

Een overeenkomst met de curator als vorm van parate executie

mr. M.J.W. van Ingen¹

In de afgelopen paar jaar heeft de rechtspraak de separatist een ruim scala van additionele middelen geboden om haar recht als separatist geldend te maken. Daarbij speelt ook de faillissementscurator een steeds grotere rol. In deze bijdrage wordt stilgestaan bij een aantal praktische problemen bij verkoop bij wege van executie door de curator en bij de verantwoordelijkheden die de curator bij een dergelijke verkoop op zich neemt.

1. Verkoop door de curator als executie

Het recht van pand kende van oudsher een ruime executieregeling, neergelegd in de art. 3:250 en 3:251 BW. Uitgangspunt ingevolge art. 3:250 BW is de openbare executoriale verkoop. Art. 3:251 lid 1 BW biedt de executant en de pandgever de mogelijkheid om zich te wenden tot de voorzieningenrechter om een andere wijze van executoriale verkoop te bepalen.² Het tweede lid van art. 3:251 BW biedt de mogelijkheid om -indien ook beslagleggers en eventuele beperkt gerechtigden daarmee instemmen- nadat de pandhouder bevoegd is geworden tot verkoop over te gaan, een andere wijze van verkoop overeen te komen (derhalve zonder rechterlijk toezicht). In de literatuur waren de meningen verdeeld over de reikwijdte van dit artikel. Sommigen, waaronder schrijver dezes,³ zagen dit artikellid niet als een eigenlijke executie, maar als een weerslag van de contractsvrijheid, waar anderen van mening waren dat op grond van de plaatsing van het artikel in de wet, sprake was van een executie met alle bijbehorende gevolgen.

In zijn arrest van 25 februari 2011, NJ 2012/19 (ING/Hielkema q.q.) leek de Hoge Raad al te impliceren dat ook de verkoop op voet van art. 3:251 lid 2 BW een executoriale verkoop was. De Hoge Raad overwoog in r.o. 3.4.:

3.4 (...) Ingevolge art. 3:248 lid 1 BW is de pandhouder bevoegd het verpande goed te verkopen en het hem verschuldigde op de opbrengst te

verhalen, als de pandgever in verzuim is met de voldoening van hetgeen waartoe de zekerheid van het pand dient. Op de voet van art. 3:250 BW geschiedt deze verkoop in het openbaar, doch ingevolge art. 3:251 BW is ook onderhandse verkoop mogelijk. In al deze gevallen oefent de pandhouder het recht van parate executie uit als bedoeld in art. 3:248 lid 1. Daaronder valt mitsdien ook het geval dat de pandhouder en de pandgever ingevolge art. 3:251 lid 2 onderhandse verkoop zijn overeengekomen. Er is geen reden hierop een uitzondering aan te nemen als de pandhouder en pandgever van de hun in de wet verleende vrijheid gebruik hebben gemaakt en zijn overeengekomen dat deze onderhandse verkoop door de pandgever zal geschieden. Ook in dat geval geschiedt de verkoop van het verpande immers ten behoeve van de pandhouder en kan deze zich als separatist verhalen op de opbrengst daarvan.

Toch is deze uitspraak niet geheel helder, omdat de Hoge Raad vervolgt door te overwegen:

Dit is niet anders in faillissement bij verkoop door de curator krachtens overeenstemming tussen hem en de pandhouder. Deze verkoop valt daarom binnen het toepassingsbereik van art. 57 F. en moet worden beschouwd als (een vorm van) uitoefening van het recht van parate executie van de pandhouder. Oneigenlijke lossing is dus een vorm van executie, terwijl lossing als bedoeld in art. 58 lid 2 F. juist geschiedt ter voorkoming van uitoefening van het recht van executie. Anders dan het middel inhoudt, dienen eigenlijke en oneigenlijke lossing, zowel bij pand als bij hypotheek, aldus van elkaar te worden onderscheiden.

3.5 Uit hetgeen hiervoor in 3.4 is overwogen volgt dat de onderhavige verkoop door de curator moet worden beschouwd als de uitoefening van het recht van executie van de pandhouder. Op grond hiervan moet worden aangenomen

1. Mr. M.J.W. van Ingen is advocaat bij Holla en tevens redactielid.
2. Partijen kunnen de toepasselijkheid van dit beding uitsluiten, nu art. 3:251 lid 1 BW aanvangt met de woorden 'Tenzij anders is bedongen (...)'. In de praktijk sluiten professionele kredietverschaffers deze mogelijkheid slechts uit voor de pandgever.
3. A.W. Jongbloed en M.J.W. van Ingen, *Onderhandse Executie*, Deventer 2007, p. 23 e.v.

dat sprake is van levering tot executie van zekerheid als bedoeld in art. 24ba lid 1, aanhef en onder d, van het Uitvoeringsbesluit omzetbelasting 1968. Dit blijkt zowel uit de tekst ervan als uit de bedoeling van de besluitgever zoals weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.16 en 2.17.

In dit fiscale arrest ging het immers om de vraag of de verleggingsregeling van art. 24ba lid 1 OB toepassing vond en die vraag had aanzienlijke korter kunnen worden beantwoord als de Hoge Raad onomwonden had gesteld dat er bij een verkoop op voet van art. 3:251 lid 2 BW sprake was van een 'zuivere' executie. In plaats daarvan brengt hij enige verwarring door de oneigenlijke lossing door de curator te duiden als een vorm van uitoefening van de rechten van de separatist. Hoewel het een fiscaal arrest is, lost de Hoge Raad het civielrechtelijk op, wat doet vermoeden dat daar een bedoeling achter gezeten heeft.

Kort daarna op 15 maart 2013, overweegt de Hoge Raad hetzelfde voor hypotheek:⁴

3.3.1. Ingevolge artikel 3:268, lid 1, BW is een schuldeiser/hypotheekhouder bevoegd het verbonden goed in het openbaar te doen verkopen en het hem verschuldigde op de opbrengst te verhalen, indien de schuldenaar in verzuim is met de voldoening van hetgeen waarvoor de hypotheek tot waarborg strekt. Ingevolge artikel 3:268, lid 2, BW is onder de in deze bepaling vermelde voorwaarden ook onderhandse verkoop mogelijk. In al deze gevallen oefent de hypotheekhouder het recht van parate executie uit. Er is geen reden anders te oordelen ingeval de hypotheekhouder en de hypotheekgever onderhandse verkoop zijn overeengekomen zonder dat is voldaan aan de voorwaarden die artikel 3:268, lid 2, BW stelt. Ook in dat geval geschiedt de verkoop van het verbonden goed immers ten behoeve van de hypotheekhouder en kan deze zich als separatist verhalen op de opbrengst daarvan (vgl. HR 3 december 1993, nr. 8410, LJN ZC1172, NJ 1994, 176, onderdeel 3.5). Dit is niet anders bij verkoop door de curator krachtens overeenstemming tussen hem en de hypotheekhouder ingeval de hypotheekgever in faillissement verkeert (zogeheten oneigenlijke lossing). Oneigenlijke lossing is dus een vorm van executie, te onderscheiden van lossing bedoeld in artikel 58, lid 2, van de Faillissementswet, die juist geschiedt ter voorkoming van uitoefening van het recht van executie (vgl. HR 25 februari 2011, nr. 10/01435, LJN BO7109, V-N 2011/18.16, onderdeel 3.4).

4. HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013: BZ4072 (Staatssecretaris van Financiën/X). Het betoog van Van Bergen in het WPNR dat in dat geval geen sprake zou zijn van een executoriale verkoop lijkt dus onjuist, vgl. S.J.L.M. van Bergen, 'Oneigenlijke lossing als vorm van parate executie (!)', WPNR 2014/7033.

Ook dit arrest ging over de toepassing van de verleggingsregeling. Daarmee kan betoogd worden dat uitsluitend fiscaalrechtelijk de term 'executie' is gebruikt. Immers, beide arresten gingen over de toepassing van de verleggingsregeling die spreekt over 'levering van een in zekerheid gegeven zaak ter executie van die zekerheid'.⁵ De Hoge Raad lost het probleem echter langs civielrechtelijke wijze op en in het civielrechtelijke arrest van 14 februari 2014, NJ 2014/264 (Feenstra q.q./ING) stelt de Hoge Raad onomwonden onder verwijzing naar ING/Hielkema q.q. dat de verkoop op voet van art. 3:251 lid 2 BW een executoriaal karakter heeft en daarmee is er ook weinig reden om aan te nemen dat bij een verkoop door de curator een ander karakter voor zit. Kwintessens is immers dat de Hoge Raad in beide arresten voorop stelt dat de verkoop ten behoeve van de zekerheidsgerechtigde plaats vindt die zich vervolgens op de opbrengst verhaalt.

2. Verantwoordelijkheden van de curator

Dat oneigenlijke lossing een vorm van executie is, is dogmatisch moeilijk te verklaren, tenzij, zoals Steneker betoogt, de curator een eigen executiebevoegdheid heeft.⁶ Die gerechtvaardigde aanname past in het huidige stelsel van de wet, waarin uitgegaan wordt van het eigen autonome executierecht. Toch is het wetshistorisch niet geheel juist om de faillissementscurator een eigen executiebevoegdheid toe te dichten, nu de faillissementswet tot stand kwam toen uitgegaan werd van het gegeven dat de executant verkocht krachtens een hem verleend mandaat; de mandaatsleer.⁷ Maar waar de wetgever op zich laat wachten is wenselijk en begrijpelijk dat de Hoge Raad de rol van de curator moderniseert.

De modernisering van de rol van de curator brengt ook de nodige extra verantwoordelijkheden met zich.

Zo zal bij de verkoop van verpande zaken een overeenkomst buiten faillissement slechts bij wege van executie kunnen worden verkocht met instemming van beslagleggers en beperkt gerechtigden. In het faillissement gaan de gelegde beslagen echter op in het algemene faillissementsbeslag en de curator is op grond van art. 57 lid 3 Fw eveneens de belangenbehartiger van de beperkt gerechtigden, zodat het gevolg is dat zuivering optreedt van alle op het verpande rustende rechten, met uitzondering van hoger gerangschikte pandrechten, vgl. art. 3:248 lid

5. Art. 24ba lid 1 aanhef en onder d Uitvoeringsbesluit Omzetbelasting 1968.

6. A. Steneker, 'Uitbestede Executie', WPNR 2014/7033.

7. Daarbij zij overigens opgemerkt dat ook in de huidige wettekst niet uitdrukkelijk is terug te vinden dat de pand- of hypotheekhouder een eigen recht heeft. Uitsluitend art. 3:248 spreekt over het 'recht van de pandhouder het goed te verkopen', maar laat nog in het midden waaraan dat recht is ontleend.

3 BW. Maar waar bij een executoriale verkoop buiten faillissement de expliciete instemming nodig is, rust in faillissement de verantwoordelijkheid om ook die belangen te behartigen bij de curator.

Bij hypotheek, waar een ogenschijnlijk gesloten systeem geldt is, rusten op de curator nog meer verantwoordelijkheden. Ook hier is het uitgangspunt openbare verkoop ingevolge art. 3:268 lid 1 BW. Met toestemming van de voorzieningenrechter is, middels een door vormvoorschriften gewaarborgde procedure, onderhandse executoriale verkoop mogelijk. Een regeling zoals art. 3:251 lid 2 BW, waarbij partijen nadat de hypotheekhouder bevoegd is geworden tot verkoop over te gaan, een andere wijze van verkoop overeen kunnen komen, ontbreekt. Toch is dat laatste nu juist iets wat in de praktijk veelvuldig voorkomt, doordat de hypotheekhouder de hypotheekgever beweegt tot afgifte van een onherroepelijke volmacht, om zich vervolgens te gedragen als eigenaar. Uit de gedachte dat partijen contractsvrijheid hebben is daar in essentie weinig op tegen, maar afgezet tegen het feit dat de wetgever nu juist vanwege de zwaarwegende belangen een met voldoende waarborgen omkleedde procedure heeft willen scheppen, staat dit mijns inziens in schril contrast met de bedoeling van de wetgever.⁸ Zoals hiervoor reeds werd opgemerkt is ook bij hypotheek de figuur van oneigenlijke lossing als executie gekwalificeerd door de Hoge Raad. De curator kan daarmee ook de rechten van de executant uitoefenen of dit nu geschiedt krachtens lastgeving of krachtens eigen recht.

2.1. Het beheer- en ontruimingsbeding bij verkoop door de curator

Dat de curator ook de rechten van de hypotheekhouder kan uitoefenen is ook precies de lijn die het Hof Amsterdam inmiddels heeft uitgezet. In zijn arrest van 24 december 2013, *JOR* 2015/48 overwoog het Hof:

3.3 Appellant heeft onder meer aangevoerd dat Rabobank het in de hypotheekakte neergelegde ontruimingsbeding niet kan invoeren nu het de curator is die wil verkopen en leveren en mitsdien van een executie geen sprake is. Dit betoog moet worden verworpen. Indien, zoals in het onderhavige geval, de curator de zaak onderhands verkoopt krachtens een daartoe strekkende afspraak met de hypotheekhouder (...) moet die verkoop worden beschouwd als (een vorm van) uitoefening van het recht van parate executie en moet die verkoop derhalve,

8. Zoals hierna zal worden besproken moet men ook bedenken dat de hypotheekgever ook iedere bescherming die de wetgever hem heeft willen bieden uit handen is geslagen, daar waar bij gebreke van zijn 'vrijwillige' medewerking, de onwillige hypotheekgever door zijn faillissement te bewerkstelligen de rechtsbescherming en marktwerking die de wetgever heeft beoogd alsnog wordt onthouden.

waar het betreft de bevoegdheid om het ontruimingsbeding in te roepen, als executie worden beschouwd (...)

Volledigheidshalve zij opgemerkt dat op 1 januari 2015 wetsvoorstel 33.484 in werking is getreden. De wet beoogt om executoriale verkoop aantrekkelijker te maken voor een breder publiek. Art. 3:267 is zodanig gewijzigd dat, indien de hypotheekhouder machtiging verzoekt om de zaak in beheer te nemen, op grond van art. 3:267 lid 3 BW de voorzieningenrechter –imperatief– de hypotheekgever en de zijnen, alsmede een ieder behoudens de huurders (op wie immers art. 3:264 BW van toepassing is), tevens verplicht tot ontruiming. De gedachte daar achter is overigens dat door die veroordeling de hypotheekhouder desgewenst tot ontruiming kan over gaan, maar daartoe niet gehouden is.⁹

Die door de Hoge Raad uitgezette lijn om ook een oneigenlijke lossing als een executie te kwalificeren heeft vergaande implicaties. Dit betekent bijvoorbeeld ook dat bij een verkoop van een verhypothekerde zaak door de curator zuivering optreedt, ingevolge art. 3:273 BW. Anders dan bij pand geldt voor hypotheek dat zuivering ook hoger gerangschikte hypotheeken doet vervallen en dat brengt weer met zich dat als de curator bij wijze van spreken een verkoopovereenkomst sluit met de derde hypotheekhouder, de eerste twee gerangschikten weliswaar een positie hebben in de rangregeling, maar niet in gelegenheid zijn geweest om de executie over te nemen of anderszins naar hun hand te zetten. Die implicatie zou vreemd zijn, omdat het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering nu juist in deze situatie voorziet in art. 509 Rv. De figuur van oneigenlijke lossing gaat echter voorbij aan de bepalingen van het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering omdat een hele obligatoire relatie tussen hypotheekhouder en curator als executie wordt gekwalificeerd zonder dat deze aan enig voorschrift –anders dan van de faillissementswet– is gebonden.

2.2. De ontruiming bij verkoop door de curator

De problemen met de kwalificatie van de verkoop door de curator op basis van een overeenkomst met de hypotheekhouder als een executoriale verkoop zijn daarmee zeker niet ten einde. Na een executie-veiling vindt de levering conform het bepaalde in art. 546 j° 525 Rv plaats. De basis daarvoor wordt gelegd in art. 3:268 lid 4 BW dat aangeeft dat de executie geschiedt overeenkomstig de bepalingen van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Art. 525 Rv spreekt in het derde lid uit: 'de geëxecuteerde zal op enkel vertoon van het procesverbaal tot ontruiming worden genoodzaakt op de wijze bepaald bij de artikelen 556 en 557'.

9. Advies RvS en Nader rapport, *Kamerstukken II* 2012/13, 33 484, nr. 4, p. 12.

De hier gegeven regeling is een voorbeeld van reële executie. Na de eigendomsoverdracht (de in lid 1 bedoelde inschrijving) kan de geëxecuteerde tot ontzuiming worden genoodzaakt, want vanaf dat moment verblijft deze daar zonder recht of titel. Uit de zinsnede 'op enkel vertoon van het proces-verbaal' volgt dat voorafgaande betekening van de gosse en het bevel niet nodig is. De wetgever hield bij deze bepaling al geen rekening met de onderhandse executie van art. 3:268 lid 2 BW. In de literatuur werd algemeen aangenomen dat 525 Rv analoog moet worden toegepast door de beschikking van de voorzieningenrechter bij onderhandse executie gelijk te stellen met de notariële verklaring als bedoeld in dat artikel.¹⁰ In de enige daarover bekende uitspraak is dat standpunt gevolgd.¹¹ Spijtig genoeg heeft de wetgever deze lacune in de wet niet gerepareerd bij de invoering van wetsvoorstel 33.484 omdat er eenvoudigweg, zo blijkt uit de memorie van toelichting, geen acht op is geslagen.

Dat probleem doemt weer in volle omvang op bij de verkoop door de curator. Enerzijds moet geconstateerd worden dat, waar hier sprake is van een executoriale verkoop, die verkoop ook in volle omvang de executoriale gevolgen dient te hebben die de wet daar aan toekent, maar de andere kant van de medaille is wel dat bij een verkoop op voet van art. 3:268 lid 1 of lid 2 een notaris, of een rechter acht slaat op de gerechtvaardigde belangen van de geëxecuteerde die daarmee genoegzaam gewaarborgd zijn. Dat laatste is niet het geval bij een verkoop door de curator wiens primaire taak niet is het hoeden voor de belangen van de geëxecuteerde en waar een verkoop bovendien niet eens aangekondigd of bekend hoeft te zijn. Een nogal strikte analoge toepassing kan dan met zich brengen dat de geëxecuteerde van de een op de andere dag op basis van een gesloten overeenkomst door de curator zou kunnen worden ontruimd. Dat voert m.i. te ver en in ieder geval moet worden aangenomen dat hier voor de transporterend notaris in het kader van diens Belehrungspflicht een taak is weggelegd tegenover de geëxecuteerde.

2.3. Het huurbeding bij verkoop door de curator

Het huurbeding strekt er toe om de hypotheekhouder, kort gezegd, te beschermen tegen waardevermindering van het onderpand. Net als het hiervoor besproken beheerbeding –wat eenzelfde strekking heeft– is het een beding wat optioneel in de hypotheekakte kan worden opgenomen en in de praktijk standaard wordt opgenomen.¹² De bedingen

zijn zo standaard dat de vraag rijst of de wetgever er nu niet beter aan had gedaan om deze van een optioneel te maken beding op te nemen als een aan de hypotheek verbonden recht, net zoals bijvoorbeeld het pandrecht van rechtswege op vorderingen vanwege het geheel of gedeeltelijk teniet gaan van het onderpand van art 3:229 BW.

Het beding geeft de hypotheekhouder het recht om posterieure verhuur te vernietigen. In de praktijk stuitte de regeling van het huurbeding, met name bij woonruimte, op praktische problemen. De regeling is met de invoering van wetsvoorstel 33.484 aangepast in die zin dat ook bij woonruimte de hypotheekhouder verplicht is het beding in te roepen, tenzij: (a) er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat instandhouding van de huur in het belang is van de openbare verkoop, (b) ook met instandhouding van de huur er kennelijk voldoende opbrengst zal zijn om alle hypotheekhouders die het beding hebben gemaakt en kunnen inroepen, te voldoen, danwel (c) er geen personen zijn die krachtens huurovereenkomst op het moment van bekendmaking van de verkoop op de wijze als bepaald in art. 516 Rv van de zaak gebruik maken.

Deze verplichting geldt echter slechts bij het ter veiling verkopen van de zaak en uitdrukkelijk niet bij een onderhandse verkoop ingevolge art. 3:268 lid 2 BW, zodat ook niet valt in te zien dat deze geldt bij een verkoop door de curator. De wetgever heeft echter met de wetswijziging ook verduidelijkt dat de executerend hypotheekhouder het beding niet slechts te zijner behoefte inroept, maar ook ten behoeve van alle andere hypotheekhouders.

Aangezien niet valt in te zien waarom ten aanzien van een beroep op het huurbeding iets anders zou gelden dan bij een beroep op het beheerbeding, moet er van uit gegaan worden dat de curator die krachtens overeenkomst met de hypotheekhouder koopt, zich ook zal moeten vergewissen van de mogelijkheid het huurbeding in te roepen ten behoeve van anderen dan zijn opdrachtgever; dat ligt immers in de overeenkomst besloten, omdat het dezelfde verantwoordelijkheid is als de hypotheekhouder zelf draagt.

2.4. Toepasselijkheid van 7:19 en het kenbaarheidsvereiste bij verkoop door de curator

De kwalificatie van de verkoop door de curator als een executieverkoop, maakt ook een einde aan de vraag of art. 7:19 BW van toepassing kan zijn op een dergelijke verkoop. Dit artikel maakt dat de verkoper, de executant, niet kan worden aangesproken voor gebreken waarvan hij geen wetenschap had en, zo hij die wetenschap wel had, de gebreken zijn opgenomen in de bijzondere veilingvoorwaarden. Naast de vraag of dat artikel wel toepasselijk kan zijn op deze verkoop doemt echter een ander pro-

nomen, kennelijk onder het mom 'baat het niet, dan schaadt het niet'.

10. Zie M.J.W. van Ingen en A.W. Jongbloed, *Onderhandse Executie*, Deventer 2007, par. 6.7.

11. Vgl. V.zr. Rb. Roermond 15 november 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:8643.

12. Hoewel het huurbeding niet is bedoeld geschreven voor een situatie waarin de hypotheekhouder weet dat het onderpand niet is bedoeld voor eigen gebruik van de hypotheekgever, wordt het in de regel opge-

bleem op. De verkoper kan zich immers niet op art. 7:19 BW beroepen indien de koper niet bekend was of kon zijn dat hij kocht op een executoriale verkoop, zoals het tweede lid uitdrukkelijk buiten twijfel stelt. De wetgever heeft hier een duidelijke 'kenbaarheidswaarborg' willen inbouwen. De vraag rijst of de koper die koopt van een curator niet redelijkerwijs moet weten dat die verkoop geschiedt ten behoeve van de hypotheekhouder. Uit het kadaster is voor hem immers kenbaar dat er een hypotheekhouder is en hij weet dat de eigenaar gefailleerd is. Er mag echter niet uit het oog worden verlore dat de verkoop door de curator niet een executoriale verkoop behoeft te zijn. Hoewel in de literatuur daarover de meningen verschillen,¹³ lijkt de rechtspraak daarvan immers nog niet overtuigd.¹⁴ Een verkoop door de curator kan ook een 'willig' karakter hebben.

Om die problemen te voorkomen is het raadzaam dat de curator buiten twijfel stelt dat hij verkoopt in opdracht van de hypotheekhouder en dat de verkoop als een executoriale verkoop moet worden gekwalificeerd, waarmee hij voldoet aan het kenbaarheidsvereiste wat de wetgever uitdrukkelijk heeft beoogd.

3. De primus interparis bij de executie

Bij de executie van onroerende zaken vindt de verkoop plaats ten overstaan van de notaris, vgl. art. 514 Rv. De notaris is verantwoordelijk voor de naleving van vormvoorschriften en ordentelijk verloop van de executie. Daar waar de wetgever af heeft gezien van notarieel toezicht, zoals bij de verkoop overeenkomstig art. 3:268 lid 2 BW, verschijnt de rechter ten tonele om zijn machtiging te verlenen. Belanghebbenden kunnen zelfstandig opkomen in het executietraject en desnoods de weg van art. 438 Rv volgen. Bij pand ligt dat primaat bij de deурwarder ingevolge de Wet Openbare Verkopingen. Maar dat hele speelveld wijzigt indien er sprake is van een faillissement. Dan gaan de beslagen op in het faillissementsbeslag en behartigt de curator de belangen van de schuldeisers die dat niet meer zelf kunnen ingevolge art. 57 lid 3 Fw. Natuurlijk is daar enige vorm van rechtelijk toezicht door de rechter-commissaris, maar diens taak is ingegeven door het belang van het conglomeraat en daarmee is de aan te leggen toets minder objectief.

Dat de curator de primus interparis wordt in dat executietraject brengt ook nieuwe verantwoordelijkheden met zich. Zo de curator contracteert met de separatist, dient hij zich ook te realiseren dat niet slechts het boedelbelang leidend is. Evenals de separatist zelve niet alles is toegestaan, geldt dit ook voor de curator. Een goed voorbeeld is een uitspraak van de rechtbank Haarlem, waar de voorzie-

ningenrechter het verzoek kreeg voorgelegd van de pandhouder om de kunstcollectie van DSB onderhands te mogen verkopen aan particulieren.¹⁵ Curatoren gingen er van uit dat dit als consequentie zou kunnen hebben dat de boedel geconfronteerd zou worden met een vordering ter zake de omzetbelasting waarop de pandhouder zich had verhaald en daarom negatieve consequenties voor de boedel zou hebben. De voorzieningenrechter nam dit ook als uitgangspunt.¹⁶ De pandhouder voerde aan dat haar belang om een zo hoog mogelijke opbrengst te verkrijgen ook dan moest prevaleren, maar de voorzieningenrechter deelt die visie niet omdat 'het enkele feit dat de pandhouder zich bij de voorgestane verkoop op de BTW mag verhalen, nog niet maakt dat de belangen van de pandgever of andere schuldeisers voor het BTW deel zijn achtergesteld aan die van de pandhouder'.

4. Conclusie

Zoals hiervoor uiteen is gezet is ook de figuur van oneigenlijke lossing door de Hoge Raad gekwalificeerd als een zuivere executie. Die executie vindt dan echter niet plaats overeenkomstig het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, maar binnen het systeem van de Faillissementswet. Die benadering brengt de nodige problemen met zich omdat de wet niet voorziet in deze situatie. Waar buiten faillissement steeds een aangewezen figuur de executie begeleidt en waakt voor de waarborging van betrokken belangen, is bij toepassing van deze figuur de curator de centrale en alles bepalende figuur. Dat brengt verantwoordelijkheden met zich voor de 'executerende curator'. De curator die een overeenkomst sluit ter oneigenlijke lossing zal bij de verkoop zich er ook van moeten vergewissen dat hij verantwoordelijk is voor ordentelijke verkoop en daarbij ook rekening moeten houden met gerechtvaardigde belangen van derden, zelfs al zijn die geen crediteur.

13. Vgl. S.C.J.J. Kortmann, 'Derden in faillissement', *AAe* 1997, p. 54 e.v., alsmede Wessels, B. Wessels, 'Koop: algemeen', *Mon. Nieuw BW* B65a, nr. 35.

14. Vgl. Rb. Arnhem 16 januari 1997, *NJkort* 1997/14.

15. V.zr. Rechtbank Haarlem 10 november 2011, *RI* 2012/35 (Deutsche Bank/Curatoren DSB).

16. Opgemerkt zij dat m.i. dat uitgangspunt niet juist is indien de curatoren de executie niet zelf ter hand namen. Dan zou sprake zijn van een niet-verifieerbare schuld, zoals Deutsche Bank ook terecht stelde.