA een boedelvordering met voorrang op de opbrengst?*

De vraag hoe Q moet handelen bij een betwisting, alsmede of HA bij het tenietgaan van het eigendomsvoorbehoud voorrang op de opbrengst heeft, is onlangs door Hof Den Haag aan de orde gesteld en – op precies dezelfde dag (13 maart 2018) als de hierboven behandelde uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden – beantwoord.³⁰ Hier had de curator het eigendomsvoorbehoud met betrekking tot een aantal cognossementen niet gerespecteerd en de gedupeerde partij sprak de curator zowel *q.q.* als *pro se* aan tot vergoeding van de geleden schade omdat door het verval van het eigendomsvoorbehoud door toedoen van de curator gelden waren weggevoerd uit de boedel. De voormalige rechthoudende claimde zowel een zogenaamde ‘superpreferentie’ als een voorrang op de verkoopopbrengst.³¹

Het hof wijst de ‘superpreferentie’ af. Vervolgens behandelt het de vraag in hoeverre aan de door het gedrag van de curator veroorzaakte schadevergoedingsvordering voorrang zou moeten worden toegekend. Dienaangaande overweegt het hof als volgt:

“8. Uitgangspunt is dat een door de curator gepleegde onrechtmatige daad, waaronder de schending van een (voorbehouden) eigendomsrecht, voor de gelaedeerde voor diens daardoor geleden schade een concurrente boedelvordering oplevert, die bij ontoereikendheid van de boedel, net als de andere boedelvorderingen, naar evenredigheid van de omvang ervan wordt voldaan.

In aanmerking nemende evenwel dat aan de pandhouder een aan zijn pandrecht verbonden voorrang is toegekend voor zijn boedelvordering tot afdracht van hetgeen de curator door diens ‘verboden’ incassoactiviteiten heeft ontvangen op de verpande vorderingen (HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641), bestaat aanleiding om aan de – evenzeer als separatist aan te merken – eigenaar een vergelijkbare voorrang toe te kennen voor diens boedelvordering tot afdracht van de opbrengst die door het frustreren van zijn eigendomsvoorbehoud in de boedel is gebracht; de eigenaar, met diens ‘meest omvattende recht’ op een zaak, welke zaak bovendien, anders dan bij verpanding, niet tot de boedel behoorde, behoort in dat geval niet minder te worden beschermd dan de pandhouder die voor diens gefrustreerde pandrecht een preferente boedelvordering krijgt toegekend. Voor een gelijkschakeling bestaat temeer aanleiding nu het eigendomsvoorbehoud in het handelsverkeer primair een zekerheidsfunctie vervult en daarin niet verschilt van het pandrecht. Weliswaar

30 Hof Den Haag 13 maart 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1609 (*curator AOH/Nidera*).

31 Dit betekent dat het verschuldigde bedrag onmiddellijk en bij voorrang, zelfs op salaris en verschotten van de curator, moet worden afgedragen. Dit heeft de Hoge Raad tot nog toe alleen erkend voor de onverschuldigde betaling na faillietverklaring die het gevolg is van een onmiskenbare vergissing; zie HR 5 september 1997, NJ 1998/437 (*Ontvanger/Hamm q.q.*).

is in de art. 3:277 e.v. BW aan het (als zekerheid voorbehouden) eigendomsrecht (uiteraard) geen voorrang in eigenlijk zin verbonden (het gaat in die bepalingen immers om een voorrang op de netto-opbrengst van de goederen van de schuldenaar), maar er is wel een uit de wettelijke regeling voortvloeiende separatistenstatus voor de eigenaar. Die werkt door naar de gelden/opbrengsten die ten onrechte in de boedel zijn gevloeid; de separatistenstatus vormt een uit de wettelijke regeling voortvloeiende reden van voorrang op de opbrengst die met de schending van eigendomsrecht is verkregen. Evenals ten aanzien van de 'pandboedelvordering' het geval is, komt deze boedelvordering ter zake van het gefrustreerde eigendomsrecht in rang na de kosten van executie en vereffening, inclusief het salaris van de curator; voor een onderscheid bestaat ook in dit opzicht onvoldoende aanleiding. Voorrang is er wel in verhouding tot de vordering van ABN AMRO voor zover die is gebaseerd op een, naar achteraf blijkt, niet bestaand pandrecht. Ten opzichte van de vordering van Rosilvia geldt dat de preferentie niet verder reikt dan tot de netto-opbrengst van het door de curator onrechtmatig te gelde gemaakte actief waarop het eigendomsvoorbehoud rustte; tot die opbrengst wordt niet gerekend het deel van het door Rosilvia overgemaakte bedrag dat ingevolge de koopovereenkomst naar haar moest worden teruggestort. Dat terugstorten levert dan ook niet een onrechtmatige daad van de curator op. [...]"

Volgens het hof geldt hiervoor als uitgangspunt dat de gedupeerde eigenaar een concurrente boedelvordering heeft. Omdat echter een pandhouder wiens pandrecht gefrustreerd wordt door een curator een boedelvordering tot afdracht van de ontvangen gelden krijgt met de aan zijn pandrecht verbonden voorrang,³² acht het hof minst genomen een vergelijkbare rang op zijn plaats voor een door de curator gefrustreerd eigendomsvoorbehoud. Het hof baseert zich hierbij op de gelijkshakeling van het eigendomsvoorbehoud met het pandrecht wegens hun zelfde zekerheidsfunctie in het handelsverkeer en een uit art. 3:277 BW afgeleide separatistenstatus van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud. Bovendien zou het, aldus het hof, niet verdedigbaar zijn dat het eigendomsrecht als het 'meest omvattende recht' een lagere rang zou hebben dan het van dat eigendomsrecht afgeleide beperkte pandrecht. Over deze redenering³³ en meer in het algemeen deze uitspraak valt het nodige te zeggen en schrijven, maar dat valt buiten het bestek van deze bijdrage.

3.4.2 *Is de boedelvordering met voorrang op de opbrengst een reële bescherming van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud (HA)?*

Op deze plaats volsta ik met de constatering dat de Nederlandse rechter, althans het Hof Den Haag in genoemde uitspraak, de verkoper onder eigendomsvoorbehoud in kwesties als de onderhavige graag tegemoetkomt om daadwerkelijk vergoeding te krijgen van de door de curator q.q. veroorzaakte schade. Bij negatieve boedels kan dit echter op een teleurstelling uitlopen als men de redenering van het hof zou aanhouden. Dan geldt immers nog steeds dat de verkoper onder eigendomsvoorbehoud de betaling van het salaris en verschotten van de curator als executiekosten moet dulden alvorens hij aan bod komt. In de praktijk ligt juist hier de pijn, zoals valt af te leiden uit de casus waarover het hof moest beslissen.³⁴ Valt hiervoor niet een oplossing te bedenken die past binnen het systeem van de wet, die recht doet aan de positie van verkoper? Volgens Faber en Vermunt in hun bijdrage aan de Kortmann-bundel wel, waarin zij concluderen dat als

"een curator onrechtmatig inbreuk heeft gemaakt op een pandrecht, een hypotheekrecht of een eigendomsrecht, de benadeelde niet in een slechtere positie geraakt of mag geraken dan waarin hij zonder het onrechtmatig handelen van de curator zou hebben verkeerd. De benadeelde pand- of hypotheekhouder behoudt zijn voorrang en zijn separatistenpositie ook ten aanzien van een door de curator onbevoegd en onrechtmatig gerealiseerde executieopbrengst. Een en ander is onzes inziens in overeenstemming met het bestaande wettelijke systeem. Voor de eigenaar op wiens eigendomsrecht inbreuk wordt gemaakt, moet in het verlengde daarvan hetzelfde worden aangenomen. Aan de eigenaar van een niet tot de boedel behorende zaak moet een separatistenpositie toekomen ten aanzien van de opbrengst van die zaak, wanneer de curator deze onbevoegd en onrechtmatig te gelde heeft gemaakt."³⁵

De wenselijkheid van deze conclusie onderschrijf ik volledig, maar de onderbouwing blijft in dat wensdenken steken en vind ik als zodanig onvoldoende. Dit is omdat hun betoog ertoe strekt dat de huidige rechtspraak van de Hoge Raad in de gevallen waarin curatoren de posities van pand- en hypotheekhouders frustreren door zelf de executie ter hand te nemen (anders dan in geval van de termijnstelling van art. 58 Fw) gecorrigeerd moet worden. Aangezien de Hoge Raad op beide terreinen herhaaldelijk te kennen heeft gegeven niet op zijn schreden te willen terugkeren,³⁶ is er volgens mij meer nodig om de bepleite stelling ingang te doen vinden. Een oplossing die bovendien past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen.

32 Vgl. HR 30 oktober 2009, NJ 2010/86 (*Hamm q.q./ABN Amro*), r.o. 4.3.3; vgl. HR 5 februari 2016, NJ 2016/187 (*Rabo/Verdonk q.q.*).

33 Vermoedelijk geïnspireerd door het betoog van N.E.D. Faber & N.S.J.G. Vermunt, 'Het doorbreken van de (wettelijke) rangorde van boedelvorderingen', in S.E. Bartels e.a. (eds.), *Vertrouwen in het burgerlijke recht, Liber amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 163-165.

34 Vgl. de casus die aan HR 5 februari 2016, NJ 2016/187 (*Rabo/Verdonk q.q.*), ten grondslag lag.

35 N.E.D. Faber & N.S.J.G. Vermunt, 'Het doorbreken van de (wettelijke) rangorde van boedelvorderingen', in S.E. Bartels e.a. (eds.), *Vertrouwen in het burgerlijke recht, Liber amicorum prof. mr. S.C.J.J. Kortmann*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 165-166.

36 Culminerend in HR 5 februari 2016, NJ 2016/187 (*Rabo/Verdonk q.q.*).

Hiervoor biedt ons gezamenlijke congres op 19 juni 1998 over de kwaliteitsrekening naar Belgisch en Nederlands recht en meer in het algemeen vermogensafschieding zonder rechtspersoonlijkheid³⁷ en onze beider belangstelling voor de trust en trustachtige figuren een dogmatische én pragmatische aanzet.

3.5 *Een aanzet voor een werkelijke bescherming van de separatist (AGB/HD/HA) tegen inbreuken door de curator (Q) die past in het stelsel van de wet*

In het voorgaande is herhaaldelijk aangegeven dat een curator die inbreuk maakt op de rechten van een separatist – in deze context zowel de (voorbehouden) stil pandhouder AGB en HD als de verkoper met een eigendomsvoorbehoud (HA) – wiens pand- resp. eigendomsrechten niet adequaat worden gerespecteerd, kan worden aangesproken op grond van onrechtmatige daad wegens inbreuk op hun subjectieve rechten. Hiermee heeft de separatist een schadevergoedingsvordering tegen de curator in hoedanigheid (q.q.). Wegens het ontbreken van een bijzondere regeling is deze boedelvordering in beginsel concurrent, met alle gevolgen van dien bij een negatieve boedel. Als er onvoldoende is om alle boedelschuldeisers te voldoen, blijft de separatist met (gedeeltelijk) lege handen achter, terwijl de curator nog wel (een deel van) zijn salaris en verschotten betaald krijgt.

De in de recente Nederlandse rechtspraak – in navolging van het pleidooi door Faber/Vermunt – geboden mogelijkheid om de boedelvordering tegen de curator q.q. te voorzien van voorrang oogt sympathiek, maar biedt de rechtshabende als het er werkelijk om spant, geen soelaas. Ook met voorrang komt hij in rang immers nog steeds na de curator.³⁸ Het enige dat de separatist dan nog rest, is de aansprakelijkheid van de curator *pro se* omdat hij onrechtmatig heeft gehandeld in de zin dat hij niet getuigt van voldoende inzicht en ervaring of van nauwgezetheid en inzet bij zijn taakuitoefening en hem daarvan persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt.³⁹

Als we deze laatste normen loslaten op een curator die in de uitoefening van zijn functie (q.q.) goederen vervreemdt of anderszins te gelde maakt, dan biedt dat perspectief voor de volgende aanpak, die recht doet aan de belangen van alle betrokkenen, zowel separatist als curator. In een ‘stappenplan’ kan dit als volgt worden beschreven:

3.5.1 *Stap 1: is de curator (Q) zich ten tijde van de vervreemding van een zich feitelijk in de boedel bevindende zaak bewust van de rechten van de separatist of is hij er – verschoonbaar – van uitgegaan dat de zaak vrij en onbelast tot de boedel behoort?*

Als de curator weet dat de zaak belast is met een (voorbehouden) stil pandrecht of eigendomsvoorbehoud en hij die

niettemin vervreemdt zonder daarvan melding te maken of toestemming van de separatist te vragen, maakt hij daarop een inbreuk die zonder meer aansprakelijkheid q.q. oplevert. Dit is een concurrente boedelvordering. Was hij zich daarentegen niet bewust van die aanspraken en kon hij dat ook redelijkerwijze niet weten binnen de tijd die hem daartoe redelijkerwijze ter beschikking stond, dan is er van een aan de boedel (q.q.) toerekenbare onrechtmatige daad in beginsel geen sprake en is er zelfs geen concurrente boedelvordering. De separatist heeft dan – afgezien van de onderliggende door de zekerheid gedekte – vorderingen geen (aanvullende) aanspraak.

3.5.2 *Stap 2: als de curator (Q) zich ten tijde van de vervreemding van een zich feitelijk in de boedel bevindende zaak bewust is van de rechten van de separatist, voor wie reserveert hij dan de opbrengst: voor de separatist of voor de boedel?*

Als de curator op de hoogte is van de positie van de separatist of dat zou hebben moeten zijn, dan maakt hij in ieder geval q.q. toerekenbaar inbreuk op die subjectieve rechten als hij in strijd daarmee handelt. Voor eventuele consequenties in de zin van aansprakelijkheid hangt het er echter van af of er sprake is van schade. Dit hangt er mede van af in hoeverre de curator de opbrengst reserveert voor de separatist of voor de boedel.

In het eerste geval opereert de curator op basis van eventuele afspraken met de separatist waarmee een contractuele grondslag voor de afdrachtsvordering wordt gecreëerd. Als die afspraak echter ontbreekt, is de curator te beschouwen als zaakwaarnemer met de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen. In deze situatie zal er in beginsel voor de separatist geen schade zijn mits de curator de ontvangen gelden spoedig doorsluis, zo nodig onder aftrek van een boedelbijdrage. Een uitzondering doet zich voor als de separatist dan aantoonbaar minder ontvangt dan wanneer hij zelf de rechten zou hebben uitgeoefend. Het ligt op de weg van de separatist om die schade te stellen en zo nodig te bewijzen.

Als de curator zou besluiten om de opbrengst aan de boedel ten goede te laten komen, maakt hij niet alleen inbreuk op het subjectieve pand- of eigendomsrecht van de separatist, maar veroorzaakt hij ook daadwerkelijk schade. Dit leidt in ieder geval tot een concurrente boedelvordering op grond van onrechtmatige daad tot het beloop van de schade. De aan het pandrecht ontleende voorrang op de opbrengst heeft alleen effect als die opbrengst op de een of andere manier in de macht van de separatist belandt en hij die dan als executieopbrengst mag beschouwen, waaruit hij zich mag verhalen. Omdat het eigendomsvoorbehoud in beginsel niet op verhaal gericht is en er ook geen executie plaatsvindt, valt een dergelijke executieopbrengst daarbij niet aan te wijzen. Dit maakt het lastig om die – op analogie met het pandrecht gebaseerde – voorrang voor de leverancier met een eigendomsvoorbehoud concreet effect te geven. Bovendien blijft de rang van deze vordering net als bij pandrecht nog steeds achter bij het salaris en verschotten van de curator.

37 E. Dirix & R.D. Vriesendorp, *Inzake Kwaliteit*, Deventer: Kluwer 1998.

38 HR 30 oktober 2009, NJ 2010/86 (*Hamm q.q./ABN Amro*) en HR 5 februari 2016, NJ 2016/187 (*Rabo/Verdonk q.q.*).

39 HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (*Maclou/Curatoren Van Schuppen*) en HR 16 december 2011, NJ 2012/515 (*Prakke/Gips*). Vgl. F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, diss. Tilburg, Zwolle 1998, hfdst. XVIII.

Belangrijker evenwel is dat het bewust schenden van de rechten van een separatist in beginsel ook een onrechtmatige daad van de curator *pro se* oplevert als hem daarvan persoonlijk een verwijt te maken valt.⁴⁰ Dit lijkt snel het geval, tenzij de curator een rechtvaardiging kan aangeven waarom de – bewuste – inbreuk hem niet *pro se* toe te rekenen is. Dit lijkt mij geen eenvoudige opgave.

3.5.3 Stap 3: als de curator (Q) de verkoopopbrengst bestemd heeft voor de separatist, moet hij die geormerkt afgescheiden houden van de boedel

De curator die besluit om de verkoopopbrengst voor de separatist te reserveren, moet aan dat besluit invulling geven door die gelden ofwel direct over te maken naar de separatist of ervoor te zorgen dat die helder geormerkt afgescheiden zijn, ongeacht of er een afspraak is gemaakt of niet. In geval van een afspraak zal deze dicteren hoe er met de ontvangen verkoopopbrengst (eventueel verminderd met een boedelbijdrage) verder wordt omgegaan: wanneer wordt het nettobedrag aan de separatist ter beschikking gesteld, hoe wordt het tot die tijd veilig afgescheiden gehouden van de rest van de boedel, op welke rekening wordt die gestort, welke boedelbijdrage is de separatist aan de curator verschuldigd, etc.?

Zijn er geen afspraken gemaakt en is de curator bij wijze van zaakwaarneming toch van plan om de verkoopopbrengst voor de separatist te bestempelen, dan moet hij die zaakwaarneming in beginsel voortzetten en tot een goed einde brengen (art. 6:199 BW). Dit betekent dat de curator de verkoopopbrengst (eventueel verminderd met een boedelbijdrage) voor de separatist moet hebben klaarliggen.

Als de curator achterwege laat om de opbrengst te oormerken en afgescheiden te houden of dat onvoldoende secuur heeft gedaan waardoor die opbrengst vermengd raakt en later blijkt dat niet het volledige bedrag meer voor de separatist beschikbaar is, dan is de curator (*q.q.*) daarvoor aansprakelijk, hetzij uit contract, hetzij uit zaakwaarneming. Als de curator van dat handelen persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt, is er in beginsel ook een aansprakelijkheid *pro se*: blijkbaar heeft hij zijn taak onvoldoende nauwgezet of inzet verricht.

4. Conclusie

Uit het voorgaande vloeit voort dat een curator die – bewust – besluit tot verkoop over te gaan van goederen die hij in de boedel aantreft en waarvan hij onvoldoende heeft nagegaan of daarop rechten van separatisten rusten, een risico loopt dat hij daarmee niet alleen *q.q.* inbreuk maakt op rechten van de separatisten, maar voor de daardoor veroorzaakte schade ook *pro se* aansprakelijk is. Wil de curator zich voor afwending van zijn privéaansprakelijkheid met vrucht kunnen beroepen op ontlastende omstandigheden, dan betekent een invulling van de zogenaamde 'Maclou-norm' het in acht nemen van onderstaande stappen:

- 1) zo snel mogelijk vaststellen of bepaalde goederen die zich feitelijk in de boedel bevinden, mogelijk belast zijn met een (voorbehouden) stil pandrecht of eigendomsvoorbehoud (vgl. 3.5.1);
- 2) zo ja, dan zo snel mogelijk achterhalen wie rechthebbende(n) is/zijn voor zover dat redelijkerwijze gevegd kan worden in de gegeven omstandigheden en met hem/n in contact treden om over de verdere gang van zaken te spreken en aansturen op goede afspraken wie wat doet en welke kosten daartegenover staan en hoe die in rekening mogen worden gebracht of verrekend worden (vgl. 3.5.2);
- 3) zolang dat contact leggen niet lukt, kan de curator – weliswaar op straffe van aansprakelijkheid (*q.q.*) – de verkoopopbrengst in ontvangst nemen, maar dan zal hij als zaakwaarnemer voor de separatist die verkoopopbrengst (zo nodig minus boedelbijdrage) moeten afzonderen en oormerken. Als hij dat nalaat en uiteindelijk blijkt die opbrengst aan de separatist voorbij te gaan wegens een negatieve boedel, is hij in beginsel aansprakelijk *pro se* (vgl. 3.5.3).

Dit alles speelt echter niet als de curator terecht⁴¹ een termijn stelt op voet van art. 58 Fw of de positie van de separatist met succes heeft betwist.

5. Tot besluit

De rechtvaardiging voor het deugdelijk afgescheiden houden van de verkoopopbrengst is dat de separatist (pandhouder/eigenaar) jegens de curator ofwel op grond van daartoe gemaakte afspraken contractueel aanspraak kan maken op die opbrengst ofwel op grond van zaakwaarneming. In beide gevallen heeft de curator door zijn hoedanigheid een bijzondere positie in het rechtsverkeer met een verhoogde zorgvuldigheidsdrempel waar het gaat om de positie van derden wier rechten hij moet respecteren. Voor de curator is het *noblesse oblige* om in die hoedanigheid/kwaliteit ervoor te zorgen dat hij in ieder geval niet zelf concurreert met een opbrengst waartoe hij (behoudens een eventuele boedelbijdrage) niet gerechtigd zou zijn. Moet de curator voor dit soort situaties dan niet ook de mogelijkheid van een kwaliteitsrekening worden toegekend, net zoals de notaris (art. 25 Wna), de deurwaarder (art. 19 Gdw) en – op een bijzondere manier⁴² – de advocaat? Is een 'curator' niet te beschouwen als een *trustee* die in een trustachtige verhouding het belang van de *beneficiary* (zoals een separatist) boven zijn eigen belang moet stellen? Hiermee valt op geen enkele manier te rijmen dat een curator wel zijn eigen salaris zou mogen voldoen ten laste van een in hoedanigheid (*q.q.*) onrechtmatig ontvangen verkoopopbrengst, voordat de eigenlijke rechthebbende daarop die opbrengst zou krijgen.

40 Zie F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, diss. Tilburg, Zwolle 1998, hfdst. XVIII.

41 Dit betekent dat er geen sprake is van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW); zie HR 16 januari 2015, NJ 2015/50 (*T/Van der Moolen q.q.*) en HR 6 februari 2015, NJ 2015/294 (*Welage q.q./Rabobank*).

42 Zie HR 23 juni 2017, NJ 2017/436 (*St. Derdengelden NautaDutilh/Ontvanger*). Vgl. HR 13 juni 2003, NJ 2004/196 (*ProCall*), waarin de Hoge Raad deze mogelijkheid niet aan andere partijen toestond.

De door mij voorgestelde praktische aanpak past in het stelsel van de wet, waar deze ofwel op contract ofwel op zaakwaarneming kan worden gebaseerd. Dit biedt de separatist een rechtstreekse aanspraak op de verkoopopbrengst. Tegelijkertijd wordt zo voorkomen dat deze aanspraak (die door een curator bewust is gerealiseerd en waarbij de separatist niet in de gelegenheid was zijn rechten uit te oefenen) achterstaat bij die van de curator op betaling van salaris en verschotten. Door deze aanspraak via een kwaliteitsrekening of anderszins trustachtige verhouding voorrang te geven is de hier gepresenteerde aanzet voor een dogmatische oplossing bovendien rechtvaardig waar hij *en passant* de geconstateerde onrechtvaardigheid bestrijdt dat die separatist pas aan de beurt komt na de curator die de inbreuk op de rechten van de separatist bewust heeft gemaakt en deze bij een negatieve boedel wellicht achter het net vist. Het zou mooi zijn als ook de Nederlandse wetgever tot het besef komt dat de onderliggende waarden van de trust en trustachtige verhoudingen thuishoren in een open en internationale rechtsorde zoals de Nederlandse en – al dan niet naar analogie – toegepast worden op bovenstaande kwesties. Dan zijn deze snel opgelost.