

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

***Hamm q.q./ABN AMRO: Inning
van stil verpande vorderingen
tijdens faillissement***

*M.L. Tuil**

*Published in
Maandblad voor Vermogensrecht 2010, p. 21-25*

* Postdoc Erasmus Universiteit Rotterdam.

Abstract

In deze bijdrage wordt het arrest HR 30 oktober 2009, *LJN BJ0861*, *RvdW* 2009, 1271 (*Hamm q.q./ABN AMRO*) besproken. Aan de orde komen de wachtperiode die voor de curator geldt op grond van het arrest *ING/Verdonk*, de informatieversterving door de curator aan de pandhouder en de kosten daarvan en (de gevolgen van) het rechtmatig en onrechtmatig innen van de verpande vorderingen door de curator.

Keywords

privaatrecht, burgerlijk recht, pandrecht, stille verpanding, inning vorderingen, *Hamm/ABN AMRO*, ongerechtvaardigde verrijking, superboedelvordering, wachtperiode, informatieversterving door de curator.

De originele paginanummering wordt in deze tekst aangegeven door deze tussen [] te plaatsen.

[21]

1. Inleiding

In het arrest *Hamm q.q./ABN AMRO*¹ heeft de Hoge Raad meer duidelijkheid verschaft over de uitoefening van een stil pandrecht op vorderingen tijdens het faillissement. In dit arrest behandelt de Hoge Raad achtereenvolgens drie thema's. Allereerst komt de in het arrest *ING/Verdonk q.q.*² gepostuleerde voor de curator geldende wachtperiode aan de orde (3). Gedurende deze verpande periode van in beginsel veertien dagen dient de curator zich van actieve inning van verpande vorderingen te onthouden om op die wijze de pandhouder de gelegenheid te geven om te besluiten zelf zijn pandrecht uit te oefenen. De Hoge Raad herhaalt deze regel en oordeelt tevens dat de curator zich ook van actieve inning dient te onthouden zodra de pandhouder – eventueel na het verstrijken van de veertien dagen termijn – aangeeft dat hij wil overgaan tot het uitoefenen van zijn pandrecht. Het volgende thema dat aan bod komt is de gehoudenheid van de curator om de pandhouder van die informatie te voorzien die deze nodig heeft om mededeling van het pandrecht te doen en de vordering te innen (4). Tot slot komen de gevolgen van inning van de verpande vordering door de curator aan de orde (5).

2. Casus en rechtsvragen

De casus die aan het arrest ten grondslag ligt, laat zich als volgt samenvatten³: *ABN AMRO* (verder: 'de bank') heeft krediet verstrekt aan *Autocar Rotterdam B.V.* (verder: 'Autocar'). *A.B. Transocar B.V.* (verder: 'Transocar') heeft zich hoofdelijk aansprakelijk gesteld jegens de bank voor schulden van *Autocar*. *Autocar* en *Transocar* hebben tot zekerheid van de betaling van hetgeen zij aan de bank verschuldigd zijn en zullen zijn, zich verplicht ten behoeve van de bank een stil pandrecht te vestigen op al hun huidige

¹ HR 30 oktober 2009, *LJN BJ0861*, *RvdW* 2009, 1271 (*Hamm q.q./ABN AMRO*). Het arrest is ook besproken door A.I.M. van Mierlo, 'Verdonk en Mulder, revisited by Hamm!', *WPNR* 2009 (6820), p. *, H.C. Piet, 'Medewerking aan mededeling van stille verpanding: Eindelijk duidelijkheid?', *V&O* 2009, p. 248-252 en W.J.M. van Andel, *JOR* 2009/341.

² HR 22 juni 2006, *NJ* 2007, 520, m.nt. P. van Schilfgaarde (*ING/Verdonk q.q.*).

³ Zie r.o. 3.1 van het arrest.

en toekomstige vorderingen op derden. In de desbetreffende overeenkomsten tot verpanding is onder meer bepaald:

‘De Pandgever is verplicht alle documenten, die voor het bewijs van de vorderingen nuttig of nodig zijn, aan de Bank ter hand te stellen en ook overigens de Bank alle medewerking te verlenen.’

Ter voldoening aan deze verplichting zijn aan de bank pandlijsten verstrekt, welke bij de Inspectie der Registratie en Successie zijn geregistreerd. De laatste pandlijst dateert van 3 augustus 1999 en is op 4 augustus 1999 geregistreerd. Deze pandlijst bevat niet alleen de verklaring dat aan de bank in pand worden gegeven de op 3 augustus 1999 openstaande vorderingen (met een totaalsaldo van f 7.264.854,51) die zijn vermeld op de daarbij gevoegde computerlijsten, maar tevens een ‘vangnetbepaling’ waarin wordt verklaard dat in pand worden gegeven:

‘Al onze (overige) vorderingen (of gedeelten daarvan) die wij thans hebben of rechtstreeks uit een thans bestaande rechtsverhouding zullen verkrijgen en die - thans of achteraf - met behulp van onze administratie vastgesteld (zullen) kunnen worden.’

Autocar en Transocar zijn op 25 augustus 1999 in staat van faillissement verklaard met benoeming van mr. Hamm tot curator. Ten tijde van het uitspreken van het faillissement had de bank nog geen mededeling van de verpanding gedaan aan alle debiteuren van de aan haar stil verpande vorderingen.

De rechtsvraag die partijen verdeeld houdt, is de vraag in welke mate de curator gehouden is om de bank informatie te verstrekken die de bank in staat stelt om mededeling van het pandrecht aan de debiteuren van de verpande vorderingen te doen en deze vorderingen vervolgens te innen. Deze vraag geeft de Hoge Raad de gelegenheid om de positie van de pandhouder in faillissement te verduidelijken.

3. Wachtperiode

De Hoge Raad begint zijn beoordeling door het arrest *ING/Verdonk q.q.* in herinnering te roepen. In dat arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat voor de curator geen verplichting bestaat om een professionele pandhouder op de voet van art. 58 Fw een termijn te stellen waarbinnen deze dient over te gaan tot uitoefening van zijn pandrecht door het doen van mededeling op voet van art. 3:246 lid 1 BW. Dat neemt echter niet weg dat het de curator niet is toegestaan om de uitoefening van het stille pandrecht te frustreren door aanstonds aan de debiteuren van de stil verpande vorderingen mede te delen dat deze vorderingen op de rekening van de boedel moeten worden voldaan. De curator moet gedurende een periode van veer[22]tien dagen afzien van het actief innen van de vorderingen. Op die wijze krijgt de stil pandhouder de gelegenheid om te beslissen of hij zelfstandig de inning van de verpande vorderingen ter hand neemt dan wel dat hij het innen van de stil verpande vorderingen aan de curator over laat.

In het arrest *Hamm q.q./ABN AMRO* herhaalt de Hoge Raad deze rechtsregels en vult deze aan. De Hoge Raad oordeelt in r.o. 4.1.4:

‘Zodra de stille pandhouder de curator heeft meegedeeld dat hij overeenkomstig art. 57 Fw wenst over te gaan tot het uitoefenen van zijn rechten, dient de curator

elke verdere activiteit achterwege te laten welke is gericht op inning ten behoeve van de boedel van de verpande vorderingen.'

Met deze toevoeging vult de Hoge Raad de verhouding tussen de pandhouder en de curator nader in. De curator wordt inningsonbevoegd zodra de pandhouder aan de debiteur van de verpande vordering mededeling op voet van art. 3:246 lid 1 BW heeft gedaan, de curator moet echter reeds afzien van actieve inning van de vordering zodra de pandhouder aangeeft zelf tot mededeling van het pandrecht en in het verlengde daarvan tot inning van de vordering over te gaan.

De Hoge Raad vervolgt dezelfde rechtsoverweging met de toevoeging dat

'[d]it niet alleen [geldt] wanneer deze mededeling wordt gedaan binnen de hiervoor genoemde termijn, maar ook wanneer zij daarna plaatsvindt. Door het verstrijken van de genoemde termijn verliest de stille pandhouder immers niet zijn aan het pandrecht ontleende rechten.'

Hiermee geeft de Hoge Raad voor de curator eenvoudig te hanteren regeling. De curator behoeft enkel twee weken af te zien van actieve inning van de stil verpande vorderingen. Daarna staat het de curator vrij om deze vorderingen actief te innen. Dit is slechts anders als de pandhouder zich tijdens of na de wachtperiode meldt en aangeeft zelf de inning ter hand te willen nemen. Vanaf dat moment moet de curator van actieve inning afzien. Deze regel betekent dat de curator na twee weken eenvoudig kan overgaan tot het innen van de verpande vorderingen.

4. Informatieverschaffing door de curator

Zoals gezegd was het de vraag of de curator gehouden is om de bank informatie te verschaffen over de stil verpande vorderingen. Daarbij gaat het niet zozeer om de vorderingen die door middel van de computerlijsten zijn gespecificeerd, maar om de vorderingen die vallen onder de 'vangnetbepaling'. Dat deze laatste vorderingen geldig zijn verpand volgt uit de rechtspraak van de Hoge Raad. In eerdere uitspraken heeft de Hoge Raad geoordeeld dat voor een geldige verpanding het niet noodzakelijk is dat de verpande vordering in de pandakte zelf wordt gespecificeerd door vermelding van bijzonderheden zoals de naam van de debiteur, het nummer van een factuur enz. Voldoende is dat de akte zodanige gegevens bevat dat, eventueel achteraf, aan de hand daarvan kan worden vastgesteld om welke vordering het gaat.⁴ Ook het gebruik van een generieke omschrijving zoals de hierboven geciteerde 'vangnetbepaling' leidt volgens de rechtspraak van de Hoge Raad tot geldige verpanding.⁵

Het probleem van het niet specificeren van de vorderingen in computerlijsten of elders is dat de pandhouder niet meer zonder medewerking van de pandhouder zijn pandrecht kan uitoefenen. De pandhouder ontbeert immers de informatie die nodig is om mededeling van de vordering te doen alsmede de informatie die nodig is om de vordering vervolgens te innen. Bij dit laatste kan gedacht worden aan informatie over de grootte van

⁴ HR 14 oktober 1994, NJ 1995, 447, m.nt. W.M. Kleijn (*Spaarbank Rivierenland/Gispem q.q.*); HR 29 juni 2001, NJ 2001, 662, m.nt. W.M. Kleijn (*Meijs/Bank of Tokyo*); HR 20 september 2002, NJ 2004, 182, m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./Rabobank*).

⁵ HR 20 september 2002, NJ 2004, 182, m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./Rabobank*).

de vordering, het bedrag dat al op de vordering is betaald enzovoort. Zolang de pandhouder niet failliet is, kan de medewerking van de pandgever worden afgedwongen op grond van de hierboven geciteerde contractuele bepaling. Na het faillissement is het echter de vraag of en zo ja in welke mate de curator gehouden is om de pandhouder de benodigde informatie te verschaffen.

Over deze vraag oordeelt de Hoge Raad in r.o. 4.2.1 dat de curator, en buiten faillissement de pandgever, gehouden is om beide typen informatie te verschaffen, hetzij door het door de curator verschaffen van de benodigde gegevens, hetzij door het verschaffen van inzage in de administratie aan de pandhouder. Dit oordeel steunt op de gedachte dat de curator niet de uitoefening van het pandrecht mag frustreren. Hieruit leidt de Hoge Raad af dat de curator gehouden is om de pandhouder alle informatie te verschaffen die hij nodig heeft om de in art. 3:246 lid 1 BW bedoelde mededeling te doen en om de inning van de vorderingen ter hand te nemen. Deze verplichting vloeit volgens de Hoge Raad voort uit de 'aard en strekking' van het pandrecht in verband met de bijna absolute inningsbevoegdheid van de pandhouder nadat hij mededeling heeft gedaan.

De Hoge Raad kiest hiermee voor de goederenrechtelijke benadering van de informatieverplichting van de curator. Het hof had aan deze informatieverplichting art. 3:15j, aanhef en onder d, BW ten grondslag gelegd. Deze bepaling verleent de schuldeisers in een faillissement de bevoegdheid om openlegging van de boekhouding van de failliet te vorderen.⁶ In het principale middel klaagt de curator erover dat deze bepaling te ruim zou zijn uitgelegd en geen bevoegdheid verleent aan de pandhouder om openlegging te vorderen. De Hoge Raad verwert in r.o. 5.1 dit [23] middel bij gebrek aan belang, omdat het inzagerecht van de pandhouder reeds voortvloeit uit de aard en strekking van het pandrecht. Dit betekent dat uit dit arrest niet kan worden afgeleid of op grond van art. 3:15j BW – of op een andere grondslag – ook een inzagerecht kan worden gebaseerd.

De door de Hoge Raad aangenomen informatieplicht voor de curator lijkt redelijk. Het niet aannemen van een dergelijke informatieplicht leidt er slechts toe dat de banken hun cliënten zouden verplichten tot het zeer regelmatig opmaken van computerlijsten. Bij een dreigend faillissement zou die frequentie verder worden opgevoerd in een wedloop om effectieve verpanding tot stand te brengen. De kosten en energie die gemoeid zijn met het regelmatig opmaken van computerlijsten kunnen beter anders worden besteed, zeker in de situatie van een dreigend faillissement.

4.1 Kosten

In r.o. 4.2.2 oordeelt de Hoge Raad dat de curator, anders dan de pandgever, gerechtigd is om van de pandhouder te verlangen dat hij de boedel de kosten vergoed die de curator in redelijkheid heeft gemaakt voor het verschaffen van de gegevens of het verlenen van inzage. Dit oordeel lijkt gebaseerd op de gedachte dat de kosten die de informatieplicht voor de curator in het leven roept niet ten laste mogen komen van de gezamenlijke crediteuren of de curator. De gedachte dat degene die belang heeft bij bepaal-

⁶ Hof 's-Gravenhage 25 september 2007, *JOR*, 287, m.nt. W.J.M. van Andel. Voorts is de verplichting om informatie te verschaffen en de mate waarin dit dient te gebeuren gebaseerd op de zorgvuldige uitoefening van de taak van de curator, in het licht van de omstandigheden van het geval en met in achtneming van de redelijkheid en billijkheid; zie B. Wessels, *Belangenstrijd in het insolventierecht* (afscheidsrede VU Amsterdam) 2008, gratis beschikbaar via <http://hdl.handle.net/1871/12787>, ook opgenomen in B. Wessels, *Insolventierechtelijke incidenten*, Den Haag: Boom 2009, p. 61 e.v.

de informatie de kosten die hiermee gepaard gaan zelf moet dragen treft men ook aan in art. 843a Rv dat onder omstandigheden recht geeft om inzage in bepaalde bescheiden te vorderen.

De hoogte van de kosten die de curator in rekening mag brengen kan in de toekomst nog weleens een probleem blijken. Volgens de Hoge Raad mag de curator 'in redelijkheid gemaakte kosten' in rekening brengen. Het is de vraag of dit criterium voldoende houvast biedt. De vergelijking dringt zich op met de buitengerechtelijke kosten van art. 6:96 lid 2 BW. Deze kosten zijn onderworpen aan de zgn. 'dubbele redelijkheidstoets'. Dat wil zeggen dat de kosten zelf redelijk moeten zijn en het onder de omstandigheden redelijk was die kosten te maken. Uit rechtseconomisch onderzoek blijkt dat de buitengerechtelijke kosten sneller zijn gestegen dan bijvoorbeeld de inflatie of de CAO-lonen.⁷ Kennelijk vormt de dubbele redelijkheidstoets een onvoldoende rem op de stijging van deze kosten. Dit proces zou zich ook kunnen voordoen bij de 'in redelijkheid gemaakte kosten'. Dit zou ertoe kunnen leiden dat banken er alsnog voor kiezen om hun cliënten de verplichting op te leggen om (zeer) regelmatig computerlijsten te verschaffen. Dit lijkt mij niet de bedoeling van de Hoge Raad. Het lijkt mij daarom gewenst dat streng de hand wordt gehouden aan de redelijkheid van de door de curator in verband met het verschaffen van informatie opgevoerde kosten. Wellicht is hier ook een rol weggelegd voor INSOLAD (en de Nederlandse Vereniging van Banken) om enige richtlijnen op te stellen.

5. Inning van de verpande vordering

Het arrest geeft ook meer inzicht in de gevolgen van inning van verpande vorderingen door de curator. De Hoge Raad maakt onderscheid tussen twee gevallen, te weten rechtmatige en onrechtmatige inning. Met onrechtmatige inning bedoel ik in dit verband de actieve inning waarvan de curator zich in zijn verhouding tot de pandhouder had moeten onthouden.

5.1 Rechtmatige inning

Int de curator rechtmatig, dan geldt hetgeen de Hoge Raad heeft geoordeeld in het arrest *Mulder q.q./CLBN*⁸: Met het innen van de vordering gaat het pandrecht en daarmee het voorrang teniet. De pandhouder behoudt echter zijn voorrang op het geïnde. Hij verkrijgt zijn uitkering via de uitdelingslijst en moet meedelen in de algemene faillissementskosten. Tot hier brengt het arrest dus niets nieuws.

5.2 Onrechtmatige inning

Int de curator onrechtmatig, dan is de positie van de pandhouder een andere. Ten opzichte van de conclusie van de A-G kiest de Hoge Raad voor een opmerkelijke tussenoplossing. In de conclusie van de A-G waren de Hoge Raad – in navolging van de literatuur – twee oplossingsrichtingen gesuggereerd voor het antwoord op de vraag welk recht de pandhouder op het onrechtmatig geïnde had, namelijk een concurrente boedel-

⁷ M.G. Faure & N.J. Philipsen, 'Honoraria van belangenbehartigers in letselschadeschadezaken: een dossieranalyse (2001-2006)', *AV&S* 2008, p. 316-329. Zij geven aan dat de buitengerechtelijke kosten in de periode 2001-2006 zijn gestegen met 21,7% (voor advocaten) dan wel 28,8% (voor niet-advocaten) zijn gestegen terwijl in die periode de CAO-lonen slechts met 10,8% zijn gestegen, terwijl de inflatie over die periode 9,8% bedroeg.

⁸ HR 17 februari 1995, *NJ* 1996, 471, m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*).

vordering ofwel een zgn. ‘superboedelvordering’.⁹ De concurrente boedelvordering zou gebaseerd zijn op de onrechtmatige daad die de curator in zijn hoedanigheid heeft gepleegd door de vordering te innen terwijl hij gehouden was dit niet te doen. Met een superboedelvordering wordt bedoeld op een vordering van het type *Ontvanger/Hamm q.q.* Dat wil zeggen een vordering om zo spoedig mogelijk uit de boedel het onterecht geïnde aan de pandhouder te voldoen, zonder omslag in de kosten. Deze vordering zou zijn gebaseerd op de gedachte dat het geïnde in het geheel geen deel behoort uit te maken van het faillissement.

Het verschil tussen deze oplossingsrichtingen wordt duidelijk in het geval van een boedelfaillissement, dat wil zeggen: de situatie waarin de boedel onvoldoende actief bevat om alle boedelschulden te voldoen. Normaal gesproken moet een boedelvordering onmiddellijk en zonder omslag in de kosten door de curator worden voldaan.¹⁰ Datzelfde geldt voor de superboedelvordering.¹¹ Dit is echter anders als zich de situatie van een [24] boedelfaillissement voordoet. In dat geval moeten volgens het arrest *De Ranitz en De Leeuw q.q./Ontvanger* de boedelvorderingen in beginsel naar evenredigheid van de omvang van elke vordering worden voldaan, behoudens de wettelijke redenen van voorrang. Bovendien moeten de executie en vereffeningkosten vooraf uit de boedel worden voldaan, teneinde te komen tot de netto executieopbrengst in de zin van art. 3:277 BW. Onder deze kosten rekent de Hoge Raad in elk geval het salaris en de verschotten van de curator.¹² Dit houdt in dat bij een boedelfaillissement wel een omslag in de kosten volgt, hetgeen inhoudt dat een concurrente boedelvordering niet of slechts gedeeltelijk zal worden voldaan. Dit stelsel geldt echter niet voor de superboedelvordering. De afwikkeling van deze vorderingen gaat vooraf aan de afwikkeling van alle boedelvorderingen en zelfs van de executiekosten zoals het salaris van de curator. Het enige geval waarin de Hoge Raad tot nu toe een superboedelvordering heeft aangenomen is het geval waarin ná het intreden van het faillissement iemand door een onmiskenbare vergissing onverschuldigd aan de boedel heeft betaald.¹³

Over de rang van de vordering van de pandhouder oordeelt de Hoge Raad in dit arrest in r.o. 4.3.3:

‘Voorzover de curator als gevolg daarvan betalingen op de verpande vorderingen heeft ontvangen, heeft de pandhouder voor afdracht aan hem van het aldus ontvangene — in het verlengde van hetgeen in voormeld arrest van 17 februari 1995¹⁴ is overwogen — een boedelvordering met de aan zijn pandrecht verbonden voorrang.’

Met dit oordeel kiest de Hoge Raad dus voor een oplossing die het midden houdt tussen de twee door de A-G aangedragen oplossingen. De vordering tot afdracht van het geïn-

⁹ Zie de conclusie van A-G Wuisman onder nr. 2.18-2.26 en daar genoemde literatuur.

¹⁰ Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel* (diss Nijmegen), Deventer: Kluwer 1997, p. 7.

¹¹ Vgl. HR 5 september 1997, *NJ* 1998, 347, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/Hamm q.q.*) en HR 8 juni 2007, *NJ* 2007, 419, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Van der Werff q.q./BLG*).

¹² HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 305, m.nt. P. van Schilfgaarde (*De Ranitz en De Leeuw q.q./Ontvanger*).

¹³ HR 5 september 1997, *NJ* 1998, 347, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/Hamm q.q.*); HR 7 juni 2002, *NJ* 2002, 608, m.nt. J.B.M. Vranken (*Komdeur q.q./Nationale Nederlanden*); HR 8 juni 2007, *NJ* 2007, 419, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Van der Werff q.q./BLG*).

¹⁴ Bedoeld wordt het arrest *Mulder q.q./CLBN*.

de staat hoger in rang dat een concurrente boedelvordering, maar lager dan een superboedelvordering. Dit laat zich illustreren aan de hand van een voorbeeld.¹⁵ In dit voorbeeld is de boedel leeg behoudens twee vermogensbestanddelen, te weten de 50.000 euro die de curator onrechtmatig heeft geïnd op de stil verpande vordering en 100.000 euro die na het faillissement als gevolg een onmiskenbare vergissing onverschuldigd is betaald. De curator heeft ten behoeve van de inning 1.000 euro kosten gemaakt. Daarnaast bedraagt het salaris van de curator 20.000 euro. Bovendien heeft de verhuurder van de failliet een boedelvordering op grond van 39 Fw. Uit het oordeel van de Hoge Raad volgt dat de curator allereerst de 100.000 euro af moet dragen aan degene die onverschuldigd heeft betaald. Deze vordering is namelijk een superboedelvordering. De volgende stap is dat het salaris van de curator en de overige faillissementskosten worden voldaan. Het restant – 29.000 euro – moet overeenkomstig ieders rang over de pandhouder en de verhuurder worden verdeeld. Aangezien de pandhouder hoger in rang staat betekent dit dat de pandhouder 29.000 euro ontvangt en de concurrente boedelvordering van de verhuurder onbetaald blijft.

5.3 Geen superboedelvordering

De Hoge Raad verwerpt het standpunt dat de pandhouder in het geval van onrechtmatige inning een superboedelvordering zou hebben in het vervolg van r.o. 4.3.3. De Hoge Raad oordeelt:

‘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, nr. 16400, LJN ZC2419, NJ 1998, 437 (Ontvanger/Hamm) en laatstelijk in HR 8 juni 2007, nr. C05/329, LJN AZ4569, NJ 2007, 419 (Van der Werff/BLG Hypotheekbank). Maar van situaties waarop die rechtspraak het oog heeft, is in het onderhavige geval geen sprake.’

Hiermee maakt de Hoge Raad duidelijk dat hij vooralsnog het bestaan van boedelvorderingen strikt wil beperken tot het geval van een onverschuldigde betaling die plaatsvindt nádat het faillissement is ingetreden en het gevolg is van een onmiskenbare vergissing. Van een onmiskenbare vergissing is blijkens het arrest *Van der Werff q.q./BLG* sprake als er geen rechtsverhouding bestaat 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. Het moge duidelijk zijn dat voor de inning door de curator wel een rechtsgrond bestaat. Zo bezien is het begrijpelijk dat de Hoge Raad geen superboedelvordering aanneemt, al kan ik mij voorstellen dat er in uitzonderlijke omstandigheden ook naast het geval van de onmiskenbare vergissing sprake kan zijn van een superboedelvordering.

5.4 De schadevergoedingsvordering van de pandhouder

Uit mijn rekenvoorbeeld blijkt dat het feit dat de pandhouder in rang achter de curator staat kan betekenen dat de curator in beginsel beter wordt van zijn onrechtmatig handelen. Denkt men de onrechtmatige inning immers weg, dan zou het salaris van de curator

¹⁵ Zie voor een vergelijkbaar voorbeeld W.J.M. van Andel, *JOR* 2009/341.

niet zijn voldaan. Voor deze gevallen bevat het vervolg van r.o. 4.3.3 een mogelijke oplossing. De Hoge Raad overweegt:

‘Aangezien het hier aan de orde zijnde handelen van de curator jegens de pandhouder als onrechtmatig moet worden beschouwd, laat hetgeen hiervoor is overwogen ten aanzien van het verhaal van de pandhouder ter zake van op de door de curator ontvangen betalingen onverlet dat de pandhouder daarnaast een concurrente boedelvordering heeft voor de schade die hij bovendien mocht hebben geleden als gevolg [25] van dat onrechtmatig handelen, onverminderd de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator uit dien hoofde indien daarvoor gronden zijn.’

De kwalificatie van de schadevergoedingsvordering van de pandhouder als boedelvordering helpt de pandhouder niet. Aangezien de concurrente boedelvorderingen onvoldaan blijven, geldt dit ook voor de schadevergoedingsvordering. Persoonlijke aansprakelijkheid van de curator helpt de pandhouder echter wel. Van persoonlijke aansprakelijkheid van de curator is sprake volgens het arrest *Maclou/Curatoren Van Schuppen* sprake als de curator niet handelt zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.¹⁶ Van een dergelijke aansprakelijkheid van de curator zal niet snel sprake zijn in de gevallen waarin zijn onrechtmatig handelen dateert van vóór de arresten *ING/Verdonk q.q.* respectievelijk *Hamm q.q./ABN AMRO*. Uit de literatuur blijkt dat er over de vraag hoe de curator in dergelijke gevallen moest handelen daarvoor te veel verschil van mening bestond. Voor gevallen waarin het onrechtmatig handelen van de curator is gelegen ná deze arresten ligt dit mogelijk anders. De rechtsregels die de Hoge Raad in deze arresten formuleert zijn van een zodanige aard dan mijns inziens snel kan worden aangenomen dat de curator die ze negeert niet overeenkomstig de norm voor een zorgvuldig curator handelt. Dat betekent dat de curator aansprakelijk is voor de schade van de pandhouder.

6. Tot besluit

Met het arrest *Hamm q.q./ABN AMRO* heeft de Hoge Raad een aantal heldere regels gegeven waarmee de positie van de stil pandhouder in faillissement een stuk duidelijker is geworden. De voor de curator geldende informatieverplichting voorkomt dat de banken hun cliënten zullen verplichten om zeer regelmatig computerlijsten op te maken. Voorwaarde daarvoor is dat de kosten die de curator aan de pandhouder in rekening mag brengen beperkt blijven tot die kosten die daadwerkelijk redelijkerwijze gemaakt zijn. Het oordeel van de Hoge Raad over de positie van de pandhouder laat zich goed inpassen in het faillissementsrechtelijk systeem.

¹⁶ HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727, m.nt. W.M. Kleijn (*Maclou/Curatoren Van Schuppen*).