Persoonlijke aansprakelijkheid van de curator in verband met verpande vorderingen

*Mr. E. A. L. van Emden **

1 Inleiding

Financiers vragen dikwijls zekerheid bij kredietverstrekking. Verpanding van de vorderingen van de kredietnemer op derden is een van de meest gebruikelijke en voor de praktijk belangrijke zekerheidsvormen. Faillieert de kredietnemer, dan kan debat ontstaan tussen de curator en de financier over de geldigheid en uitwinning van het pandrecht. Er is een zeker spanningsveld. Curatoren beklagen zich over het feit dat praktisch alle activa, waaronder de vaak waardevolle vorderingen, in zekerheid zijn gegeven. Dat betekent dat er veelal niets overblijft voor de reguliere schuldeisers, alsmede dat de curator feitelijk vaak voor niets werkt. Het salaris van de curator moet immers worden betaald uit de boedel. Financiers wijzen erop dat de ruime mogelijkheden tot zekerheidsvestiging zorgen voor relatief goedkope financiering, met alle voordelen voor bedrijven en de economie van dien. Financiers beklagen zich op hun beurt over curatoren die hun zekerheidspositie proberen te ondermijnen. Regelmatig leidt dit debat tot een aansprakelijkstelling van de curator persoonlijk.¹ In dit artikel wordt in kaart gebracht wanneer de curator daadwerkelijk persoonlijk aansprakelijk is jegens de schuldeiser die een pandrecht op vorderingen heeft. Aan de hand daarvan kan worden beoordeeld of het aansprakelijkheidsrecht aan zekerheidsgechtigden een adequate remedie biedt voor onwenselijk gedrag van curatoren.

2 De verdeling van de faillissementsboedel

In de faillissementsboedel valt wat de failliet op faillissementsdatum heeft en wat hij daarna verwerft.² De curator behartigt primair het belang van de gezamenlijke schuldeisers.³ Hij moet

daartoe het vermogen van de gefailleerde in kaart brengen en, waar aangewezen, uitbreiden.⁴ De curator streeft daarbij naar boedelmaximalisatie.⁵ Vervolgens zal de curator het vermogen vereffenen met inachtneming van de wettelijke verdelingsregels. Eerst moeten uit het beschikbare vermogen de boedelschulden worden betaald.⁶ Binnen deze boedelschulden geldt een rangordesysteem; men komt pas toe aan betaling van een lager gerangschikte boedelschuld als alle meer preferente boedelschulden geheel zijn voldaan.⁷ Het salaris van de curator is een van de meest preferente boedelschulden.⁸ Als na voldoening van de boedelschulden nog actief resteert, wordt dat uitgekeerd aan de prefaillissementsschuldeisers. Daarbij worden eerst de preferente schuldeisers betaald, derhalve schuldeisers die aanspraak kunnen maken op een voorrecht.⁹ Als na betaling van deze schulden nog actief resteert, wordt dat pondsgewijs uitgekeerd aan de concurrente schuldeisers.¹⁰ Pand- en hypotheekhouders (separatisten) kunnen echter hun rechten uitoefenen buiten de faillissementsboedel om.¹¹

* Mr. E.A.L. van Emden is advocate bij NN Advocaten (Nationale-Nederlanden) te Den Haag

1. Voorbeelden van door pandhouders tegen curatoren *pro se* ingestelde vorderingen zijn: Hof Arnhem 11 juli 2006, JOR 2006/302, Rb. Rotterdam 30 juli 2008, JOR 2008/318, Rb. Almelo 3 augustus 2005, JOR 2006/21 en Rb. Den Haag 10 december 2003, JOR 2004/60. Zie over de verhouding tussen de curator en de pandhouder ook F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, alsmede bijv. J.G. Princen, *De aansprakelijkheid van de curator*, in: *Praktijkboek Insolventie 6: Capita Selecta Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2007 en J. Stal, *Rabobank/Verdonk q.q.: onrechtmatig handelen en persoonlijke aansprakelijkheid van de curator*, FIP 2016/216.

2. Art. 20 Fw.

3. Vgl. HR 21 maart 2014, NJ 2014/266 (Dulack/T).

4. Bijv. via een vordering ex art. 42 of 47 Fw, waarmee het vermogen wordt hersteld, of via een schadevergoedingsvordering, vgl. HR 14 januari 1983, NJ 1983/597 (Peeters/Gatzen).

5. Illustratief: Rb. Zutphen 29 augustus 2013, JOR 2013/257.

6. Zie voor de definitie van het begrip boedelschuld HR 19 april 2013, NJ 2013/291 (Koot/Tideman). In het kort: boedelschulden volgen uit de wet, ontstaan uit een door de curator in hoedanigheid aangegeven rechtshandeling of uit een door de curator in hoedanigheid begane onrechtmatige daad of toerekenbare tekortkoming.

7. De Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling (hierna: de Recofa-richtlijnen, meest recente versie uit 2009) bevatten in hoofdstuk 6 voorschriften voor het berekenen en uitkeren van het curatorensalaris. Overigens hebben de Recofa-richtlijnen een meer richtinggevend karakter en vormen zij geen recht in de zin van art. 79 Wet RO (zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 24 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3444).

8. HR 28 september 1990, NJ 1991/305 (De Ranitz/Ontvanger).

9. Art. 3:278 BW.

10. Art. 3:277 BW.

11. Art. 57 Fw: recht van parate executie. Hetzelfde geldt overigens, tot op zekere hoogte, ook voor boedelschuldeisers. Zie bijv. HR 15 april 2016, JOR 2016/215 (X/Heineken).

3 De positie van de pandhouder in het faillissement

Het faillissement van de schuldenaar belemmert de pandhouder niet in de uitoefening van zijn zekerheidsrecht.¹² Door uitoefening van het recht van parate executie worden verpande goederen als het ware buiten de boedel gebracht. In geval van stille verpanding van vorderingen zal de eerste stap zijn dat de pandhouder zijn pandrecht openbaar maakt door mededeling aan de schuldenaar. Vervolgens gaat de pandhouder tot inning over.¹³ De mogelijkheden tot verpanding van vorderingen zijn ruim.¹⁴ Het bepaalbaarheidsvereiste wordt op een voor pandhouders gunstige wijze uitgelegd¹⁵ en via een tevoren verstrekte volmacht kan de pandhouder zelf tot periodieke verpanding van vorderingen overgaan.¹⁶ Aldus zal een goed georganiseerde financier op faillissementsdatum praktisch elke vordering geldig aan zich hebben laten verpanden.

De Hoge Raad heeft in de arresten Mulder/CLBN, ING/Verdonk, ABN/Hamm en Rabobank/Verdonk de spelregels die gelden in de relatie tussen schuldenaar, pandhouder en curator nader bepaald.¹⁷ Deze luiden in de kern als volgt.¹⁸

Een schuldenaar kan bevrijdend betalen aan de gefailleerde schuldeiser of diens curator tot het moment dat de pandhouder hem mededeling heeft gedaan van het pandrecht ('openbaarmaking'). Na ontvangst van deze mededeling kan de schuldenaar slechts nog bevrijdend betalen aan de pandhouder. De openbaarmaking kan ook na faillietverklaring plaatsvinden.

Indien de schuldenaar uit eigen beweging zijn schuld voldoet aan de gefailleerde of diens curator, wordt de betaling rechtmatig ontvangen. Er is hier sprake van passieve inning. Is de betaling aan de gefailleerde of curator verricht vóórdat het pandrecht aan de schuldenaar openbaar is

gemaakt, dan kan de pandhouder geen bevoorrechte aanspraak maken op het bedrag van de betaling.¹⁹ De pandhouder kan nog wel zijn onderliggende vordering op de gefailleerde indienen als concurrente faillissementsvordering.²⁰ Is de pandhouder een bank en wordt door de schuldenaar betaald op een bankrekening die gefailleerde bij deze bank aanhoudt, dan kan de bank zich via verrekening van het banksaldo toch verhalen op de betaling.²¹

Verricht de schuldenaar de betaling aan de gefailleerde of curator nádat het pandrecht aan hem openbaar is gemaakt, dan is de betaling niet bevrijdend jegens de pandhouder en kan de pandhouder de schuldenaar aanspreken om (nogmaals) aan hem te betalen.²² In geval van spontane betaling door de schuldenaar aan de gefailleerde of curator ná openbaarmaking van het pandrecht heeft de pandhouder ook een bevoorrechte faillissementsvordering op de boedel. De pandhouder moet in dat geval wel meedelen in de faillissementskosten.²³

Zodra de stil pandhouder aan de curator kenbaar heeft gemaakt dat hij zijn pandrecht op vorderingen wil gaan uitwinnen, moet de curator zich onthouden van actieve inning.²⁴ De curator mag de positie van de pandhouder niet ondermijnen door terstond na faillietverklaring tot inning van de verpande vordering over te gaan; hij dient de pandhouder een redelijke termijn te gunnen om zelf tot actie over te gaan. Als sprake is van een professionele pandhouder (zoals een bank) is een termijn van veertien dagen vanaf faillissementsdatum in beginsel voldoende. Na het verstrijken van deze redelijke termijn mag de curator zelf actief gaan innen; hij behoeft de pandhouder niet tevoren over dat voornemen in te lichten.²⁵

Gaat de curator voordat de redelijk termijn is verstrekken, of nadat de pandhouder aan hem kenbaar heeft gemaakt dat hij zelf wil innen, toch tot actieve inning over, dan is sprake van onrechtmatige inning door de boedel. Dit leidt tot het ontstaan van een preferente boedelvordering op het geïnde, namelijk een boedelvordering waaraan het voorrecht van het pandrecht is verbonden. De hoog preferente boedelvordering tot betaling van het curatoren-salaris gaat in rang echter boven deze bevoorrechte boedelvordering van de pandhouder.²⁶ De curator behoeft de

12. Abstraherend van de afkoelingsperiode (art. 63a Fw), die ex art. 63b Fw overigens niet afdoet aan de bevoegdheid van de stille pandhouder om zijn pandrecht openbaar te maken.
13. Ex art. 3:250-251 BW kan de pandhouder het pandrecht op de vordering ook uitwinnen door executoriale cessie, maar in de praktijk geschiedt uitwinning van het pandrecht meestal door inning door de pandhouder zelf. De pandhouder heeft in het kader van de inning ruime bevoegdheden, aldus bijv. HR 18 december 2015, NJ 2016/34 (ABN/Marell) en HR 9 december 2016, JOR 2017/25 (Megalim/De Veenbloem).
14. Zie de erkenning van de geldigheid van het overwaardearrangement in HR 9 juli 2004, NJ 2004/618 (Bannenberg/NMB), HR 16 oktober 2015, NJ 2016/48 (De Lage Landen/Van Logtestijn) en HR 16 oktober 2015, NJ 2016/21 (Ingwersen/ING). Zie bijv. ook HR 3 juni 2016, NJ 2016/289 (Rabobank/Reuser) over de mogelijkheid van verpanding van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken, HR 14 augustus 2015, NJ 2016/263 (Glencore/Nationale Borg) over het ontstaan van een nieuw pandrecht op vermengde zaken, en HR 21 maart 2014, NJ 2015/67 (Coface/Intergamma) over de uitleg van verpandingsverboden.
15. Zie HR 14 oktober 1994, NJ 1995/447 (Rivierenland/Gispen), HR 29 juni 2001, NJ 2001/662 (Meijs/Bank of Tokio) en HR 20 september 2002, NJ 2004/182 (Mulder/Rabobank).
16. HR 3 februari 2012, NJ 2012/261 (Dix/ING) en HR 1 februari 2013, NJ 2013/156 (Van Leuven/ING).
17. HR 17 februari 1995, NJ 1996/471 (Mulder/CLBN), HR 22 juni 2007, NJ 2007/520 (ING/Verdonk), HR 30 oktober 2009, NJ 2010/96 (Hamm/ABN) en HR 5 februari 2016, NJ 2016/187 (Rabobank/Verdonk).
18. Zie ook Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/229 e.v.

19. HR 17 februari 1995, NJ 1996/471 (Mulder/CLBN).

20. Vgl. HR 12 juli 2002, NJ 2003/194 (Rabobank/Knol).

21. HR 17 februari 1995, NJ 1996/471 (Mulder/CLBN).

22. De schuldenaar die hiermee dubbel heeft betaald, kan zich ex art. 6:33 BW wel verhalen op de schuldeiser, maar dat regresrecht zal hem gezien het faillissement van de schuldeiser meestal niet baten.

23. HR 17 februari 1995, NJ 1996/471 (Mulder/CLBN).

24. Het is niet geheel uitgekristalliseerd wat onder 'actief' innen moet worden verstaan, zie hierover bijv. Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/229 en A. Steneker, *Pandrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 140.

25. HR 22 juni 2007, NJ 2007/520 (ING/Verdonk).

26. HR 5 februari 2016, NJ 2016/187 (Rabobank/Verdonk).

actief geïnde gelden niet te separeren en onverwijld aan de pandhouder terug te betalen.²⁷

Beschikt de pandhouder niet over de informatie die nodig is om het pandrecht uit te winnen, zoals de NAW-gegevens van de schuldenaren, informatie over de openstaande vorderingen en de onderliggende bewijsstukken, dan zal de curator hem die informatie desgevraagd moeten verschaffen. Dit dient de curator binnen een redelijke termijn te doen.²⁸ De redelijke kosten die de curator maakt om de informatie te verstrekken, moeten door de pandhouder worden vergoed.²⁹

De bevoegdheid van een pandhouder om vorderingen te innen (en de corresponderende onbevoegdheid van de curator om actief te innen), kan worden beëindigd via art. 58 van de Faillissementswet (Fw). Op grond van dit artikel kan de curator aan de pandhouder een redelijke termijn stellen om zijn rechten uit te oefenen. Na het ongebruikt verstrijken van deze termijn vervalt het recht van parate executie en kan de curator het verpande goed ten behoeve van de boedel te gelde maken. De lengte van de redelijke termijn hangt af van de omstandigheden van het geval, zoals de aard en courantheid van het verpande goed. De pandhouder verliest na het verstrijken van de gestelde termijn zijn inningsbevoegdheid. Hij behoudt wel het voorrecht op de opbrengst van de verpande vorderingen, maar moet meedelen in de faillissementskosten. De mogelijkheid tot termijnstelling geldt ook ten aanzien van verpande vorderingen.³⁰ Termijnstelling is ook mogelijk als de curator de geldigheid van het pandrecht betwist.³¹ Als de pandhouder meent dat de gestelde termijn te kort is, kan hij termijnverlenging vragen en/of bezwaar maken bij de rechter-commissaris.³² De Hoge Raad heeft bepaald dat de bevoegdheid om een ter-

mijn ex art. 58 Fw te stellen, gelijk elke andere wettelijke bevoegdheid, misbruikt kan worden.³³

4 De toetsingsmaatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid, ook na Rabobank/Verdonk

Als de curator in de uitoefening van zijn taak onrechtmatig handelt, wordt die onrechtmatige daad aan de boedel toegerekend, net zoals een in hoedanigheid verrichte onrechtmatige daad van een bestuurder aan de door hem vertegenwoordigde rechtspersoon wordt toegerekend.³⁴ Het betreft hier de aansprakelijkheid van de boedel (aansprakelijkheid q.q.). In geval van aansprakelijkheid q.q. ontstaat in beginsel een concurrente boedelschuld.³⁵ Het handelen van de curator q.q. wordt getoetst aan de 'reguliere' onrechtmatige-daadsnorm³⁶ (of wanprestatiernorm, zo sprake is van een overeenkomst tussen de curator q.q. en de schuldeiser).

Onder bijzondere omstandigheden kan de curator voor in hoedanigheid verricht handelen (ook) persoonlijk aansprakelijk zijn (aansprakelijkheid *pro se*). Blijkens het Maclou-arrest is de toetsingsmaatstaf de redelijk handelend vakgenoot, waarbij onderkend moet worden dat de curator primair het belang van de gezamenlijke schuldeisers behartigt en hij, vaak onder tijdsdruk, wordt geconfronteerd met vele, veelal tegengestelde, belangen.³⁷ In het Prakke/Gips-arrest is verduidelijkt dat een zekere terughoudendheid geldt bij de beoordeling van het handelen van de curator *pro se*.³⁸ Dit duidt op een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel. Persoonlijke aansprakelijkheid vergt volgens Prakke/Gips dat de curator een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt. Dat impliceert dat toerekening naar verkeersopvattingen niet mogelijk is.³⁹ In de literatuur en rechtspraak wordt aangenomen dat voor het aannemen van

27. Met ABN/Hamm en Rabobank/Verdonk zijn Hof Amsterdam 28 mei 1998, JOR 1999/13 en Rb. Almelo 3 augustus 2005, JOR 2006/21, waarin de plicht tot onverwijld terugbetaling werd aangenomen, dus achterhaald. De plicht tot het door de curator onverwijld, met voorbijgaan aan alle boedelanspraken, terugbetalen van een door de boedel ontvangen bedrag wordt alleen aangenomen in geval van onverschuldigde betaling aan de boedel op grond van een kennelijke vergissing, aldus HR 5 september 1997, NJ 1998/437 (Ontvanger/Hamm), HR 7 juni 2000, NJ 2002/608 (Komdeur/NN) en HR 8 juni 2007, NJ 2007/419 (Van der Werff/BLG). Zie over de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator die deze plicht tot onverwijld terugbetaling schendt: Hof Den Haag 16 december 2015, JOR 2016/78 en Hof Arnhem 26 november 2002, JOR 2003/46. Is niet voldaan aan de criteria voor onverwijld terugbetaling, dan ontbreekt persoonlijke aansprakelijkheid van de curator die onverwijld terugbetaling weigert, aldus Hof Den Haag 29 mei 2008, JOR 2009/49.

28. Vgl. Steneker 2012, p. 141.

29. HR 30 oktober 2009, NJ 2010/96 (Hamm/ABN). Dat de curator vergoeding kan vragen van de redelijke kosten die de boedel in het belang van een separatist maakt, volgde ook al uit Rb. Den Haag 16 juni 1993, NJ 1995/205.

30. HR 22 juni 2007, NJ 2007/520 (ING/Verdonk).

31. HR 11 april 2008, NJ 2008/222 (Cantor/Arts).

32. Art. 58 lid 1 Fw geeft de pandhouder de bevoegdheid om termijnverlenging te vragen. Ook kan de pandhouder zich ex art. 69 tot de rechter-commissaris wenden, aldus Rb. Haarlem 9 december 2010, JOR 2010/201.

33. HR 20 december 2013, NJ 2014/151 (Zalco), HR 16 januari 2015, NJ 2015/58 (Van der Molen) en HR 6 februari 2015, NJ 2015/294 (Welage/Rabobank).

34. Vgl. de norm uit HR 11 maart 1977, NJ 1977/521 (Kribbenbijter) en HR 6 april 1979, NJ 1980/34 (Kleuterschool Babbel); zie bijv. S.O.H. Bakkerus, De aansprakelijkheid voor onrechtmatige gedragingen van de curator, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 173 e.v.

35. Vgl. G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 231.

36. HR 19 april 2013, NJ 2013/291 (Koot/Tideman), HR 19 december 2003, NJ 2004/293 (Mobell/Interplan), HR 10 januari 2003, JOR 2003/51 (Van Bentum Recycling/Bos) en HR 24 februari 1995, NJ 1996/472 (Ontvanger/Gerritse). In HR 30 januari 2015, JOR 2015/243 (Verwiel/4PET) is bevestigd dat bij de beoordeling van de aansprakelijkheid q.q. wel rekening moet worden gehouden met de rol van de curator.

37. HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (Maclou).

38. HR 16 december 2011, JOR 2012/65 (Prakke/Gips).

39. Verstijlen 1998, p. 223 e.v. Zie ook HR 11 oktober 1991, NJ 1993/165 (Staat en Van Hilten/M). Dit maakt ook dat fouten van hulppersonen van de curator niet aan hem persoonlijk kunnen worden toegerekend, zie bijv. Rb. Utrecht 13 juni 2012, JOR 2013/347 en Rb. Zeeland 3 december 2014, JOR 2015/269.

persoonlijke aansprakelijkheid een significante mate van verwijtbaarheid, zo niet ernstige verwijtbaarheid, nodig is.⁴⁰

Het hiervoor aangehaalde arrest Rabobank/Verdonk betrof een geschil tussen de curator q.q. en de pandhouder; de curator *pro se* was niet betrokken in hoger beroep en cassatie.⁴¹ De Hoge Raad wijdt in het arrest een overweging ten overvloede aan de mogelijke persoonlijke aansprakelijkheid van de curator die zich schuldig maakt aan ongeoorloofde actieve inning.⁴² De kern van die overweging is dat als het (faillissements)recht specifiek en concreet aan een curator voorschrijft hoe hij in een bepaald geval moet handelen, afwijkend handelen al snel persoonlijk verwijtbaar zal zijn. De sleutel van de overweging ligt dus in het ontbreken van beslissingsvrijheid in het concrete geval.⁴³

Ik meen dat in Rabobank/Verdonk geen nieuwe of afwijkende toetsingsmaatstaf is geschapen, maar dat het arrest een nadere uitwerking vormt van de Maclou- en Gips-norm.⁴⁴ De basis-norm is op grond van Maclou de redelijk handelend vakgenoot, wat bij beroepsaansprakelijkheid overigens steeds de maatstaf is.⁴⁵ Deze norm biedt een zekere ruimte voor het maken van beoordelingsfouten.⁴⁶ Aansprakelijkheid *pro se* vergt, gezien het bijzondere karakter van de persoonlijke aansprakelijkheid, persoonlijke verwijtbaarheid. De vraag of de norm is geschonden, is steeds een kwestie van beoordeling van het concrete geval. Daarbij moet *ex tunc* worden getoetst⁴⁷ en begrip bestaan voor de taak van de curator en het feit dat hij wordt geconfronteerd met diverse belangen. Het feit dat een pandhouder als separatist vergaande mogelijkheden heeft om zijn eigen belangen te behartigen, is daarbij ook van betekenis.⁴⁸ De overweging ten overvloede in Rabobank/Verdonk

verduidelijkt dat als een specifieke handelswijze is voorgeschreven, weinig keuzevrijheid meer bestaat en afwijken van die handelswijze al snel schending zal zijn van de geldende zorgvuldigheidsnorm. Geen nieuwe norm dus, maar slechts een nadere invulling van de bestaande norm.

5 Scenario's voor conflict

Hiervoor is toegelicht dat de pandhouder in geval van inning door de curator meestal niet de hele opbrengst van de verpande vorderingen ontvangt. De pandhouder heeft in geval van rechtmatige inning door de curator een preferente faillissementsvordering en bij onrechtmatige inning door de curator een preferente boedelvordering. In beide gevallen is integrale terugbetaling niet gegarandeerd. De pandhouder die (deels) met lege handen blijft staan, zal zich afvragen of hij de curator persoonlijk kan aanspreken. De curator *pro se* zal, anders dan de boedel, gewoonlijk verhaal bieden, nu curatoren doorgaans voor beroepsaansprakelijkheid zijn verzekerd.⁴⁹ Vanzelfsprekend is het enkele feit dat de curator, als uitwerking van het wettelijk rangordesysteem, zijn salaris ontvangt waar de pandhouder onbetaald blijft, op zich geen grond om persoonlijke aansprakelijkheid aan te nemen.⁵⁰ Dat leidt tot de vraag wanneer persoonlijke aansprakelijkheid wel in zicht komt.

5.1 Ontoelaatbare actieve inning, terwijl sprake is van een (evident) geldig pandrecht

In ING/Verdonk en ABN/Hamm zijn concrete spelregels voor de inning van verpande vorderingen geschapen. De curator die deze specifieke spelregels schendt, terwijl de geldigheid van het pandrecht niet in geschil is, zal al snel persoonlijk onrechtmatig handelen. De curator die willens en wetens te vroeg overgaat tot actieve inning of die actief int nadat de pandhouder heeft aangekondigd zelf te willen gaan innen, zal bijna altijd handelen op een wijze die een redelijk handelend curator niet betaamt.⁵¹

5.2 Achteraf ongegronde betwisting van het pandrecht

Minder duidelijk is de situatie wanneer de geldigheid van het pandrecht niet evident was.⁵² Verstijlen schrijft dat de curator die op goede gronden het pandrecht heeft betwist, maar achteraf toch in het ongelijk wordt gesteld, heeft gedwaald in het objectieve recht. Dit impliceert dat persoonlijke verwijtbaarheid van de curator (in beginsel) ontbreekt, in welk geval geen

40. Zie R. Vriesendorp, *De Spierbundel*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 127, Princen 2007, p. 116, A. Koop, *Het kaf van de c(urat)oren*, Adv.bl. 2005, afl. 10, p. 488 en Bakkerus 1996, p. 173 e.v. Zie ook Hof Den Haag 25 maart 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:891 en Hof Amsterdam 29 september 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4031.

41. In eerste aanleg werd de vordering tegen de curator *pro se* afgewezen, zie Rb. Leeuwarden 23 januari 2013, JOR 2014/207. Rabobank heeft geen hoger beroep ingesteld in deze procedure tegen de curator *pro se*. Het arrest van het hof van 12 augustus 2014 in de zaak tegen de boedel werd gepubliceerd als JOR 2015/51.

42. HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199 (Rabobank/Verdonk).

43. Vgl. F.M.J. Verstijlen in zijn noot bij HR 5 februari 2016, NJ 2016/187 (Rabobank/Verdonk). In deze zin ook A-G Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2015:2289, onder 2.17. De uitspraak ligt hiermee in het verlengde van HR 27 november 1998, NJ 1999/685 (Antillen/Komdeur), aldus ook D.M. van Geel, *Persoonlijke aansprakelijkheid van de curator; het lustrum van Prakke/Gips*, FIP 2017/1.

44. In deze zin ogenschijnlijk ook: A.A.J. Smelt, *Ongerechtvaardigde verrijking van boedelschuldeisers*, NTBR 2017, afl. 2, p. 41.

45. Vgl. E.A.L. van Emden & M. de Haan, *Beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2014, p. 15.

46. Zie bijv. M. Borgers, *Nieuwe (?) normen voor de faillissementscurator*, AA 1996, afl. 9, p. 547.

47. Verstijlen 1998, p. 228.

48. Vgl. A.L. Leuftink, *Surséance van betaling*, Deventer: Kluwer 1995, p. 100: 'Het stelsel van de wet is: "de crediteur wake zelf".' Zie ook Verstijlen 1998, p. 197. Vgl. Hof Arnhem 11 juli 2006, JOR 2006/302, waar de curator niet aansprakelijk was jegens de pandhouder die niet tijdig had gehandeld.

49. Curatoren zijn doorgaans advocaten die zich op grond van art. 6.25 sub c Verordening op de advocatuur tegen beroepsaansprakelijkheid moeten verzekeren, ook voor de handelingen die zij als curator verrichten. Overigens kan men zich afvragen of (het wenselijk is dat) de beroepsaansprakelijkheidsverzekering in dergelijke gevallen ook altijd dekking biedt. Zie hierover E.A.L. van Emden, *Over persoonlijke aansprakelijkheid van de curator en salarisperielen in het bijzonder*, Beursbengel 2009/783.

50. Aldus HR 5 februari 2016, NJ 2016/187 (Rabobank/Verdonk). Vgl. Rb. Rotterdam 30 juli 2008, JOR 2008/318.

51. In deze zin ook al, voordat ING/Verdonk werd uitgesproken, Rb. Almeloo 3 augustus 2005, JOR 2006/21.

52. Deze situatie deed zich in Rabobank/Verdonk overigens ook voor. Zie in dit kader ook T.H.D. Struycken & T.T. van Zanten, *Hamvragen omtrent de inning van stil verpande vorderingen in faillissement (2)*, TvI 2010/13.

persoonlijke aansprakelijkheid kan worden aangenomen.⁵³ Deze opvatting vindt ondersteuning in andere rechtspraak over rechtsdwaling⁵⁴ en past bij de jurisprudentie over curatoren die een procedure verliezen. Het enkele feit dat de curator in rechte een standpunt heeft verdedigd dat door de rechter onjuist is bevonden, maakt nog niet dat de curator persoonlijk onrechtmatig heeft gehandeld door dat standpunt in te nemen. Persoonlijke aansprakelijkheid komt pas in zicht wanneer de curator een standpunt heeft ingenomen dat in redelijkheid onhoudbaar was.⁵⁵ Een vergelijkbare norm geldt mijns inziens voor de situatie dat een curator een pandrecht betwist en vorderingen int, maar de rechter het pandrecht achteraf als geldig beoordeelt. De curator is dan slechts persoonlijk aansprakelijk als zijn betwisting van het pandrecht op onhoudbare gronden geschiedde. Hierbij zal moeten worden gewaakt voor wijsheid achteraf;⁵⁶ bepalend is of een redelijk handelend curator op grond van de destijds geldende stand van het recht en bekende feiten tot zijn standpunt over de geldigheid van het pandrecht kon komen. In Rabobank/Verdonk achtte de rechtbank de curator dan ook niet persoonlijk aansprakelijk, omdat zijn betwisting van het pandrecht op plausibele gronden berustte; tegen die beslissing werd niet door de bank geappelleerd.⁵⁷

5.3 *Initiatiefflicht en/of medewerkingsplicht ten aanzien van praktische oplossingen?*

Als pandhouder en curator strijden over de geldigheid van het pandrecht, kan een patstelling ontstaan. Schuldenaren zullen zolang onduidelijk is aan wie zij moeten betalen, een beroep doen op opschorting.⁵⁸ Het is een ervaringsfeit dat de inning van (verpande) vorderingen door een faillissement bemoeilijkt

wordt en dat tijdsverloop de kans op een geslaagde incasso bepaald niet vergroot. Het eindigen van de commerciële relatie als gevolg van het faillissement kan leiden tot verslechtering van de betalingsmoraal. Daarnaast wordt het door tijdsverloop lastiger om aan te tonen dat sprake is van een gegronde vordering; na faillissement worden de omvang en kwaliteit van het geleverde werk vaak betwist. Onderwijl zijn personeelsleden van de gefailleerde vaak niet meer (goed) beschikbaar om relevante informatie aan te leveren.⁵⁹ Schuldenaren weten dat. Pandhouder en curator hebben dus een gezamenlijk belang bij een voortvarend incassotraject. Wordt geen consensus bereikt over de geldigheid van het pandrecht, dan is de meest praktische oplossing dat wordt afgesproken dat een van beide partijen de vorderingen incasseert en dat de opbrengst wordt gesepareerd totdat alsnog onderling overeenstemming wordt bereikt dan wel de rechter over de geldigheid van het pandrecht heeft geoordeeld.⁶⁰ Idealiter worden dan direct ook afspraken gemaakt over de vergoeding die de incasserende partij in mindering mag brengen op de opbrengst. Handelt de curator die in geval van een impasse niet zelf een dergelijke oplossing voorstelt, persoonlijk onrechtmatig? Ik vind van niet, temeer niet nu de curator primair de belangen van de gezamenlijke schuldeisers moet behartigen en niet de belangen van de pandhouder. Minder duidelijk is de situatie waarin de pandhouder een voorstel doet voor een depotoplossing, maar de curator daar medewerking aan weigert. Ik denk dat van een redelijk handelend curator gevergd mag worden dat hij een redelijk voorstel van de pandhouder in welwillende overweging neemt, ook omodeloze debatkosten te vermijden. Zolang het voorstel van de pandhouder redelijk is – derhalve: een depot bij een betrouwbare bewaarder, gangbare depotvoorwaarden en een redelijke incassovergoeding –, zal instemming in beginsel voor de hand liggen. De aannemelijkheid van het ingeroepen pandrecht is daarbij ook een relevant gezichtspunt; hoe reëler de kans is dat de schuldeiser ook daadwerkelijk een geldig pandrecht kan invoeren, des te meer aanleiding er voor de curator bestaat om mee te werken aan regelingen. Is sprake van een evident onterechte aanspraak, dan lijkt het boedelbelang niet gebaat bij een depot. Overigens bieden art. 69 Fw⁶¹ en/of het kort geding de pandhouder mogelijkheden om snel een rechterlijke uitspraak te verkrijgen over de eventuele gehoudenheid van de curator om in de concrete zaak mee te werken aan een depot.

53. Zie F.M.J. Verstijlen in zijn noot bij HR 5 februari 2016, NJ 2016/187 (Rabobank/Verdonk).

54. HR 27 februari 2015, NJ 2015/240 en HR 11 oktober 1991, NJ 1993/165, In deze lijn past mogelijk ook HR 29 november 1991, NJ 1992/808.

55. Zie Hof Amsterdam 12 april 2011, NJF 2011/255, Hof Leeuwarden 19 maart 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BC8186, Hof Leeuwarden 13 juli 2005, NJF 2005/373, Hof Leeuwarden 17 maart 1999, NJ 2000/278, Rb. Limburg 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9078, Rb. Noord-Nederland 7 oktober 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4705, Rb. Amsterdam 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY4491, Rb. Zutphen 18 september 2012, JOR 2013/25, Rb. Almelo 25 april 2012, ECLI:RBALM:2012:BW5203, Rb. Den Haag 20 april 2011, NJF 2011/227, Rb. Arnhem 12 november 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BG4558, Rb. Leeuwarden 14 januari 2004, ECLI:NL:RBLEE:2004:AO2325, Rb. Amsterdam 6 juni 2001, JOR 2001/218, Rb. Arnhem 17 maart 1999, ECLI:NL:RBARN:1999:BG4558 en Rb. Breda 19 maart 1996, JOR 1996/38. Ten overvloede: bij de vraag of de curator persoonlijk onrechtmatig heeft gehandeld door een procedure te voeren, speelt ook het belang van vrije toegang tot de rechter en het uitgangspunt dat in rechte ongelijk krijgen nog niet onrechtmatig is (zie HR 6 april 2012, NJ 2012/233 en HR 29 januari 2016, NJ 2016/42).

56. Zie over de rol van de *hindsight bias* in het aansprakelijkheidsrecht de noot van C.J.H. Brunner in HR 9 december 1994, NJ 1996/403 (Zwepende tak).

57. Rb. Leeuwarden 23 januari 2013, JOR 2014/207, r.o. 4.23: '(...) dat partijen rechtsvragen aan de rechtbank ter beoordeling hebben voorgelegd waarvan niet gezegd kan worden dat ter zake sprake is van een zodanig heersende leer dat de curator in redelijkheid het standpunt van eiseres (in rechte) niet mocht bestrijden.'

58. Art. 6:37 BW.

59. In de regel zal de curator het personeel al snel na faillissementsdatum ontslaan, terwijl op grond van art. 40 Fw maar een korte opzegperiode geldt.

60. Vgl. ook Recofa-richtlijnen art. 3.4 sub a, met daarin de aanbeveling dat snel na faillissementsdatum afspraken tussen curator en separatisten worden gemaakt over de taakverdeling bij het te gelde maken van de activa en de vergoeding. Zie ook de separatistenregeling over de berekening van de boedelbijdrage in geval van het door de curator ten behoeve van de separatist uitwinnen van zekerheden (bijlage E bij de Recofa-richtlijnen).

61. Er kan debat volgen over de vraag of een pandhouder een beroep op art. 69 Fw toekomt, omdat de rechtsgang niet is bedoeld voor het invoeren van persoonlijke rechten, zie hierover Verstijlen, in: GS Faillissementsrecht, aant. 7 e.v. bij art. 69 Fw.

5.4 Aanspraak op de gesepareerde opbrengst op grond van een niet-onherroepelijke uitspraak

Als gezamenlijke inning plaatsvindt en de opbrengst in depot wordt gestort, geldt vaak de afspraak dat het depot wordt uitgekeerd zodra een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde uitspraak is gewezen ten gunste van een van de partijen. Bepaalt de rechter in eerste aanleg dat de curator, en niet de pandhouder, aanspraak kan maken op de geïnde vorderingen, dan moet de opbrengst aan de curator worden vrijgegeven. De curator voegt de opbrengst dan toe aan het boedelactief. Wat nu als de pandhouder in hoger beroep alsnog in het gelijk wordt gesteld, maar de curator een deel van het boedelactief in de tussentijd heeft uitgegeven (bijvoorbeeld aan de kosten van de appelprocedure)? Ik meen dat de pandhouder door in te stemmen met deze depotconstructie – waarbij het depotsaldo reeds op grond van een nog niet onherroepelijke uitspraak aan de boedel vrijvalt – deze mogelijkheid zelf heeft aanvaard. Ook uit Komdeur/NN zou mijns inziens kunnen worden afgeleid dat de curator hier niet persoonlijk aansprakelijk is.⁶² In bedoeld arrest werd bepaald dat de curator die betaling vroeg op grond van een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde uitspraak, niet persoonlijk aansprakelijk was toen bleek dat de boedel na vernietiging van die uitspraak in hoger beroep niet tot terugbetaling in staat was. Deze regel vindt mijns inziens ook toepassing als op grond van een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde uitspraak een depot wordt aangesproken. Pandhouders kunnen hierop anticiperen door ofwel te bedingen dat het depotsaldo pas wordt vrijgegeven als de uitspraak onherroepelijk is, ofwel in de procedure tegen de curator verweer te voeren tegen de door de curator gevorderde uitvoerbaar-bij-voorraadverklaring.

5.5 Weigering van informatie en/of het vragen om een boedelbijdrage

Uit ABN/Hamm volgt dat de curator de pandhouder de informatie moet geven die nodig is om de inning van de vorderingen ter hand te nemen. Een redelijke uitleg van dit arrest brengt mee dat de curator ook de informatie die verder nodig is ter uitoefening van het pandrecht moet verstrekken.⁶³ De curator die zonder goede grond informatieverstrekking aan de pandhouder weigert, zal, als sprake is van een kenbaar geldig pandrecht, al snel persoonlijk verwijtbaar handelen. Overigens kan de pandhouder in dat geval, ter beperking van de dreigende schade, ex art. 69 Fw of in kort geding vragen om een bevel aan de curator tot informatieverstrekking. Heeft de curator de geldigheid van het pandrecht op goede gronden betwist en weigert hij in het verlengde daarvan informatie, dan geldt mijns inziens de hiervoor in paragraaf 5.3 besproken norm. De curator handelt, zolang hij het pandrecht op redelijke gronden betwist, niet persoonlijk verwijtbaar als hij weigert om zomaar gegevens over de vorderingen die in het vermogen van de gefailleerde vallen, aan de vermeend pandhouder te verstrekken. Ik vind dat een redelijk handelend curator van de pand-

houder mag vergen dat deze de redelijke kosten van informatieverstrekking tevoren voldoet, zodat de boedel niet met een incassorisico wordt belast.⁶⁴

5.6 Misbruik van de bevoegdheid tot termijnstelling ex art. 58 Fw

Een curator kan de pandhouder een termijn stellen om zijn rechten uit te oefenen. Met het verstrijken van de ex art. 58 Fw gestelde termijn vervalt de inningsbevoegdheid van de pandhouder, waarna de curator de verpande vorderingen ten behoeve van de boedel kan innen.⁶⁵ De pandhouder kan verlenging van de termijn vragen; tegen een afwijzende beschikking staat cassatieberoep open. Kan termijnstelling een persoonlijk toe te rekenen onrechtmatige daad zijn? In zijn algemeenheid is het aanwenden van een wettelijke bevoegdheid niet onrechtmatig,⁶⁶ laat staan persoonlijk verwijtbaar.⁶⁷ Een curator die ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers een termijn aan de pandhouder stelt, opdat snel duidelijkheid ontstaat en de mogelijkheid van inning van vorderingen niet door tijdsverloop wordt gefrustreerd, zal mijns inziens niet snel persoonlijk onrechtmatig handelen.⁶⁸ Dit is anders als de bevoegdheid wordt misbruikt.⁶⁹ Van dergelijk misbruik zal slechts onder zeer bijzondere omstandigheden sprake kunnen zijn.⁷⁰ In 2015 werd dergelijk misbruik in twee gevallen aangenomen. Dit laat zich verklaren door de bijzonderheden van die specifieke zaken en duidt er mijns inziens niet op dat de eisen voor misbruik van bevoegdheid zijn verlaagd of dat cura-

62. HR 7 juni 2000, NJ 2002/608 (Komdeur/NN).

63. Vgl. Steneker 2012, p. 134 en Rb. Rotterdam 15 maart 2011, JOR 2011/269.

64. Dat risico zal bij goed bekendstaande pandhouders zoals banken niet zo groot zijn, maar kan wel reëel zijn als de pandhouder minder reputabel is.

65. De afgelopen jaren is veel over art. 58 Fw geprocedeerd en geschreven; het valt buiten de reikwijdte van dit artikel om dat debat volledig weer te geven. Zie voor een recent overzicht de artikelen van M. van Wingerden, F.M.J. Verstijlen en R.J. van Galen in TvI 2016, afl. 5.

66. Zie in algemene zin Stein, in: GS Vermogensrecht, aant. 6 bij art. 3:13 BW.

67. In deze zin bijv. ook Rb. Leeuwarden 19 december 2007, ECLI:NL:RBL EE:2007:BC0688 en Rb. Den Haag 10 december 2003, JOR 2004/60.

68. In deze zin bijv. ook Rb. Gelderland 22 april 2015, ECLI:NL:RB GEL:2015:4226, Rb. Zeeland-West-Brabant 26 november 2014, JOR 2015/212 en Rb. Maastricht 23 mei 2012, JOR 2013/304.

69. Art. 3:13 BW.

70. Een door de pandhouder gedaan beroep op misbruik van bevoegdheid werd bijv. verworpen in: Rb. Gelderland 22 april 2015, JOR 2015/305, Rb. Zeeland-West-Brabant 26 november 2014, JOR 2015/212, Rb. Amsterdam 16 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5330, Rb. Leeuwarden 19 december 2007, ECLI:NL:RBL EE:2007:BC0688 en Rb. Maastricht 23 mei 2012, JOR 2013/304. Anders: Rb. Oost-Brabant 21 december 2015, JOR 2016/141.

toren op grote schaal misbruik van bevoegdheid maken.⁷¹ Ik denk dat als eenmaal de zeer hoge drempel van misbruik van bevoegdheid is genomen – derhalve: dergelijk misbruik in rechte is vastgesteld – de stap naar persoonlijke aansprakelijkheid in de regel vrij snel zal zijn gezet.⁷² Het is echter denkbaar dat een termijnstelling door de curator q.q. die achteraf als misbruik van bevoegdheid wordt gekwalificeerd, toch geen voldoende ernstig verwijtbare handeling van de curator *pro se* oplevert. Een aardig voorbeeld vormt de zaak Welage/Rabobank. De rechtbank had de curator in die zaak nog in het gelijk gesteld, maar hof en Hoge Raad vonden dat de curator bij de pandhouder het gerechtvaardigd vertrouwen had gewekt dat hij zijn bevoegdheid niet zou inroepen, wat het latere beroep op het verstrijken van de termijn tot misbruik van bevoegdheid maakte. Juist waar de rechtbank had geoordeeld dat de curator q.q. correct had gehandeld, is goed denkbaar dat het gewraakte handelen niet zodanig ernstig was dat dit ook tot persoonlijke aansprakelijkheid van de curator zou moeten leiden. Wordt persoonlijke aansprakelijkheid wegens misbruik van de bevoegdheid uit art. 58 Fw aangenomen, dan is een ‘eigen schuld’-discussie nog denkbaar.⁷³ Dat geldt des te meer als het een deskundige pandhouder betreft, die zelf meer had kunnen doen om zijn positie veilig te stellen.⁷⁴ Als het handelen van de curator zo evident verkeerd is dat dit de kwalificatie misbruik van bevoegdheid verdient, ligt bijvoorbeeld voor de hand dat de pandhouder de rechter-commissaris of voorzieningenrechter relatief eenvoudig kan bewegen om ter voorkoming van schade maatregelen te gelasten. Een oordeel van de rechter-commissaris over de bezwaren van de pandhouder kan ook een rol spelen bij de beoordeling van het handelen. Als de rechter kennis heeft genomen van de relevante feiten⁷⁵ en de juistheid van de handelwijze van de curator

onderschrijft, laat het zich niet makkelijk voorstellen dat dit handelen toch zodanig onzorgvuldig zou zijn dat de Maclou- en Gips-norm geschonden wordt.⁷⁶ De goedkeuring door de rechter is weliswaar geen vrijwaring voor persoonlijke aansprakelijkheid, maar is wel een belangrijk gezichtspunt bij de beoordeling.

6 Conclusie

Met Rabobank/Verdonk is de verhouding tussen de boedel en de pandhouder verder verduidelijkt. Uit het arrest volgt dat als verpande vorderingen aan de boedel zijn betaald, integrale afdracht aan de pandhouder niet steeds kan plaatsvinden. Dat kan aanleiding zijn voor claims tegen de curator persoonlijk. Heeft de curator de specifieke spelregels ten aanzien van verpande vorderingen geschonden terwijl de geldigheid van het pandrecht buiten kijf stond, dan ligt persoonlijke aansprakelijkheid voor de hand. Er is dan al gauw sprake van ongeoorloofde (en bewuste) frustratie van de rechten van de pandhouder. Dat is anders als de curator het pandrecht op plausibele gronden heeft betwist. De beste oplossing voor de dan ontstane impasse lijkt gezamenlijke inning en afzondering van het geïnde totdat consensus wordt bereikt of een rechterlijke uitspraak is verkregen. Het achterwege blijven van zo’n oplossing maakt echter nog niet dat de curator persoonlijk aansprakelijk is. Soms zal art. 58 Fw worden ingezet om de impasse te doorbreken. Het inroepen van een wettelijke bevoegdheid zal slechts onder uitzonderlijke omstandigheden een aan de curator persoonlijk toe te rekenen onrechtmatige daad inhouden. Ook na Rabobank/Verdonk kan persoonlijke aansprakelijkheid van een curator dus niet snel worden aangenomen. Betekent dit nu dat pandhouders onvoldoende beschermd worden? Ik meen van niet. Het lijkt me maatschappelijk onwenselijk dat functionarissen voor in hoedanigheid verricht handelen te snel persoonlijk aansprakelijk worden gehouden.⁷⁷ Curatoren moeten beleidsruimte houden om het boedelbelang naar eigen inzicht te behartigen in de veelal feitelijk en/of juridisch complexe discussies over de geldigheid, reikwijdte en uitwinning van een pandrecht. Evident onjuist gedrag leidt tot persoonlijke aansprakelijkheid. Daarnaast heeft de pandhouder veel mogelijkheden om dreigende schade te voorkomen, bijvoorbeeld via de gang naar de rechter-commissaris of voorzieningenrechter. Het recht biedt de pandhouder dus adequate remedies.

71. In HR 16 januari 2015, NJ 2015/58 (Van der Molen), gevolgd door Hof Arnhem-Leeuwarden 28 mei 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3849, had de curator de hypotheekhouder een termijn gesteld om het hypotheekrecht op het woonhuis van de gefailleerde uit te oefenen. Dit deed de curator terwijl de gefailleerde aan zijn verplichtingen jegens de hypotheekhouder voldeed en er geen overwaarde was. De termijnstelling dwong de hypotheekhouder tot executie, wat geen voordeel voor de boedel en veel nadeel voor de gefailleerde zou opleveren. Hierdoor maakte de curator misbruik van bevoegdheid jegens de gefailleerde. In HR 6 februari 2015, NJ 2015/294 (Welage/Rabobank) had de curator volgens het hof bij de pandhouder het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat hij geen beroep zou doen op de gevolgen van de termijnstelling, waarna de pandhouder veel kosten had gemaakt om de verpande zaken af te voeren. Juist omdat gerechtvaardigd vertrouwen was gewekt, maakte de curator misbruik van recht. Overigens had de rechtbank in deze zaak nog geoordeeld dat bij de bank geen gerechtvaardigd vertrouwen was gewekt, zo volgt uit Hof’s-Hertogenbosch 9 juli 2013, JOR 2014/49, r.o. 4.2.

72. Zie, in geheel andere context, Rb. Zwolle 11 januari 2012, JOR 2012/366, in welke uitspraak door een curator in hoedanigheid gemaakt misbruik van bevoegdheid als onrechtmatige daad *pro se* werd gekwalificeerd.

73. Zie over de (on)mogelijkheid van een beroep op art. 6:101 BW ook het artikel van Keirse en Paijmans in dit nummer.

74. Vgl. Rb. Limburg 5 juni 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:5066 over de eigen verantwoordelijkheid van de (deskundige) pandhouder in geval van termijnstelling ex art. 58 Fw.

75. Ingevolge HR 19 februari 2016, NJ 2016/139 (Crescendo) moet de rechter-commissaris bij het geven van een beslissing ex art. 58 Fw hoor en wederhoor toepassen, zodat hij aannemelijk volledig is geïnformeerd.

76. Vgl. Verstijlen 1998, p. 369 en, in wat andere context, Rb. Den Haag 20 april 2011, ECLI:NL:RBDHA:2011:BQ2516.

77. Zie, in andere context, M.J. Kroeze, Bange bestuurders, Ondernemingsrecht 2006, afl. 1, p. 4-14. Vgl. A-G Koopmans voor HR 11 oktober 1991, NJ 1993/165 (Staat en Van Hilten/M), onder 11 e.v.