

Tijdschrift voor Insolventierecht, Rechtsuitoefening in de zin van art. 58 lid 1 Fw: wat moet de separatist allemaal binnen de termijn doen?

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Vindplaats:	Tvl 2013/10	Bijgewerkt tot:	20-02-2013
Auteur:	Mr. T.T. van Zanten en mr. F.J.L. Kaptein		

Rechtsuitoefening in de zin van art. 58 lid 1 Fw: wat moet de separatist allemaal binnen de termijn doen?[1]

1. Inleiding

Binnen Europa bestaat een tendens waarbij de rechten van zekerheidscrediteuren tijdens de insolventieprocedure steeds verder worden teruggeschoefd.^[2] In diverse jurisdicties, waaronder Frankrijk, Duitsland en Engeland, is het primaat bij de verkoop van door de schuldenaar in zekerheid gegeven goederen in meer of mindere mate verschoven van de zekerheidsgerechtigde naar (het equivalent van) de curator. In sommige van deze jurisdicties vloeit bovendien standaard een percentage van de opbrengst in de boedel.^[3] Hoewel er ook in Nederland voor wordt gepleit om de positie van pand- en hypotheekhouders binnen faillissement in te perken,^[4] is die positie vooralsnog bepaald florissant. Pand- en hypotheekhouders zijn separatist. Op grond van art. 57 lid 1 Fw kunnen zij hun zekerheidsrecht uitoefenen alsof er geen faillissement was.^[5] Dit impliceert dat zij het onderpand executoriaal kunnen verkopen en zich buiten de boedel om bij voorrang op de opbrengst kunnen verhalen.^[6]

Welbeschouwd is de enige manier waarop de rechten van de separatist in het gedrang kunnen komen als gevolg van het faillissement, een termijnstelling op de voet van art. 58 lid 1 Fw. Indien de pand- of hypotheekhouder door de curator een redelijke termijn wordt gesteld om zijn rechten uit te oefenen en hij daartoe niet binnen die termijn overgaat, gaat zijn separatistenpositie verloren. De curator kan het onderpand dan opeisen en zelf verkopen. De pand- of hypotheekhouder behoudt in dat geval zijn voorrang op de opbrengst, maar krijgt via de uitdelingslijst betaald, zodat hij moet wachten op het verbindend worden daarvan en een omslag van de algemene faillissementskosten moet dulden. Met name dit laatste betekent in de huidige tijd – waarin boedelfaillissementen eerder regel zijn dan uitzondering – voor de pand- of hypotheekhouder veelal een forse aderlating. Anderzijds is dit voor de curator niet zelden één van de weinige mogelijkheden om nog enige dekking voor de boedelkosten te realiseren.^[7]

Het behoeft dan ook niet te verbazen dat over de regeling van art. 58 lid 1 Fw veel wordt gestreden. De controverse over de vraag of de termijn ook aan de stil pandhouder van vorderingen kan worden gesteld,^[8] is inmiddels in het voordeel van de curator beslecht.^[9] Recentelijk is in de kolommen van dit tijdschrift nog vanuit bancaire hoek ten strijde getrokken tegen een – ook door ons gesignaleerde – tendens van oneigenlijk gebruik van het instrument van art. 58 lid 1 Fw,^[10] waarop een reactie vanuit de kringen van curatoren niet kon uitblijven.^[11] Een vraag waar in de praktijk eveneens mee wordt geworsteld, is wat de pand- of hypotheekhouder allemaal binnen de hem gestelde – en eventueel op diens verzoek door de rechter-commissaris verlengde^[12] – termijn moet doen om zijn riante positie in het faillissement te behouden. Dient hij *alle* aan zijn zekerheidsrecht verbonden bevoegdheden uit te oefenen? Of moet bijvoorbeeld afdoende worden geacht dat het onderpand binnen de termijn wordt verkocht en dat de levering en het verhaal op de opbrengst op een later moment ná de verstreken termijn plaatsvinden? Deze kwestie staat in de onderhavige bijdrage centraal. Daarbij wordt uitgegaan van de situatie dat het onderpand executoriaal wordt *verkocht*. De situatie dat een openbaar pandrecht op een vordering – zoals gebruikelijk – wordt geëxecuteerd door *inning* van die vordering, wordt buiten beschouwing gelaten, nu de onderhavige problematiek daar in beginsel niet speelt. De inning en het verhaal op de executieopbrengst zullen elkaar in de regel direct opvolgen, waarmee de rechtsuitoefening door de pandhouder is voltooid.

2. De literatuur is sinds jaar en dag verdeeld

In de literatuur zijn in de loop der tijd zo ongeveer alle denkbare opvattingen de revue gepasseerd. In het begin van de 20^e eeuw werd in de notariële praktijk kennelijk voldoende geacht dat binnen het verstrijken van een aan een hypotheekhouder gestelde termijn ex art. 58 lid 1 (oud) Fw met de executie zou zijn aangevangen door het uitbrengen van de daartoe noodzakelijke exploit, welke opvatting kon rekenen op de sympathie van Westerling.^[13]

Iets minder ruimhartig waren Goudoever en Van der Tuuk, die beiden in het feestnummer van het *WPNR* dat verscheen ter gelegenheid van het 50-jarig bestaan van de Broederschap van Candidaat-Notarissen verdedigden dat de *verkoop* binnen de termijn moest hebben plaatsgehad, door toewijzing van het onderpand aan de koper.^[14]

Hiertegen keerde zich Dumoulin, die de opvatting van Goudoever en Van der Tuuk weliswaar wenselijk achtte, maar meende dat het recht van de separatist op ontvangst van de koopprijs zo fundamenteel was, dat niet van tijdige rechtsuitoefening in de zin van art. 58 lid 1 (oud) Fw kon worden gesproken zolang niet tevens de koopprijs was geïncasseerd.^[15]

De visie van Dumoulin – waarin besloten ligt dat ook de levering aan de executiekoper binnen de gestelde termijn moet hebben plaatsgevonden – werd bestreden door onder anderen Molengraaff, die evenals Goudoever en Van der Tuuk meende dat een tijdige verkoop afdoende was. Het aannemen van een verplichting tot inning van de koopprijs binnen de termijn viel zijns inziens niet te rijmen met de verplichting van de curator om in dat geval zelf tot verkoop over te gaan, omdat denkbaar is dat de pand- of hypotheekhouder het onderpand dan inmiddels heeft verkocht, met alle complicaties van dien.^[16]

Recentelijk is door Verdaas evenwel weer verdedigd dat de curator het onderpand kan opeisen indien de executie niet binnen de termijn is voltooid,^[17] wat betekent dat het onderpand niet alleen moet zijn verkocht, maar ook *geleverd*.^[18] Is sprake van een verhypothekerd registergoed, dan zal bovendien tevens de koopprijs onder de notaris moeten zijn gestort, omdat dit een voorwaarde is voor de levering.^[19]

Hiernaast meent Verdaas dat indien nog geen verhaal op de opbrengst is genomen voordat de termijn is verstreken, de opbrengst aan de curator zou moeten worden afgedragen.^[20] Dit impliceert naar onze mening dat over deze opbrengst dan een omslag van de algemene faillissementskosten plaatsvindt, zodat de separatistenpositie van de desbetreffende schuldeiser dan in zoverre teloor is gegaan.

3. De tekst van art. 58 lid 1 Fw en de wetshistorie

Het huidige art. 58 lid 1 Fw luidt als volgt:

“De curator kan de pand- en hypotheekhouders een redelijke termijn stellen om tot *uitoefening van hun rechten* overeenkomstig het vorige artikel over te gaan. Heeft de pand- of hypotheekhouder het onderpand niet binnen deze termijn *verkocht*, dan kan de curator de goederen opeisen en met toepassing van de artikelen 101 of 176 *verkopen*, onverminderd het recht van de pand- en hypotheekhouders op de opbrengst. De rechter-commissaris is bevoegd de termijn op verzoek van de pand- of hypotheekhouder een of meer malen te verlengen.” (cursiveringen TTvZ en FJLK)

Indien men de eerste zin van deze bepaling geïsoleerd zou beschouwen, zou men al snel geneigd zijn te concluderen dat *alle* aan het pand- of hypotheekrecht verbonden rechten binnen de termijn moeten worden uitgeoefend. Die conclusie zou bovendien stroken met de opmerking van de minister tijdens de parlementaire behandeling van art. 58 lid 1 (oud) Fw dat het de bedoeling was dat ‘de schuldeischer niet alleen gedurende den gestelden termijn zou overgaan tot uitoefening van zijne rechten, maar dat ook daarin die uitoefening ten volle zou worden volbracht.’^[21] In het vervolg van art. 58 lid 1 Fw wordt evenwel slechts gerept van verkoop. Is het onderpand niet binnen de termijn *verkocht*, dan kan de curator het opeisen en met toepassing van art. 101 en 176 Fw zelf *verkopen*.^[22] Onder deze omstandigheden kan men twee kanten op redeneren.

Enerzijds is het evident dat de pand- of hypotheekhouder meer rechten heeft dan louter de verkoop van het onderpand. Een andermans goed verkopen kan per slot van rekening iedereen. Waar het om gaat, is dat pand- en hypotheekhouders in staat zijn de koper de eigendom te verschaffen en zich bij voorrang uit de executieopbrengst te voldoen. Rechtsuitoefening in de zin van art. 58 lid 1 Fw betekent dan dat ook deze rechten moeten zijn uitgeoefend. Hier komt bij dat een ‘verkoop’ niet zelden – ook door juristen – met een eigendomsoverdracht wordt geassocieerd. Een uitgesproken voorbeeld hiervan is de aloude regel ‘koop breekt geen huur’. In het tot 1 augustus 2003 geldende art. 7A:1612 (oud) BW was bepaald dat ‘[d]oor *verkoop* van het verhuurde eene te voren aangegane huur niet [wordt] verbroken’, terwijl die bepaling in bestendige rechtspraak zo werd uitgelegd dat zij betrekking had op situaties waarin van een *overdracht* van het gehuurde sprake was.^[23] In het thans geldende art. 7:226 BW wordt wél uitdrukkelijk van overdracht gerept.^[24]

Anderzijds kan men zeggen dat niet zomaar voorbij mag worden gegaan aan het feit dat in het vervolg van art. 58 lid 1 Fw uitdrukkelijk wordt gesteld dat het onderpand binnen de termijn moet zijn *verkocht*, hetgeen kan duiden op een nadere precisering van de rechtsuitoefening waarop de eerste zin van art. 58 lid 1 Fw het oog heeft.^[25] In dit kader achten wij van betekenis dat ook in art. 34 Fw met het woord ‘verkoop’ alleen op de totstandbrenging van de koop lijkt te worden gedoeld en belangrijker nog dat in het per 1 januari 1992 gewijzigde art. 188 lid 1 Fw nadrukkelijk tussen de *verkoop* enerzijds en de over en weer uit die verkoop voortvloeiende verplichtingen – die tot *levering* en die tot *betaling van de koopprijs* – anderzijds, wordt onderscheiden.^[26]

In de memorie van toelichting bij het eveneens per 1 januari 1992 gewijzigde art. 58 lid 1 Fw wordt opgemerkt dat de curator kan verkopen indien niet binnen de termijn wordt *geëxecuteerd*.^[27] In § 2 hiervoor kwam reeds aan de orde dat de executie pas is voltooid indien het onderpand aan de executiekoper is verkocht én geleverd.^[28] Het verhaal door de executieverkoper op de opbrengst vindt daarentegen weer buiten het kader van de executie plaats.^[29]

De tekst van de wettelijke regeling en de wetshistorie laten dus geen eenduidig beeld zien, maar bieden juist voor verschillende in de literatuur gepropageerde opvattingen (enig) fundament. Het lijkt daarom raadzaam te bezien wat nu de ratio van de regeling van art. 58 lid 1 Fw is.

4. De ratio van art. 58 lid 1 Fw

De bevoegdheid van de curator om de separatist een redelijke termijn te stellen is pas bij gelegenheid van de invoering van het huidige BW op 1 januari 1992 in art. 58 lid 1 Fw neergelegd. Tot die datum was bepaald dat pand- en hypotheekhouders hun rechten dienden uit te oefenen binnen één maand nadat de staat van insolventie was ingetreden, dat wil zeggen binnen één maand na de verificatievergadering.^[30] Bij gebreke daarvan diende de curator zelf tot verkoop over te gaan. De wetgever was van oordeel dat dit voorschrift niet paste bij de in art. 3:268 lid 2 BW geïntroduceerde mogelijkheid een onderhandse executieverkoop te realiseren, in het bijzonder vanwege de daarmee in de regel gepaard gaande voorbereidingstijd. Bovendien diende de curator in zijn optiek de mogelijkheid te krijgen de separatist reeds vóór de verificatievergadering in beweging te brengen, waarbij een rol zal hebben gespeeld dat in de praktijk veelal geen verificatievergadering wordt gehouden indien de verwachting bestaat dat geen uitkering kan worden gedaan.^[31]

Uit de memorie van toelichting bij art. 58 lid 1 (oud) Fw kan worden opgemaakt dat de regeling – evenals de daarvóór bestaande regelingen in het Wetboek van Koophandel, op grond waarvan de curator bevoegd was in rechte te vorderen dat aan de pand- of hypotheekhouder een termijn werd gesteld^[32] – was bedoeld om ‘eene spoedige liquidatie te bevorderen’.^[33] Die functie heeft de regeling naar huidig recht nog steeds. In het arrest *Cantor/Arts q. q.* uit 2008 overwoog de Hoge Raad dat termijnstelling op de voet van art. 58 lid 1 Fw kan plaatsvinden ‘met het oog een vlotte afwikkeling van het faillissement’.^[34] In het voetspoor van de memorie van toelichting bij het huidige art. 58 lid 1 Fw menen wij dat het hier niet zozeer, althans niet primair gaat om een verkorting van de looptijd van het faillissement,^[35] als wel om het verkrijgen van inzicht in de opbrengst van de in zekerheid gegeven goederen en daarmee van zicht op de *wijze* waarop het faillissement dient te worden afgewikkeld (*i.e.* door opheffing, vereenvoudigde afwikkeling of het verbindend worden van de slotuitdelingslijst).^[36]

In de memorie van toelichting bij het huidige art. 58 lid 1 Fw wordt nog een tweede functie van de bevoegdheid tot termijnstelling genoemd: bescherming van de boedel bij dalende prijzen.^[37] Oorspronkelijk was mede hiervoor door de wetgever art. 58 lid 2 (oud) Fw in het leven geroepen, waarin was bepaald dat ‘[d]e curator te allen tijde het verpande goed [kan] lossen, tegen voldoening van het daarop verschuldigde met de interesten en kosten’. In 1925 is deze lossingsbevoegdheid naar met hypotheek belaste zaken uitgebreid.^[38] Ter toelichting wordt er

door Molengraaff op gewezen dat het belang van de geseceerde schuldeiser niet steeds parallel zal lopen met dat van de boedel, in het bijzonder wanneer sprake is van een grote overwaarde. Die schuldeiser heeft dan geen belang bij de realisatie van een zo hoog mogelijke opbrengst, terwijl hij wél het tijdstip van de verkoop dicteert. Met gebruikmaking van zijn lossingsrecht kan de curator in een dergelijk geval het goed onbezwaard in de boedel brengen en aansluitend zelf de verkoop ter hand nemen, daarbij rekening houdend met verwachte fluctuaties in de waarde van het goed.^[39]

Bij gelegenheid van de invoering van het huidige BW is het lossingsrecht van de curator gehandhaafd. In art. 58 lid 2 Fw is bepaald:

“De curator kan een met pand of hypotheek bezwaard goed tot op het tijdstip van de verkoop lossen tegen voldoening van hetgeen waarvoor het pand- of hypotheekrecht tot zekerheid strekt, alsmede van de reeds gemaakte kosten van executie.”^[40]

In de huidige faillissementspraktijk lijkt het lossingsrecht door de curator vooral te worden ingezet in gevallen waarin hij de bedrijfsvoering wil voortzetten en daarbij bepaalde in zekerheid gegeven goederen, zoals machines en inventaris, wil (blijven) *gebruiken*, maar de zekerheidsgerechtigde zijn medewerking weigert of aan die medewerking voor de curator onaanvaardbare voorwaarden verbindt. Hiernaast heeft de regeling van art. 58 lid 2 Fw nog altijd een functie ter bescherming van de boedel bij *stijgende* prijzen, nu in dat geval vanuit het oogpunt van opbrengstmaximalisatie bij voorkeur met de verkoop wordt gewacht, terwijl met een termijnstelling ex art. 58 lid 1 Fw juist alleen een spoedige verkoop kan worden afdwongen.^[41] Bij een *dalende* marktprijs, zoals thans bijvoorbeeld op de huizenmarkt het geval is, lijkt echter veeleer een termijnstelling in de rede te liggen ingeval de separatist draait, in het bijzonder indien de boedel onvoldoende middelen bevat om een lossing van het onderpand te realiseren en die lossing evenmin op korte termijn kan worden gefinancierd.^[42]

5. Analyse

Het wordt tijd om kleur te bekennen. De opvatting dat binnen het verstrijken van de termijn van art. 58 lid 1 Fw met de executie moet zijn aangevangen door het uitbrengen van de daartoe noodzakelijke exploitatie,^[43] lijkt ons zonder meer onjuist. Uit de tekst van art. 58 lid 1 Fw en de wetsgeschiedenis komt duidelijk naar voren dat ten minste een voltooid verkoop vereist is. In de lagere rechtspraak is deze opvatting dan ook terecht verworpen.^[44] De schuldeiser die voorziet dat hij niet binnen de termijn een koop tot stand zal kunnen brengen, dient tijdig – dat wil zeggen vóórdat de termijn is verstreken^[45] – de rechter-commissaris te verzoeken die termijn te verlengen.^[46] Naar onze mening dient te worden aangenomen dat voor de separatist aan wie een termijn in de zin van art. 58 lid 1 Fw is gesteld, wél afdoende is dat hij binnen die termijn een *verkoop* tot stand brengt,^[47] waarmee wij doelen op de totstandkoming van de koopovereenkomst. Is sprake van een *openbare* executie, dan betreft dit het moment waarop het onderpand aan de koper wordt toegewezen (door het opmaken van het proces-verbaal van toewijzing).^[48] Is sprake van een *onderhandse* executie, dan is dit het moment waarop de voorzieningenrechter goedkeuring verleent.^[49] De levering van het onderpand aan de executiekoper en de inning en verdeling van de opbrengst kunnen onzes inziens ná het verstrijken van de termijn plaatsvinden, zonder dat dit afbreuk doet aan de positie van de executant. Deze opvatting is onzes inziens het meest in overeenstemming met de tekst van art. 58 lid 1 Fw en die van diverse andere bepalingen in de Faillissementswet, waaronder in het bijzonder art. 188 lid 1 Fw. Zij strookt bovendien geheel met de ratio van art. 58 lid 1 Fw. Met de totstandkoming van de koop is de opbrengst gefixeerd. De curator kan daarmee dan rekenen bij de bepaling van de wijze waarop het faillissement dient te worden afgewikkeld, terwijl de boedel tegen eventuele prijsdalingen is beschermd. In de praktijk zal de afwikkeling van het faillissement hierdoor ook niet worden vertraagd, omdat de partijen de uitvoering van de koop in de regel ook binnen afzienbare termijn zullen willen effectueren en faillissementen doorgaans sowieso een lange looptijd kennen. Is dit in een enkel uitzonderlijk geval anders, dan staat de curator onzes inziens nog niet met lege handen. Pand- en hypotheekhouders zijn als executant gehouden rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van hun schuldenaar.^[50] Tijdens faillissement verdwijnen die belangen wat naar de achtergrond, om ten dele plaats te maken voor het belang van de gezamenlijke schuldeisers.^[51] Indien het belang van de schuldenaar c.q. diens gezamenlijke schuldeisers in een voorkomend geval zou worden geschaad doordat de pand- of hypotheekhouder nalaat met bekwame spoed de gesloten koop af te wikkelen, dan kan de curator daartegen naar onze mening onder verwijzing naar de hiervoor bedoelde gehoudenheid ageren.^[52] Hoe dat echter ook zij, het hier gesignaleerde risico dat de afwikkeling van het faillissement in een voorkomend geval wordt vertraagd doordat de partijen de uitvoering van de koop op de lange baan schuiven, legt onzes inziens onvoldoende gewicht in de schaal om af te wijken van de opvatting dat de totstandbrenging van die koop binnen de termijn afdoende moet worden geacht. Ook vanuit wetssystematisch oogpunt ligt deze opvatting voor de hand. In § 4 kwam aan de orde dat in art. 58 lid 2 Fw is bepaald dat de curator het bezwaarde goed tot aan het moment van *verkoop* kan lossen. Hiermee is door de wetgever beoogd aan te sluiten bij art. 3:249 lid 2 en art. 3:269 BW, die de lossing van met pand respectievelijk hypotheek bezwaarde goederen buiten faillissement reguleren.^[53] In art. 3:249 lid 2 BW is bepaald dat lossing van verpande goederen kan plaatsvinden ‘tot op het tijdstip van verkoop’ en in art. 3:269 BW dat lossing mogelijk is ‘[t]ot op het tijdstip van de toewijzing ter veiling of van de goedkeuring door de voorzieningenrechter van de onderhandse verkoop’. Niet in discussie is dat de lossing op de voet van deze bepalingen kan plaatsvinden tot het moment waarop de koop tussen de partijen tot stand komt.^[54] Hetzelfde moet dan worden aangenomen voor de bevoegdheid tot lossing van de curator, zoals neergelegd in art. 58 lid 2 Fw.^[55] Nu met ‘verkoop’ in art. 58 lid 2 Fw louter de totstandkoming van de koop wordt bedoeld, ligt onzes inziens in de rede dat daarmee hetzelfde wordt bedoeld in lid 1 van die bepaling.^[56] De reden waarom de bevoegdheid tot lossing uiterlijk met de totstandkoming van de koop vervalt, is dat de pand- of hypotheekhouder bij lossing op een later tijdstip gebonden zou zijn aan een koopovereenkomst die hij niet langer kan nakomen,^[57] terwijl ook de koper wordt opgezadeld met een verkoper die alleen maar kan wanpresteren.^[58] Iets vergelijkbaars geldt onzes inziens ook hier. Het is niet aanvaardbaar dat de pand- of hypotheekhouder en de derde die binnen de ex art. 58 lid 1 Fw gestelde termijn (of reeds daarvoor) een koop tot stand hebben gebracht, maar die koop om wat voor een reden dan ook niet binnen de termijn hebben afgewikkeld, van rechtswege worden geconfronteerd met de juridische en feitelijke consequenties die aan de niet-nakoming van de koopovereenkomst verbonden zijn. Zolang de levering van het met pand of hypotheek belaste goed nog niet heeft plaatsgehad en de executie dus nog niet is voltooid, bevindt dit goed zich nog in de boedel. Dit brengt onder omstandigheden kosten met zich, waarbij valt te denken aan kosten voor instandhouding,

bewaking, verzekering enz.^[59] Is hieraan wellicht een argument te ontleen voor de stelling dat in ieder geval de *executie* (i.e. verkoop én levering) binnen de termijn ex art. 58 lid 1 Fw moet zijn voltooid, omdat zolang het goed zich nog in de boedel bevindt, deze kosten voor rekening van de boedel komen, terwijl de separatist daarvan in de eerste plaats profiteert? Wij zouden menen van niet. Dit is niet meer dan een logisch uitvloeisel van het feit dat de eigendom bij de schuldenaar is gebleven, terwijl een ander – de zekerheidsgerechtigde – zich daarop bij voorrang kan verhalen. Ook buiten faillissement geldt dat maatregelen van de schuldenaar die de waarde van het aan hem toebehorende goed in positieve zin hebben beïnvloed, in geval van executie in eerste instantie ten voordele van de executant strekken. Bovendien profiteert ook de schuldenaar c.q. diens curator daarvan, doordat een eventuele overwaarde naar hem toekomt. De curator is in beginsel ook helemaal niet verplicht de hier bedoelde kosten ten laste van de boedel te maken.^[60] Hij kan besluiten daarvan af te zien indien hij van oordeel is dat de boedel per saldo bij die handelwijze is gebaat.^[61] In de praktijk zal de pand- of hypotheekhouder overigens in de regel wel bereid zijn een bijdrage in de hier bedoelde kosten te voldoen, juist omdat daarmee in eerste instantie zijn eigen belangen zijn gediend.^[62]

6. Wat als de koop niet doorgaat?

Indien met ons zou worden aangenomen dat het voor de separatist afdoende is om binnen de termijn ex art. 58 lid 1 Fw een koop tot stand te brengen, rijst de vraag hoe om te gaan met de situatie dat die koop uiteindelijk niet wordt uitgevoerd. Daarbij kan in het bijzonder worden gedacht aan de situatie dat de verkoper in gebreke blijft de koopprijs te voldoen. Hoewel dit vermoedelijk in de praktijk niet veel voorkomt, is ook denkbaar dat de in het kader van een onderhandse executie gesloten koopovereenkomst is aangegaan onder een ontbindende voorwaarde en die voorwaarde na het verstrijken van de termijn wordt vervuld. Een voor de hand liggend voorbeeld van dit laatste is het inroepen van een financieringsvoorbehoud. Hoe verhoudt een dergelijk evenement zich nu tot de consequenties van het verstrijken van een door de curator gestelde termijn?

Indien in het kader van een hypothecaire executie buiten faillissement de koper tekortschiet in de nakoming van de koopovereenkomst, geldt op grond van art. 527 Rv dat de executant het recht heeft de zaak opnieuw te verkopen. Binnen faillissement heeft de executant dit recht na het verstrijken van een door de curator gestelde termijn naar onze mening echter niet, om twee redenen. Ten eerste zou een recht om opnieuw te verkopen ná het verstrijken van de termijn zich onzes inziens niet verdragen met de ratio van art. 58 lid 1 Fw, omdat de koopprijs dan niet langer zou zijn gefixeerd, maar opnieuw via de veiling tot stand zou komen. Dat zou de beschermingsfunctie van de regeling van art. 58 lid 1 Fw bij dalende prijzen tenietdoen en daarnaast het zicht op de te verwachten wijze van afwikkeling kunnen vertroebelen. Bovendien zou hierdoor aanzienlijke vertraging kunnen ontstaan, ook omdat niet denkbeeldig is dat de tweede koper evenmin de koopprijs voldoet, als gevolg waarvan het hele circus weer van voren af aan zou beginnen.^[63] Ten tweede geldt naar onze mening dat het op de weg van de separatist ligt om voorafgaand aan een eventuele verkooptransactie een inschatting te maken van het risico dat de koper zijn verplichtingen niet nakomt. Verwezenlijking van dat risico dient onzes inziens dan voor rekening van de separatist te komen en niet voor rekening van de curator, die op de keuze van de koper in de regel geen enkele invloed heeft gehad. In de situatie dat de koop niet doorgaat doordat de koopovereenkomst na het verstrijken van de termijn wordt beëindigd door het intreden van een ontbindende voorwaarde, is er naar onze mening te meer aanleiding de consequenties daarvan neer te leggen bij de hypotheekhouder, die met de acceptatie van de voorwaarde immers het risico neemt dat zij intreedt en de koop als gevolg daarvan niet doorgaat. De hypotheekhouder die binnen de termijn van art. 58 lid 1 Fw een koop tot stand brengt, zal er dus voor moeten zorgen dat die koop wordt uitgevoerd. Slaagt hij daarin niet, dan moet naar onze mening worden aangenomen dat de curator de zaak alsnog kan opeisen en zelf met toepassing van art. 101 of 176 Fw kan verkopen. Wel behoudt de hypotheekhouder in dat geval zijn voorrang op de opbrengst. Voor de pandhouder geldt dit alles *mutatis mutandis*.

Indien de hypotheekhouder buiten faillissement wordt genoodzaakt over te gaan tot een herveiling op de voet van art. 527 Rv en de daarmee gerealiseerde opbrengst lager is dan de eerder bedongen koopprijs, dan is de oorspronkelijke koper op de voet van art. 529 Rv jegens de hypotheekhouder aansprakelijk voor het verschil. Is evenwel sprake van een faillissement en heeft de wanprestatie van de koper tevens tot gevolg dat de curator de zaak op de voet van art. 58 lid 1 Fw kan opeisen, dan belooft de schade van de hypotheekhouder niet alleen het verschil in opbrengst, maar tevens het nadeel dat voortvloeit uit het daarmee gepaard gaande verlies van het recht van separatisme. Naar onze mening is de eerste koper voor die schade evenzeer op de voet van art. 6:74 BW jegens de hypotheekhouder aansprakelijk. Ook de pandhouder kan de schade die hij in een voorkomend geval lijdt, naar onze mening op de tekortschietende eerste koper verhalen.

De pand- of hypotheekhouder die dit alles wil vermijden, kan er ook voor kiezen te proberen niet alleen de koop, maar ook de uitvoering daarvan binnen de termijn te doen plaatsvinden en zo nodig één of meerdere malen om verlenging van de termijn verzoeken. Wij zouden menen dat een verlengingsverzoek in beginsel steeds door de rechter-commissaris dient te worden gehonoreerd indien reeds een koopovereenkomst tot stand is gekomen en aannemelijk is dat die koop binnen een redelijke termijn zal worden afgewikkeld.

7. Tot slot

Indien de separatist tijdens faillissement door de curator op de voet van art. 58 lid 1 Fw een redelijke termijn wordt gesteld om zijn rechten uit te oefenen, dan moet naar onze mening afdoende worden geacht dat hij binnen die termijn een koop tot stand brengt. De levering, de inning van de koopprijs en het verhaal op de opbrengst kunnen ook na ommekomst van de termijn plaatsvinden, zonder dat dit afbreuk doet aan de positie van de separatist. Deze opvatting strookt zowel met de tekst van art. 58 lid 1 Fw, als met de ratio van die bepaling, is vanuit wettssystematisch oogpunt het meest zuiver en leidt – in tegenstelling tot de in de literatuur gesignaleerde alternatieven – tot aanvaardbare uitkomsten. Gaat de binnen de termijn gesloten koop niet door, dan kan de curator het goed alsnog opeisen en zelf met toepassing van art. 101 of 176 Fw verkopen, waarmee de separatistenpositie van de pand- of hypotheekhouder verloren gaat.

Bij gelegenheid van de jaarvergadering van INSOLAD op vrijdag 30 november 2012 hebben de leden – met een uiterst geringe meerderheid – ingestemd met een vanwege INSOLAD opgesteld voorstel tot wijziging van onder andere art. 57 en 58 Fw.^[64] Het voorstel behelst de invoering van een nieuw art. 57 lid 5 Fw, op grond waarvan uit de opbrengst van de verkoop van verpande en verhypothekte goederen standaard een percentage in de boedel vloeit, ongeacht of de separatist of de curator die verkoop ter hand neemt. Hiermee wordt beoogd de verschillen tussen de situatie dat de separatist verkoopt en die waarin de curator dat doet op te heffen, de noodzaak tot het optuigen van constructies om het bodemvoorrecht van de fiscus te ontgaan te doen verdwijnen en de daarmee gepaard gaande kapitaalvernietiging tegen te gaan en tevens een belangrijke bijdrage te leveren aan de oplossing van de lege boedelproblematiek. De bevoegdheid tot termijnstelling ex art. 58 lid 1 Fw blijft behouden, maar indien de curator na ommekomst van de termijn de goederen opeist en verkoopt, is dat niet van invloed op de met art. 57 lid 5 Fw beoogde verdeling van de opbrengst. Naar mag worden verwacht, zal de consequentie hiervan zijn dat het aantal termijnstellingen fors

terugloopt en de regeling van art. 58 lid 1 Fw hoofdzakelijk nog wordt gebruikt waarvoor zij door de wetgever is bedoeld. Wij juichen dat van harte toe.

Voetnoten

Voetnoten

- [1] Gelieve dit artikel aan te halen als: T.T. van Zanten & F.J.L. Kaptein, 'Rechtsuitoefening in de zin van art. 58 lid 1 Fw: wat moet de separatist allemaal binnen de termijn doen?', *Tvl* 2013/10. Thijs van Zanten is advocaat bij Wijn & Stael Advocaten N.V. te Utrecht. Floris Kaptein is promovendus aan de Rijksuniversiteit Groningen en daarnaast als juridisch medewerker verbonden aan NautaDutilh N.V. te Amsterdam.
- [2] Zie over deze tendens reeds: F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 191-194.
- [3] Zie de toelichting op het recentelijk vanwege INSOLAD aan de minister gedane voorstel tot wijziging van art. 57 Fw, met verwijzingen, raadpleegbaar via www.insolad.nl.
- [4] Zie het recentelijk vanwege INSOLAD aan de minister gedane voorstel tot wijziging van art. 57 Fw en de toelichting daarbij, raadpleegbaar via www.insolad.nl. Zie ook F.J.L. Kaptein, 'Verslag van: INSOLAD workshop "Aanpassing Faillissementswet"', *Tvl* 2012/19, onder 5. Zie voorts art. 3.6.4, 3.6.9 en 3.6.10 van het – inmiddels afgeserveerde – Voorontwerp Insolventiewet, opgenomen in S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Voorontwerp Insolventiewet, Serie Onderneming en Recht deel 2-IV*, Deventer: Kluwer 2007 en de fraaie bijdrage hierover van J.J. van Hees, 'De separatist apart genomen', *Ondernemingsrecht* 2008/13, p. 455-460.
- [5] Die rechtsuitoefening kan wel tijdelijk worden geblokkeerd door de afkondiging van een afkoelingsperiode ex art. 63a Fw.
- [6] Zie art. 182 lid 1 Fw. Is sprake van een stil pandrecht op vorderingen, dan kan de pandhouder overgaan tot mededeling aan de debiteuren en aansluitend tot inning; zie HR 17 februari 1995, *NJ* 1996/471, m.nt. W.M. Kleijn (*Mulder q.q./CLBN*).
- [7] Rb. Maastricht 23 mei 2012, *RI* 2012/89, *JOR* 2012/304, m.nt. J.J. van Hees, r.o. 4.2 lijkt te oordelen dat de bevoegdheid tot termijnstelling ex art. 58 lid 1 Fw ook louter voor dit doel kan worden ingezet.
- [8] Zie R.M. Wibier, 'Artikel 58 Faillissementswet: geen paardenmiddel voor patstellingen', *Tvl* 2004/3, p. 95-99; D. Winkel & S.A.H.J. Warringa, 'De termijnstelling van art. 58 Fw en verpande vorderingen', *Tvl* 2005/5, p. 140-145; M.O. Kraamwinkel, 'Artikel 58 Fw geldt onverkort voor inning van verpande vorderingen', *Tvl* 2006/1, p. 30-33; R. Verdonk, 'Art. 57 en 58 Fw met betrekking tot verpande vorderingen', *Tvl* 2006/5, p. 156-160; F.E.J. Beekhoven van den Boezem & C.E. Goosmann, 'Art. 58 lid 1 Fw ziet niet op de inning van verpande vorderingen, doch slechts onder omstandigheden op de verkoop daarvan', *Tvl* 2007/1, p. 15-18, met reactie van R. Verdonk, *Tvl* 2007/1, p. 18-19 en A.J. Verdaas, *Tvl* 2007/2, p. 58-61, met naschrift, *Tvl* 2007/2, p. 62-63. Zie ook A.J. Verdaas, *Stil pandrecht op vorderingen op naam* (diss. Nijmegen), *Serie Onderneming en Recht deel 43*, Deventer: Kluwer 2008, § 9.2.3.1.
- [9] Zie HR 22 juni 2007, *NJ* 2007/520 (*ING/Verdonk q.q.*).
- [10] Zie C.E. Goosmann & R.A. Couperus, 'Misbruik van art. 58 lid 1 Fw; een redelijke termijn aan de separatist?', *Tvl* 2012/12, p. 55-59.
- [11] Zie F.P.G. Dix, 'Neem me niet kwalijk, ik ben slechts een eenvoudige curator...', *Tvl* 2012/21.
- [12] Zie art. 58 lid 1 laatste zin Fw.
- [13] Zie Westerling, 'Art. 58 Faillissementswet', *WPNR* 1933/3337, p. 521-522. Zie ook Rb. Den Haag 30 januari 1934, *W* 12765.
- [14] Zie M.L. Goudoever, 'Regelt de Faillissementswet de rechten der hypotheekhouders voldoende, of is eene betere regeling gewenscht', *WPNR* 1901/1645, p. 324; F. van der Tuuk, 'Regelt de Faillissementswet de rechten der hypotheekhouders voldoende, of is eene betere regeling gewenscht', *WPNR* 1901/1645, p. 341.
- [15] Zie E. Dumoulin, 'De termijn van art. 58 Faillissementswet', *WPNR* 1903/1729, p. 75-78.
- [16] Zie C.W. Star Busmann/W.L.P.A. Molengraaff, *De Faillissementswet* (4^e druk), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951, p. 265, noot 4. Instemend: N.J. Polak (bew.), *Mr. M. Polak's handboek voor het Nederlandse Handels- en Faillissementsrecht. Deel I, derde gedeelte. Faillissement en surséance van betaling* (7^e druk), Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1972, p. 184. Zie ook H.F.A. Völlmar, *Het Nederlandse handels- en faillissementsrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon 1961, p. 730.
- [17] Zie A.J. Verdaas, SDU Commentaar op art. 58 Faillissementswet, onder C.2.5.1.
- [18] Zie HR 25 januari 2008, *NJ* 2008/66 (*Ontvanger/Brink q.q.*), r.o. 3.3. Zie ook A. Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW B-12a), Deventer: Kluwer 2012, p. 110.
- [19] Zie art. 525 Rv. De vordering van de executant tot betaling van de koopprijs gaat met de storting onder de notaris overigens nog niet teniet. Dat is eerst het geval indien de koopprijs in de macht van de verkoper is gekomen; zie HR 14 januari 2011, *NJ* 2011/366 (*Butterman q.q./Rabobank*), r.o. 4.14.
- [20] Zie A.J. Verdaas, SDU Commentaar op art. 58 Faillissementswet, onder C.2.5.2.
- [21] Zie Van der Feltz I, p. 477.
- [22] Interessant is nog te vermelden dat art. 854 lid 2 WvK – de voorloper van art. 58 lid 1 (oud) Fw met betrekking tot *verpande* zaken – dezelfde onduidelijkheid bevatte: 'De curators kunnen niet te min, met magtiging van den rechter-commissaris, den pandhouder of beleener (des needs) in regten oproepen, ten einde een termijn worde bepaald, binnen welken hij zal verplicht zijn *zijne regten uit te oefenen*, en na verloop van welken, bij ontstentenis, de curators zullen bevoegd zijn de verpande of beleende voorwerpen op te eischen en dezelve, behoudens het regt van den pandhouder of belener, zelve te doen *verkoopen*, op de wijze bij het vorige artikel omschreven.' Art. 860 WvK – de voorloper van art. 58 lid 1 (oud) Fw met betrekking tot *verhypothekeerde* zaken waarbij het beding van art. 1223 (oud) BW was gemaakt – bevatte die tegenstrijdigheid evenwel niet, terwijl in die bepaling uitdrukkelijk bij de regeling van art. 854 lid 2 WvK werd aangesloten: 'De curators kunnen, op dezelfde wijze als bij het tweede lid van art. 854 is vermeld, des needs in regten, den termijn doen bepalen, binnen welken de hypothecaire schuldeischer, bij artikel 858 bedoeld, zal verplicht zijn *tot den verkoop over te gaan*, en na verloop van welken termijn de curators, bij ontstentenis, zullen bevoegd zijn om, behoudens het regt van den schuldeischer op de opbrengst van het voorwerp, hetzelfde te doen *verkoopen*.'
- [23] Zie bijv. HR 9 november 1906, *W* 8453 en HR 22 februari 1929, *NJ* 1929, p. 1339, *W* 12851.

- [24] Een mogelijke verklaring voor dit alles kan worden gevonden in het Franse art. 711 CC, dat voor een eigendomsoverdracht louter wilsovereenstemming voorschrijft ('La propriété des biens s'acquiert et se transmet [...] *par l'effet des obligations*'). Nu de Franse *Code Civil* van 1811 tot 1838 ook in Nederland van kracht was, gold deze wijze van eigendomsoverdracht gedurende die periode ook hier. Vanaf de invoering van het oude BW in 1838 geldt echter onomstreden het – thans in art. 3:84 lid 1 BW neergelegde – vereiste dat voor eigendomsoverdracht ook een *levering* vereist is.
- [25] Hoewel de zinsnede 'Heeft de pand- of hypotheekhouder het onderpand niet binnen deze termijn *verkocht* [...] pas in 1992 is toegevoegd, bepaalde ook art. 58 (oud) Fw reeds dat de curator na het verstrijken van de termijn de goederen zelf zou '*verkoopen*'.
- [26] Art. 188 lid 1 Fw luidt: 'Door levering ingevolge verkoop door de curator en de voldoening van de koopprijs gaan alle op het verkochte goed rustende hypotheeken teniet en vervallen de beperkte rechten die niet tegen alle geverifieerde schuldeisers kunnen worden ingeroepen.'
- [27] Zie S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Wetswijzigingen, Serie Onderneming en Recht deel 2-III*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 170.
- [28] Zie HR 25 januari 2008, *NJ* 2008/66 (*Ontvanger/Brink q.q.*), r.o. 3.3. Zie ook A. Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW B-12a), Deventer: Kluwer 2012, p. 110.
- [29] Zie HR 29 april 2011, *NJ* 2011/372 (*Ontvanger/Eijking q.q.*).
- [30] Zie art. 173 Fw.
- [31] Zie S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Wetswijzigingen, Serie Onderneming en Recht deel 2-III*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 169-170.
- [32] Zie art 854 en 860 WvK, waarover A.C. Holtius, *Het Nederlandsche faillitenregt*, Utrecht: C. Van der Post, 1850, p. 390-397.
- [33] Zie Van der Feltz I, p. 475-476. Zie ook Rb. Haarlem 5 januari 1937, *NJ* 1937/990.
- [34] Zie HR 19 juni 2008, *RJ* 2008/44, *JOR* 2008/180, r.o. 3.6.
- [35] De situatie dat een faillissement voor afwikkeling gereed ligt, maar daartoe niet kan worden overgegaan omdat een separatist draait met de uitoefening van zijn rechten, lijkt ons een zeldzaamheid.
- [36] Zie S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Wetswijzigingen, Serie Onderneming en Recht deel 2-III*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 169-170.
- [37] Zie S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Wetswijzigingen, Serie Onderneming en Recht deel 2-III*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 170.
- [38] Zie S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Wetswijzigingen, Serie Onderneming en Recht deel 2-III*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 169.
- [39] Zie C.W. Star Busmann/W.L.P.A. Molengraaff, *De Faillissementswet* (4^e druk), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1951, p. 266-267. Zie ook het verslag van de Tweede Kamer met regeringsantwoord, Van der Feltz I, p. 477.
- [40] Overigens bepaalt art. 68 lid 2 Fw dat de curator alvorens hij wil lossen een machtiging daartoe van de rechter-commissaris behoeft.
- [41] Indien in een voorkomend geval niettemin een termijn ex art. 58 lid 1 Fw zou worden gesteld en de pand- of hypotheekhouder die termijn ongebruikt zou laten verstrijken, dan heeft de curator op het eerste gezicht alsnog wat hij wil, omdat hij dan de mogelijkheid heeft het onderpand op te eisen en vervolgens zelf het moment van verkoop te bepalen. Het komt ons evenwel voor dat uit de regeling van art. 58 Fw voortvloeit dat de curator die de dralende pand- of hypotheekhouder door middel van een termijnstelling van zijn separatistenpositie heeft beroofd, zelf met voortvarendheid de verkoop ter hand dient te nemen.
- [42] Men zij erop bedacht dat hoewel de tekst van art. 58 lid 2 Fw ervan uitgaat dat de gehele geseceureerde schuld en de reeds gemaakte executiekosten moeten worden voldaan, dit niet steeds noodzakelijk is om een lossing van het onderpand te bewerkstelligen. Het bedrag dat de desbetreffende pand- of hypotheekhouder in het kader van een lossing naast de reeds gemaakte executiekosten dient te ontvangen, is het bedrag dat hij in het kader van een executie had kunnen verhalen. Ervan uitgaand dat er geen hoger gerangschikte rechten van derden in het spel zijn, is dit ofwel het bedrag dat de executie naar verwachting zou hebben opgebracht, ofwel het bedrag van de geseceureerde vordering(en), een en ander afhankelijk van welk bedrag het laagst is. Zie A. Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW B-12a), Deventer: Kluwer 2012, p. 71, met verwijzing naar Parl. Gesch. Boek 3, p. 828 en HR 19 februari 2010, *NJ* 2012/126 (*Willems/Poorf*). Zie ook S.E. Bartels & V. Tweehuysen, 'Het lossingsrecht', *WPNR* 2010/6864, p. 834, onder 4.2.1.
- [43] Zie art. 544 Rv.
- [44] Zie Rb. Amsterdam 16 december 1932, *NJ* 1933, p. 124; Rb. Den Haag 30 januari 1934, *W* 12765; Rb. Rotterdam 27 maart 1968, *NJ* 1969/204; Rb. Arnhem (vzr.) 23 juni 2006, *JOR* 2006/253, r.o. 4.6.
- [45] Zie Rb. Rotterdam 27 maart 1968, *NJ* 1969/204.
- [46] Zie art. 58 lid 1 laatste zin Fw.
- [47] Zie ook Rb. Amsterdam 16 december 1932, *NJ* 1933, p. 124; Rb. Den Haag 30 januari 1934, *W* 12765; Rb. Rotterdam 27 maart 1968, *NJ* 1969/204; Rb. Arnhem (vzr.) 23 juni 2006, *JOR* 2006/253, waarin steeds wordt gerept van de voltooiing van de *verkoop* binnen de termijn, evenwel zonder dat daarbij nadrukkelijk aandacht wordt besteed aan de uit die verkoop over en weer voortvloeiende verplichtingen.
- [48] Vgl. art. 525 Rv.
- [49] Zie art. 3:251 lid 1 en art. 3:268 lid 2 BW.
- [50] Zie HR 10 juni 2011, *NJ* 2011/423 (*ING/Kreuger*), r.o. 3.5. Vgl. de MvT bij art. 25 Fw, Van der Feltz I, p. 372. De hier bedoelde gehoudenheid wordt wel gegrond op de eisen van redelijkheid en billijkheid; zie de noot van M. Malycha onder Hof 's-Hertogenbosch 6 juli 2010, *JOR* 2010/292, sub 4.
- [51] Vgl. T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, p. 317-318.
- [52] Is sprake van verhypothekend onroerend goed dat was belast met een individueel beslag dat door de werking van art. 33 lid 2 Fw is opgegaan in het algemene faillissementsbeslag, dan kan de curator de voltooiing van de executie wellicht ook bespoedigen op de voet van art. 57 lid 3 Fw jo. art. 545 Rv.
- [53] Zie S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Wetswijzigingen, Serie Onderneming en Recht deel 2-III*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 170.
- [54] Zie S.E. Bartels & V. Tweehuysen, 'Het lossingsrecht', *WPNR* 2010/6864, p. 833, onder 4.1.1; de noot van P.A. Stein onder HR 10 juni 2011, *NJ* 2011/423 (*ING/Kreuger*); Pitlo/Reehuis & Heisterkamp, *Goederenrecht*, 2012, nr. 791 en 888; A. Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW

- B-12a), Deventer: Kluwer 2012, p. 71. Vgl. HR 21 maart 2003, *NJ* 2003/314 (*Heringa/Ties*); HR 10 juni 2011, *NJ* 2011/423 (*ING/Kreuger*).
- [55] In dezelfde zin: S.E. Bartels & V. Tweehuysen, 'Het lossingsrecht', *WPNR* 2010/6864, p. 833, onder 4.1.1; A. Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW B-12a), Deventer: Kluwer 2012, p. 71.
- [56] Vgl. Wessels, *Wessels Insolventierecht III* (3^e druk), 2010, par. 3481: 'Thans is geregeld dat de curator kan lossen 'tot het tijdstip van de verkoop', waarmee aan de in art. 58 lid 1 Fw bedoelde verkoop wordt gerefereerd.'
- [57] Zie A. Steneker, *Pandrecht* (Mon. BW B-12a), Deventer: Kluwer 2012, p. 71.
- [58] Zie S.E. Bartels & V. Tweehuysen, 'Het lossingsrecht', *WPNR* 2010/6864, p. 833, onder 4.1.1.
- [59] OZB-schulden die ontstaan ná de faillissementsdatum zijn in beginsel niet-verifieerbaar op grond van art. 24 Fw, tenzij het o.g. door de curator wordt geëxploiteerd; zie M.J.M. Franken e.a. (red.), *Rapport Insolad Afwikkeling Faillissementen* (december 2011), Deventer: Kluwer 2011, p. 39, noot 12.
- [60] Indien dergelijke verplichtingen zouden voortvloeien uit de zekerheidsdocumentatie zijn die verplichtingen als regel slechts van *obligatoire* aard, waaraan in faillissement alleen via het proces van verificatie en uitdeling tegemoet wordt gekomen; zie art. 26 Fw. Er bestaat evenwel ruimte om verplichtingen toe te voegen aan een beperkt recht in die zin dat zij een *goederenrechtelijk* karakter krijgen, maar hoe groot die ruimte is, is bepaald onzeker. Zie daarover uitgebreid: T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), *Serie Onderneming en Recht deel 37*, Deventer: Kluwer 2007, § 6.4 e.v. Zie ook T.H.D. Struycken & T.T. van Zanten, 'Hamvragen omtrent de inning van stil verpande vorderingen in faillissement – deel I', *Tvl* 2010/2, 9, p. 64-66.
- [61] Bepaalde werkzaamheden zal de zekerheidsgerechtigde ook zelf kunnen laten verrichten, om aansluitend de daarmee gepaard gaande kosten onder haar zekerheidsrecht te verhalen indien daarin voldoende overwaarde zit. Vgl. art. 3:243 lid 2 BW.
- [62] Indien de curator en de separatist een onderhandse verkooptransactie van een met *hypotheek* belast goed zouden nastreven, komen de hier bedoelde kosten ingevolge art. 4 Separatistenregeling sowieso ten laste van de hypotheekhouder. Voor het geval van een onderhandse verkoop van *verpande* goederen wordt in art. 5 van die regeling opgemerkt dat het wenselijk is dat hierover tussen de curator en de pandhouder afspraken worden gemaakt. In de hier bedoelde gevallen ligt een termijnstelling ex art. 58 lid 1 Fw evenwel niet in de rede.
- [63] Wij zijn ons er overigens van bewust dat dit probleem zich evenzogoed kan voordoen indien de curator de verkoop ter hand neemt.
- [64] Zie J. Diamant, 'Verslag van het INSOLAD jaarcongres 2012 "Faillissement en Vastgoed"', *Tvl* 2013/14 onder 2.