

## Curatoren onder vuur; you can't always get what you want

Tvl 2015/19

Forum

Curatoren hebben het de laatste tijd niet altijd makkelijk. Niet alleen zijn de rechtbanken nog steeds bezig hun curatorenlijsten op te schonen en in te korten – mede tegen de achtergrond van het teruglopend aantal faillissementen<sup>1</sup> – maar ook blijven negatieve boedels de beloning van curatoren onder druk zetten: als er onvoldoende in de boedel is om de boedelschulden te voldoen dienen weliswaar salaris en verschotten van de curator als eerste te worden voldaan, maar het schijnt geregeld voor te komen dat zelfs daarvoor onvoldoende in de boedel zit.

Natuurlijk is het niet plezierig om onbezoldigd werk te moeten verrichten bij de uitoefening van wat in feite een publieke taak is: het ordentelijk 'opruimen' van verlieslatende ondernemingen en daarmee zuiveren van de registers van de Kamers van Koophandel met als mogelijke 'bijvangst' het – wederom – onbezoldigd opsporen van faillissementsfraude waarmee het OM vervolgens weinig schijnt te doen.

Sommige curatoren lijken een oplossing voor dit probleem te hebben gevonden door geld naar de faillissementsrekening te geleiden ten koste van zekerheidsge-rechtigden. De traditionele 'deep pockets' van de bank blijken dan een aantrekkelijk doelwit. In het kat-en-muis spel tussen beide partijen proberen sommige curatoren de achilleshiel van de bank als separatist te raken door deze een – soms te korte – termijnstelling voor uitwinning ex artikel 58 Fw aan te zeggen. Laat de bank na om binnen die periode haar zekerheidsrecht uit te winnen of een termijnverlenging aan de R-C te vragen – én te krijgen! – dan kan de curator de verpande of verhypothekerde goederen opeisen en zelf de uitwinning daarvan ter hand te nemen. Weliswaar behoudt de bank haar hoge voorrang, maar de curator mag over de netto-opbrengst eerst de faillissementskosten (met om te beginnen zijn salaris en verschotten) omslaan. In de hierboven bedoelde situaties met negatieve boedels zou aldus de ergste pijn van de curator worden weggenomen ten koste van de separatist.

Hoewel deze consequentie van de termijnstelling door de curator ex artikel 58 Fw onlangs nog eens door de Hoge Raad als uitgangspunt is bevestigd<sup>2</sup>, vormt deze wettelijke bevoegdheid echter geen vrijbrief voor curatoren om zodoende creatief de faillissementsrekening te spekken, zoals hof, A-G en de Hoge Raad dit in diezelfde zaak in niet mis te verstane bewoordingen hebben duidelijk gemaakt. Hierbij beriepen zij zich op het leerstuk misbruik van bevoegdheid (artikel 3:13 BW) en verwees de Hoge Raad naar een drie weken daarvoor door hem in dezelfde kamersamenstelling gewezen beschikking, waarbij op dezelfde grondslag een andersluidend oordeel van de rechtbank werd vernietigd.<sup>3</sup>

Beide gevallen hadden betrekking op een curator die kennelijk een lege boedel had waarin naar het zich liet aanzien zelfs geen volledig salaris aan de curator zou kunnen worden uitgekeerd en deze geconfronteerd werd met een bank met een separatistpositie.

1 Zie CBS Statline, Uitgesproken faillissementen; kerncijfers (stand per 6 februari 2015); van 11348 in 2012 via 12449 in 2013 naar 9665 in (voorlopig cijfer) 2014.

2 HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:228 (*Welage q.q./Rabo Hart van Brabant*), r.o. 4.1.2. Vgl. HR 20 december 2013, NJ 2014/151 (*Glencore/curatoren Zalco*).

3 HR 16 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:87 (*X/Van der Molen q.q.*).

In de uitspraak van 16 januari 2015 ging het om SNS met een hypotheekrecht op een woonhuis waarbij de te verwachten opbrengst (WOZ-waarde € 136.000) vor onder de uitstaande lening (€ 318.250) lag. Voor SNS was dit reden om niet te gaan uitwinnen, temeer daar de rente- en andere verplichtingen stipt door een derde werden nagekomen en er geen betalingsachterstanden waren.

De uitspraak van 6 februari 2015 had betrekking op een stil pandrecht van Rabobank op een omvangrijke voorraad van de pandgever; er waren twintig opleggers nodig om die onder toezicht van een faillissementsmedewerker van de curator van het terrein van de failliet over te brengen naar een opslagplaats elders voor de veilingverkoop door de bank; de executiekosten (transport, opslag, veiling en BTW over die kosten) bedroegen liefst € 76.587,21, zodat na aftrek van dit bedrag van de executieopbrengst van € 334.201 een bedrag van € 257.613,79 resteerde.

In beide gevallen had de curator de bank een termijn gesteld en in beide gevallen had de bank gevraagd om verlenging. In het eerste geval omdat een uitwinning niet opportuun leek omdat de woning ver 'onder water' stond en de boedel bij een veiling geen enkele opbrengst zou mogen verwachten. De bank had echter wel te kennen gegeven tot openbare verkoop te zullen overgaan indien de termijnstelling onverkort in stand zou blijven en dat zij in geval van een veiling geen boedelbijdrage zal leveren. In het tweede geval omdat er nog gesprekken gaande waren met onderhandse bieders die in de voorraad geïnteresseerd waren en curator en bank over en weer van elkaar informatie verlangden en zij geen overeenstemming hadden bereikt over de hoogte van een boedelbijdrage.

In beide gevallen was de conclusie van de Hoge Raad dus dezelfde: weliswaar *kan* de curator (hij is hiertoe echter niet verplicht!) aan de separatist een termijn stellen om tot uitwinning over te gaan en na het verstrijken daarvan *kan* hij de goederen van de separatist opeisen (maar wederom is hij daartoe niet verplicht), maar deze bevoegdheden *mag* hij – in aanmerking nemende de onevenredigheid van de betrokken belangen – niet misbruiken (artikel 3:13 BW).

Hierbij staat aan de ene kant het belang van de curator om bij de uitoefening van zijn bevoegdheden het belang van de boedel voorop te stellen (r.o. 4.3.2). Dit betreft vooral het belang om te voorkomen dat een separatist talmt om zijn rechten uit te oefenen en daarmee een voortvarende afwikkeling van de boedel belemmert.<sup>4</sup> Dit bleek in beide gevallen niet het geval te zijn; in ieder geval is het belang van de boedel niet hetzelfde als het belang van de curator bij voldoening van zijn salaris. Aan de andere kant staat het belang van de separatist om in de zaak van 16 januari 2015 niet onnodig en verlieslatend tot verkoop te worden gedwongen en in de zaak van 6 februari 2015 de geplande verkoop doorgang te laten vinden en de nettoopbrengst – zonder omslag in de algemene faillissementskosten (ex artikel 182 Fw) – op de gezeekerde vordering in mindering te brengen. In beide gevallen pakte de afweging van die belangen, in aanmerking nemende de onevenredigheid daarvan, uit in het nadeel van de curator.

Zoals het hof en de A-G hadden overwogen was de bank in deze faillissementen een van de (grotere) schuldeisers, voor de gezamenlijkheid van wie de curator zijn werk verricht. Het oordeel van de Hoge Raad laat zien dat dit nog echter niet betekent dat de curator zijn belang bij een gevulde faillissementsrekening met het oog op zijn salaris bij een negatieve boedel zonder meer zou mogen laten prevaleren boven dat van die (zekerheids)schuldeiser. Dit is beperkt tot de situaties waarin deze laatste door zijn talmende gedrag de afwikkeling van het faillissement frustreert. Hiervoor is het middel van artikel 58 Fw voldoende afschrikwekkend.

De les uit deze uitspraken is enerzijds dat de termijnstelling ex artikel 58 Fw nog steeds een geducht wapen is van de curator tegenover de separatist; dit zorgt in zeker opzicht voor 'equality of arms' als de separatist zijn bijzondere bevoegdheid

4 Vgl. HR 20 december 2013, NJ 2014/151 (*Glencore/curator en Zalco*), r.o.4.6.2 onder verwijzing naar HR 11 april 2008, NJ 2008/222 (*Cantor en Mercurius/Arts q.q.*), r.o. 3.6.

van parate executie op de lange baan schuift. Maar de curator mag dat wapen niet gebruiken om de faillissementsrekening te vullen en daarmee zijn eigen salaris veilig te stellen.

In nauw verband met het voorgaande resteert nu alleen nog de vraag wat de curator moet doen als hij toch tot uitwinning zou zijn overgegaan en de opbrengst op de faillissementsrekening zou hebben gestort. Kan de ten onrechte buitenspel geplaatste separatist dan uitkering van dat bedrag verlangen en zonodig (derden) beslag onder bank laten leggen bij wie de faillissementsrekening is ondergebracht? Of hoort hij te wachten tot eerst het salaris en de verschotten van de curator zijn voldaan op de voet van de arresten van de Hoge Raad inzake *De Ranitz q.q./Ontvanger*<sup>5</sup> en *Hamm q.q./ABN Amro*<sup>6</sup>? Dit zou echter tot het ongerijmde resultaat leiden dat een curator die misbruik maakt van zijn bevoegdheden van artikel 58 Fw, daar uiteindelijk toch door gebaat zou worden.<sup>7</sup> Dit klemmt temeer waar de verkoop door de curator tot extra werkzaamheden – en daarmee verhoging van het salaris – leidt. Dan is er sprake van ‘insult to injury’: niet alleen moet de separatist met lede ogen aanzien dat hem door de onterechte termijnstelling een exclusief verhaalsubject is ontnomen, maar bovendien dat de hiermee gepaard gaande – extra – kosten van de curator ook nog eens in mindering op die opbrengst mogen worden gebracht.

In de casus van het arrest van 6 februari 2015 was dit voor de separatist gelukkig niet aan de orde. Naar aanleiding van het incidenteel cassatieberoep van de bank overwoog de Hoge Raad in een enkele zin dat de vordering van de bank tot afdracht van de netto-opbrengst geen (concurrente) boedelvordering is maar buiten de boedel blijft. In feite is de Hoge Raad de door de curator gefrustreerde partij op een vergelijkbare wijze tegemoetgekomen als bij de onverschuldigde betaling aan de curator. In *Ontvanger/Hamm q.q.*<sup>8</sup> had de Hoge Raad een ingewikkelde omweg moeten volgen, omdat toen in cassatie vaststond dat het onverschuldigd betaalde bedrag op de faillissementsrekening onderdeel van de boedel was. In het geval van 6 februari 2015 was de netto-opbrengst naar aanleiding van een door de curator geïnitieerd kort geding echter op een afzonderlijke depotrekening gestort en daarmee buiten de boedel gebleven. Hoewel technisch-juridisch het onderscheid tussen *Ontvanger/Hamm q.q.* en *Welage q.q./Rabo Hart van Brabant* juist is, doet het gekunsteld aan, omdat in beide gevallen de curator het bedrag zonder meer aan de rechthebbende moet afstaan. Het verschil in juridische techniek leidt derhalve niet tot een verschil in het uiteindelijke resultaat.

Maar dan kan nog een ander ‘vuiltje’ in het kat-en-muisspel tussen bank en curator worden weggepoetst, namelijk waar de curator ten onrechte – en in strijd met de door de Hoge Raad in *ING/Verdonk q.q.*<sup>9</sup> en *Hamm q.q./ABN Amro* gegeven regels – stil verpande vorderingen actief heeft geïnd in de beginperiode van het faillissement waarin hij dit achterwege had moeten laten. De door de Hoge Raad in *Hamm q.q./ABN Amro* aangewezen route – waarbij de pandhouder op grond van het pandrecht voorrang heeft voor zijn boedelvordering tot afdracht van de door de curator onrechtmatige geïnde bedragen – leidt immers tot het curieuze en in mijn ogen onaanvaardbare resultaat dat de curator met een beroep op de rangorde zoals door de Hoge Raad in *De Ranitz q.q./Ontvanger* is overwogen, toch eerst zijn salaris en verschotten aan zichzelf zou mogen uitkeren. Alleen als er dan nog een restant is, moet hij tot uitkering daarvan aan de pandhouder overgaan.<sup>10</sup> Naar analogie met het arrest van 6 februari 2015 maakt de curator dan misbruik van zijn bevoegd-

5 HR 28 september 1990, *NJ* 1991/305.

6 HR 30 oktober 2009, *NJ* 2010/96.

7 Vgl. Faber in zijn noot onder Hof Arnhem-Leeuwarden 12 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6338 (*Verdonk q.q./Rabo Sneek*), *JOR* 2015/51.

8 HR 5 september 1997, *NJ* 1998/437.

9 HR 22 juni 2007, *NJ* 2007/520.

10 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 12 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6338 (*Verdonk q.q./Rabo Sneek*), *JOR* 2015/51, m.nt. Faber; cassatieberoep is aanhangig, waarbij ik zijdelings betrokken ben.

heid (tot het bij voorrang voldaan krijgen van zijn salaris en verschotten) door zijn eigen belang boven dat van de gepasseerde pandhouder te stellen. Analoog aan de kernoverwegingen (r.o. 3.4-5) uit *Ontvanger/Hamm q.q.* kan gesteld worden dat dan de curator als ene (hoog preferente) boedelschuldeiser ongerechtvaardigd verrijkt zou worden ten koste van de gedupeerde stil pandhouder als andere (strikt genomen lager gerangschikte) boedelschuldeiser. Evenals bij *Ontvanger/Hamm q.q.*, waarbij de onverschuldigde betaler als – lager gerangschikte concurrente – boedelschuldeiser bij de negatieve boedel achter het net dreigde te vissen en dit onwenselijke resultaat door de Hoge Raad is geredresseerd, moet dit ook gebeuren bij de vordering tot afdracht van onrechtmatig door de curator geïnde stil verpande vorderingen. Praktisch gezien zullen banken/pand- of hypotheekhouders – zo nodig in kort geding – voortaan moeten vorderen dat curatoren onmiddellijk ieder bedrag waarover geschil bestaat op een depotrekening buiten de boedel moeten onderbrengen om te voorkomen dat de curator bij een uiteindelijk negatieve boedel en verlies van het geschil dat bedrag toch zou mogen gebruiken om zijn salaris te voldoen, zelfs als vaststaat dat hij (q.q.) onrechtmatig heeft gehandeld.

Zou men vasthouden aan de absolute voorrang voor de curator voor zijn salaris en verschotten, dan doemen nog meer curieuze – en volgens mij onaanvaardbare – gevolgen op. Ik noem er twee.

Wat valt allereerst te denken van de curator die andermans goederen verkoopt en levert aan een niets vermoedende derde en de opbrengst daarvan op de faillissementsrekening ontvangt? Als de curator geen ernstig persoonlijk verwijt te maken valt, zal er niet snel sprake zijn van een aansprakelijkheid pro se. De benadeelde heeft dan wel een – concurrente – boedelvordering op de curator (q.q.) tot vergoeding van de schade. Zou die derde dan bij een negatieve boedel ook moeten wachten tot er iets overblijft nadat de curator zichzelf zijn salaris – mede voor verkoopactiviteiten waarmee ten onrechte opbrengst op de faillissementsrekening is beland – heeft uitgekeerd?

Of in de tweede plaats mogelijk nog bonter: de curator die een boedelkrediet met de bank overeenkomt en dat geld overmaakt naar een (faillissements)rekening bij een andere bank. Zou hij aan het einde van het faillissement zich dan daaruit wel salaris mogen laten uitkeren als er sprake blijkt te zijn van een negatieve boedel en hij – mogelijk verwijtbaar – niet in staat blijkt om dat krediet af te lossen?