

Tvl 2021/26

Een fundamenteel beginsel van insolventierecht

Enige beschouwingen naar aanleiding van de arresten *Ontvanger/Hamm q.q.*, *Hamm q.q./ABN Amro* en *Rabobank/Verdonk q.q.*

Prof. mr. N.E.D. Faber & mr. N.S.G.J. Vermunt, datum 14-09-2021

Datum	14-09-2021
Auteur	Prof. mr. N.E.D. Faber & mr. N.S.G.J. Vermunt ^[1]
Folio weergave	
JCDI	JCDI:ADS291013:1
Vakgebied(en)	Insolventierecht / Algemeen

1. Inleiding

In het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger*^[2] heeft de Hoge Raad met betrekking tot de onderlinge rangorde van boedelschulden als algemene regel aanvaard dat, indien het actief van de boedel niet toereikend is om daaruit alle boedelschulden te kunnen voldoen (negatieve boedel), die schulden in beginsel naar evenredigheid van de omvang van elke schuld moeten worden voldaan, behoudens de daarvoor geldende wettelijke redenen van voorrang. In dezelfde zin oordeelde de Hoge Raad – meer recent – in het arrest *Rabobank/Verdonk q.q.*^[3] Ook ter zake van boedelschulden staat aldus de *paritas creditorum*^[4] voorop. In beginsel staan de vorderingen van boedelschuldeisers onderling gelijk in rang en zijn op boedelvorderingen onderling dezelfde regels van voorrang van toepassing die gelden voor faillissementsvorderingen onderling.

Op de regel uit het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger* bestaan verschillende uitzonderingen en nuanceringen. Op twee daarvan gaan wij in deze bijdrage nader in. Deze vloeien voort uit de arresten *Ontvanger/Hamm q.q.*, *Hamm q.q./ABN Amro* en *Rabobank/Verdonk q.q.*^[5] Deze arresten zijn in de literatuur weinig positief ontvangen. De poging van de Hoge Raad om enkele algemene regels te formuleren die passen in het systeem van de wet en leiden tot een bevredigende uitkomst, is niet of slechts ten dele geslaagd. Onzes inziens kan een eenvoudiger en beter te begrijpen benadering worden gevolgd, die past in het systeem van de wet en leidt tot

alleszins billijke uitkomsten, ook in gevallen waarover de Hoge Raad tot op heden nog niet (of nog niet met zoveel woorden) heeft geoordeeld. Deze benadering is gestoeld op het fundamentele beginsel van insolventierecht dat noch de failliete boedel, noch de curator dient te kunnen profiteren van een door hem als beheerder en vereffenaar van de failliete boedel gepleegde onrechtmatige daad waardoor inbreuk is gemaakt op de gerechtvaardigde belangen van een schuldeiser of een derde en waardoor een opbrengst in de failliete boedel is gevloeid die zonder die onrechtmatige daad buiten de failliete boedel was gebleven. Dit beginsel, dat in de literatuur een breed draagvlak kent en waartegen onzes inziens ook geen overtuigend bezwaar kan worden ingebracht, heeft reeds gedeeltelijk (maar tot op heden in onvolkomen vorm) uitdrukking gevonden in de jurisprudentie van de Hoge Raad. In deze bijdrage pleiten wij voor de algemene aanvaarding van dit beginsel en voor het aanbrengen door de Hoge Raad van enkele correcties op zijn eerdere jurisprudentie. Wij laten daarbij buiten beschouwing of, en zo ja wanneer, voor het onrechtmatige gedrag van de curator een rechtvaardiging kan bestaan, al dan niet tijdens de voortzetting van de onderneming van de failliet of tijdens een in het faillissement afgekondigde afkoelingsperiode, wat de gevolgen daarvan zijn voor de eventuele schadevergoedingsvordering van de benadeelde schuldeiser of de derde jegens de curator *qualitate qua* en/of *pro se*, en welke betekenis in dit verband toekomt aan het bepaalde in art. 6:168 BW.^[6] Waar het ons bij de voorliggende problematiek om gaat, is dat *steeds* heeft te gelden dat degene op wiens subjectief recht (waaronder een pand-, hypotheek- of eigendomsrecht) door de curator (in hoedanigheid) inbreuk wordt gemaakt, op grond van art. 6:162 BW uit de failliete boedel ter zake van de door hem geleden schade dient te worden gecompenseerd.^[7] Dit wordt in de literatuur regelmatig uit het oog verloren, waardoor de zaken niet juist worden voorgesteld of nodeloos worden gecompliceerd.^[8] Uitgaande van de onrechtmatigheid van het inbreukmakende gedrag van de curator *qualitate qua*, vloeit daaruit een vordering tot schadevergoeding voort jegens de failliete boedel. De vraag die vervolgens moet worden beantwoord, is wat de rangorde van die vordering naar geldend recht is, dan wel wat zij behoort te zijn, gelet op het hiervóór genoemde fundamentele beginsel van insolventierecht.

2. Onverschuldigde betaling aan de failliete boedel

2.1 De regel van het arrest *Ontvanger/Hamm q.q.*

Zoals wij in de inleiding hebben aangegeven, bestaan er uitzonderingen en nuanceringen op de regel die de Hoge Raad in het arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger* heeft geformuleerd. Een van die uitzonderingen vindt haar grondslag in het reeds genoemde arrest *Ontvanger/Hamm q.q.* Het betreft hier een onverschuldigde betaling aan de failliete boedel. Meer in het bijzonder gaat het om een geval waarin tussen de gefailleerde en degene die na datum faillissement aan hem of aan de failliete boedel heeft betaald, geen rechtsverhouding bestond of heeft bestaan die aanleiding tot die betaling gaf, en waarin de betaling slechts het gevolg was van een onmiskenbare vergissing.

Wanneer de curator wordt geconfronteerd met een dergelijke onmiskenbare vergissing, handelt hij volgens de Hoge Raad in overeenstemming met hetgeen in het maatschappelijk verkeer als betamelijk wordt beschouwd, indien hij meewerkt aan het ongedaan maken van die vergissing. Zijn bijzondere positie als door de rechtbank benoemde beheerder en vereffenaar van de failliete boedel, die zijn taak vervult onder toezicht van de rechter-commissaris in het kader van een van waarborgen voorziene wettelijke regeling en die in dat kader met alle gerechtvaardigde belangen rekening behoort te houden, brengt – zo stelt de Hoge Raad – met zich dat erop moet kunnen worden vertrouwd dat hij derden niet het slachtoffer laat worden van toevallige, in de praktijk niet steeds te vermijden misslagen als in het voorliggende geval aan de orde. De omstandigheid dat de wet aan vorderingen uit onverschuldigde betaling geen voorrecht verbindt en met betrekking tot deze vorderingen ook niet rechtstreeks een andere grond voor voorrang aanwijst, wetigt – aldus nog steeds de Hoge Raad – niet de conclusie dat de curator jegens degene die een boedelvordering wegens onverschuldigde betaling verkrijgt doordat hij als gevolg van een onmiskenbare vergissing aan de curator in plaats van aan de werkelijke schuldeiser betaalde, ermee zou mogen volstaan het betaalde bedrag aan het actief van de failliete boedel toe te voegen, de vordering tot teruggave van een gelijk bedrag als concurrente boedelvordering te behandelen en op deze voet het bij vergissing betaalde bedrag ten profijte van de overige (boedel)schuldeisers aan te wenden. Laatstbedoelde handelwijze van de curator, die aan de gezamenlijke (overige) schuldeisers valt toe te rekenen, leidt – zo overweegt de Hoge Raad – tot een verrijking van die schuldeisers ten koste van degene die bij vergissing heeft betaald, waarvoor in het licht van het voorafgaande geen rechtvaardiging is te vinden, ook niet in het stelsel van de Faillissementswet. Volgens de Hoge Raad eist de redelijkheid aldus dat aan degene die als gevolg van een onmiskenbare vergissing (of een daarmee voor de toepassing van de Faillissementswet op één lijn te stellen oorzaak) aan de curator heeft betaald, de hierdoor voor hem ontstane schade tot het gehele bedrag van die verrijking wordt vergoed. De Hoge Raad licht toe wat dat concreet betekent. Ingevolge het bepaalde in art. 6:212 BW is de curator in dat geval verplicht om, nadat hij het onverschuldigd betaalde heeft ontvangen en heeft geconstateerd dat sprake is van een onmiskenbare vergissing, uit de beschikbare middelen van de boedel een bedrag gelijk aan dat waarmee de boedel is verrijkt, te voldoen aan degene die onverschuldigd heeft betaald. De aard van deze verplichting brengt volgens de Hoge Raad met zich dat de curator haar zo spoedig mogelijk behoort na te komen, zonder de afwikkeling van de boedel af te wachten en met voorbijgaan aan aanspraken van andere boedelschuldeisers en derhalve ongeacht de vraag of de boedel positief of negatief is. Ook brengt de aard van de verplichting met zich dat de curator op het terug te betalen bedrag alleen de redelijke kosten in mindering mag brengen die als gevolg van de vergissing en het nakomen door de curator van die verplichting mochten zijn veroorzaakt.

2.2 De nadere precisering in latere jurisprudentie

In latere jurisprudentie heeft de Hoge Raad getracht zijn oordeel uit het arrest *Ontvanger/Hamm*

q.q. op onderdelen te verduidelijken.^[9] Zo bouwt de Hoge Raad in het arrest *Van der Werff q.q./BLG*^[10] met een enorme omhaal van woorden, maar weinig verhelderend, op zijn eerdere jurisprudentie voort. De Hoge Raad “preciseert” dat de verplichting van de curator tot het (onverkort) terugbetalen van het zonder rechtsgrond ontvangene slechts aanwezig is wanneer er geen rechtsverhouding bestond of heeft bestaan die de betaler, de gefailleerde of de curator aanleiding kon geven te veronderstellen dat er (mogelijk) wél een rechtsgrond aanwezig was voor de betaling in kwestie. Dan valt immers – zo overweegt de Hoge Raad – voor geen van de betrokkenen te miskennen dat de betaling bij vergissing is verricht, omdat duidelijk is dat zij bij gebreke van enige rechtsverhouding noch voor de gefailleerde noch voor de curator bestemd was, dan wel evident is dat de rechtsverhouding die tussen de betaler en de gefailleerde wél bestond of heeft bestaan, voor de betaling in kwestie geen rechtsgrond kon opleveren. Dit laatste zal zich in het bijzonder voordoen – aldus nog steeds de Hoge Raad – wanneer zonder meer duidelijk is dat de betaling slechts betrekking kon hebben op een reeds door een eerdere betaling tenietgegane schuld en er daarom geen twijfel over kon bestaan dat bij vergissing voor de tweede maal dezelfde vordering is voldaan, of wanneer het betaalde bedrag zodanig afwijkt van de schuld waarop de betaling betrekking heeft, dat daaruit zonder enige twijfel kon worden afgeleid dat de betaling van dit bedrag op een verschrijving of andere vergissing berustte. Dat van een onmiskenbare vergissing sprake moet zijn, betekent volgens de Hoge Raad niet dat de vergissing steeds aanstonds en op het eerste gezicht aan de curator duidelijk dient te zijn. Zij moet echter als zodanig wel door de curator – handelend zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht en die behoorlijk is geïnformeerd – zonder enige twijfel op grond van door de betalende partij verstrekte gegevens dan wel, als daartoe (nog) aanleiding bestaat, na eigen onderzoek zijn te herkennen, ook al zal met een en ander enige tijd kunnen zijn gemoeid. Ook in een dergelijk geval zal de curator – in de woorden van de Hoge Raad – in redelijkheid geen andere keus hebben dan de vergissing dadelijk ongedaan te maken.

2.3 Twee (en niet drie) te onderscheiden gevallen

De hiervóór genoemde arresten van de Hoge Raad moeten onzes inziens aldus worden begrepen, dat een onverschuldigde betaling aan de failliete boedel *steeds* leidt tot een (super)preferente boedelvordering voor degene die heeft betaald, wanneer de betaling heeft plaatsgevonden zonder dat er tussen partijen een rechtsverhouding bestond of heeft bestaan die aanleiding tot de betaling gaf, c.q. zonder dat er tussen partijen een rechtsverhouding bestond of heeft bestaan die een rechtsgrond voor die betaling opleverde of kon opleveren.^[11] Het gaat bij een dergelijke onverschuldigde betaling die tevens een onmiskenbare vergissing is derhalve niet om cumulatieve vereisten of om een aanscherping of beperking van de gevallen waarin voor degene die heeft betaald, een (onverkort) recht op onmiddellijke terugbetaling bestaat. De onmiskenbare vergissing

is reeds gelegen in het feit dat de betaling heeft plaatsgevonden, terwijl voor die betaling van de aanvang af een rechtsgrond ontbrak. De onverschuldigde betaling die tevens een onmiskenbare vergissing is, onderscheidt zich van de betaling die alleen om die reden onverschuldigd is, dat de rechtsgrond die aanvankelijk voor de betaling bestond, later – met terugwerkende kracht – aan de betaling is komen te ontvallen. De Hoge Raad overweegt dit met zoveel woorden in het arrest *Ontvanger/Hamm q.q.* en verwijst in dat verband naar het *Floritex*-arrest,^[12] waarin zich een dergelijke onverschuldigde betaling (die niet als een onmiskenbare vergissing kan worden aangemerkt) voordeed. Gevallen als deze zijn naar huidig recht, waarin van terugwerkende kracht nog slechts in beperkte mate sprake is, betrekkelijk zeldzaam.^[13] Gedacht kan worden aan de betaling die voortvloeit uit een overeenkomst (of andere rechtshandeling) die later wordt vernietigd, of aan een betaling die plaatsvindt op grond van een later vernietigd vonnis.^[14] Is van een dergelijke onverschuldigde betaling sprake, dan komt aan degene die heeft betaald, anders dan hiervóór, niet een (*super*)*preferente* doch slechts een *concurrente* boedelvordering toe.

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat bij een onverschuldigde betaling aan de failliete boedel slechts twee (en niet drie) gevallen moeten worden onderscheiden: (i) de onverschuldigde betaling waarbij van de aanvang af een rechtsgrond voor de betaling ontbrak (de onmiskenbare vergissing), en (ii) de onverschuldigde betaling waarbij aanvankelijk van een rechtsgrond sprake was, die echter nadien met terugwerkende kracht daaraan is komen te ontvallen.^[15] Daarnaast moet voor de volledigheid worden gewezen op een ander geval, dat niet een onverschuldigde betaling aan de failliete boedel of aan de gefailleerde betreft, maar een onverschuldigde betaling die reeds vóór datum faillissement aan de *latere* failliet heeft plaatsgevonden. In een dergelijk geval blijft de aanspraak tot terugbetaling beperkt tot een concurrente faillissementsvordering, welke vordering alleen door indiening ter verificatie geldend kan worden gemaakt.^[16] Dit laatste geldt ongeacht het type onverschuldigde betaling dat zich heeft voorgedaan, derhalve ook in geval van een onverschuldigde betaling die tevens een onmiskenbare vergissing is. Wij laten de onverschuldigde betaling die vóór datum faillissement heeft plaatsgevonden, verder buiten beschouwing. Dit geval heeft niets van doen met de vraag naar de rangorde van boedelvorderingen, en valt ook voor het overige buiten het onderwerp van deze bijdrage.

2.4 Naar een andere benadering

Men kan zich afvragen of er voldoende grond bestaat om bij een onverschuldigde betaling aan de failliete boedel in geval van een onmiskenbare vergissing af te wijken van het wettelijke systeem van voorrang. Een vordering uit onverschuldigde betaling – en hetzelfde geldt voor een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking – is niet een door voorrang gedekte vordering, en het is (in beginsel) aan de wetgever (en niet aan de Hoge Raad) om – in afwijking van het wettelijke uitgangspunt – aan een vordering of een bepaald type vorderingen enigerlei vorm van voorrang toe te kennen.^[17] Men kan zich ook afvragen of dit specifieke geval, waarin de Hoge Raad tot een

billijk resultaat tracht te komen, meer bescherming verdient dan andere, al dan niet vergelijkbare gevallen. Dat de bijzondere positie van de curator met zich brengt dat hij derden niet het slachtoffer laat worden van toevallige, in de praktijk niet steeds te vermijden misslagen, is een gedachte die eenvoudig kan worden doorgetrokken naar tal van andere situaties, waarvan sommige nog veel sprekender zijn dan de hier bedoelde onverschuldigde betaling die tevens een onmiskenbare vergissing is, in het bijzonder wanneer die misslag het gevolg is van toedoen (of zelfs van een onrechtmatige daad) van de curator. Eist de redelijkheid in dat geval niet *a fortiori* dat aan degene die als gevolg van die misslag schade heeft geleden, een bedrag gelijk aan het door de failliete boedel ten onrechte ontvangene wordt vergoed? Men kan zich voorts afvragen of de Hoge Raad er niet beter aan had gedaan om in plaats van het formuleren van een algemene regel de weg van art. 6:2 lid 2 BW te volgen, en te toetsen of het met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat de curator de vordering van de betrokken schuldeiser overeenkomstig de door de wet aan die vordering verbonden rang als een concurrente boedelvordering zou behandelen. De toepassing van art. 6:2 lid 2 BW past beter in het systeem van de wet en sluit ook beter aan bij de taakverdeling tussen de wetgever en de rechter. Het nadeel van de toepassing van art. 6:2 lid 2 BW is echter dat minder gemakkelijk voorspelbaar is wat in een concreet geval de uitkomst van het geschil zal zijn. Bovendien gaat het bij het aanvaarden van een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid om uitzonderlijke situaties. Waar men een meer algemene regel voorstaat, past de toepassing van art. 6:2 lid 2 BW niet (goed).

De aanvaarding in de jurisprudentie van een algemene regel waarbij een uitzondering wordt gemaakt op de wettelijke rangorde van vorderingen, dient onzes inziens beperkt te blijven tot sprekende (evidente) gevallen. Of er in het algemeen voor de door de Hoge Raad geformuleerde regel uit het arrest *Ontvanger/Hamm q.q.* voldoende rechtvaardiging bestaat, kan hier in het midden blijven. Aan degene die bij vergissing onverschuldigd aan de gefailleerde of aan de failliete boedel heeft betaald, dient onzes inziens in ieder geval een (super)preferente boedelvordering te worden toegekend, indien de betaling het gevolg was van een onrechtmatige daad van de curator, bijvoorbeeld doordat hij op de betaling heeft aangedrongen, terwijl hij wist of behoorde te begrijpen dat er geen rechtsgrond voor die betaling bestond, of doordat hij zich daarbij van oneigenlijke middelen heeft bediend.^[18] De verklaring hiervoor kan worden gevonden in het in de inleiding genoemde fundamentele beginsel van insolventierecht. Ter onderbouwing daarvan kan ten dele worden aangeknoopt bij de overwegingen van de Hoge Raad uit het arrest *Ontvanger/Hamm q.q.*

Vanwege zijn bijzondere positie als door de rechtbank aangestelde beheerder en vereffenaar van de failliete boedel behoort de curator een schuldeiser of een derde niet het slachtoffer te laten worden van zijn onrechtmatige misslag (dat wil zeggen een onrechtmatige misslag van de curator zelf) waardoor een bate in de failliete boedel is gevloeid die zonder die misslag buiten de failliete boedel was gebleven. Er bestaat in dat geval voldoende rechtvaardiging om – zo nodig – ter

correctie van die misslag af te wijken van de wettelijke rangorde van boedelvorderingen.^[19] Het eerder genoemde beginsel van insolventierecht brengt met zich dat de curator niet gerechtigd is de ten onrechte in de failliete boedel gevloede bate ten profijte van zichzelf of van de overige (boedel)schuldeisers aan te wenden, maar in plaats daarvan is gehouden de derde of de schuldeiser uit die bate te voldoen alsof de desbetreffende misslag niet had plaatsgevonden. Daarmee wordt voorkomen dat de curator *pro se* respectievelijk de (overige) gezamenlijke (boedel)schuldeisers ongerechtvaardigd worden verrijkt ten koste van de derde of de schuldeiser op wiens recht door de curator onrechtmatig inbreuk is gemaakt.

Hoewel de curator een bate die door zijn (onrechtmatige) misslag (ten onrechte) in de failliete boedel is gevloeid of daarin dreigt te vloeien, dient af te scheiden en afgescheiden dient te houden van de rest van de failliete boedel, maakt dit voor de toepassing van het hiervóór bedoelde beginsel geen verschil. Ook indien de bate in de failliete boedel is gevloeid en daarvan niet afgescheiden is (gebleven), brengt het genoemde beginsel met zich dat die bate (zoveel mogelijk) onverkort dient toe te komen aan degene op wiens recht de curator onrechtmatig inbreuk heeft gemaakt, c.q. dient te worden aangewend ter voldoening van diens vordering. Dit sluit geheel aan bij hetgeen de Hoge Raad in het arrest *Ontvanger/Hamm q.q.* daaromtrent heeft beslist. Een wetswijziging, waaronder een aanpassing van art. 20 Fw of de introductie van een (nieuwe) uitzondering op het bepaalde in dat artikel, is hiertoe niet vereist. Hetzelfde geldt voor de invoering van een wettelijke regeling van de kwaliteitsrekening voor de curator, zoals in de literatuur door Vriesendorp is bepleit.^[20] Een kwaliteitsrekening is enerzijds niet nodig om tot het beoogde resultaat te komen, en kan anderzijds het beoogde resultaat – in het bijzonder de (super)preferentie van de boedelvordering van degene op wiens recht inbreuk is gemaakt – zonder aanvullende regeling of zonder de aanvaarding van het meergenoemde fundamentele beginsel van insolventierecht niet verklaren.

3. Onrechtmatige inbreuk op een pandrecht, een hypotheekrecht of een eigendomsrecht

3.1 De regel van het arrest Hamm q.q./ABN Amro

Een tweede uitzondering op de algemene regel uit het eerder genoemde arrest *De Ranitz q.q./Ontvanger* vindt haar grondslag in het arrest *Hamm q.q./ABN Amro*.^[21] Indien de curator op onrechtmatige wijze inbreuk maakt op het pandrecht van een financier (het betrof in casu een pandrecht op vorderingen, maar voor een pandrecht op andersoortige goederen geldt hetzelfde), komt volgens dit arrest aan de financier ter vergoeding van de door hem als gevolg daarvan geleden schade een drietal vorderingen toe:

- (i) een concurrente boedelvordering;
- (ii) een preferente boedelvordering; en

(iii) een concurrente vordering jegens de curator *pro se* (indien daartoe gronden zijn).^[22]

De Hoge Raad overweegt dat aan de onder (ii) genoemde boedelvordering de voorrang is verbonden die toekwam aan het pandrecht waarop de curator inbreuk heeft gemaakt. Deze boedelvordering is alleen preferent op de opbrengst die door de onrechtmatige daad ten onrechte in de failliete boedel is gevloeid.^[23] Een en ander zou volgen uit – dan wel in het verlengde liggen van – het arrest *Mulder q.q./CLBN*.^[24] Dit laatste is echter onjuist en vergezocht, en lijkt door de Hoge Raad slechts te worden opgevoerd in een poging te maskeren dat hij in het arrest *Hamm q.q./ABN Amro* een (nieuwe) uitzondering maakt op de (wettelijke) rangorde van boedelvorderingen. Het arrest *Mulder q.q./CLBN* betrof een geheel andere kwestie. Wanneer de debiteur van een stil verpande vordering zijn schuld aan de curator in het faillissement van zijn crediteur voldoet, of wanneer de curator rechtmatig en bevoegd (met inachtneming van de in de jurisprudentie van de Hoge Raad ontwikkelde regels) tot inning van die vordering overgaat, behoudt de pandhouder die als gevolg daarvan zijn pandrecht verliest, zijn aan het pandrecht verbonden voorrang ter zake van het aldus voldane bedrag (na omslag van de algemene faillissementskosten). In het arrest *Hamm q.q./ABN Amro* gaat het om een geval waarin de curator in strijd met de hiervóór bedoelde regels onrechtmatig en onbevoegd een stil verpande vordering int en daarbij het pandrecht, met inbegrip van de daaraan verbonden separatistenpositie, frustreert. Uit het arrest *Mulder q.q./CLBN* kan – voor zover hier van belang – niet meer worden afgeleid dan dat de pandhouder in een geval als hier bedoeld, voor zijn door het pandrecht gecureerde *faillissementsvordering* voorrang behoudt bij de verdeling van de opbrengst. De preferentie die volgens het arrest *Hamm q.q./ABN Amro* aan de tot schadevergoeding strekkende (en niet door het pandrecht gecureerde) boedelvordering van de (voormalige) pandhouder toekomt, laat zich niet uit het arrest *Mulder q.q./CLBN* en de daarin geformuleerde regel afleiden. Voorts moet worden bedacht dat de hier bedoelde preferente boedelvordering van de pandhouder niet beperkt blijft tot gevallen waarin sprake is van een pandrecht op *vorderingen*. Zonder enige twijfel heeft hetzelfde te gelden indien de curator een pandrecht op andersoortige goederen frustreert. Het arrest *Mulder q.q./CLBN* heeft daarvoor weinig betekenis. Men kan hooguit betogen dat uit het arrest *Mulder q.q./CLBN* volgt dat, ook wanneer de curator andersoortige goederen te gelde maakt, de pandhouder die daarbij zijn pandrecht verliest (in het bijzonder door een beroep op derdenbescherming door de verkrijger van het desbetreffende goed), zijn aan het pandrecht verbonden voorrang bij de verdeling van de opbrengst behoudt. De door de curator gerealiseerde bate is – zowel bij een bevoegde als bij een onbevoegde vervreemding – aan te merken als de executieopbrengst van het desbetreffende goed, ten aanzien waarvan de pandhouder (voor zijn door het pandrecht gecureerde *faillissementsvordering*) de aan het pandrecht verbonden voorrang behoudt.^[25] Een en ander kan echter niet verklaren waarom aan de pandhouder op wiens pandrecht door de curator inbreuk is gemaakt, (tevens) een boedelvordering toekomt ter zake van die opbrengst, aan welke boedelvordering de rang van het (tenietgegane) pandrecht zou zijn verbonden.^[26]

Bij het voorafgaande moet worden bedacht dat de pandhouder op wiens pandrecht door de curator inbreuk is gemaakt, niet van rechtswege een pandrecht verkrijgt op de opbrengst die als gevolg daarvan ten onrechte in de failliete boedel is gevloeid. De wet kent voor dit geval geen regel van zaaksvervanging (reële substitutie)^[27] en de jurisprudentie biedt daarvoor evenmin een aanknopingspunt. Ook valt moeilijk te betogen dat een regel van zaaksvervanging, in een geval als hier aan de orde, past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen.^[28] Slechts door tussenkomst van de wetgever lijkt een specifieke regel van zaaksvervanging te kunnen worden aanvaard die in het voorliggende geval uitkomst kan brengen.

Opmerking verdient nog dat de hiervóór bedoelde voorrang die de (voormalige) pandhouder ter zake van de ten onrechte in de failliete boedel gevloeide executieopbrengst behoudt, en de preferente boedelvordering ter zake van die opbrengst, zien op gevallen waarin de opbrengst niet afgescheiden is gebleven van de rest van de failliete boedel. Weet de pandhouder te voorkomen dat de opbrengst in de failliete boedel vloeit of via de failliete boedel wordt verdeeld, al dan niet op grond van een met de curator gemaakte afspraak of een tegen de curator gevoerde procedure,^[29] dan doet de voorliggende problematiek zich niet voor. De (voormalige) pandhouder behoudt dan niet alleen zijn uit het pandrecht voortvloeiende voorrangsaanspraak ter zake van de door de curator gerealiseerde (en afgescheiden gebleven) opbrengst, maar ook zijn separatistenpositie, of wordt krachtens een met de curator gemaakte afspraak behandeld alsof hem die rechten nog steeds toekomen.

3.2 De in latere jurisprudentie gemiste kans

In het arrest *Hamm q.q./ABN Amro* gaat de Hoge Raad in op de vraag of de regel van het arrest *Ontvanger/Hamm q.q.* ook in het voorliggende geval toepassing dient te vinden. De Hoge Raad is daarover kort en volstaat met de apodictische overweging:

“Er bestaat geen grond de curator verplicht te achten zo spoedig mogelijk uit de beschikbare middelen van de boedel een bedrag te voldoen gelijk aan dat wat ten onrechte door de boedel is ontvangen. Een zodanige verplichting is wel aangenomen voor het geval dat per vergissing aan de boedel door derden betalingen zijn gedaan, zoals in HR 5 september 1997, (...)NJ 1998, 437 (*Ontvanger/Hamm*) en laatstelijk in HR 8 juni 2007, (...)NJ 2007, 419 (*Van der Werff/BLG Hypotheekbank*). Maar van situaties waarop die rechtspraak het oog heeft, is in het onderhavige geval geen sprake.”

De constatering dat in het voorliggende geval geen sprake is van een door een derde per vergissing aan de failliete boedel verrichte betaling, is uiteraard juist. Er is ook niemand die anders beweert of heeft beweerd. Waar het echter om gaat, is of er aanleiding bestaat om de regel die de Hoge Raad voor een dergelijke per vergissing gedane betaling heeft geformuleerd, of een regel

met een vergelijkbaar effect, ook hier toe te passen. Dat er – zoals de Hoge Raad stelt – *geen grond* zou bestaan de curator verplicht te achten zo spoedig mogelijk uit de beschikbare middelen van de boedel een bedrag te voldoen gelijk aan dat wat ten onrechte door de boedel is ontvangen, valt niet goed te begrijpen. Die grond bestaat er immers zonder meer, en onzes inziens in veel sterkere mate dan in het geval van een onverschuldigde betaling aan de failliete boedel, die tevens een onmiskenbare vergissing is. Voor zover ons bekend, is er niemand die betoogt of het wenselijk acht dat de curator zijn salaris (of andere kosten van executie en vereffening) moet kunnen voldoen uit een opbrengst die enkel door zijn onrechtmatige gedrag in de failliete boedel is gevloeid.^[30] Noch de curator, noch de failliete boedel dient te kunnen profiteren van een dergelijke misslag van de curator. Wellicht heeft de Hoge Raad bij het formuleren van de hiervóór aangehaalde overweging niet gedacht aan het (veel voorkomende) geval waarin de failliete boedel ernstig negatief is. Misschien meende de Hoge Raad dat aan een oplossing in de lijn van het arrest *Ontvanger/Hamm q.q.* in het voorliggende geval geen behoefte bestaat, of dat de eventuele persoonlijke aansprakelijkheid van de curator in dit verband voldoende is. Dat dit laatste niet het geval is, moge duidelijk zijn. Het is heel goed voorstelbaar dat de curator weliswaar *qualitate qua* aansprakelijk is voor de door zijn onrechtmatige gedrag veroorzaakte schade, maar dat hem van dat gedrag niet tevens persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt. Dit geldt in het algemeen en is bij een onrechtmatige inbreuk door de curator op een pandrecht (dan wel een hypotheekrecht of een eigendomsrecht) niet anders.

Wat van dit alles ook zij, in het arrest *Rabobank/Verdonk q.q.*^[31] had de Hoge Raad de gelegenheid zijn eerdere oordeel te verbeteren. De Hoge Raad laat die gelegenheid echter onbenut. Hij herhaalt slechts zijn eerdere beslissing en voegt daaraan toe dat zijn benadering weliswaar tot het “onwenselijke resultaat” kan leiden dat de curator de door hem gemaakte kosten van executie en vereffening – waaronder zijn salaris – kan verhalen ten koste van de pandhouder wiens rechten en verhaalsmogelijkheden hij heeft gefrustreerd (kosten die zonder die handelwijze van de curator niet ten laste van de pandhouder zouden zijn gekomen), maar dat daarin geen grond is gelegen om het wettelijke preferentiestelsel opzij te zetten. Dit is de omgekeerde wereld. De Hoge Raad zet immers eerst zelf het wettelijke preferentiestelsel opzij door buiten de wet om aan de (voormalige) pandhouder een (hoog)preferente boedelvordering toe te kennen, constateert vervolgens dat zijn benadering tot een onwenselijk resultaat kan leiden, en ziet dan ineens geen mogelijkheid meer om daaraan nog iets te veranderen.^[32] Kennelijk bestaat er – ook in de optiek van de Hoge Raad – voldoende grond om de pandhouder op wiens recht door de curator inbreuk is gemaakt, buiten de wet om tegemoet te komen. Waarom komt de Hoge Raad dan niet meteen tot een oplossing die tot een wenselijk resultaat leidt? En waarom verbetert of nuanceert de Hoge Raad in het arrest *Rabobank/Verdonk q.q.* niet de regel die hij zelf in het arrest *Hamm q.q./ABN Amro* heeft bedacht en die slechts een gedeeltelijke en onvolkomen oplossing biedt voor de voorliggende problematiek? De Hoge Raad had voorts van de gelegenheid gebruik kunnen maken

om aan te geven wat het geval zou zijn, indien de curator inbreuk had gemaakt op een pandrecht op andersoortige goederen (dan vorderingen op naam, waarop de beide genoemde arresten betrekking hebben), op een hypotheekrecht of op het eigendomsrecht van een derde. De Hoge Raad mist een schot voor open doel en hij laat de discussie over de voorliggende problematiek – en de breed gedragen kritiek op zijn ter zake gewezen jurisprudentie – voortsudderen. Het is de hoogste tijd voor bezinning.^[33]

3.3 Naar een andere benadering

Hoewel op de arresten *Hamm q.q./ABN Amro* en *Rabobank/Verdonk q.q.* en de daarin door de Hoge Raad gevolgde benadering veel valt af te dingen, bestaan er zonder enige twijfel goede gronden om aan de pandhouder op wiens pandrecht door de curator op onrechtmatige wijze inbreuk is gemaakt, een (hoog)preferente aanspraak toe te kennen, zoals de Hoge Raad dat heeft gedaan. De grondslag voor die preferentie dient echter – zoals gezegd – in iets anders te worden gevonden dan in het arrest *Mulder q.q./CLBN*, waarop de Hoge Raad zich (ten onrechte) beroept, en dient bovendien een stap verder te gaan. De uitkomst waartoe de Hoge Raad komt, is – zoals hij ook zelf aangeeft – weinig bevredigend.^[34] De Hoge Raad kent de (voormalige) pandhouder weliswaar een hoge voorrang toe bij de verdeling van de door de curator onrechtmatig verkregen opbrengst, maar de kosten van executie en vereffening, met inbegrip van het salaris van de curator, zullen als eerste uit de failliete boedel moeten worden voldaan. Dit kan leiden tot het ongerijmde resultaat dat de curator (dan wel de failliete boedel) profiteert van de door de curator (in hoedanigheid) gepleegde onrechtmatige daad, doordat de genoemde kosten van executie en vereffening worden voldaan uit gelden die door die onrechtmatige daad ten onrechte in de failliete boedel zijn gevloeid. De pandhouder die daardoor (in geval van een ernstig negatieve boedel) zijn vordering of een deel ervan niet voldaan krijgt, is voor het ontbrekende deel aangewezen op een vordering tot schadevergoeding jegens de curator *pro se*, aangenomen dat er in het concrete geval een grond voor persoonlijke aansprakelijkheid van de curator bestaat, hetgeen – zoals wij eerder hebben opgemerkt – geenszins het geval behoeft te zijn. Voor de eventuele aanvullende schade die de pandhouder door het onrechtmatige gedrag van de curator heeft geleden, zal de pandhouder (in geval van een negatieve boedel) eveneens zijn aangewezen op een vordering tot schadevergoeding jegens de curator *pro se*. De concurrente boedelvordering die ter zake aan de pandhouder toekomt, zal in dat geval immers onvoldoende zijn.

Ongeacht of aan de benadeelde in voorkomend geval andere instrumenten ten dienste (kunnen) staan om geheel of gedeeltelijk hetzelfde resultaat te bereiken, dient onzes inziens aan de (voormalige) pandhouder op wiens pandrecht door de curator inbreuk is gemaakt, tevens een (super)preferente aanspraak jegens de failliete boedel te worden toegekend ter zake van de bate die daardoor ten onrechte in de failliete boedel is gevloeid, en dient hem daarbij niet te kunnen worden tegengeworpen dat de kosten van executie en vereffening – met inbegrip van het salaris

van de curator – als eerste (en derhalve met voorrang) uit die bate moeten worden voldaan. Dit geldt onzes inziens ongeacht of de curator alleen in hoedanigheid of ook persoonlijk onrechtmatig heeft gehandeld. De curator mag op het aan de (voormalige) pandhouder te betalen bedrag alleen de door hem gemaakte redelijke kosten (indien die er zijn) in mindering brengen.^[35]

Het eerdergenoemde fundamentele beginsel van insolventierecht biedt hier uitkomst. Het brengt voor het onderhavige geval met zich dat noch de failliete boedel, noch de curator dient te kunnen profiteren van een door hem gepleegde onrechtmatige daad waardoor inbreuk is gemaakt op een subjectief recht van een derde en waardoor een opbrengst in de failliete boedel is gevloeid die zonder die onrechtmatige daad buiten de failliete boedel was gebleven. Vanwege zijn bijzondere positie als door de rechtbank aangestelde beheerder en vereffenaar van de failliete boedel behoort de curator de derde in zoverre niet het slachtoffer te laten worden van zijn onrechtmatige misslag.^[36] Hij is daarom niet gerechtigd de ten onrechte in de failliete boedel gevloeide bate ten profijte van zichzelf of van de overige (boedel)schuldeisers aan te wenden, maar is in plaats daarvan gehouden de derde uit die bate te voldoen alsof de desbetreffende misslag niet had plaatsgevonden. Daarmee wordt een verrijking van de curator *pro se* en/of van de (overige) gezamenlijke boedelschuldeisers ten koste van degene op wiens recht inbreuk is gemaakt, voorkomen. Voor een dergelijke verrijking is geen rechtvaardiging te vinden, ook niet in het stelsel van de Faillissementswet, en zij dient derhalve achterwege te blijven.

De door ons bepleite benadering van de voorliggende problematiek heeft de charme van de eenvoud. Zij zoekt aansluiting bij een in de jurisprudentie van de Hoge Raad reeds geformuleerde regel – te weten die van het arrest *Ontvanger/Hamm q.q.* – en leidt tot een billijke en rechtvaardige uitkomst. Zij corrigeert bovendien het “onwenselijke resultaat” dat in de woorden van de Hoge Raad aan de andere door hem geformuleerde regel – te weten die van de arresten *Hamm q.q./ABN Amro* en *Rabobank/Verdonk q.q.* – is verbonden.

3.4 Vergelijkbare gevallen

In de hiervóór genoemde arresten *Hamm q.q./ABN Amro* en *Rabobank/Verdonk q.q.* betrof het een stil pandrecht op vorderingen. Wat nu, indien de curator onrechtmatig inbreuk heeft gemaakt op een openbaar pandrecht op vorderingen, op een (stil of openbaar) pandrecht op roerende zaken of andersoortige goederen, op een hypotheekrecht of op het eigendomsrecht van een derde? Het lijkt geen twijfel dat aan degene wiens recht aldus is gefrustreerd, een concurrente boedelvordering tot schadevergoeding toekomt, alsmede (indien daartoe gronden zijn) een concurrente vordering tot schadevergoeding jegens de curator *pro se*. Ook in dit geval dient echter aan de benadeelde tevens een (*super*)*preferente* boedelvordering toe te komen ter zake van de bate die als gevolg van de onrechtmatige inbreuk door de curator ten onrechte in de failliete boedel is gevloeid.^[37]

Wanneer de curator een met hypotheek bezwaard goed verkoopt, vindt als gevolg van de levering

van het goed en de betaling van de koopprijs zuivering plaats.^[38] Het hypotheekrecht gaat teniet, maar de hypotheekhouder behoudt bij de verdeling van de netto-opbrengst de aan zijn hypotheekrecht verbonden voorrang en hij kan – behoudens in het geval van art. 58 lid 1 Fw – op die opbrengst aanspraak blijven maken als separatist.^[39] Hiermee valt of staat het instituut van zuivering. Alleen de kosten van executie worden met voorrang boven de hypotheekhouder uit de opbrengst van het desbetreffende goed voldaan.^[40] Zulks geldt evenzeer, indien de curator met de verkoop van het met hypotheek bezwaarde goed onrechtmatig inbreuk zou hebben gemaakt op de rechten van de hypotheekhouder. Dit doet er immers niet aan af dat de koopprijs die in handen van de notaris is voldaan, nog steeds de executieopbrengst is waarop de hypotheekhouder zijn rechten in volle omvang kan doen gelden. De hypotheekhouder ontvangt het bedrag waarop hij krachtens zijn hypotheekrecht aanspraak kan maken, rechtstreeks van de notaris of de bewaarder in wiens handen de koopprijs is voldaan respectievelijk bij wie de koopprijs is gestort.^[41] Aldus wordt de hypotheekhouder binnen het bestaande wettelijke systeem van uitwinning en voorrang voldoende beschermd. Heeft de hypotheekhouder door het onrechtmatige gedrag van de curator schade geleden, dan heeft hij ter zake daarvan een concurrente boedelvordering en – indien daartoe gronden zijn – een concurrente vordering jegens de curator *pro se*.

Bij de verkoop door de curator van een met pand bezwaard goed vindt geen zuivering plaats. Het pandrecht heeft zaaksgevolg (*droit de suite*) en blijft bij de verkoop door de curator in beginsel op het goed rusten.^[42] Daarin is bij een onbevoegde vervreemding door de curator de bescherming van de pandhouder gelegen. Is de koper van het goed echter te goeder trouw en kan hij zich met succes op een bepaling van derdenbescherming beroepen, dan komt het pandrecht bij de verkoop en levering van het goed te vervallen. De pandhouder behoudt in dat geval weliswaar voor zijn door het pandrecht gecureerde *faillissements*vordering de aan het pandrecht verbonden voorrang bij de verdeling van de executieopbrengst (de door de curator op de voet van art. 101 of art. 176 Fw gerealiseerde koopprijs),^[43] maar daarmee is de pandhouder in geval van een negatieve boedel niet geholpen. De hier bedoelde voorrang komt immers eerst aan de orde wanneer de failliete boedel positief is en alle boedelschulden volledig zijn voldaan. In het verlengde van het arrest *Hamm q.q./ABN Amro* moet evenwel worden aangenomen dat aan de (voormalige) pandhouder, in een geval als hier aan de orde, tevens een *boedelvordering* toekomt, waaraan de voorrang is verbonden van het (tenietgegane) pandrecht. Daarmee is de pandhouder echter nog steeds niet volledig geholpen, nu volgens diezelfde regel de kosten van executie en vereffening (met inbegrip van het salaris van de curator) als eerste uit de door de curator onrechtmatig verkregen opbrengst zullen moeten worden voldaan. Nu valt niet in te zien waarom de pandhouder bij een *onrechtmatige* verkoop van het verpande goed door de curator slechter af zou (moeten) zijn dan bij een *rechtmatige* verkoop van dat goed, zoals in het kader van een contractuele lossing (oude of nieuwe stijl).^[44] De handelwijze van de curator (de onrechtmatige inbreuk op het pandrecht) komt in wezen neer op een niet-geautoriseerde contractuele lossing. Ook hier biedt het

meergenoemde fundamentele beginsel van insolventierecht uitkomst. Dit beginsel brengt met zich dat de pandhouder ter zake van de onrechtmatig verkregen executieopbrengst dezelfde rechten moet kunnen doen gelden als bij een door hem geautoriseerde lossing,^[45] en wel ongeacht het feit of de executieopbrengst afgescheiden is gebleven van de rest van de failliete boedel.^[46] Dit betekent dat aan de pandhouder op wiens pandrecht door de curator op onrechtmatige wijze inbreuk is gemaakt, evenals het geval is bij een pandrecht op vorderingen, een (*super*)*preferente* boedelvordering dient toe te komen. Deze moet door de curator uit de ten onrechte in de failliete boedel gevloede bate worden voldaan zonder de afwikkeling van de boedel af te wachten en met voorbijgaan aan aanspraken van andere boedelschuldeisers. Alleen de door de curator gemaakte redelijke kosten (indien die er zijn) zullen daarop in mindering mogen worden gebracht.

Betreft het recht waarop de curator onrechtmatig inbreuk heeft gemaakt een *eigendomsrecht*, bijvoorbeeld dat van een leverancier onder eigendomsvoorbehoud, een verhuurder of leasemaatschappij, dan rijst eveneens de vraag of die derde ter zake van de door hem geleden schade naast een concurrente boedelvordering en een concurrente vordering jegens de curator *pro se* (indien daartoe gronden zijn) nog een bijzondere (*super*)*preferente* aanspraak kan (of moet kunnen) doen gelden ter zake van de bate die de curator heeft gerealiseerd en die ten onrechte in de failliete boedel is gevloeid.^[47] Deze vraag dient onzes inziens – evenals bij pand en hypotheek – zonder twijfel bevestigend te worden beantwoord. In het verlengde van het voorafgaande moet worden aangenomen dat ook aan een derde wiens eigendomsrecht door de curator is gefrustreerd, ter zake van de opbrengst “een voorrangspositie” toekomt, in die zin dat de opbrengst door de curator (in beginsel) onverkort aan de benadeelde derde dient te worden uitgekeerd of doorbetaald. De zaak die de curator heeft verkocht, behoorde niet tot de failliete boedel, en er bestaat geen rechtvaardiging om de opbrengst van die zaak, die slechts als gevolg van een onrechtmatige misslag van de curator in de boedel is gevloeid, tot de failliete boedel te rekenen en via de boedel te verdelen. In de literatuur wordt door sommigen betoogd dat aan de benadeelde eigenaar in dit geval slechts een *concurrente* boedelvordering uit onrechtmatige daad toekomt (naast een eventuele concurrente vordering jegens de curator *pro se*), en dat zulks uit de jurisprudentie van de Hoge Raad zou voortvloeien.^[48] Dat is echter in verschillende opzichten onjuist. Nu de Hoge Raad in de meergenoemde arresten *Hamm q.q./ABN Amro* en *Rabobank/Verdonk q.q.* heeft aangenomen dat aan de pandhouder op wiens pandrecht door de curator op onrechtmatige wijze inbreuk is gemaakt, (tevens) een (hoog)*preferente* boedelvordering toekomt ter zake van de opbrengst die ten onrechte in de failliete boedel is gevloeid, zal – ook wanneer men de benadering van de Hoge Raad volgt – ten minste hetzelfde hebben te gelden voor een derde wiens *eigendomsrecht* door de curator is gefrustreerd. Een ander oordeel zou tot het ongerijmde resultaat leiden dat een pandhouder (of een hypotheekhouder) in ruimere mate wordt beschermd dan een eigenaar. Dat is niet in overeenstemming met het gegeven dat eigendom het meest omvattende recht is dat een persoon op een zaak kan hebben (art. 5:1 BW)

[49]

en moet reeds om die reden worden verworpen. Om tot het hier besproken resultaat te komen, is een wettelijke regeling (zoals door sommigen bepleit^[50]) niet vereist. Ook is het niet nodig dat men zijn toevlucht zoekt tot meer gekunstelde constructies. Zo is de curator die op onrechtmatige wijze inbreuk heeft gemaakt op het eigendomsrecht van een derde niet als diens zaakwaarnemer aan te merken,^[51] nog daargelaten dat – ware dit anders – zulks op zichzelf nog niet leidt tot een (super)preferente aanspraak van de derde.

Aan de eigenaar op wiens eigendomsrecht door de curator op onrechtmatige wijze inbreuk is gemaakt, dient aldus in het verlengde van het arrest *Hamm q.q./ABN Amro* (ten minste) een boedelvordering toe te komen waaraan “de voorrang” is verbonden van het gefrustreerde eigendomsrecht. Deze voorrang kan de (voormalige) eigenaar doen gelden ter zake van de bate die door de misslag van de curator ten onrechte in de failliete boedel is gevloeid. Nu kan met betrekking tot een eigendomsrecht niet van voorrang in eigenlijke zin worden gesproken. De eigenaar heeft anders dan de pand- of hypotheekhouder niet slechts een verhaalsrecht ten aanzien van de desbetreffende zaak en hij is niet gehouden tot uitwinning over te gaan, indien zijn schuldenaar een schuld met betrekking tot de zaak niet voldoet. Aan de eigenaar komt de verdergaande bevoegdheid toe de zaak als zijn eigendom op te eisen en terug te nemen. Men kan in dit verband spreken van een separatistenpositie in de meest absolute zin.^[52] Om recht te doen aan die positie, moet worden aangenomen dat de curator die onrechtmatig een niet tot de failliete boedel behorende zaak heeft verkocht en daarmee andermans eigendomsrecht heeft gefrustreerd, gehouden is de opbrengst ervan onverkort uit te keren aan de (voormalige) eigenaar.^[53] De curator zal daarop hooguit de door hem in redelijkheid gemaakt kosten (indien die er zijn) in mindering mogen brengen. Zo een en ander niet reeds volgt uit een analoge toepassing van de regel die de Hoge Raad in de arresten *Hamm q.q./ABN Amro* en *Rabobank/Verdonk q.q.* heeft geformuleerd, kan in dit verband een beroep worden gedaan op het meergenoemde fundamentele beginsel van insolventierecht, volgens hetwelk noch de failliete boedel, noch de curator dient te kunnen profiteren van een door hem gepleegde onrechtmatige daad waardoor inbreuk is gemaakt op een subjectief recht van een derde en waardoor een opbrengst in de failliete boedel is gevloeid die zonder die onrechtmatige daad buiten de failliete boedel was gebleven. Vanwege zijn bijzondere positie als door de rechtbank aangestelde beheerder en vereffenaar van de failliete boedel behoort de curator de derde niet het slachtoffer te laten worden van zijn onrechtmatige misslag. Hij is daarom niet gerechtigd de ten onrechte in de failliete boedel gevloede bate ten profijte van zichzelf of van de overige (boedel)schuldeisers aan te wenden, maar is in plaats daarvan gehouden de derde uit die bate te voldoen alsof de desbetreffende misslag niet had plaatsgevonden. Daarmee wordt een ongerechtvaardigde verrijking van de curator *pro se* en van de (overige) gezamenlijke (boedel)schuldeisers voorkomen. Concreet betekent dit dat aan de eigenaar op wiens recht door de curator op onrechtmatige wijze inbreuk is gemaakt, in die zin een (super)preferente boedelvordering dient te worden toegekend, dat de curator de (voormalige)

eigenaar onmiddellijk en met voorbijgaan aan de andere boedelschuldeisers uit de ten onrechte in de failliete boedel gevloede bate dient te voldoen, waarbij hij alleen de door hem gemaakte redelijke kosten (indien die er zijn) in mindering mag brengen. De aard van de op de curator rustende verplichting brengt zulks met zich.^[54] Dat de opbrengst van de desbetreffende zaak in de failliete boedel is gevloeid en door de curator niet afgescheiden is of wordt gehouden van de rest van de boedel, maakt het voorafgaande niet anders. Dat gold immers ook in het eerder besproken geval waarin de curator inbreuk heeft gemaakt op een pandrecht, en sluit bovendien aan bij hetgeen de Hoge Raad daaromtrent (in ander verband) heeft beslist in het arrest *Ontvanger/Hamm q.q.*

Hetgeen geldt voor de eigenaar van een niet tot de failliete boedel behorende zaak, geldt evenzeer voor de rechthebbende van een niet tot de failliete boedel behorend (ander) subjectief vermogensrecht. Wordt op diens vermogensrecht door de curator op onrechtmatige wijze inbreuk gemaakt, dan dient hem een vergelijkbare (super)preferente boedelvordering toe te komen ter zake van de bate die als gevolg van de misslag van de curator ten onrechte in de failliete boedel is gevloeid.

4. Tot besluit

Het oordeel van de Hoge Raad uit de arresten *Ontvanger/Hamm q.q.*, *Hamm q.q./ABN Amro en Rabobank/Verdonk q.q.* dient tegen de achtergrond van het in deze bijdrage verwoorde fundamentele beginsel van insolventierecht op onderdelen te worden gecorrigeerd. In de genoemde arresten maakt de Hoge Raad – zonder dat daarvoor een wettelijke basis bestaat – een tweetal uitzonderingen op het wettelijke preferentiestelsel en de onderlinge rangorde van boedelvorderingen. De weg waarlangs de Hoge Raad tot zijn oordeel komt, is weinig consequent, getuigt van “gelegenheidswetgeving” en wordt in de literatuur dan ook terecht verworpen. Oplossingen voor de voorliggende problematiek kunnen in verschillende richtingen worden gezocht. Ingrijpen door de wetgever is er daar één van. Onzes inziens ligt het echter meer voor de hand dat de Hoge Raad zelf zijn eigen jurisprudentie corrigeert, bij voorkeur in een algemeen overzichtsarrest waarin ook de door ons besproken vergelijkbare kwesties waarover de Hoge Raad tot op heden nog niet met zoveel woorden heeft geoordeeld, worden geadresseerd. Daarbij dient de regel uit de arresten *Hamm q.q./ABN Amro* en *Rabobank/Verdonk q.q.* te worden versterkt en verruimd.

Het in deze bijdrage besproken fundamentele beginsel van insolventierecht biedt de verklaring waarom de (wettelijke) rangorde van boedelvorderingen in de voorliggende gevallen – zonder tussenkomst van de wetgever – moet (kunnen) worden doorbroken. Leidend is in dit verband dat de curator vanwege zijn bijzondere positie als door de rechtbank aangestelde beheerder en vereffenaar van de failliete boedel een derde of een schuldeiser niet het slachtoffer mag laten

worden van zijn onrechtmatige misslag. Een bate die als gevolg van een dergelijke misslag van de curator ten onrechte in de failliete boedel is gevloeid, dient te worden behandeld alsof die misslag niet had plaatsgevonden. Dit geldt ongeacht of (en derhalve ook indien) er andere middelen of instrumenten zijn om de rechtsgevolgen van de desbetreffende misslag te mitigeren of te redresseren, en geldt ongeacht of de curator alleen in hoedanigheid dan wel tevens persoonlijk onrechtmatig heeft gehandeld.

Heeft de curator inbreuk gemaakt op een subjectief recht van een derde, waaronder een pand-, hypotheek- of eigendomsrecht, dan dient de derde zoveel mogelijk te worden gebracht in de positie waarin hij zou hebben verkeerd indien de schade toebrengende gedraging zich niet had voorgedaan. Dit brengt met zich dat aan de benadeelde derde – zo nodig – een (super)preferente boedelvordering moet worden toegekend ter zake van de bate die door die inbreuk ten onrechte in de failliete boedel is gevloeid. Het (super)preferente karakter van de vordering brengt met zich dat de curator de benadeelde derde onmiddellijk en met voorbijgaan aan de andere boedelschuldeisers uit de ten onrechte in de failliete boedel gevloeide bate dient te voldoen, waarbij hij alleen de door hem gemaakte redelijke kosten (indien die er zijn) in mindering mag brengen. Deze (super)preferente boedelvordering ten belope van het bedrag van de genoemde bate staat naast de (rechtstreeks uit de wet voortvloeiende) concurrente boedelvordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad jegens de curator *qualitate qua*, en de (eveneens rechtstreeks uit de wet voortvloeiende) concurrente vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad jegens de curator *pro se* (indien hem van zijn onrechtmatig handelen ook persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt). Laatstbedoelde vorderingen geven de derde op wiens subjectief recht door de curator inbreuk is gemaakt, aanspraak op vergoeding van eventuele (aanvullende) schade die niet wordt weggenomen door de hiervóór bedoelde (super)preferente boedelvordering.

Voetnoten

[1] Gelieve dit artikel aan te halen als: N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt, 'Een fundamenteel beginsel van insolventierecht. Enige beschouwingen naar aanleiding van de arresten Ontvanger/Hamm q.q., Hamm q.q./ABN Amro en Rabobank/Verdonk q.q.', *Tvl* 2021/26. N.E.D. Faber is hoogleraar Burgerlijk recht aan de Radboud Universiteit te Nijmegen (Onderzoekcentrum Onderneming & Recht). N.S.G.J. Vermunt is onderzoeker aan de Radboud Universiteit te Nijmegen (Onderzoekcentrum Onderneming & Recht) en adviseur bij Linklaters LLP te Amsterdam.

[2] Zie HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 305, m.nt. PvS (*De Ranitz q.q./Ontvanger*).

[3] Zie HR 5 februari 2016, *JOR* 2016/83, m.nt. SCJJK (*Rabobank/Verdonk q.q.*).

[4] Zie art. 3:277 lid 1 BW.

[5] Zie HR 5 september 1997, *JOR* 1997/102, m.nt. NEDF (*Ontvanger/Hamm q.q.*); HR 30 oktober 2009, *JOR* 2009/341, m.nt. WJMvA, respectievelijk HR 5 februari 2016, *JOR* 2016/83, m.nt. SCJJK (*Rabobank/Verdonk q.q.*).

[6] Zie daarover recentelijk nog V.J.M. van Hoof, 'De separatist en de tot vervreemding onbevoegde curator', *TvI* 2018/10, met reactie E.F. Verheul, *TvI* 2018/30, en naschrift V.J.M. van Hoof, *TvI* 2018/31.

[7] Dit geldt ook wanneer de curator misbruik van recht heeft gemaakt (vgl. art. 3:13 BW), bijvoorbeeld in het kader van een termijnstelling, opeising en uitwinning op de voet van art. 58 lid 1 Fw.

[8] Zie bijvoorbeeld R.D. Vriesendorp, 'Uitwinningsperikelen met curatoren bij eigendomsvoorbehoud en pandrecht: een aanzet tot een dogmatische, rechtvaardige én praktische oplossing', *TvI* 2018/49. Vriesendorp baseert zich onzes inziens bij de vraag of het gedrag van de curator *qualitate qua* onrechtmatig is, op onjuiste uitgangspunten. Hij komt vervolgens tot een "stappenplan" dat op die onjuiste uitgangspunten voortbouwt en waarvoor in de wet en de jurisprudentie geen grondslag is te vinden. Als gevolg daarvan trekt hij niet de juiste conclusies met betrekking tot de vraag naar de rang die (naar geldend recht) is verbonden aan de boedelvordering van de benadeelde schuldeiser of derde op wiens subjectief recht door de curator inbreuk is gemaakt. Vriesendorp zoekt de oplossing voor de voorliggende problematiek in "een aansporing aan de Nederlandse wetgever om in lijn met de internationale ontwikkelingen het pad te effenen, althans te verbreden voor een trustachtige benadering om te komen tot een dogmatische, praktische én rechtvaardige oplossing van bovenstaande kwestie binnen het stelsel van de wet". De "praktische" en "rechtvaardige" oplossing waarvoor Vriesendorp pleit, bestaat – als wij het goed zien – slechts uit de gedachte dat de curator zaakwaarnemer zou zijn van de benadeelde pandhouder of eigenaar en dat aan diens vordering tot schadevergoeding "via een kwaliteitsrekening of anderszins trustachtige verhouding" voorrang zou moeten worden gegeven. Vriesendorp werkt dit niet uit, maar als de oplossing zou moeten worden gezocht in wettelijk ingrijpen, bestaan er onzes inziens meer voor de hand liggende alternatieven die eenvoudiger zijn te implementeren.

[9] Zie HR 7 juni 2002, *JOR* 2002/147, m.nt. GAJB (*Komdeur q.q./Nationale Nederlanden*); HR 27 september 2002, *JOR* 2002/212 (*Vereniging tegen Piramidespelen/Ontvanger*); HR 8 juni 2007, *JOR* 2007/221, m.nt. AS (*Van der Werff q.q./BLG*) en HR 31 oktober 2014, *JOR* 2015/55, m.nt. GAJB (*CZ Zorgkantoor/Scholtes q.q.*). Vgl. ook HR 22 november 2002, *JOR* 2003/27, m.nt. BW

(Oberdorf/Linssen q.q.).

[10] Zie HR 8 juni 2007, *JOR* 2007/221, m.nt. AS (*Van der Werff q.q./BLG*).

[11] Zie N.E.D. Faber, noot onder Rb. Utrecht 25 februari 2004, *JOR* 2004/147 en Rb. Zutphen 31 maart 2004, *JOR* 2004/148.

[12] Zie HR 14 december 1984, *NJ* 1985, 288 (*Floritex*).

[13] Aan de vernietiging van een rechtshandeling komt ook naar huidig recht in beginsel terugwerkende kracht toe. Zie art. 3:53 lid 1 BW. Anders is dit echter bij de ontbinding van een overeenkomst wegens een (toerekenbare) tekortkoming en bij de vervulling van een ontbindende voorwaarde. Zie art. 6:269 respectievelijk art. 3:38 lid 2 BW.

[14] Zie voor een voorbeeld van dit laatste HR 7 juni 2002, *JOR* 2002/147, m.nt. GAJB (*Komdeur q.q./Nationale Nederlanden*). Had de betaling in dit geval plaatsgevonden zonder dat daaraan een veroordelend vonnis vooraf ging, dan zou sprake zijn geweest van een onverschuldigde betaling die tevens een onmiskenbare vergissing is.

[15] Zie HR 5 september 1997, *JOR* 1997/102, m.nt. NEDF (*Ontvanger/Hamm q.q.*), r.o. 3.4, derde alinea. Volgens de Hoge Raad “dient onderscheid te worden gemaakt tussen *enerzijds* gevallen als dat van HR 14 december 1984, *NJ* 1985, 288, waarin het ging om een aan de schuldenaar na diens faillietverklaring gedane betaling die – *tengevolge van het met terugwerkende kracht tot een vóór de faillietverklaring gelegen tijdstip vervallen van de rechtsgrond* – *achteraf onverschuldigd bleek te zijn*, en *anderzijds* gevallen als het onderhavige, waarin tussen de gefailleerde en degene die aan hem betaalde *geen rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan die aanleiding tot de betaling gaf, en waarin de betaling slechts het gevolg is van een onmiskenbare vergissing*, bij voorbeeld – zoals in het onderhavige geval – een vergissing ten aanzien van de persoon aan wie moest worden betaald”. (cursiveringen toegevoegd; NEDF en NSGJV). Uit HR 7 juni 2002, *JOR* 2002/147, m.nt. GAJB (*Komdeur q.q./Nationale Nederlanden*) volgt hetzelfde. De Hoge Raad spreekt over “twee soorten gevallen” en “enerzijds (...) en anderzijds (...)”. Zie hierover ook N.E.D. Faber, noot onder Rb. Utrecht 25 februari 2004, *JOR* 2004/147 en Rb. Zutphen 31 maart 2004, *JOR* 2004/148.

[16] Zie HR 5 september 1997, *JOR* 1997/102, m.nt. NEDF (*Ontvanger/Hamm q.q.*), r.o. 3.4, tweede alinea.

[17] Zoals in art. 3:278 lid 1 BW tot uitdrukking wordt gebracht, vloeit voorrang slechts voort uit de *in de wet* aangegeven gronden.

[18] Vgl. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt, ‘Het doorbreken van de (wettelijke) rangorde van

boedelvorderingen, Hoe moet een onrechtmatig verkregen (executie)opbrengst worden verdeeld?', in: *Vertrouwen in het burgerlijke recht*, a.w. (2017), p. 159. Dit brengt overigens met zich dat juist in een geval als aan de orde was in HR 7 juni 2002, *JOR* 2002/147, m.nt. GAJB (*Komdeur q.q./Nationale Nederlanden*), anders dan de Hoge Raad in dit arrest doet, een (super)preferente boedelvordering moet worden toegekend aan degene die onverschuldigd heeft betaald.

[19] Een misslag in dit verband is niet iedere vergissing of dwaling, maar is “een verzuim dat te berispen valt”. Vgl. deze betekenis van “misslag” volgens de Dikke Van Dale.

[20] Zie R.D. Vriesendorp, 'Uitwinningsperikelen met curatoren bij eigendomsvoorbehoud en pandrecht: een aanzet tot een dogmatische, rechtvaardige én praktische oplossing', *TvI* 2018/49. Zie in verband hiermee ook voetnoot 8.

[21] Zie HR 30 oktober 2009, *JOR* 2009/341, m.nt. WJMvA (*Hamm q.q./ABN Amro*).

[22] Zie voor de te dier zake toepasselijke norm in het bijzonder HR 19 april 1996, *JOR* 1996/48, m.nt. SCJJK (*Maclou*) en HR 16 december 2011, *JOR* 2012/65, m.n. IS (*Prakke/Gips*). Vgl. ook HR 5 februari 2016, *JOR* 2016/83, m.nt. SCJJK (*Rabobank/Verdonk q.q.*); HR 9 november 2018, *JOR* 2019/26, m.nt. AJT (*De Klerk q.q. c.s./X*) en HR 4 oktober 2019, *JOR* 2019/269, m.nt. RM (*Pre-pack ziekenhuis*).

[23] Is de geleden schade hoger dan het bedrag van de in de failliete boedel gevloede bate, dan is de boedelvordering van de benadeelde ter zake van het meerdere slechts concurrent.

[24] Zie HR 17 februari 1995, *NJ* 1996, 471, m.nt. WMK (*Mulder q.q./CLBN*).

[25] Vgl. HR 17 februari 1995, *NJ* 1996, 471, m.nt. WMK (*Mulder q.q./CLBN*); HR 23 april 1999, *JOR* 1999/129 (*NBC/Sisal*); HR 30 oktober 2009, *JOR* 2009/341, m.nt. WJMvA (*Hamm q.q./ABN Amro*) en HR 28 februari 2014, *JOR* 2014/147, m.nt. VT (*De Jong/KBC*). Vgl. ook Hof Arnhem-Leeuwarden 13 maart 2018, *JOR* 2018/193, m.nt. VJMvH. Anders (kennelijk) T.H.D. Struycken en T.T. van Zanten, 'Hamvragen omtrent de inning van stil verpande vorderingen in faillissement – deel II', *TvI* 2010/13 en R.D. Vriesendorp, 'Uitwinningsperikelen met curatoren bij eigendomsvoorbehoud en pandrecht: een aanzet tot een dogmatische, rechtvaardige én praktische oplossing', *TvI* 2018/49.

[26] Dit laatste houdt in dat de boedelvordering van de pandhouder *hoogpreferent* is, maar niet *superpreferent*. De pandhouder dient immers de door de curator gemaakte kosten van executie en vereffening – met inbegrip van het salaris van de curator – voor te laten gaan. De inbreuk op het recht van parate executie en op de separatistenpositie van de pandhouder wordt daarmee niet

geredresseerd.

[27] De enige wettelijke bepalingen van zaaksvervanging bij pand zijn art. 3:229 en 3:246 lid 5 BW. Deze bepalingen zijn op het voorliggende geval niet van toepassing.

[28] Zie voor dit criterium HR 30 januari 1959, *NJ* 1959, 548, m.nt. DJV (*Quint/Te Poel*). Zie voor een recente toepassing ervan (in verband met de rangwijziging van pandrechten) HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:524 (*Van Dooren q.q./X Holding*).

[29] Partijen kunnen overeenkomen dat de opbrengst op een geblokkeerde rekening bij een bewaarder wordt gestort. Ook kan de pandhouder eenzijdig trachten te bereiken dat een (door de curator voorgenomen) uitwinning wordt voorkomen of dat wordt voorkomen dat de opbrengst na uitwinning in de failliete boedel vloeit. Daarbij kan onder meer worden gedacht aan de weg van art. 69 Fw of die van een verbod in kort geding, waarbij in voorkomend geval ook art. 6:168 BW een rol kan spelen.

[30] Dat niet iedereen dezelfde oplossing voor de voorliggende problematiek bepleit, moge zo zijn, maar dat maakt dit gegeven als zodanig niet anders.

[31] Zie HR 5 februari 2016, *JOR* 2016/83, m.nt. SCJJK (*Rabobank/Verdonk q.q.*).

[32] Vgl. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt, in: *Vertrouwen in het burgerlijke recht*, a.w. (2017), p. 161.

[33] Dat de hoop op die bezinning niet ijdel hoeft te zijn, blijkt onder meer uit HR 6 april 2012, *JOR* 2014/172, m.nt. NEDF en NSGJV (*ASR/Achmea*); HR 19 april 2013, *JOR* 2013/224, m.nt. GAJB (*Koot Beheer/Tideman q.q.*) en HR 20 maart 2015, *JOR* 2015/251, m.nt. NEDF (*JPR/Gunning q.q.*). Zie ook HR 3 november 2006, *JOR* 2007/76, m.nt. SCJJK en SEB (*Nebula*). Laatstgenoemd arrest is echter op zijn beurt (helaas) weer gevolgd door HR 11 juni 2014, *JOR* 2015/175, m.nt. NEDF en NSGJV (*Berzona*); HR 23 maart 2018, *JOR* 2018/254, m.nt. NEDF en NSGJV (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*) en HR 9 november 2018, *JOR* 2019/26, m.nt. AJT (*De Klerk q.q. c.s./X*).

[34] Tot een beter resultaat komt Rb. Amsterdam 17 augustus 2014, *JOR* 2014/318, m.nt. AS.

[35] Te denken valt aan door de curator gemaakte kosten die ten laste van de pandhouder zouden zijn gekomen, indien de curator de pandhouder in staat had gesteld het pandrecht uit te oefenen. In zoverre lijdt de pandhouder ook geen schade als gevolg van het onrechtmatig handelen van de curator c.q. is de pandhouder niet slechter af dan wanneer hij zelf het pandrecht had kunnen uitoefenen. Vgl. N.E.D. Faber, noot onder Hof Arnhem-Leeuwarden 12 augustus 2014, *JOR* 2015/51.

- [36] Vgl. HR 5 september 1997, *JOR* 1997/102, m.nt. NEDF (*Ontvanger/Hamm q.q.*).
- [37] Vgl. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt, in: *Vertrouwen in het burgerlijke recht*, a.w. (2017), p. 161-166.
- [38] Zie art. 188 Fw. Zie in verband met zuivering ook art. 3:273 BW en art. 526 Rv.
- [39] Zie S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, 'Pand, hypotheek en fixatiebeginsel', in: *Onzekere zekerheid* (Insolad Jaarboek), 2001, p. 148-152; N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Nijmegen), 2005, nr. 428; N.E.D. Faber, noot onder HR 6 februari 2015, *JOR* 2015/309 (*Welage q.q./Rabobank*), onder 5, alsmede N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt, in: *Vertrouwen in het burgerlijke recht*, a.w. (2017), p. 162.
- [40] Zie art. 3:270 lid 1 BW.
- [41] Zie art. 3:270 lid 2-5 BW en art. 3:271 BW, alsmede art. 551 e.v. Rv.
- [42] Bij de verkoop of inning door de curator van een vordering waarop een openbaar pandrecht rust, geldt hetzelfde. Het pandrecht blijft in beginsel in stand of komt op het geïnde (mits voldoende geïndividualiseerd) te rusten, en de pandhouder wordt als gevolg daarvan in beginsel afdoende beschermd. Vgl. art. 3:248 lid 3 en 3:246 lid 5 BW.
- [43] Vgl. HR 17 februari 1995, *NJ* 1996, 471, m.nt. WMK (*Mulder q.q./CLBN*); HR 23 april 1999, *JOR* 1999/129 (*NBC/Sisal*); HR 30 oktober 2009, *JOR* 2009/341, m.nt. WJMvA (*Hamm q.q./ABN Amro*) en HR 28 februari 2014, *JOR* 2014/147, m.nt. VT (*De Jong/KBC*). Vgl. ook Hof Arnhem-Leeuwarden 13 maart 2018, *JOR* 2018/193, m.nt. VJMvH. Anders (kennelijk) T.H.D. Struycken en T.T. van Zanten, 'Hamvragen omtrent de inning van stil verpande vorderingen in faillissement – deel II', *Tvl* 2010/13, en R.D. Vriesendorp, 'Uitwinningsperikelen met curatoren bij eigendomsvoorbehoud en pandrecht: een aanzet tot een dogmatische, rechtvaardige én praktische oplossing', *Tvl* 2018/49.
- [44] Vgl. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt, in: *Vertrouwen in het burgerlijke recht*, a.w. (2017), p. 163. Zie voor de positie van de pandhouder bij een contractuele lossing HR 25 februari 2011, *JOR* 2014/271, m.nt. NEDF en NSGJV (*ING/Hielkema q.q.*). Vgl. ook N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt, 'Eigenlijke (wettelijke) en oneigenlijke (contractuele) lossing', *MvV* 2015, p. 235-238. Zie in verband met de contractuele lossing (nieuwe stijl) van een met hypotheek bezwaard goed HR 15 maart 2013, *JOR* 2014/270, m.nt. NEDF en NSGJV (*Staatssecretaris van Financiën/X*).
- [45] Vgl. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt, in: *Vertrouwen in het burgerlijke recht*, a.w. (2017), p. 163.

[46] Dit argument geldt overigens evenzeer bij een pandrecht op vorderingen. Ook in dat geval valt niet in te zien waarom de pandhouder bij een niet-geautoriseerde lossing anders (en wel slechter) zou moeten worden behandeld dan bij een geautoriseerde lossing.

[47] Hierbij kan in het bijzonder worden gedacht aan een geval waarin de curator de zaak verkoopt en levert aan een derde te goeder trouw die zich op een bepaling van derdenbescherming beroept, als gevolg waarvan de oorspronkelijke eigenaar zijn eigendomsrecht verliest.

[48] Zie onder meer K.W.C. Geurts, noot onder Rb. Rotterdam 30 april 2014, *JOR* 2015/14; D.M. van Geel, noot onder Rb. Rotterdam 16 september 2015, *JOR* 2016/137 alsmede B.I. Kraaiipoel, noot onder Rb. Den Haag 20 april 2016, *JOR* 2016/284. Ook Van Hoof en Vriesendorp nemen dit ten onrechte tot uitgangspunt. Vgl. V.J.M. van Hoof, 'De separatist en de tot vervreemding onbevoegde curator', *TvI* 2018/10 en R.D. Vriesendorp, 'Uitwinningsperikelen met curatoren bij eigendomsvoorbehoud en pandrecht: een aanzet tot een dogmatische, rechtvaardige én praktische oplossing', *TvI* 2018/49.

[49] Vgl. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt, in: *Vertrouwen in het burgerlijke recht*, a.w. (2017), p. 164. Vgl. in deze zin inmiddels ook Hof Den Haag 13 maart 2018, *JOR* 2019/85, m.nt. VJMvH.

[50] Vgl. V.J.M. van Hoof, 'De separatist en de tot vervreemding onbevoegde curator', *TvI* 2018/10. Vgl. ook R.D. Vriesendorp, 'Uitwinningsperikelen met curatoren bij eigendomsvoorbehoud en pandrecht: een aanzet tot een dogmatische, rechtvaardige én praktische oplossing', *TvI* 2018/49.

[51] Anders (kennelijk) R.D. Vriesendorp, 'Uitwinningsperikelen met curatoren bij eigendomsvoorbehoud en pandrecht: een aanzet tot een dogmatische, rechtvaardige én praktische oplossing', *TvI* 2018/49. De curator is evenmin als zaakwaarnemer te beschouwen van een pand- of hypotheekhouder op wiens recht door hem inbreuk is gemaakt.

[52] Vgl. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt, in: *Vertrouwen in het burgerlijke recht*, a.w. (2017), p. 164-165. Zie voor de in dit verband gebezigde term "separatist" ook HR 19 december 2003, *JOR* 2004/61, m.nt. JJvH (*Mobell/Interplan*).

[53] Vgl. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt, in: *Vertrouwen in het burgerlijke recht*, a.w. (2017), p. 165. In deze zin oordeelde Rb. Rotterdam 30 april 2014, *JOR* 2015/14, m.nt. KWCG, mede onder verwijzing naar Hof Amsterdam 28 mei 1998, *JOR* 1999/13. Het Hof Den Haag heeft in zijn arrest van 13 maart 2018, *JOR* 2019/85, m.nt. VJMvH deze laatste stap (helaas) niet willen zetten. Het hof kent de (voormalige) eigenaar slechts een hoogpreferente boedelvordering toe die in rang komt na de kosten van executie en vereffening (met inbegrip van het salaris van de curator).

[54] Daarnaast kan moeilijk worden ontkend dat een andere uitkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Vgl. N.E.D. Faber en N.S.G.J. Vermunt, in: *Vertrouwen in het burgerlijke recht*, a.w. (2017), p. 165.