

**JOR 2015/304 Rechtbank Gelderland, 25-02-2015, HA ZA 14-559/397,
ECLI:NL:RBGEL:2015:1805**

Hypotheekrecht, Curator verkoopt eigenmachtig ondanks overeenkomst met hypotheekhouder (fiscus) tot oneigenlijke lossing met handhaving van rechten separatist, Hypotheek gaat teniet ex art. 188 Fw, Curator komt geen beroep toe op ontbinding wegens onvoorziene omstandigheden, Geen lossing ex art. 58 lid 2 Fw en geen termijnstelling ex art. 58 lid 1 Fw, Curator mag positie van hypotheekhouder als separatist niet negeren

Publicatie	JOR 2015 afl. 11
Publicatiedatum	13 november 2015
College	Rechtbank Gelderland
Uitspraakdatum	25 februari 2015
Rolnummer	HA ZA 14-559/397 LJN ECLI:NL:RBGEL:2015:1805
Rechter(s)	mr. Quaadvliet
Partijen	De Ontvanger van de Belastingdienst/Midden- en Kleinbedrijf te Arnhem, eiser, advocaat: mr. H.M. ten Haaft, tegen mr. Ch.J. Diks te Nijmegen, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van X, gedaagde, advocaat: mr. B.H.M. van Bilsen.
Noot	mr. M.H.S. Berghuijs
Trefwoorden	Hypotheekrecht, Curator verkoopt eigenmachtig ondanks overeenkomst met hypotheekhouder (fiscus) tot oneigenlijke lossing met handhaving van rechten separatist, Hypotheek gaat teniet ex art. 188 Fw, Curator komt geen beroep toe op ontbinding wegens onvoorziene omstandigheden, Geen lossing ex art. 58 lid 2 Fw en geen termijnstelling ex art. 58 lid 1 Fw, Curator mag positie van hypotheekhouder als separatist niet negeren,
Regelgeving	Fw - 58 lid 2 Fw - 101 Fw - 176 Fw - 188 BW Boek 3 - 278 BW Boek 3 - 279 BW Boek 6 - 258

Samenvatting

Uit de brief van 12 juli 2012 volgt dat de Ontvanger akkoord gaat met het voorstel tot onderhandse verkoop van de onroerende zaak, maar dat de gehele belastingschuld bij verkoop zal worden

voldaan. De Ontvanger heeft voorts geschreven dat hij de preferentie die de Belastingdienst heeft, nadrukkelijk niet wil prijsgeven door deze aan de curator verleende toestemming tot onderhandse verkoop. De curator heeft niet op de brief van 12 juli 2012 gereageerd. Op grond van de hiervoor beschreven feitelijk gang van zaken was de situatie geen andere dan dat de Ontvanger een rechtsgeldig hypotheekrecht had. De gevolgtrekking kan geen andere zijn dan dat de Ontvanger en de curator zijn overeengekomen over te gaan tot oneigenlijke lossing, zulks met uitdrukkelijke handhaving van het recht van de Ontvanger als separatist. De curator heeft hiertegen nog aangevoerd dat het hypotheekrecht op grond van art. 188 Fw is vervallen. Aldus is er in zijn visie sprake van een gewijzigde omstandigheid als bedoeld in art. 6:258 BW. Voor zover er al een overeenkomst zou zijn gesloten tussen de Ontvanger en de curator, stelt de curator zich op het standpunt dat hij die overeenkomst, zo nodig, ontbindt. Nog daargelaten dat het niet aan één der partijen, maar aan de rechter is om de overeenkomst op grond van onvoorziene omstandigheden te ontbinden, kan het niet zo zijn dat de curator, die de wijziging in omstandigheden zelf creëert door eigenmachtig te verkopen en aan de rechter-commissaris een verklaring ingevolge art. 188 lid 2 Fw te verzoeken, vervolgens een beroep doet op ontbinding op grond van onvoorziene omstandigheden. Daarmee staat vast dat de curator de afspraak met de Ontvanger heeft geschonden.

De vraag is vervolgens of de Ontvanger de opbrengst kan opeisen dan wel de curator de positie van de Ontvanger als separatist mag negeren door diens vordering niet direct uit de verkoopopbrengst te voldoen. Omdat het bepaalde in art. 188 Fw er, in geval de curator als verkoper optreedt op voet van art. 101 en 176 Fw, toe leidt dat de op het verkochte goed rustende hypotheek op het tijdstip waarop zowel de levering aan de koper als de betaling van de koopprijs heeft plaatsgevonden te niet gaat, hebben hypothecaire schuldeisers vanaf dat tijdstip nog slechts verhaal op de door de curator te verdelen opbrengst van het verkochte registergoed. Over dit standpunt van de curator wordt het volgende overwogen. Nu de Ontvanger een rechtsgeldig hypotheekrecht gevestigd had en de curator niet tot vernietiging daarvan is overgegaan, had de curator kunnen lossen als bedoeld in art. 58 lid 2 Fw, dan wel oneigenlijk kunnen lossen met instemming van de Ontvanger als hypotheekhouder. Dit heeft hij niet gedaan. De curator had de Ontvanger ook een termijn kunnen stellen om tot uitoefening van zijn hypotheekrecht over te gaan zoals bedoeld in art. 58 lid 1 Fw. Na het verstrijken van die termijn had de curator het onroerend goed kunnen opeisen en zelf kunnen verkopen conform art. 101 en 176 Fw. Uitsluitend in dat laatste geval had de Ontvanger als hypotheekhouder, zoals de curator thans kennelijk voorstaat, weliswaar zijn voorrang behouden uit hoofde van art. 3:278 en 3:279 BW, maar zou hij zijn vordering ter verificatie aan moeten melden en moeten meedelen in de omslag van de algemene faillissementskosten. Nu de termijn niet is gesteld en de Ontvanger evenmin op enigerlei wijze zijn positie als separatist heeft prijsgegeven, kan het eigenmachtig handelen van en verkopen door de curator als hierboven beschreven er niet toe leiden dat de Ontvanger in de positie geraakt dat hij moet meedelen in de algemene omslag en dus met minder genoeg moet nemen dan hetgeen hem op grond van zijn positie toekomt.

Uitspraak

(...; red.)

2. De feiten

2.1. Bij vonnis van 22 mei 2012 is het faillissement uitgesproken van [naam] te Nijmegen, hierna te noemen [naam], handelend onder de naam Banketbakkerij Pruyn, met aanstelling van mr. Diks tot curator.

2.2. Op 24 juni 2010 en 8 februari 2011 heeft de Ontvanger executoriaal beslag gelegd.

2.3. Op 10 november 2011 is door [naam] als hypotheekgever een recht van hypotheek alsmede een pandrecht verleend aan de Ontvanger op de winkel met bakkerij, bovenwoning, ondergrond, erf en verdere toebehoren aan de [adres] Deze zekerheden zijn gevestigd tot een bedrag van € 300.000,00,

tot zekerheid voor de betaling van hetgeen de Ontvanger blijktens haar brief van 5 september 2011 te vorderen had van [naam], zijnde een bedrag van € 213.987,00, alsmede voor hetgeen de Ontvanger in de toekomst van [naam] te vorderen zal krijgen uit hoofde van onder meer, zo is opgenomen in de hypotheekakte, door de Ontvanger ten behoeve van [naam] betaalde (verzekerings-) premies, alsook uit hoofde van niet, niet tijdige of niet volledige voldoening door [naam] aan de Ontvanger van definitieve aanslagen voor alle soorten belastingen en/of heffingen met de daarbij komende kosten van invordering alsook de daarover verschuldigde (heffings-) rente, zulks tot een maximum van € 300.000,00. Daarnaast werden de zekerheden gevestigd voor de betaling van de (wettelijke invorderings-) renten over de hoofdsom(men) van de vordering(en) waarvoor de hypotheek tot zekerheid strekt, alsmede boeten, kosten en het overigens verschuldigde, tezamen begroot op 40% van de hoofdsom, € 120.000,00.

2.4. Nadat het faillissement (op 22 mei 2012) was uitgesproken heeft de Ontvanger op 1 juni 2012 de notaris verzocht de executoriale verkoop op te starten en is ook een datum voor de executie gepland.

2.5. Op 10 juli 2012 heeft de curator de Ontvanger bericht dat hij voorshands meent dat de vestiging van het hypotheekrecht op 11 november 2011 (bedoeld zal zijn 10 november 2011, rechtbank) vernietigbaar is op grond van het bepaalde in art. 42 Fw. Omdat op dat moment nog niet was in te schatten of er sprake was van benadeling heeft de curator daarnaast geschreven voorshands af te willen zien van vernietiging van de hypotheek.

2.6. In diezelfde brief van 10 juli 2012 heeft de curator de Ontvanger verzocht in te stemmen met zijn voorstel dat inhield dat de Ontvanger geen nadere maatregelen zou treffen ter executie van de onroerende zaak, terwijl de curator zijn uiterste best zou gaan doen om voortvarend de onroerende zaak te verkopen tegen een zo gunstig mogelijke prijs. Bij de overdracht van de onroerende zaak zou de Ontvanger worden voldaan uit de opbrengst van de woning, onder voorbehoud dat er voldoende overwaarde is uit de woning om, tezamen met het alsdan reeds gerealiseerde boedelactief, de schuldeisers te voldoen die in rang staan boven de Ontvanger, aldus het voorstel de curator.

2.7. Namens De Ontvanger is bij brief van 12 juli 2012 het volgende geantwoord

Naar aanleiding van uw gesprek met (...) wil ik u hierbij bevestigen dat ik akkoord ga met uw voorstel tot onderhandse verkoop van de onroerende zaak (...). Uiteraard met dien verstande dat de gehele belastingschuld bij verkoop zal worden voldaan. De preferentie die de Belastingdienst heeft wil ik nadrukkelijk niet prijsgeven door deze aan u verleende toestemming.

2.8. De curator heeft hierop niet gereageerd.

2.9. Op 8 oktober 2013 heeft de curator aan De Ontvanger geschreven dat hij een koper heeft gevonden die bereid is een bedrag van € 250.000,00 te betalen en gevraagd of de Ontvanger met deze prijs akkoord ging. Daarop is door partijen gecorrespondeerd per mailberichten gedateerd 9 oktober 2013 en heeft de Ontvanger verzocht om uitstel van verkoop wegens vakantie en het consulteren van zijn taxateur, nu er een aanzienlijk verschil bestond tussen de hoogte van het bod van de koper en de eerdere taxatie.

2.10. Op 17 oktober 2013 heeft de curator naar aanleiding van de mailberichten van 9 oktober 2013 (onder meer) geschreven dat hij meent dat de Ontvanger de voortgang van de verkoop frustreert en hem gebrek aan daadkrachtige besluitvaardigheid verweten. Voorts heeft hij aangekondigd de koopovereenkomst onvoorwaardelijk te accepteren. Daarnaast heeft de curator geschreven dat hij de rechter-commissaris zal vragen een beschikking af te geven waaruit volgt dat het hypotheekrecht is vervallen en de notaris vervolgens zal verzoeken de koopsom op de boedelrekening te storten. Voor zover de Belastingdienst zou menen dat haar een voorrecht toekomt op de opbrengst, kan zij bezwaar maken tegen de slotuitdelingslijst, aldus de curator in die brief.

2.11. Bij brief 23 oktober 2013 heeft de Ontvanger geschreven dat zijn taxateur nadere gegevens wenst voor de beoordeling van de geboden koopsom, waaronder een kopie van de taxatie van € 310.000,00 van een jaar daarvoor. Daarna zal hij zijn standpunt kenbaar maken. Voorts heeft hij, kort samengevat, geschreven dat hij zich niet kan vinden in de handelwijze van de curator.

2.12. Op 23 oktober 2013 heeft de curator aan de Ontvanger onder meer het volgende bericht:

In deze treedt de belastingdienst op als separatist. De status van de belastingdienst als preferente schuldeiser, wiens belangen ik in dat verband als curator behartig, staat hier volledig los van.

Daarnaast heeft hij, onder meer, geschreven dat de verkoop, in het belang van de boedel, doorgang zal vinden en dat hij de rechter-commissaris heeft verzocht het hypotheekrecht van de belastingdienst waardeloos te verklaren.

2.13. Op 28 oktober 2013 heeft de rechter-commissaris in het faillissement van [naam] een verklaring afgegeven ingevolge art. 188 lid 2 Fw en verklaard dat door verkoop van de onroerende zaak en de voldoening van de koopsom alle op de onroerende zaak rustende hypotheeken teniet zijn gegaan. Het hypotheekrecht is daarna doorgehaald in de openbare registers.

2.14. Op 8 november 2013 heeft de curator de onroerende zaak aan de [adres] overgedragen voor een koopsom van € 250.000,00.

2.15. Op 12 november 2013 heeft de Ontvanger aan de curator geschreven dat hij akkoord kan gaan met de verkoop van de onroerende zaak voor een prijs van € 250.000,00 met het verzoek de koopsom te betalen op rekening van de Belastingdienst.

2.16. Bij brief van 12 november 2013 heeft de curator geantwoord dat de opbrengst op de boedelrekening is gestort en is toegevoegd aan het boedelactief, welk actief aan de schuldeisers zal worden uitgekeerd, conform de wettelijke regels van voorrang en rekening houdend met de preferentie van de Belastingdienst.

2.17. De Ontvanger heeft de curator bij brief van 6 februari 2014 gesommeerd om de opbrengst van de onroerende zaak, eventueel onder aftrek van een boedelbijdrage aan hem uit te keren. De curator heeft daaraan geen gevolg gegeven.

2.18. De belastingschuld van [naam] bedraagt thans € 226.506,00

3. Het geschil

3.1. De Ontvanger vordert na vermindering van eis – samengevat – voor recht te verklaren dat de curator gehouden was om de positie van de Ontvanger als separatist te honoreren door de verkoopopbrengst van de onroerende zaak direct aan de Ontvanger af te dragen, met veroordeling van de curator tot betaling van € 226.506,00, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 8 november 2013 en kosten. Hij legt daaraan ten grondslag dat de curator gehouden is de verkoopopbrengst aan hem te voldoen, nu de Ontvanger separatist is. Door de onroerende zaak onderhands te verkopen zonder de verkoopopbrengst direct aan de Ontvanger af te dragen, heeft de curator in strijd gehandeld met de daaromtrent gemaakt afspraak. Bovendien heeft hij onrechtmatig jegens hem gehandeld, zodat hij recht heeft op schadevergoeding.

3.2. De curator voert verweer.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Uitgangspunt bij de beoordeling luidt dat de Ontvanger een rechtsgeldig hypotheekrecht heeft gevestigd. De curator is niet tot vernietiging van de vestiging daarvan overgegaan. Hij heeft, zonder daaraan voorafgaand verkregen toestemming van de Ontvanger als hypotheekhouder, het verhypothekerde goed onderhands verkocht en de opbrengst toegevoegd aan het boedelactief. Hij heeft tevens een verklaring als bedoeld in art. 188 lid 2 Fw verzocht en verkregen van de rechter-commissaris.

4.2. Nu de Ontvanger de curator primair verwijt dat hij in strijd heeft gehandeld met de gemaakte afspraken en de curator heeft betwist dat er een overeenkomst was, zal de rechtbank hieronder die grondslag en het verweer van de curator dienaangaande bespreken.

4.3. Uit de brief van de Ontvanger van 12 juli 2012 volgt dat de Ontvanger akkoord gaat met het voorstel tot onderhandse verkoop van de onroerende zaak, maar dat de gehele belastingschuld bij verkoop aan de Ontvanger zal worden voldaan. De Ontvanger heeft voorts geschreven dat hij de preferentie die de Belastingdienst heeft, nadrukkelijk niet wil prijsgeven door deze aan de curator verleende toestemming tot onderhandse verkoop. Ter toelichting heeft de Ontvanger daarover ter comparitie nog verklaard dat hij in de veronderstelling verkeerde dat de opbrengst voldoende zou zijn om de belastingschuld te voldoen.

4.4. De curator heeft erkend niet op de brief van 12 juli 2012 te hebben gereageerd. Als reden daarvoor heeft hij aangevoerd dat hij verwachtte dat de Ontvanger over zou gaan tot executie van de onroerende zaak, ingeval hij het voorstel van de Ontvanger niet zou honoreren.

4.5. De rechtbank constateert op grond van de hiervoor beschreven feitelijk gang van zaken dat de situatie geen andere was dan dat de Ontvanger een rechtsgeldig hypotheekrecht had. Die status quo is door Ontvanger bevestigd in zijn brief van 12 juli 2012, waarbij hij enkel heeft ingestemd met onderhandse verkoop en geen rechten heeft prijsgegeven. Nu de curator daarop niet meer heeft gereageerd, kan de gevolgtrekking geen ander zijn, dan dat de Ontvanger en de curator zijn overeengekomen over te gaan tot oneigenlijke lossing, zulks met uitdrukkelijke handhaving van het recht van de Ontvanger als separatist.

4.6. De curator heeft hiertegen nog aangevoerd dat het hypotheekrecht op grond van art. 188 Fw. is vervallen. Aldus is er in zijn visie sprake van een gewijzigde omstandigheid als bedoeld in art. 6:258 BW. Voor zover er al een overeenkomst zou zijn gesloten tussen de Ontvanger en de curator, stelt de curator zich op het standpunt dat hij die overeenkomst, zo nodig, ontbindt.

4.7. De rechtbank overweegt hierover het volgende. Nog daargelaten dat het niet aan één der partijen, maar aan de rechter is om de overeenkomst op grond van onvoorziene omstandigheden te ontbinden, kan het niet zo zij dat de curator, die de wijziging in omstandigheden zelf creëert door eigenmachtig te verkopen en aan de rechter-commissaris een verklaring ingevolge art. 188 lid 2 Fw te verzoeken, vervolgens een beroep doet op ontbinding op grond van onvoorziene omstandigheden.

4.8. Daarmee staat vast dat de curator de afspraak met de Ontvanger heeft geschonden. De vraag is vervolgens of de Ontvanger de opbrengst kan opeisen dan wel de curator de positie van de Ontvanger als separatist mag negeren door diens vordering niet direct uit de verkoopopbrengst te voldoen.

4.9. Omdat het bepaalde in art. 188 Fw er, in geval de curator als verkoper optreedt op voet van art. 101 en 176 Fw, toe leidt dat de op het verkochte goed rustende hypotheek op het tijdstip waarop zowel de levering aan de koper als de betaling van de koopprijs heeft plaatsgevonden te niet gaat (en de verklaring als bedoeld in art. 188 lid 2 Fw. de mogelijkheid biedt tot doorhaling van de inschrijvingen in de registers), hebben hypothecaire schuldeisers vanaf dat tijdstip nog slechts verhaal op de door de curator te verdelen opbrengst van het verkochte registergoed. De curator stelt zich op

het standpunt dat nu het hypotheekrecht is doorgehaald, de Ontvanger geen recht heeft op de opbrengst als separatist. Hij weigert de verkoopopbrengst, respectievelijk het bedrag ter hoogte van de vordering van de Ontvanger, uit te keren aan de Ontvanger alsof deze nog separatist is. De rechtbank overweegt over dit standpunt van de curator het volgende.

4.10. Nu de Ontvanger een rechtsgeldig hypotheekrecht gevestigd had en de curator niet tot vernietiging daarvan is overgegaan, had de curator kunnen lossen als bedoeld in art. 58 lid 2 Fw, dan wel oneigenlijk kunnen lossen met instemming van de Ontvanger als hypotheekhouder. Dit heeft hij niet gedaan. De curator had de Ontvanger ook een termijn kunnen stellen om tot uitoefening van zijn hypotheekrecht over te gaan zoals bedoeld in art. 58 lid 1 Fw. Na het verstrijken van die termijn had de curator het onroerend goed kunnen opeisen en zelf kunnen verkopen conform art. 101 en 176 Fw. Uitsluitend in dat laatste geval had de Ontvanger als hypotheekhouder, zoals de curator thans kennelijk voorstaat, weliswaar zijn voorrang behouden uit hoofde van 3:278 en 3:279 BW, maar zou hij zijn vordering ter verificatie aan moeten melden en moeten meedelen in de omslag van de algemene faillissementskosten.

4.11. Nu de termijn niet is gesteld en de Ontvanger evenmin op enigerlei wijze zijn positie als separatist heeft prijsgegeven kan het eigenmachtig handelen van en verkopen door de curator als hierboven beschreven er naar het oordeel van de rechtbank niet toe leiden dat de Ontvanger in de positie geraakt dat hij moet meedelen in de algemene omslag en dus met minder genoegen moet nemen dan hetgeen hem op grond van zijn positie toekomt.

4.12. In geval de Ontvanger, zoals de curator nog aanvoert, niet tijdig gereageerd zou hebben op het voorstel van de curator om het onderhandse bod te accepteren, zou dat er naar het oordeel van de rechtbank, onder omstandigheden, mogelijk toe hebben kunnen leiden dat de curator, bij gebreke van de voorafgaande instemming, gezien vereiste spoed, het bod zelfstandig had aanvaard en de verkoop had doorgezet. Zonder termijnstelling kan dit gestelde talmen er naar het oordeel van de rechtbank evenwel niet toe leiden dat de curator het recht van de Ontvanger als separatist frustreert door de gehele opbrengst toe te voegen aan het boedelactief en evenmin dat de Ontvanger aldus in een minder gunstige positie wordt gemanoeuvreed.

4.13. De slotsom is dan ook dat de vorderingen van de Ontvanger kunnen worden toegewezen. De subsidiaire grondslag, het onrechtmatig handelen door de curator, behoeft dan ook geen bespreking meer. Ook de vraag of het vestigen van het hypotheekrecht paulianus was behoeft geen bespreking. De curator heeft de pauliana immers niet ingeroepen en voorts ter comparitie bevestigd dat hij daartoe thans, nu ten gevolge van het bepaalde in art. 188 Fw het hypotheekrecht teniet is gegaan, ook niet meer in staat is. De wettelijke rente zal worden toegewezen over de hoofdsom vanaf de datum van verkoop, 8 november 2013.

4.14. De curator zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. (...; red.)

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. verklaart voor recht dat de curator gehouden was om de positie van de Ontvanger als separatist te honoreren door de verkoopopbrengst van de onroerende zaak direct aan de Ontvanger af te dragen,

5.2. veroordeelt de curator om aan De Ontvanger te betalen een bedrag van € 226.506,00 (tweehonderdzesentwintig duizendvijfhonderdzes euro), vermeerderd met de wettelijke rente over het toegewezen bedrag met ingang van 8 november 2013 tot de dag van volledige betaling,

5.3. veroordeelt de curator in de proceskosten (...; red.),

5.4. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.5. wijst het meer of anders gevorderde af.

Noot

1. Inleiding. Op 25 februari van dit jaar wees de Rechtbank Gelderland vonnis in de zaak tussen de Ontvanger en de curator in het faillissement van X, handelend onder de naam Banketbakkerij Pruyn. Kort samengevat, gaat het daarbij om de vraag of de Ontvanger zijn rechten als separatist heeft prijsgegeven of verloren en moet meedelen in de omslag van de algemene faillissementskosten. Opmerkelijk is de positie die de curator in deze inneemt: een onhoudbare positie, zoals ook blijkt uit het vonnis.

2. Feiten.

Nadat X in staat van faillissement is verklaard, doet de curator een voorstel aan de Ontvanger, die een hypotheekrecht heeft op de onroerende zaken van X, om deze zaken onderhands te verkopen. Daarbij stelt de curator voor de Ontvanger te voldoen uit de opbrengst, onder de voorwaarde dat er voldoende overwaarde is om (samen met het al gerealiseerde boedelactief) de schuldeisers te voldoen die in rang staan boven de Ontvanger. De Ontvanger gaat akkoord met de voorgestelde onderhandse verkoop, met dien verstande dat de gehele belastingschuld uit de verkoopopbrengst zal worden voldaan. De Ontvanger geeft uitdrukkelijk aan dat hij zijn preferentie niet prijsgeeft. Hoewel de curator hier niet meer op reageert (omdat "deze verwachtte dat de Ontvanger over zou gaan tot executie van de onroerende zaak, ingeval hij het voorstel van de Ontvanger niet zou honoreren" (r.o. 4.4)), gaat deze vervolgens wel aan de slag met de voorgenomen onderhandse verkoop. De curator vindt een koper en vraagt de Ontvanger of deze akkoord is met de voorgestelde prijs. De volgende dag verzoekt de Ontvanger de curator om uitstel. Diens taxateur is met vakantie en de Ontvanger wenst deze te raadplegen omdat er een aanzienlijk verschil bestaat tussen de geboden koopprijs en de eerder taxatie. De curator heeft daar kennelijk geen geduld voor en meent dat de Ontvanger de verkoop frustreert. De curator geeft verder aan dat hij (i) de koopovereenkomst onvoorwaardelijk zal accepteren, (ii) de rechter-commissaris zal vragen een beschikking af te geven waaruit volgt dat het hypotheekrecht is vervallen, en (iii) de notaris zal verzoeken de koopsom op de boedelrekening te storten. Voor zover de Ontvanger meent dat hem een voorrecht toekomt, kan hij bezwaar maken tegen de slotuitkeringslijst, aldus de curator. Er volgt nog correspondentie tussen partijen, waarin enerzijds de Ontvanger aangeeft zich niet te kunnen vinden in deze handelwijze en anderzijds de curator zijn voorgenomen aanpak handhaaft. En zo geschiedde: nog voordat de Ontvanger daarmee instemt, wordt de onroerende zaak verkocht en verklaart de rechter-commissaris op verzoek van de curator dat het hypotheekrecht is tenietgegaan (ex art. 188 lid 2 Fw). Vervolgens is het hypotheekrecht doorgehaald in de openbare registers. Opvallend is overigens dat de rechter-commissaris de gevraagde verklaring al anderhalve week voordat de onroerende zaak is geleverd en de koopprijs is voldaan, afgeeft. De verklaring is dus afgegeven ruim voordat het hypotheekrecht van de Ontvanger daadwerkelijk is tenietgegaan als bedoeld in art. 188 lid 1 Fw. Aan het herhaaldelijk verzoek van de Ontvanger de koopprijs aan hem te voldoen, wordt door de curator geen gevolg gegeven. De curator laat de Ontvanger weten dat de koopprijs is toegevoegd aan het boedelactief en dat hij zal uitkeren conform de wettelijke regels van voorrang en rekening houdend met de preferentie van de Ontvanger. Volgens de curator heeft de Ontvanger geen recht op de opbrengst als separatist, omdat het hypotheekrecht is doorgehaald. De Ontvanger laat het er niet bij zitten en vordert een verklaring voor recht dat de curator gehouden is de positie van de ontvanger als separatist te honoreren, met veroordeling van de curator tot betaling van de verkoopopbrengst.

3. Oneigenlijke lossing.

Aan het feit dat de curator niet heeft gereageerd op de brief van de Ontvanger dat hij instemt met de onderhandse verkoop, maar uitdrukkelijk niet zijn positie als separatist prijsgeeft, verbindt de rechtbank de conclusie dat partijen oneigenlijke lossing zijn overeengekomen met uitdrukkelijke handhaving van het recht van de Ontvanger als separatist (r.o. 4.5). Oneigenlijke lossing is, kort samengevat, een buitenwettelijke vorm van executie waarbij de curator zich verbindt de verbonden zaak onderhands, met machtiging van de rechter-commissaris ex art. 176 Fw, te verkopen en de vordering van de hypotheekhouder te voldoen zonder dat deze behoeft bij te dragen in de faillissementskosten (zie HR 25 februari 2011, «JOR» 2014/271, m.nt. NEDF en Vermunt (ING/Hielkema q.q.)). Hoewel dit in het vonnis niet met zoveel woorden is overwogen, heeft de rechtbank kennelijk de afwijkende aanvaarding van het aanbod als een nieuw aanbod van de Ontvanger beschouwd (art. 6:225 lid 1 BW) en het gedrag van de curator – het niet reageren gevolgd door de onderhandse verkoop – gekwalificeerd als een stilzwijgende aanvaarding van het aanbod van de Ontvanger (art. 6: 217 en 3:37 lid 1 BW).

4. Onvoorziene omstandigheden.

Op listige wijze probeert de curator nog met een beroep op onvoorziene omstandigheden (ex art. 6:258 BW) aan zijn verplichtingen te ontkomen. Voor zover er al een overeenkomst zou zijn tussen hem en de ontvanger (wat de curator betwist), ontbindt hij deze. Hij voert daartoe aan dat er sprake zou zijn van gewijzigde omstandigheden, aangezien het hypotheekrecht op grond van art. 188 Fw is vervallen. Terecht wordt dit beroep door de rechtbank resoluut van de hand gewezen. In de eerste plaats is het aan de rechtbank, en niet de curator, tot ontbinding over te gaan op grond van onvoorziene omstandigheden. In de tweede plaats komt de curator geen beroep op onvoorziene omstandigheden toe als hij deze gewijzigde omstandigheden zelf heeft gecreëerd (door de verkoop en de verklaring van de rechter-commissaris dat het hypotheekrecht is tenietgegaan en vervallen ex art. 188 lid 2 Fw). Los daarvan, is het vervallen van het hypotheekrecht een beoogd rechtsgevolg van de onderhandse verkoop door de curator. Het vervallen van het hypotheekrecht kan dan ook bezwaarlijk als “onvoorzien” kwalificeren.

5. Grondslag verkoop.

Met het oordeel dat oneigenlijke lossing is overeengekomen, lijkt de zaak beslecht. Immers, op grond van deze overeenkomst is de curator gehouden de vordering van de Ontvanger te voldoen uit de opbrengst van de onderhandse verkoop zonder mee te delen in de algemene faillissementskosten. Kenmerkend voor oneigenlijke lossing (als vorm van executie) is nu juist dat de hypotheekhouder niet bijdraagt in de algemene faillissementskosten ex art. 182 Fw (zie bijv. de Recofa Separatistenregeling). De rechtbank overweegt vervolgens echter dat de handelwijze van de curator niet valt te kwalificeren als oneigenlijke lossing (r.o. 4.10). Dit oordeel verbaast na de eerdere vaststelling van de rechtbank dat “de gevolgtrekking geen andere [kan] zijn, dan dat de Ontvanger en de curator zijn overeengekomen over te gaan tot oneigenlijke lossing” (r.o. 4.5). Mogelijk bedoelt de rechtbank dat de oneigenlijke lossing weliswaar is overeengekomen, maar de curator hier geen gevolg aan heeft gegeven (door over te gaan tot verkoop zonder voorafgaande instemming van de Ontvanger met de geboden verkoopprijs). Als de curator echter niet handelde op grond van de overeenkomst tot oneigenlijke lossing, rijst de vraag waar de curator dan wel de bevoegdheid tot verkoop aan ontleende. De rechtbank heeft immers vastgesteld (in r.o. 4.10) dat de curator evenmin gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid te lossen ex art. 58 lid 2 Fw of een termijn te stellen ex art. 58 lid 1 Fw. De rechtbank laat deze vraag onbeantwoord, maar oordeelt dat de handelwijze van de curator er in geen geval toe kan leiden dat de Ontvanger moet meedelen in de algemene faillissementskosten en met minder genoegen moet nemen dan hetgeen hem op grond van zijn positie als separatist toekomt (r.o. 4.11). Het standpunt van de curator dat nu het hypotheekrecht op grond van art. 188 lid 2 Fw is doorgehaald, de Ontvanger geen recht heeft op de opbrengst als separatist, wordt verworpen.

6. Conclusie.

Kort samengevat, komt het oordeel van de rechtbank erop neer dat, hoewel een hypotheekrecht bij verkoop door de curator tenietgaat door de levering en voldoening van de koopprijs (ex art. 188 Fw), de Ontvanger in het onderhavige geval zijn recht op de verkoopopbrengst als separatist behoudt aangezien (i) hij zijn recht als hypotheekhouder niet heeft prijsgegeven, en (ii) de curator met zijn eigenmachtig handelen niet het recht van de Ontvanger als separatist kan frustreren. Hoewel deze uitkomst bevredigend is, is het jammer dat de rechtbank de grondslag voor haar oordeel niet nader onderbouwt. Tot slot dient de vraag zich aan in hoeverre de rechter-commissaris van de handelwijze van de curator op de hoogte was toen hij deze toestemming gaf voor de onderhandse verkoop en de verklaring ex art. 188 lid 2 Fw verstrekke. Uit het vonnis blijkt dit helaas niet.

mr. M.H.S. Berghuijs, advocaat bij Stibbe NV te Amsterdam