

**JOR 2006/22**

**Hof Leeuwarden**

26 oktober 2005, 0400496.

( Mr. Broomhaar

Mr. Bax-Stegenga

Mr. Blokland )

ING Bank NV te Amsterdam,

appellante,

advocaat: mr. R. Bremer,

tegen

mr. R. Verdonk te Heerenveen,

in zijn hoedanigheid van curator in het

faillissement van

Aannemingsbedrijf Westerbaan BV,

geïntimeerde.

Inning stil verpande vordering door curator zonder overleg met pandhouder, Niet gebleken is van bijzondere omstandigheden die ertoe zouden kunnen leiden dat curator jegens pandhouder toerekenbaar tekort is geschoten dan wel jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld, Vervolg op Rb. Leeuwarden 18 augustus 2004, «JOR» 2004/313, m.nt. Verdaas

[BW Boek 3 - 246 lid 1; BW Boek 6 - 162; Fw - 37; 57; 58]

## » Samenvatting

De bevoegdheid tot inning van een stil verpande vordering rust, totdat de in art. 3:246 lid 1 BW bedoelde mededeling door de pandhouder heeft plaatsgevonden, uitsluitend bij de pandgever.

Onder “inning van een vordering” dient niet enkel de meer passieve inontvangstneming van het verschuldigde te worden verstaan, maar ook de meer actieve maatregelen om de debiteur tot betaling te bewegen, zoals in het bijzonder het verzoek c.q. sommatie aan de debiteur om tot betaling over te gaan.

Berust de bevoegdheid tot inning bij de pandgever, dan gaat deze bevoegdheid in geval van zijn faillissement over op de curator, die deze bevoegdheid ten behoeve van de boedel uitoefent (HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 (Mulder q.q./CLBN)).

Een en ander leidt tot het oordeel dat de door de bank ter discussie gestelde inning van de stil verpande vorderingen door de curator, waaronder begrepen de verzoeken c.q. sommaties door de curator tot betaling op de boedelrekening, in beginsel geoorloofd was, zolang de bank geen mededeling van de verpanding aan de betrokken debiteuren had gedaan.

Dit neemt niet weg dat er sprake kan zijn van bijzondere omstandigheden die ertoe zouden kunnen leiden dat de in beginsel geoorloofde inning door de curator een toerekenbare tekortkoming oplevert dan wel onrechtmatig is jegens de stil pandhouder.

De faillissementscurator behoort bij de afweging van de verschillende schuldeisersbelangen die bij zijn taakvervulling in het geding zijn het primaat bij het belang van de gezamenlijke crediteuren te leggen. Dit neemt niet weg dat een curator in zekere mate – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – met de belangen van de afzonderlijke crediteuren waaronder die van de crediteuren van wie de vorderingen door pand of hypotheek gedekt zijn, rekening dient te houden.

Gewenst is dat er in faillissementen in een vroeg stadium afstemming plaatsvindt tussen de curatoren en de banken over de afwikkeling van de diverse relevante aangelegenheden, waaronder de inning van de stil verpande vorderingen. De banken zijn hierbij echter ten aanzien van de inning van de stil verpande vorderingen de meest gereede partij om een overleg hierover te initiëren, aangezien zij het meeste belang zullen hebben bij de afwikkeling van één

en ander en bovendien in de eerste plaats zelf verantwoordelijk zijn voor de uitoefening van hun rechten, waaronder het doen van de in art. 3:246 lid 1 BW bedoelde mededeling. De handelwijze die de curator i.c. in het belang van de boedel heeft gevolgd en die bestaat uit de inning van de stil verpande vorderingen, is dan ook niet ongeoorloofd op de enkele grond dat de curator het overleg als hiervoor bedoeld niet heeft geïnitieerd.

In dit oordeel is tevens betrokken dat de curator niet direct na de faillietverklaring tot aanschrijving van de debiteuren is overgegaan, maar een redelijk te achten termijn van twee weken in acht heeft genomen, waarbinnen de bank adequate actie had kunnen ondernemen.

Een faillissementscurator dient zich in beginsel terughoudend op te stellen met betrekking tot de actieve incasso van stil verpande vorderingen, zodra de betrokken bank hem te kennen heeft gegeven hiertoe zelf over te zullen gaan. De faillissementscurator dient zich gedurende een zekere periode te onthouden van actieve incassomaatregelen, zodat de betrokken bank de gelegenheid krijgt om de aan haar stil verpande vorderingen te inventariseren en tot mededeling aan de debiteuren omtrent de verpanding over te gaan. I.c. heeft de curator na de ontvangst op 20 december 2002 van de brief van 17 december 2002 van de bank geen actieve incassomaatregelen genomen en tot 27 maart 2003 geen betalingen ontvangen naar aanleiding van actieve incassomaatregelen zijnerzijds na 20 december 2002.

Uit het voorgaande volgt dat er geen bijzondere omstandigheden zijn gebleken die tot de conclusie zouden kunnen leiden dat de curator jegens de bank toerekenbaar tekortgeschoten is dan wel jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld.

Met betrekking tot de na 27 maart 2003 geïnde vorderingen heeft als uitgangspunt

te gelden dat de curator in beginsel, op de gronden als hiervoor aangegeven, tot inning van die verpande vorderingen bevoegd was.

De bank stelt echter dat de curator ten aanzien van deze vorderingen niet meer tot inning ten behoeve van de boedel bevoegd was, omdat partijen op 27 maart 2003 zijn overeengekomen dat de curator de incasso van de stil verpande vorderingen van de bank zou overnemen, zulks ten behoeve van de bank, tegen vergoeding van een boedelbijdrage van 20% van het door de curator te incasseren bedrag.

De curator heeft enkel op zich genomen om de vorderingen, waarvan de verpanding door de bank was meegedeeld, voor deze te innen. Zulks had de bank ook redelijkerwijs moeten begrijpen. Het bedrag dat de curator na 27 maart 2003 heeft geïnd terzake van vorderingen waarvan door de bank geen mededeling omtrent de verpanding was gedaan, komt dan ook aan de boedel toe.

[beslissing/besluit](#)

## » Uitspraak

### Het geding in eerste instantie

In eerste aanleg is geprocedeerd en beslist zoals weergegeven in het vonnis uitgesproken op 18 augustus 2004 door de rechtbank Leeuwarden («JOR» 2004/313, m.nt. Verdaas;*red.*).

(...; *red.*)

### De beoordeling

#### De feiten

1. Tegen de weergave van de vaststaande feiten in overweging 5 van het vonnis waarvan beroep, is geen grief ontwikkeld,

zodat ook in hoger beroep van die feiten zal worden uitgegaan.

## **Wijziging en vermeerdering van eis**

2. De curator heeft bezwaar gemaakt tegen de door de bank gedane vermeerdering van eis, doch uitsluitend voor zover het hof ter zake van de feiten die de bank aan de eisvermeerdering ten grondslag heeft gelegd, bewijs middels getuigen nodig zou achten. De curator stelt zich op het standpunt dat alsdan de procedure onnodig en onredelijk vertraagd zal worden.

3. Nu uit het navolgende zal blijken dat het hof te dier zake geen bewijsopdrachten verstrekt, doet het bezwaar van de curator tegen de vermeerdering van eis, wat hier verder ook van zij, geen opgeld. Het hof zal dan ook recht doen op basis van de vorderingen van de bank, zoals die na vermeerdering van eis luiden.

## **De grieven**

4. De grieven leggen, gezien de daarop gegeven toelichting, het geschil in volle omvang aan het hof voor. De grieven lenen zich ervoor gezamenlijk te worden behandeld.

5.1. Het gaat in deze zaak – kort gezegd – in de eerste plaats om de vraag of de curator ten opzichte van de bank gerechtigd was om de aan de bank stil verpande vorderingen te innen zonder haar van zijn voornemen daartoe in kennis te stellen en haar een redelijke termijn te geven, waarbinnen zij tot de in art. 3:246 lid 1 BW bedoelde mededeling aan de betrokken debiteuren en tot de inning van de vorderingen kon overgaan. De bank is van mening dat de curator daartoe niet gerechtigd was op grond van – kort gezegd – een op de curator jegens haar als separatist rustende (zorg)plicht. Daarentegen stelt de curator zich op het standpunt dat hij ingevolge de wet de bevoegdheid tot inning heeft en houdt

zolang de bank niet tot mededeling van haar pandrecht is overgegaan en dat een zorgplicht als door de bank gesteld geen steun vindt in het recht.

5.2. Voorts verschillen partijen van mening over de vraag wat de reikwijdte is van de overeenkomst die zij op 27 maart 2003 hebben gesloten. Volgens de bank zijn partijen overeengekomen dat de curator de incasso van alle aan de bank stil verpande vorderingen op zich zou nemen. Daarentegen stelt de curator dat deze overeenkomst alleen gold voor de verpande vorderingen waarvan de verpanding inmiddels door de bank op de voet van art. 3:246 lid 1 BW aan de betrokken debiteuren was meegedeeld. Hetgeen de curator ter zake van de overige vorderingen heeft geïnd, komt volgens hem aan de boedel toe.

6. Het hof stelt met betrekking tot de bevoegdheid van een faillissementscurator tot inning van stil verpande vorderingen het volgende voorop.

6.1. De bevoegdheid tot inning van een stil verpande vordering rust, totdat de in art. 3:246 lid 1 BW bedoelde mededeling door de pandhouder heeft plaats gevonden, uitsluitend bij de pandgever. Uit de wetsgeschiedenis van art. 3:246 BW (Parl. Gesch. Boek 3, blz. 772) blijkt dat de wetgever veel gewicht toekent aan de regel dat de pandgever – met uitsluiting van de pandhouder – bevoegd is tot inning, totdat deze mededeling heeft plaats gevonden:

“In het gewijzigd ontwerp komen de voormelde bevoegdheden de pandhouder evenwel slechts toe, wanneer het pandrecht aan de schuldenaar uit de verpande vordering is medegedeeld. Aldus is in dit artikel verdisconteerd dat artikel 3 (nu art. 3:239 BW, hof) thans onbeperkt toelaat op vorderingen pandrecht te vestigen zonder mededeling aan de schuldenaar. Voor de gerechtigde op een op die wijze gevestigd pandrecht op een vordering betekent deze

nadere eis in zoverre een beperking, dat hij in zijn verhouding tot de pandgever in beginsel slechts tot inning bevoegd is, wanneer hij zijn pandrecht aan de schuldenaar mag mededelen. Inning uit hoofde van pandrecht houdt immers mededeling van dat pandrecht in. Dat de pandhouder niet eerder uit hoofde van zijn pandrecht tot inning bevoegd is, past ook bij de aard van het niet openbaar gevestigde pandrecht. Daarbij laten immers partijen de feitelijke beschikking over de vordering in verhouding tot de debiteur aan de pandgever. Het zou daarom niet op zijn plaats zijn om aan deze de bevoegdheid tot inning die hem als schuldeiser toekomt, reeds vóór de mededeling van het pandrecht aan de schuldenaar te ontnemen. (...)"

6.2. Onder "inning van een vordering" dient naar het oordeel van het hof niet enkel de meer passieve inontvangstneming van het verschuldigde te worden verstaan, maar ook de meer actieve maatregelen om de debiteur tot betaling te bewegen, zoals in het bijzonder het verzoek c.q. sommatie aan de debiteur om tot betaling over te gaan.

6.3. Berust de bevoegdheid tot inning bij de pandgever, dan gaat deze bevoegdheid in geval van zijn faillissement over op de curator, die deze bevoegdheid ten behoeve van de boedel uitoefent (HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471; het arrest-Mulder q.q.).

6.4. Het hiervoor overwogene brengt het hof tot het oordeel dat de door de bank ter discussie gestelde inning van de stil verpande vorderingen door de curator, waaronder begrepen de verzoeken c.q. sommaties door de curator tot betaling op de boedelrekening, in beginsel geoorloofd was, zolang de bank geen mededeling van de verpanding aan de betrokken debiteuren had gedaan.

6.5. Het bovenstaande neemt niet weg dat er sprake kan zijn van bijzondere omstandigheden die ertoe zouden kunnen leiden dat de in beginsel geoorloofde inning door de curator een toerekenbare tekortkoming oplevert dan wel onrechtmatig is jegens de stil pandhouder.

7. De bank voert in dit kader in algemene zin aan dat op de faillissementscurator een zorgplicht rust jegens de pand- of hypotheekhouder in die zin dat de faillissementscurator ook de belangen van de pand- of hypotheekhouder dient te behartigen (zie memorie van grieven, sub 4.24).

7.1. Het hof stelt in deze voorop het in art. 57 lid 1 Fw neergelegde beginsel dat de pand- en hypotheekhouders hun rechten kunnen uitoefenen, alsof er geen faillissement is, welk beginsel er tevens toeleidt dat de faillissementscurator de rechten van de pand- en hypotheekhouders dient te respecteren.

7.2. In dit systeem, volgens welk de separatisten, aan wie een pand- of hypotheekrecht toekomt, op basis van een eigen belangenafweging zelf tot uitwinning van het onderpand kunnen overgaan, ligt de verantwoordelijkheid voor deze uitwinning in de eerste plaats bij de separatisten zelf en niet bij de faillissementscurator. Deze draagt daarentegen wel de verantwoordelijkheid voor de behartiging van de belangen van de gezamenlijke crediteuren die individueel geen mogelijkheden tot verhaal hebben. De belangen van de gezamenlijke crediteuren zullen dikwijls niet parallel lopen met die van de separatisten. De stelling van de bank dat een faillissementscurator de belangen van de separatisten behoort te behartigen is, zo absoluut als geponeerd, dan ook onjuist.

7.3. Het hof gaat ervan uit dat de faillissementscurator bij de afweging van de verschillende schuldeisersbelangen die bij zijn taakvervulling in het geding zijn,

het primaat bij het belang van de gezamenlijke crediteuren behoort te leggen. Dit neemt niet weg dat een curator in zekere mate – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – met de belangen van de afzonderlijke crediteuren, waaronder die van de crediteuren, van wie de vorderingen door pand of hypotheek gedekt zijn, rekening dient te houden. Of, en in hoeverre, de curator dit in het onderhavige geval ten onrechte niet heeft gedaan, zal uit het hierna volgende moeten blijken.

8. Het hof zal eerst het geschil tussen partijen behandelen, voor zover dat de door de curator tot 20 januari 2003 geïnde vorderingen ten belope van in totaal € 165.077,97 betreft. Daarna zal het hof ingaan op de na 27 maart 2003 door de curator geïnde bedragen ten belope van in totaal € 85.701,84, welke inning door de bank onweersproken is gesteld.

### **De tot 20 januari 2003 geïnde vorderingen**

9. Het meest verstrekkende argument dat de bank ter onderbouwing van haar standpunt heeft aangevoerd, houdt in dat de curator de bank ten onrechte geen termijn, als bedoeld in art. 58 Fw, heeft gesteld om tot uitoefening van haar recht over te gaan.

9.1. Nog daargelaten het feit dat de curator erop wijst dat art. 58 lid 1 Fw krachtens haar bewoordingen betrekking lijkt te hebben op situaties waarbij de faillissementscurator het niet in zijn macht heeft om zelf de uitwinning van de tot zekerheid verbonden goederen ter hand te nemen, heeft de curator voorts aangevoerd dat art. 58 Fw in het onderhavige geval toepassing mist, omdat de bank als stil pandhouder geen recht tot uitwinning van het onderpand heeft, zolang zij geen mededeling omtrent de verpanding aan de betreffende debiteur heeft gedaan. Bovendien betreft de in art. 58 Fw bedoelde termijn volgens de curator een

aan de faillissementscurator toegekende bevoegdheid, waarvan door deze in het belang van de boedel gebruik gemaakt kan worden.

10. Het hof overweegt hieromtrent als volgt.

10.1. Op grond van art. 57 Fw kunnen pand- en hypotheekhouders hun rechten uitoefenen, alsof er geen faillissement is. Uit de (oudere en meer recente) wetgeschiedenis van art. 57 e.v. Fw en het stelsel van de wet leidt het hof af dat met deze rechtsuitoefening de uitoefening van de bevoegdheid tot uitwinning bedoeld wordt (Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, heruitgave Van der Feltz I, p. 469 e.v.; Kortmann/Faber, Geschiedenis van de Faillissementswet, Wetswijzigingen, p. 164 e.v.). Voor de toepassing van art. 58 Fw is blijkens rechtspraak van de Hoge Raad pas plaats, indien de pand- of hypotheekhouder aan zijn pand- resp. hypotheekrecht de bevoegdheid tot uitwinning ontleent (HR 25 juli 1911, W. 9255; HR 3 juni 1994, NJ 1995, 340). Gaat het om de uitwinning van een verpande vordering, dan kan de uitwinning bestaan uit de inning van de vordering teneinde zich op het geïnde te verhalen en het realiseren van bedoeld verhaal. In geval van het ontbreken van de in art. 3:246 lid 1 BW bedoelde mededeling ontbeert de pandhouder echter ieder recht tot inning van de verpande vordering.

10.2. Het voorgaande leidt er naar het oordeel van het hof toe dat zolang geen mededeling, als bedoeld in art. 3:246 lid 1 BW, aan de betrokken debiteuren is gedaan, de bank als pandhouder niet de in art. 57 en 58 bedoelde rechten heeft.

11. De bank stelt zich voorts op het standpunt dat, ook indien art. 58 Fw in deze zaak toepassing zou missen, de curator verplicht was, alvorens de inning van de stil verpande vorderingen zelf ter hand te nemen, in overleg te treden met de bank en

de bank de gelegenheid te geven om tot mededeling in de zin van art. 3:246 lid 1 BW en tot inning van de vorderingen over te gaan. Volgens de bank had dit al moeten gebeuren vóór de ontvangst door de curator van de brief van 17 december 2002, waarin zij melding maakt van haar stil pandrecht op de boekvorderingen en te kennen geeft dat zij hier “aanspraak op maakt”, doch in ieder geval na de ontvangst van deze brief. De bank beroept zich in dit verband op een volgens haar op de curator jegens haar rustende zorgplicht en verwijst tevens naar de praktijkregels, zoals die door de specialisatievereniging voor curatoren, de Vereniging Insolventie Advocaten (INSOLAD) zijn vastgesteld, in welke praktijkregels is opgenomen dat een faillissementscurator de pand- en hypotheekhouders in de gelegenheid dient te stellen om hun rechten uit te oefenen.

11.1. Het hof is met de rechtbank van oordeel dat het gewenst is dat er in faillissementen in een vroeg stadium afstemming plaats vindt tussen de curatoren en de banken over de afwikkeling van de diverse relevante aangelegenheden, waaronder de inning van de stil verpande vorderingen. De banken zijn hierbij echter, naar het oordeel van het hof, ten aanzien van de inning van de stil verpande vorderingen de meest gereede partij om een overleg hierover te initiëren, aangezien zij het meeste belang zullen hebben bij de afwikkeling van één en ander en bovendien in de eerste plaats zelf verantwoordelijk zijn voor de uitoefening van hun rechten, waaronder het doen van de in art. 3:246 lid 1 bedoelde mededeling (zie hiervoor r.o. 7.2). De handelwijze die de curator in casu in het belang van de boedel heeft gevolgd en die bestaat uit de inning van de stil verpande vorderingen, acht het hof dan ook niet ongeoorloofd op de enkele grond dat de curator het overleg als hiervoor bedoeld niet heeft geïnitieerd, zoals de bank heeft aangevoerd. Het hof neemt hierbij ook in aanmerking dat er geen gronden zijn om de bank, gezien haar – onweersproken –

deskundigheid en ervaring bij faillissementen, aanspraak te laten maken op bijzondere bescherming op grond van de door haar gestelde zorgplicht. Ook het beroep op art. 7.2 van de praktijkregels van INSOLAD kan de bank niet baten, nu de juridische reikwijdte van die regels onduidelijk is en bovendien niet zien op de onderhavige situatie. De bank heeft nog betoogd dat zij weliswaar telefonisch contact met de curator heeft gezocht, maar dat dit contact – kort gezegd – door diens toedoen niet tot stand gekomen is. Het hof verwerpt dit betoog, wat hiervan ook verder zij, aangezien de bank ook op andere wijze met de curator contact had kunnen opnemen. Aan het te dier zake gedane bewijsaanbod zal het hof dan ook voorbijgaan.

11.2. Het hof betreft in zijn oordeel ook dat de curator niet direct na de faillietverklaring tot aanschrijving van de debiteuren is overgegaan, maar een redelijk te achten termijn van twee weken in acht heeft genomen, waarbinnen de bank adequate actie had kunnen ondernemen. Door de bank is ook niet gesteld – terwijl dit ook niet anderszins is gebleken –, dat zij niet bekend was met de faillietverklaring, zodat een eventuele schending door de curator van de verplichting om de bank van het faillissement op de hoogte te stellen, niet in het geding is. Ook in zoverre heeft de curator derhalve niet in onvoldoende mate rekening gehouden met de belangen van de bank

12. De bank verwijt de curator voorts dat hij de inning van de vorderingen ook nog heeft voortgezet, nadat de bank hem bij eerder gemelde brief van 17 december 2002 had laten weten “aanspraak te maken op alle boekvorderingen”.

12.1. Volgens de bank had de curator uit het aldus gestelde in die brief dienen af te leiden dat de bank voornemens was om de aan haar stil verpande vorderingen te innen en zich op het geïnde te verhalen, waartoe

zij de in art. 3:246 lid 1 BW bedoelde mededeling aan de debiteuren zou moeten doen.

12.2. Het hof overweegt dat het kan zijn dat een pandhouder enige tijd nodig heeft om de gegevens, benodigd om tot bedoelde mededeling te kunnen overgaan, op tafel te krijgen (met name in de situatie dat pandlijsten ontbreken) en te ordenen. Het maatschappelijk verkeer is ook niet gediend met een situatie waarin een bank als pandhouder en de faillissementscurator na faillissementsdatum, ieder voor zich, zo snel mogelijk proberen over te gaan tot inning van de verpande vorderingen. Dit zou tot verwarring bij de betrokken debiteuren kunnen leiden, hetgeen het betalingsgedrag van hen niet ten goede zal komen. Dit overziend, is het hof van oordeel dat een faillissementscurator zich in beginsel terughoudend dient op te stellen met betrekking tot de actieve incasso van stil verpande vorderingen, zodra de betrokken bank hem te kennen heeft gegeven hiertoe zelf over te zullen gaan. De faillissementscurator dient zich gedurende een zekere periode te onthouden van actieve incassomaatregelen, zodat de betrokken bank de gelegenheid krijgt om de aan haar stil verpande vorderingen te inventariseren en tot mededeling aan de debiteuren omtrent de verpanding over te gaan.

12.3. Het hof leest in de stukken dat de curator vóór 17 december 2002 enkel de debiteuren heeft aangeschreven, voorzover van de betreffende vorderingen de betalingstermijn was verstreken (zie inleidende dagvaarding sub 19). Door de bank is niet gesteld – terwijl dit door het hof ook niet anderszins uit de stukken kan worden afgeleid –, dat de curator na de ontvangst op 20 december 2002 van de brief van 17 december 2002 van de bank nog actieve incassomaatregelen heeft genomen (althans niet tot 27 maart 2003, toen partijen afspraken over de inning van de stil verpande vorderingen door de

curator hebben gemaakt) die op grond van de hiervoor in r.o. 12.1. weergegeven stelling van de bank, ongeoorloofd zouden zijn. Het hof gaat er dan ook van uit dat de curator na 20 december 2002 geen actieve incassomaatregelen heeft genomen en dat hij tot 27 maart 2003 geen betalingen heeft ontvangen naar aanleiding van actieve incassomaatregelen zijnerzijds na 20 december 2002. De enkele inontvangstneming van de betalingen van in totaal € 165.077,97 in de periode 12 december 2002 (datum aanschrijving debiteuren door de curator) tot 20 januari 2003 (de datum dat de bank de in art. 3:246 lid 1 bedoelde mededeling aan een gedeelte van de debiteuren heeft gedaan) acht het hof op zichzelf niet ontoelaatbaar nu deze betalingen klaarblijkelijk het gevolg zijn geweest van de eveneens niet ongeoorloofd te achten actieve incassomaatregelen vóór 17 december 2002.

13. De bank heeft voorts betoogd dat de handelwijze van de curator wanprestatie oplevert dan wel onrechtmatig dient te worden geacht, omdat hij in strijd met art. 6 van de pandakte de debiteuren heeft verzocht om het verschuldigde over te maken op de faillissementsrekening in plaats van de door de failliet bij de bank aangehouden rekening. Hierdoor is haar de mogelijkheid van verrekening met haar openstaande vorderingen op de failliet ontnomen, aldus de bank. Blijkens haar stellingen gaat de bank er hierbij van uit dat de curator gebonden is aan de eerder door de failliet op zich genomen verplichting om betalingen op de door de bank aangewezen rekening te ontvangen. De bank verwijst in dit verband uitdrukkelijk naar art. 37 Fw.

13.1. Anders dan de bank aanneemt, brengt art. 37 Fw naar het oordeel van het hof niet mee dat de curator gehouden is om de contractuele verplichtingen van de failliet na te komen. Deze wetsbepaling biedt een schuldeiser de mogelijkheid om duidelijkheid te krijgen over de vraag of de

faillissementscurator de betrokken overeenkomst gestand zal doen.

13.2. Het beroep van de bank op art. 37 Fw gaat dan ook niet op. Ook overigens kan het beroep op deze wetsbepaling niet slagen, omdat er in het onderhavige geval geen sprake is van een wederkerige overeenkomst die door beide partijen (gedeeltelijk) nog niet is nagekomen. De verplichtingen van de bank uit hoofde van de kredietovereenkomst, tot welke overeenkomst ook art. 6 van de pandakte kan worden gerekend, zijn immers geëindigd, voor zover deze al niet door de bank waren nagekomen, toen de bank bij brief van 20 november 2002 de kredietovereenkomst heeft opgezegd.

13.3. Daar waar de curator aldus niet gebonden is aan de contractuele verplichting van de failliet om betalingen te laten plaats vinden op de door de bank aangewezen rekening, kan er ook geen sprake zijn van een toerekenbare tekortkoming van zodanige verplichting.

13.4. Het hof ziet ook geen termen om de handelwijze van de curator, ook niet in samenhang met de overige door de bank aangevoerde omstandigheden, als onrechtmatig te kwalificeren. Het hof betreft hierbij dat het gebruik door de curator van een hem toekomende bevoegdheid weliswaar voor de bank nadelig was, maar ook in voldoende mate gerechtvaardigd werd door het belang van de boedel dat met de uitoefening van deze bevoegdheid gediend was. De bank heeft voldoende mogelijkheden (gehad) om het door haar gestelde nadeel te voorkomen, doch zij heeft deze niet (ten volle) benut. Zo had de bank zowel de mededeling aan de curator dat zij aanspraak maakte op de boekvorderingen (nu gedaan bij brief d.d. 17 december 2002) als de mededeling aan de betrokken debiteuren omtrent de verpanding (nu (gedeeltelijk) gedaan bij brief d.d. 20 januari 2003) in een eerder stadium kunnen doen. Nu de bank dat heeft

nagelaten, is dat een omstandigheid die voor haar risico is. Het door de bank aangevoerde argument (inleidende dagvaarding onder 2.11), dat het niet in het maatschappelijk belang is als de bank gedwongen wordt onmiddellijk in of in het zicht van faillissement ten aanzien van stil verpande vorderingen de debiteuren aan te schrijven, maakt het hof niet tot de zijne. De bank heeft immers gekozen voor een stil pandrecht met alle daaraan verbonden voordelen, maar ook met het gevolg dat zij bij faillissement van de pandgever, bij gebreke van een mededeling, als bedoeld in art. 3:246 lid BW, ter zake van het verhaal op de geïncasseerde bedragen slechts voorrang heeft, als bedoeld in art. 3:278 BW.

14. Omdat de op zichzelf reeds toegestane handelwijze van de curator naar het oordeel van het hof in voldoende mate gerechtvaardigd wordt door het belang van de boedel, kan er van misbruik van bevoegdheid in de zin van art. 3:13 lid 2 BW geen sprake zijn.

15. Uit het voorgaande volgt dat er geen bijzondere omstandigheden zijn gebleken die tot de conclusie zouden kunnen leiden dat de curator jegens de bank toerekenbaar tekortgeschoten is dan wel jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld. De door de bank gevorderde verklaring voor recht alsmede de vordering van de bank tot betaling van een bedrag van € 233.639,44 en de wettelijke rente daarover, deze vordering voor wat het bedrag van € 165.077,97 betreft, zijn daarom niet toewijsbaar.

16. De grieven van de bank treffen dan ook geen van alle doel.

### **De na 27 maart 2003 geïnde vorderingen**

17. Het hof komt thans toe aan de behandeling van het geschilpunt met betrekking tot de na 27 maart 2003 door de

curator geïnde bedragen ten belope van in totaal € 85.701,84. Bedoelde inning heeft betrekking op stil verpande vorderingen waarvan de verpanding niet door de bank aan de betrokken debiteuren was meegedeeld. Het gaat hierbij om de vordering van de bank tot betaling van een bedrag van € 233.639,44, voor wat betreft het gedeelte groot € 68.561,47 (€ 85,701,84 verminderd met de boedelbijdrage van € 17.140,37).

18. Als uitgangspunt heeft te gelden dat de curator in beginsel, op de gronden als hierboven door het hof in r.o. 6 e.v. aangegeven, tot inning van die verpande vorderingen bevoegd was.

18.1. De bank stelt echter dat de curator ten aanzien van deze vorderingen niet meer tot inning ten behoeve van de boedel bevoegd was, omdat partijen op 27 maart 2003 zijn overeengekomen dat de curator de incasso van de stil verpande vorderingen van de bank zou overnemen, zulks ten behoeve van de bank, tegen vergoeding van een boedelbijdrage van 20% van het door de curator te incasseren bedrag.

18.2. De curator erkent het aangaan van de door de bank gestelde overeenkomst d.d. 27 maart 2003, doch stelt dat deze alleen de incasso van de stil verpande vorderingen betrof, waarvan door de bank mededeling omtrent de verpanding aan de betrokken debiteuren was gedaan. Bij het bedrag ad € 85.701,84 gaat het volgens de curator om geïncasseerde vorderingen, waarvan nu juist géén mededeling omtrent de verpanding door de bank was gedaan. De curator beroept zich hierbij op zijn brief van 28 maart 2003, die hij ter bevestiging van de op 27 maart 2003 gemaakte afspraken aan de bank heeft verzonden.

18.3. De inhoud van de brief d.d. 28 maart 2003 van de curator aan de bank luidt, voorzover van belang, als volgt:

“Met het oog op de verdere incasso van de vorderingen kwamen wij overeen dat de bank mij opdracht verleende om de vorderingen waarvan zij mededelingen heeft gedaan, namens haar te innen tegen een boedelbijdrage van 20%.

Op basis daarvan kwamen wij overeen dat ik van de bank een overzicht ontvang van die debiteuren waarvan door haar mededeling is gedaan.

Zoals eerder aangegeven heb ik inmiddels het bedrag dat door mij aan stil verpande debiteuren is geïnd, t.w. € 165.077,97 overgemaakt naar een speciale bankrekening waarover uitsluitend de rechter-commissaris bevoegd is te beschikken.

Indien door mij bedragen nog worden geïnd met betrekking tot debiteuren waarvan geen mededeling is gedaan, maar wel aan de bank stil zijn verpand, zal ik die bedragen ook naar de gesepareerde rekening laten overboeken.

(...).

Tot zover een samenvatting van hetgeen wij bespraken. Indien u van oordeel bent dat hetgeen hierboven door mij is opgemerkt niet juist is dan wel aanvulling behoeft, verneem ik dit nog graag van u. Zo niet, dan ga ik er van uit dat ook de bank zich kan vinden in hetgeen hierboven door mij is aangegeven.”

18.4. De bank betoogt in de eerste plaats dat zij niet gehouden is aan de afspraken, zoals deze door de curator in de brief d.d. 28 maart 2003 zijn verwoord, omdat deze afwijken van hetgeen partijen op 27 maart 2003 mondeling zijn overeengekomen.

18.5. Het hof stelt ten aanzien van het antwoord op de vraag of een overeenkomst tot stand is gekomen, en wat de inhoud van de overeenkomst is, het volgende voorop.

Voor het aangaan van een overeenkomst behoeven aanbod en aanvaarding niet uitdrukkelijk plaats te vinden. Zij kunnen in elke vorm geschieden en kunnen besloten liggen in een of meer gedragingen, waaronder ook een stilzwijgen kan vallen (zie bijvoorbeeld Hoge Raad 21 december 2001, NJ 2002, 60). De inhoud van een overeenkomst is afhankelijk van hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen hebben afgeleid en in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten afleiden (HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635; arrest-Haviltex). Het hof is van oordeel dat de curator redelijkerwijs heeft mogen aannemen dat er een overeenkomst met de inhoud, zoals door hem geformuleerd in zijn brief van 28 maart 2003, tot stand is gekomen, nu hij, mede gezien het hiervoor weergegeven slot van zijn brief van 28 maart 2003, uit het niet-reageren van de bank op deze brief een akkoordbevinding van de bank met de inhoud ervan heeft mogen afleiden.

18.6. Het hof is van oordeel dat uit de hierboven geciteerde passage genoegzaam blijkt dat de curator enkel op zich genomen heeft om de vorderingen, waarvan de verpanding door de bank was meegedeeld, voor deze te innen. Zulks had de bank ook redelijkerwijs moeten begrijpen. Aan de stelling van de bank dat zij er redelijkerwijs van uit mocht gaan dat de curator alle stil verpande vorderingen voor de bank zou innen, gaat het hof voorbij, aangezien de curator in de brief expliciet een onderscheid maakt tussen enerzijds de inning van de vorderingen, waarvan de verpanding is meegedeeld, en anderzijds de inning van de vorderingen, waarvan de verpanding niet is meegedeeld. De curator kondigt in de brief zelfs uitdrukkelijk aan dat hij deze laatste categorie hetzelfde zal behandelen als de tot 20 januari 2003 door hem geïnde vorderingen, waarvan geen mededeling omtrent de verpanding was gedaan. Het hiervoor overwogene brengt mee dat het hof dan ook geen aanleiding ziet om de bank tot nader bewijs van haar

stelling omtrent de inhoud van de op 27 maart 2003 gemaakte afspraken toe te laten.

18.7. Het bedrag ad € 85.701,84 – dat de curator na 27 maart 2003 heeft geïnd terzake van vorderingen, waarvan door de bank geen mededeling omtrent de verpanding was gedaan – komt dan ook aan de boedel toe. De vordering van de bank tot een betaling van een bedrag van € 233.639,44 en de wettelijke rente daarover, is derhalve voor wat betreft het bedrag van € 68.561,47 evenmin toewijsbaar.

## Slotsom

19. Het vonnis waarvan beroep moet worden bekrachtigd. Het door de bank in het hoger beroep meer of anders gevorderde dient eveneens te worden afgewezen. De bank zal, als de in het ongelijk te stellen partij, in de kosten van het geding in hoger beroep worden veroordeeld (tarief VI, 3 punten).

## De beslissing

Het gerechtshof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt de bank in de kosten van het geding in hoger beroep (...; *red.*);

verklaart dit arrest wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het in hoger beroep meer of anders gevorderde.

## » Noot

1. De beide hiervóór opgenomen uitspraken gaan over de bevoegdheid van een curator tot inning van stil verpande vorderingen. In beginsel is, tijdens het faillissement van de

pandgever, de curator bevoegd om een stil verpande vordering te innen. Deze bevoegdheid gaat pas over op de pandhouder, wanneer het pandrecht aan de schuldenaar van de verpande vordering wordt medegedeeld. Deze mededeling kan ook tijdens faillissement nog plaatsvinden (art. 3:246 lid 1 BW en art. 57 lid 1 Fw).

2. Degene die bevoegd is om een vordering te innen, is in beginsel niet alleen bevoegd om betalingen in ontvangst te nemen, maar bijvoorbeeld ook om de schuldenaar aan te sporen tot betaling, aanmaningen en ingebrekestellingen te versturen (vgl. art. 3:246 lid 1 BW), de vordering door opzegging opeisbaar te maken (art. 3:246 lid 2 BW), de schuldenaar te verzoeken op een ander rekeningnummer te betalen dan aanvankelijk gemeld, enzovoort. De hiervóór genoemde bevoegdheden kunnen worden onderscheiden in “passieve inningsbevoegdheden” (het in ontvangst nemen van betalingen die plaatsvinden op initiatief van de schuldenaar), en “actieve inningsbevoegdheden” (het nemen van betalingsbevorderende maatregelen door de inningsbevoegde).

3. Uitgangspunt is dat, zolang het pandrecht niet is medegedeeld, de curator van de failliete pandgever bevoegd is tot zowel “passieve” als “actieve” inning van stil verpande vorderingen. Wanneer de pandhouder hier verandering in wil brengen, is het in beginsel aan hem om mededeling te doen, of om in overleg te treden met de curator. Hiermee is de kous echter niet helemaal af. De curator heeft bij het uitoefenen van inningsbevoegdheden een bijzondere positie. Enerzijds is het zijn taak om de boedel te vereffenen en in dat kader vorderingen te innen. Anderzijds dient de curator bij de uitoefening van zijn taak rekening te houden met de belangen van bijvoorbeeld pandhouders. “Overleg” is hier het sleutelwoord. Art. 58 lid 1 Fw bepaalt dat de curator de pandhouder een redelijke termijn kan stellen om zijn rechten uit te oefenen. Het overleg tussen

de curator en de pandhouder kan echter ook tot een andere uitkomst leiden, bijvoorbeeld tot de afspraak dat de curator de verpande vordering zal innen op de rekening van de pandgever bij de pandhouder/bank.

4. Onder omstandigheden kan een curator door actieve inning van stil verpande vorderingen onrechtmatig handelen (dan wel toerekenbaar tekortschieten) jegens de pandhouder. In het bijzonder kan dit het geval zijn wanneer (1) de curator int terwijl overleg met de pandhouder gaande is over de inning, (2) de curator int hangende een afgesproken termijn als bedoeld in art. 58 lid 1 Fw, of (3) de curator int in strijd met een met de pandhouder gemaakte afspraak over de inning. Met het als onrechtmatig aanmerken van inning van stil verpande vorderingen door de curator moet mijns inziens wel terughoudendheid worden betracht. Uitgangspunt is dat de curator inningsbevoegd is. De pandhouder kan hier te allen tijde verandering in brengen door zijn pandrecht mede te delen. Zolang dat niet is gebeurd, loopt hij het risico dat zijn pandrecht door inning van de verpande vordering tenietgaat. Onrechtmatigheid van inning door de curator komt pas in beeld wanneer de curator in de gegeven omstandigheden kan worden verweten te hebben gehandeld in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Enkele passieve inning van stil verpande vorderingen door de curator is mijns inziens nimmer onrechtmatig.

5. De twee hiervóór opgenomen uitspraken verschillen voor wat betreft de feiten en omstandigheden die tot onrechtmatigheid kunnen leiden. In de zaak die werd voorgelegd aan de Rechtbank Almelo was de pandhouder kort na faillietverklaring van de pandgever in overleg getreden met de curator over de inventarisatie van zekerheden van de pandhouder. Op 25 februari 2002 kwam in dit kader een positief saldo op een bankrekening ter sprake, dat aan de pandhouder was

verpand. Op 5 maart 2002 verzocht de pandhouder de curator dit bedrag aan hem over te maken. De curator bleek het bedrag op 28 februari 2002 te hebben overgemaakt naar de faillissementsrekening. De rechtbank oordeelt mijns inziens terecht dat de overboeking door de curator onrechtmatig was jegens de pandhouder. De curator int actief en op korte termijn, terwijl overleg met de pandhouder gaande was en terwijl dit overleg nog niet had geleid tot een afspraak over de inning van de betreffende vordering. In de zaak die werd beoordeeld door het Hof Leeuwarden, liggen de kaarten iets anders. Hier was geen overleg gaande tussen de pandhouder en de curator over de inning van stil verpande vorderingen. Gedurende in ieder geval de eerste vier maanden van het faillissement van de pandgever worden door de curator betalingen op stil verpande vorderingen ontvangen, deels als gevolg van passieve inning, deels als gevolg van actieve inning. De curator had de debiteuren aangeschreven wier betalingstermijn was verlopen. Voorts had de curator debiteuren verzocht op de faillissementsrekening te betalen in plaats van op de rekening van de pandgever bij de pandhouder/bank, in strijd met hetgeen tussen laatstgenoemden was overeengekomen. Zowel rechtbank als hof komen mijns inziens terecht tot het oordeel dat het fraaiër was geweest als de curator vóór het verrichten van de actieve inningshandelingen overleg had gevoerd met de pandhouder, maar dat de genoemde feiten en omstandigheden onvoldoende zijn om de inning door de curator als onrechtmatig aan te merken, vooral gelet op het feit dat de pandhouder gedurende lange tijd heeft nagelaten zijn pandrechten openbaar te maken of overleg te initiëren met de curator over de inning van stil verpande vorderingen.

6. De twee uitspraken illustreren dat pandhouders er goed aan doen kort na faillietverklaring van de pandgever in overleg te treden met de curator en

duidelijke afspraken te maken over de inning van stil verpande vorderingen. Deze afspraken kunnen inhouden dat de pandhouder een redelijke termijn krijgt om zijn pandrechten mede te delen en de vorderingen zelf te innen, of dat de pandrechten niet zullen worden medegedeeld en de vorderingen zullen worden geïnd door de curator. Actieve inning door de curator in strijd met gemaakte afspraken of gedurende overleg daarover, zal eerder onrechtmatig zijn dan actieve inning door de curator terwijl geen overleg heeft plaatsgevonden.

7. Wanneer inning van stil verpande vorderingen door de curator onrechtmatig is, promoveert de pandhouder van faillissementsschuldeiser met voorrang op het geïnde (vgl. HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471; Mulder q.q./CLBN) tot boedelschuldeiser zonder voorrang. De pandhouder is hiermee niet altijd geholpen. Er wordt daarom wel voor gepleit om de schuld aan de pandhouder aan te merken als een “superboedelschuld”, die zonder daarop een bijdrage in de faillissementskosten in mindering te brengen en zonder de afwikkeling van de boedel af te wachten, uit de beschikbare middelen moet worden voldaan. Vgl. het hiervóór opgenomen vonnis van de Rechtbank Almelo, r.o. 11; R.J. van Galen, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 604 jo. 600; en A.J. Verdaas, noot bij Rb. Leeuwarden 18 augustus 2004, «JOR» 2004/313, onder 10. Een dergelijke behandeling werd door de Hoge Raad aangenomen in geval van een onverschuldigde betaling aan de failliet als gevolg van een onmiskenbare vergissing (HR 5 september 1997, «JOR» 1997/102, m.nt. De Liagre Böhl en NEDF; Ontvanger/Hamm q.q.).

A. Steneker, universitair docent burgerlijk recht RU Nijmegen en als onderzoeker

verbonden aan het Onderzoekcentrum  
Onderneming & Recht