

## Lossing door de curator

Mr. J.L. van den Heuvel & mr. dr. L.J. van Eeghen, datum 19-07-2019

**Datum**

19-07-2019

**Auteur**

Mr. J.L. van den Heuvel & mr. dr. L.J. van Eeghen<sup>[1]</sup>

**Folio weergave**

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

**JCDI**

JCDI:ADS69368:1

**Vakgebied(en)**

Insolventierecht / Algemeen

De curator kan lossen voor de netto liquidatiewaarde die de separatist zelf zou kunnen realiseren zonder medewerking van de curator. Met name in die gevallen dat een optimale verkoop of een doorstart afhankelijk is van de feitelijke macht en rechtspositie van de schuldenaar/curator kan dat leiden tot een aanzienlijk hoger boedelactief. De Separatistenregeling houdt hier geen rekening mee.

### Inleiding

De faillissementspraktijk en de als bijlage E bij de Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances<sup>[2]</sup> gevoegde Separatistenregeling<sup>[3]</sup> lijken voorbij te zijn gegaan aan de mogelijkheid voor de curator de separatist te lossen zoals die blijkt uit de Toelichting Meijers en een arrest van de Hoge Raad alweer uit 2010. In dit artikel wordt verkend welke juridische en praktische gevolgen hieruit kunnen voortvloeien. Betoogd zal worden dat het ter lossing te betalen bedrag niet hoger hoeft te zijn dan de executieopbrengst die de separatist zelf, zonder enige medewerking van de curator, kan realiseren, plus eventueel al gemaakte executiekosten. Is dit bedrag minder dan de te verwachten opbrengst minus de daartoe te maken kosten en is de netto opbrengst vóór de boedelkosten van 39 en 40 Fw positief, dan is het aantrekkelijk voor de curator/boedel te lossen. Het zal blijken dat de huidige taxatiepraktijk hierop niet is toegesneden. Onderzocht wordt of het voor de curator die overweegt te lossen en de onderneming enige tijd voort te zetten aantrekkelijk kan zijn goederen onder retentierecht op te eisen en eigendomsvoorbeholden te lossen. Lang niet elk faillissement leent zich voor lossing. Ook de financiering zal een uitdaging zijn en de kosten daarvan zullen betrokken moeten worden bij de beslissing. Bij veel retailfaillissementen – waar voorraden indien niet vanuit de winkel verkocht veelal vrijwel waardeloos zijn – ligt de lossing voor de hand. Maar zelfs bij elk doorstartfaillissement verdient de lossing serieuze overweging, althans levert de mogelijkheid een goede basis op voor onderhandeling met de separatist. Betoogd zal worden dat het wenselijk is de Separatistenregeling aan te passen, door rekening te houden met andere vergoedingen indien lossing een redelijke mogelijkheid is. Het lijkt ook nuttig te zijn de Federatie TMV te benaderen teneinde ook de netto liquidatiewaarde als gedefinieerde standaard taxatiewaarde op te laten nemen.

### Wettelijke regeling van de lossing

Art. 3:269 BW zegt dat de verkoop door de hypotheekhouder voorkomen kan worden 'door voldoening van hetgeen waarvoor de hypotheek tot waarborg strekt, alsmede van de reeds gemaakte kosten van executie'. De vraag zou kunnen rijzen of 'hetgeen waarvoor de hypotheek tot waarborg strekt' de totale vordering van de hypotheekhouder is of de opbrengst die de hypotheekhouder zelf kan realiseren. Art. 3:249 lid 2 BW vermeldt dat de pandhouder bij de aanzegging van de executie 'zo nauwkeurig mogelijk de som moet aangeven, waarvoor het pand kan worden gelost'. Wij maken daaruit op dat het moet gaan om de waarde die de separatist zelf bij executie kan realiseren. In een beslissing van de Hoge Raad uit 2010<sup>[4]</sup> doet hij een beroep op Toelichting Meijers ('T.M.') op art. 3:269 BW<sup>[5]</sup>:

'Ter bescherming van de schuldenaar is aan deze echter in art. 3:269 BW een lossingsrecht toegekend. Deze bevoegdheid is in de T.M. onder meer als volgt toegelicht: "De schuldeiser, die toch niet meer dan het aangeboden bedrag [lees:] uit het goed kan verkrijgen, mag niet een voor de eigenaar nadelige verkoop doorzetten, alleen omdat hem misschien niet alles wat hij daarenboven nog van de schuldenaar te vorderen heeft, aangeboden wordt. Evenals in geval van executie van het goed, moet hij het niet door een hypotheek gedekt deel van de schuld op andere wijze trachten zich te verschaffen.'"

Hierbij moet worden aangetekend dat het in de besliste casus niet ging om het lossingsrecht jegens de hypotheekhouder maar om de vraag of het lossingsrecht ook bestaat bij executie door een beslaglegger, zodat de specifieke beslissing zelf niet ziet op de onderhavige vraag. Voorts kan men zich afvragen of de T.M. uitsluitend zou zien op het geval dat de hypotheekhouder misbruik maakt van zijn machtspositie door te dreigen met een nadelige verkoop teneinde zo aan te sturen op lossing van de hele vordering. Onzes inziens blijkt meer algemeen uit art. 3:269 jo. art. 3:249 lid 2 BW en de door de Hoge Raad aangehaalde T.M. dat 'hetgeen waarvoor de hypotheek tot waarborg strekt', niet meer is dan hetgeen de separatist als doe-het-zelver bij executie – al dan niet na een goedgekeurde onderhandse verkoop – 'uit het goed kan verkrijgen'.<sup>[9]</sup> Dat betekent dan dat lossing mogelijk is voor die waarde. Voorts moet worden opgemerkt dat de beslissing van de Hoge Raad ging over een hypotheekrecht. Maar gezien de algemene bewoordingen en normstelling van de T.M. en de verwijzingen in de Parlementaire geschiedenis bij 3:249 lid 2 BW naar art. 3:269 BW<sup>[7]</sup> is aan te nemen<sup>[8]</sup> dat deze ook betrekking heeft op pand.

## Positie van de curator

De curator is op grond van art. 58 lid 2 Fw<sup>[9]</sup> bevoegd tot lossing voor het hypotheek- en het pandrecht. Pand- en hypotheekhouder kunnen hun recht uitoefenen alsof er geen faillissement was (art. 57 lid 1 Fw) en zijn in beginsel doe-het-zelvers. De keerzijde daarvan is dat zij ook alleen aanspraak kunnen maken op de executieopbrengst die zij zelf kunnen realiseren. Op zich is duidelijk dat indien de curator in staat zal zijn voor alle of een deel van de zekerheidsactiva een hogere prijs te realiseren dan de separatist zelf kan realiseren en het te lossen bedrag en de kosten van voortzetting kan financieren, hij er belang bij heeft te lossen. Het faillissementspassief, het boedelactief en het uitkeringspercentage zullen hierdoor toenemen. Mits de opbrengst aldus ook voor een belangrijk deel naar redelijke verwachting dekking geeft aan boedelkosten die anders ook zouden ontstaan, zoals die van personeels- en huurkosten ex art. 39 en art. 40 Fw, is de voortzetting door de curator gerechtvaardigd. De curator doet er verstandig aan bij zijn beslissing rekening te houden met veelal tegenvallende kosten en risico's.

## Netto opbrengst

Bartels en Tweehuysen<sup>[10]</sup> menen zonder nadere motivering dat het bij wat 'de zekerheidsgerechtigde uit het goed kan verkrijgen' gaat om de door executie te verkrijgen *bruto* opbrengst. Tenzij zij daarmee slechts doelen op de verplichting reeds gemaakte executiekosten te vergoeden berust dat denklijk op een vergissing. Waar de separatist bij lossing al alle daadwerkelijk gemaakte executiekosten vergoed krijgt hoeft het 'aangeboden bedrag' daarnaast alleen af te dekken wat hij zelf 'uit het goed kan verkrijgen'. Uit de T.M. volgt dat het om de netto opbrengst moet gaan, concreet: de opbrengst na aftrek van alle executiekosten. Uitgangspunt is dat de zekerheidsgerechtigde er als doe-het-zelver niet slechter, maar ook niet ten koste van de schuldenaar beter van hoeft te worden. Er zijn faillissementen waarin dit een wereld van verschil maakt.

## Taxatiepraktijk

Hoe stel je vast wat 'de zekerheidsgerechtigde uit het goed kan verkrijgen', oftewel: het bedrag dat de pand- of hypotheekhouder zelf bij executie (in het openbaar dan wel onderhands) zou kunnen realiseren?<sup>[11]</sup> Taxateurs, verenigd in de Federatie TMV,<sup>[12]</sup> hanteren een aantal definities, waarbij met normstandaarden van de Nederlandse Vereniging van Banken is gewerkt: Onderhandse verkoopwaarde,<sup>[13]</sup> Onderhandse verkoopwaarde bij gelijkblijvende locatie en gebruik,<sup>[14]</sup> Liquidatiewaarde<sup>[15]</sup> en Executiewaarde.<sup>[16]</sup> De hier bedoelde Executiewaarde is voor de separatist minder relevant. Dit is de waarde die door de Belastingdienst wordt gehanteerd en gaat uit van een executie zonder commerciële voorbereiding van enige betekenis. Bij de Onderhandse verkoopwaarde bij gelijkblijvende locatie en gebruik wordt uitgegaan van verkoop aan een doorstarter die (het merendeel van) de activa overneemt, waarbij de locaties door de doorstarter tegen bestaande c.q. marktconforme prijzen kunnen worden verworven c.q. gehuurd. De medewerking van de curator om tot een optimale doorstart te komen is meestal nodig. Bij de Liquidatiewaarde wordt uitgegaan van een optimale liquidatie-opbrengst. Dan wordt meestal uitgegaan van een geleidelijke liquidatie vanuit de failliet (met medewerking van de curator), of in die gevallen dat dat niet opportuun is, door een commercieel goed voorbereide online veiling. Bij de geleidelijke liquidatie van bijvoorbeeld een productiebedrijf worden voorraden verkocht en orders uitgeleverd aan bestaande klanten en overige gegadigden (en wordt mogelijk onderhanden werk afgemaakt), in combinatie met een incasso van de debiteuren. Bij bijvoorbeeld een winkelbedrijf kan voor een periode van bijvoorbeeld enkele maanden voor een uitverkoop van de voorraden worden gekozen. Dit kan uiteraard ook dienstig zijn voor een (onderzoek naar een) nog te realiseren doorstart.

De definities reppen er niet over of het bruto of netto waarden zijn, rekening houdend met rechten van derden, dwangcrediteuren en liquidatiekosten waaronder ook de boedelkosten ex art. 39 en art. 40 Fw. Navraag bij toonaangevende

taxatiebureaus leert dat de praktijken wat verschillen. De een geeft de bruto waarde weer, maar geeft ook een indicatie van de consequenties van eigendomsvoorbeholden, retentierechten, mogelijke dwangcrediteuren en te verwachten liquidatiekosten. De ander betreft die posten al in de taxatiewaarde. Geen van de taxateurs betreft daarbij de boedelkosten ex art. 39 en art. 40 Fw (huur en personeel). In de taxatiewaarde bij optimale verkoop wordt de daarin begrepen goodwill niet afzonderlijk bepaald. Omdat het bij lossing gaat over de netto opbrengst die de separatist zelf kan verkrijgen, zonder medewerking van de curator, zijn deze taxatiewaardes niet goed bruikbaar voor de vaststelling van het bij lossing te betalen bedrag.

Een curator die overweegt te lossen doet er dus goed aan te werken met een opdracht aan de taxateur tot taxatie van de netto liquidatiewaarde zonder medewerking van de curator (hierna kortweg de 'netto liquidatiewaarde'). Benaderde taxateurs zeggen tot die taxatie in staat te zijn. Wellicht zou het nuttig zijn als Insolad, bij voorkeur met Recofa, deze behoefte met de Federatie TMV opneemt. In de Separatistenregeling van Recofa wordt geen rekening gehouden met (de gevolgen van een mogelijke) lossing.

## De lossing door de curator

Het recht te lossen ontstaat vóór faillissement door de aanvang van de executie. De schuldenaar kan bijvoorbeeld zijn hypotheek niet op eigen instigatie lossen als de waarde van het onderpand inmiddels minder is. Die beperking geldt niet voor de curator. De lossing moet plaatshebben vóór de executieverkoop. Of de curator eerst een termijn moet stellen om de aanvang van de executie zo nodig uit te lokken, maakt art. 58 Fw niet helemaal duidelijk. Het (beperkte) belang is hierin gelegen dat de zekerheidsgerechtigde er na een termijnstelling als bedoeld in lid 1 ook voor zou kunnen kiezen niet zelf te executeren en een beroep te doen op zijn voorrang op de opbrengst, in welk geval hij de omslag van de algemene faillissementskosten zal moeten dulden. Art. 58 lid 1 Fw bepaalt dat de curator dan kan verkopen, 'onverminderd het recht van de pand- en hypotheekhouders op de opbrengst'. Wordt hiermee bedoeld dat de separatist toch kan genieten van de door de curator te realiseren opbrengst als die, althans na omslag, hoger is dan de opbrengst die hij zelf zou kunnen realiseren? Op grond van de tekst van art. 58 lid 2 Fw en de strekking van de T.M. die de schuldenaar beschermt, nemen wij – met enige voorzichtigheid – aan dat voor de lossing door de curator geen voorafgaande aanvang van de executie, en dus termijnstelling, noodzakelijk is en dat lossing altijd kan plaatshebben.

Een curator die overweegt te lossen zal zeker een taxatie (moeten) laten doen. Maar waar in de praktijk altijd enig verschil van mening zal kunnen bestaan over de netto liquidatiewaarde en de vaststelling daarvan op korte termijn moeilijk is, stelt de eis van lossing vóór verkoop de curator voor problemen. Niet alleen omdat hij het bedrag gefinancierd moet krijgen. Maar ook omdat als de curator en de zekerheidsgerechtigde het niet eens zijn over het bedrag waartegen kan worden gelost, een gang naar de rechter zal moeten worden gemaakt. En wat is dan precies het gevolg als de rechter vaststelt dat het betaalde bedrag achteraf te laag blijkt te zijn geweest? Is de lossing dan van onwaarde geweest? Kan het bedrag dat door de curator al is betaald dan door de separatist in mindering worden gebracht op de restantschuld, terwijl het zekerheidsrecht blijft bestaan? Of kan een betaald bedrag nog aangevuld worden? Mits het wel betaalde bedrag gestaafd wordt door een deugdelijk taxatierapport, menen wij dat in het laatste geval de redelijkheid en billijkheid niet overvraagd wordt. Zeker niet als er ook zekerheid gesteld wordt voor een hoger bedrag, waarbij de hoogte van dat bedrag op verzoek van de curator deugdelijk dient te worden onderbouwd<sup>[17]</sup> door de zekerheidsgerechtigde.<sup>[18]</sup> De onzekerheid die een eventueel geschil met de zekerheidsgerechtigde omtrent het lossingsbedrag met zich brengt, zou uiteraard, zolang onze visie niet in rechte zal zijn bevestigd, wel ontmoedigend kunnen werken voor potentiële kopers van de geloste zaken.

Kondigt de zekerheidsgerechtigde aan onderhands te willen verkopen met toestemming van de voorzieningenrechter, dan zal de curator in de praktijk meestal kunnen volstaan met het afwachten welke prijs genoemd en goedgekeurd zal worden.

Indien de lossing van het pandrecht aantrekkelijk is omdat de curator *going concern* opbrengsten kan realiseren boven het te betalen bedrag voor lossing en door de netto opbrengst ten minste de boedelkosten, exclusief de onvermijdelijke boedelkosten bedoeld in art. 39 en art. 40 Fw, naar verwachting gedekt zullen worden, is het ook interessant om te bezien of de verkoop door de boedel van goederen onder eigendomsvoorbehoud of retentierecht een meerwaarde creëert.

## Retentierecht

Op grond van art. 60 lid 2, tweede zin Fw kan de curator ook een lossingsrecht inroepen tegen de retentor 'door voldoening van de vordering waarvoor het retentierecht kan worden uitgeoefend'. De letterlijke tekst lijkt te dwingen tot betaling van de gehele vordering, ook als die hoger is dan de waarde van het object. Of hier de norm van de T.M. toch op zou moeten worden toegepast is aldus twijfelachtig. Indien de waarde voor de curator hoger is dan de schuld, blijft dit nog wel aantrekkelijk. Maar de curator kan de zaak uiteraard ook opeisen en verkopen met inachtneming van de voorrang op de opbrengst (na omslag) van de retentor.

## Eigendomsvoorbehoud

Het komt bij faillissementen regelmatig voor dat in de boedel zich zaken bevinden die zijn geleverd onder (verlengd) eigendomsvoorbehoud. Tot het moment van betaling van de vordering van de leverancier van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken, hebben zowel de leverancier als de afnemer een voorwaardelijk eigendomsrecht ten aanzien van de geleverde zaken. Indien de boedel – of een derde – de vordering van een dergelijke leverancier voldoet, wordt het voorwaardelijke eigendomsrecht van de boedel onvoorwaardelijk en komen de door de betreffende leverancier geleverde zaken in de boedel te vallen.<sup>[19]</sup> Indien sprake is van een “beperkt” eigendomsvoorbehoud, ziet het eigendomsvoorbehoud louter op de zaken die op de onbetaalde facturen van de leverancier staan. De door de leverancier geleverde zaken die al betaald zijn, zijn derhalve al eigendom van de afnemer. Bij een verlengd eigendomsvoorbehoud blijven alle door de betreffende leverancier geleverde zaken eigendom van de leverancier, totdat zijn volledige vordering is voldaan: om de onvoorwaardelijke eigendom van de zaken in kwestie te verkrijgen, zal dus de volledige vordering van de leverancier moeten worden voldaan.

Indien een afnemer zaken onder eigendomsvoorbehoud geleverd heeft gekregen, is het mogelijk voor een derde om een pandrecht te vestigen op het voorwaardelijk eigendomsrecht van deze zaken. Indien de vordering van de leverancier in kwestie vervolgens wordt voldaan, groeit het (onvoorwaardelijke) pandrecht op het voorwaardelijke eigendom van de zaak uit tot een pandrecht op de onvoorwaardelijke eigendom van de zaak. Dat is ook het geval indien de zaken zijn geleverd vóórdat het faillissement van de afnemer een feit is en de vordering van de leverancier ná het faillissement wordt voldaan.<sup>[20]</sup>

Zoals gezegd kan de curator (of een derde, zoals de financier met een pandrecht op de voorwaardelijke eigendom van de roerende zaken van failliet), door voldoening van de vordering van de leverancier met eigendomsvoorbehoud bewerkstelligen dat de door de betreffende leverancier geleverde zaken eigendom worden van de boedel. De wet biedt geen mogelijkheid om onder eigendomsvoorbehoud geleverde goederen te lossen tegen de netto liquidatiewaarde, zoals bij een pandrecht het geval is.

Indien een partij ervoor kiest om de vordering van een leverancier met eigendomsvoorbehoud te voldoen én een derde een pandrecht heeft gevestigd op de voorwaardelijke eigendom van bijvoorbeeld alle roerende zaken van failliet, komt er dus wel een pandrecht te rusten op deze zaken. Vervolgens kan de curator ervoor kiezen om dit pandrecht te lossen. Maar het is ook mogelijk voor de curator om het pandrecht op de voorwaardelijke eigendom van bepaalde roerende zaken te lossen. Wat betreft eerstgenoemde mogelijkheid is nog wel van belang of het voldoen van de vordering van de leverancier – waarmee het eigendomsvoorbehoud tenietgaat – dient te worden gekwalificeerd als gemaakte executiekosten. Indien dat het geval is dienen deze kosten bij lossing immers in mindering te komen op het bedrag waarvoor de lossing plaats kan vinden. Onzes inziens moet deze vraag positief worden beantwoord. Immers, indien de pandhouder ervoor zou kiezen om zelf te bewerkstelligen dat hij een pandrecht op de onvoorwaardelijke eigendom van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken krijgt, zou hij deze kosten ook moeten voldoen. Voorts zou, indien de pandhouder ervoor zou kiezen om zijn pandrecht op de voorwaardelijke eigendom uit te winnen, de koper van die voorwaardelijke eigendom in feite zaken kopen waarop nog een eigendomsvoorbehoud rust. Die koper zou dan dus alsnog de openstaande vordering dienen in te lossen om de onvoorwaardelijke eigendom van deze zaken te verkrijgen. Het ligt voor de hand dat het bedrag van de openstaande vordering in een dergelijk geval wordt verdisconteerd in de koopprijs van de voorwaardelijke eigendom van de zaken in kwestie. Elke discussie hierover lijkt vermeden te kunnen worden door de pandhouder te lossen alvorens de leverancier met eigendomsvoorbehoud te betalen. Vervolgens kan de curator proberen afspraken te maken met de betreffende leverancier, over het door de curator verkopen van de zaken die onder het eigendomsvoorbehoud vallen (zoals reeds in meerdere retailfaillissementen is gebeurd).<sup>[21]</sup>

## Praktisch belang

Lang niet elk faillissement zal zich lenen voor lossing (of voortzetting van de onderneming). De mogelijkheid van lossing voor de netto te realiseren opbrengst door de separatist als doe-het-zelver maakt duidelijk dat de curator zich dient af te vragen welke netto opbrengst hij met verkoop van de zekerheidsactiva kan bereiken en of die hoger is dan de separatist zonder zijn medewerking kan realiseren en voldoende is om meer dan de eigen boedelkosten (excl. die ex art. 39 en art. 40 Fw) te dekken. Met name in die gevallen dat de optimale verkoop afhankelijk is van de feitelijke macht en rechtspositie van de schuldenaar/curator kan een relevant verschil bestaan. In verband met de feitelijke macht en rechtspositie is bijvoorbeeld te denken aan voor de executie benodigde huurcontracten, arbeidscontracten, intellectuele eigendomsrechten, relaties met dwangcrediteuren en maatregelen voor het behoud van de activa. Het verschil pleegt heel groot te zijn in retailfaillissementen. De voorraden zullen voor de doe-het-zelver, mede vanwege de hoge kosten van executie, veelal zelfs een negatieve netto liquidatiewaarde hebben. Maar bij uitverkoop vanuit de bestaande winkels plegen zij aanzienlijke bedragen op te kunnen brengen. Lossing voor € 1,- kan dan voor de boedel uiteraard zeer aantrekkelijk zijn.

Maar ook de waarde van bijvoorbeeld bederfelijke waar, of activa die onderhevig zijn aan zaaksvorming verdampt zonder

tijdige nodige maatregelen door de curator. Er bestaan ook gevallen dat de afnemers van de failliet zo afhankelijk zijn van doorgaande leveranties dat een aanzienlijke meerwaarde gecreëerd kan worden. Uiteraard moet de curator ook van goeden huize komen om tijdig in staat te zijn eigen executie opbrengsten en kosten en de netto liquidatiewaarde voor de separatist vast te stellen en de financiering voor lossing en voortzetting te realiseren. Ook indien sprake is van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken kan het lonen om het pandrecht op de voorwaardelijke eigendom van die zaken te lossen. Indien een leverancier een aanzienlijke vordering heeft die de waarde van de nog aanwezige voorraad overstijgt – en dus de executiekosten hoger zijn dan de waarde van hetgeen verpand is – zal dat zo zijn, omdat lossing in een dergelijk geval tegen € 1,- zal kunnen plaatsvinden. Het is dus wel van groot belang dat kort na uitspreken van het faillissement de eigendomsvoorbehouden in kaart worden gebracht, zodat ook duidelijk wordt tegen welk bedrag het pandrecht op de voorwaardelijke eigendom kan worden gelost. Vervolgens kan de curator pogen om met de leverancier afspraken te maken over de uitverkoop van de betreffende zaken, ertoe strekkende dat de leverancier (een bepaald percentage van) de factuurwaarde vergoed krijgt.

## Doorstart

Als bekend hebben sommige ondernemingen in afgeslankte vorm bij doorstart een aanzienlijke verdien capaciteit en dus waarde die niet zonder kortstondige voortzetting van de onderneming gerealiseerd kan worden. Om een doorstart te realiseren zal de curator meestal de onderneming enige tijd in de lucht moeten houden. De meerwaarde, bestaande uit de waarde van de failliete onderneming die door de curator kort *going concern* wordt gehouden in verhouding tot de waarde van de verkochte individuele activa, dient door de doorstarter aan de boedel betaald te worden. Voor de vraag wat die meerwaarde precies is, is lastig dat bij de gehanteerde taxatiedefinities al uitgegaan wordt van de bruto waarde met medewerking van de curator. Men bedenke zich dat de curator er ook voor kan kiezen slechts te lossen in verband met enkele cruciale bedrijfsonderdelen, waardoor – in geval van activa die alleen in combinatie met elkaar een bepaalde waarde vertegenwoordigen – de separatist alleen al daarom afhankelijk is van de medewerking van de curator.

De zekerheidsgerechtigde is bij de te realiseren netto liquidatiewaarde van haar onderpanden afhankelijk van de medewerking van de curator en dient voor wie medewerking een vergoeding te betalen. Die zou ten minste alle boedelkosten verbonden aan de voortzetting en de verkoop moeten dekken. In die gevallen dat lossing opportuun zou kunnen zijn, zou die ook op de meerwaarde als te realiseren door de boedel moeten zien. De ongeldigheid van het – wat ons betreft vanwege de bedoeling van art. 39 en art. 40 Fw en de loongarantieregeling bedenkelijke – argument dat separatisten nog wel eens willen gebruiken, namelijk dat de doorlopende kosten van huur en personeel toch al boedelkosten zijn en dat de feitelijke betaling van werknemers al door het UWV is gezeerd, en dat deze daarom niet bij de te betalen boedelbijdrage vergoed zouden moeten worden, is bij de mogelijkheid van lossing nog duidelijker. De te realiseren opbrengst na lossing zal immers eerst worden aangewend ter (gedeeltelijke) betaling van (o.a. die) boedelcrediteuren.

## Conclusie

Elke curator dient zich af te vragen welke netto opbrengst hij met verkoop van de zekerheidsactiva kan bereiken en of dat meer is dan wat de separatist zelf kan en zo ja, of hij de lossing tijdig kan financieren. Lang niet elk faillissement zal zich lenen voor lossing door de curator. Met name in die gevallen dat de optimale verkoop afhankelijk is van de feitelijke macht en rechtspositie van de schuldenaar/curator kan een relevant verschil bestaan. Dat geldt ook bij een voorgenomen doorstart. In voorkomende gevallen doet de curator er goed aan de netto liquidatiewaarde (zonder medewerking curator) te laten taxeren. Het recht van lossing kan zich ook vertalen in een zich daartoe verhoudende boedelbijdrage: de mogelijkheid van lossing kan ertoe leiden dat het voor de separatist aantrekkelijk(er) is om een hogere boedelbijdrage te betalen, omdat de curator bij het maken van afspraken over een verkoop van de verpande zaken door de curator tegen een boedelbijdrage het beroep op lossing prijsgeeft. Die is thans niet te vinden in de Separatistenregeling.

Voetnoten

[1]

Gelieve dit artikel aan te halen als: J.L. van den Heuvel & L.J. van Eeghen, 'Lossing door de curator', *Tv*/2019/25. J.L. van den Heuvel en L.J. van Eeghen zijn advocaat bij Florent.

[2]

Zie <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Recofa-richtlijnen-voor-faillissementen-en-surseances-van-betaling.pdf>.

[3]

Zie de Separatistenregeling onder 4, 5 en 6, <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/separatistenregeling.pdf>.

[4]

HR 19 februari 2010, *LJN* BK5999; *JOR* 2010/116, m.nt. I. Spinath; *JBPr* 2010/29, m.nt. A. Steneker; *NJ* 2012/126, m.nt. van Mierlo. (*Willems/Poorf*) r.o. 3.5.

[5]

Parl. Gesch. Boek 3, p. 828.

[6]

In ongeveer gelijke zin: A. Steneker, noot bij HR 19 februari 2010, *JBPR* 2010/29, onder 3; I. Spinath, noot bij HR 19 februari 2010, *JOR* 2010/116, onder 5; en S.E. Bartels & V. Tweehuysen, 'Lossingsrecht en executoriale verkoop door een beslaglegger', *NTBR* 2010/6 (p. 192). Anders – vermoedelijk op grond van de tekst van de wet – Verdaas in *Sdu commentaar insolventierecht* bij art 58 Fw.

[7]

In de memorie van antwoord (Parl. Gesch. Boek 3, p. 779) bij art. 3:249 lid 2 BW wordt verwezen naar art. 3:269 BW (artikel 3.9.4.14): 'De aan het tweede lid toegevoegde volzin' (Lossing kan tot op het tijdstip van de verkoop plaatsvinden, mits ook de reeds gemaakte kosten van executie worden voldaan) 'voltooit op overeenkomstige wijze als artikel 3.9.4.14 de aan de oorspronkelijke tekst van dit tweede lid ten grondslag liggende gedachte. Men zie de laatste zin van de toelichting van Meijers bij het onderhavige artikel'. In de Memorie van Antwoord (Parl. Gesch. Boek 3, p. 828) aan de Tweede Kamer bij art. 3:269 BW wordt verwezen naar artikel 3.9.2.10 lid 2 (art. 3:249 lid 2): 'Tenslotte is er, evenals in de tweede volzin van artikel 3.9.2.10 lid 2, rekening mee gehouden dat de lossing niet alleen door de hypotheekgever kan geschieden.'

[8]

In die zin ook Bartels & Tweehuysen, 'Het lossingsrecht', *W.P.N.R.* 20 november 2010/6864, p.830 e.v. paragraaf 4.2.5. en *Vermogensrecht*, P.A. Stein, art. 3:249, aant. 2.

[9]

Voor te boek gestelde luchtvaartuigen geldt niet art. 58 lid 2 Fw, maar art. 59a lid 6 Fw. Deze regeling wijkt inhoudelijk niet af van die van art. 58 lid 2 Fw, zie Van Sint Truiden 2008 (T&C Insolventierecht), art. 59a Fw, aant. 7. Overigens is er in geval van een financiële zekerheidsovereenkomst geen mogelijkheid tot lossing, zie art. 7:54 lid 5 BW.

[10]

Bartels & Tweehuysen, 'Het lossingsrecht', *W.P.N.R.* 20 november 2010/6864, p.830 e.v.

[11]

Zie ook Kortmann & Faber, Pand, hypotheek en fixatiebeginsel, in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid. Insolad Jaarboek 2001*, Deventer: Kluwer 2001, p. 152 en A. Steneker, noot bij HR 19 februari 2010, *JBPr* 2010/29, onder 3.

[12]

Federatie van Taxateurs Makelaars Veilinghouders in Roerende Zaken; <https://www.federatie-tmv.nl/>.

[13]

Het bedrag dat een zaak, binnen een redelijke termijn en bij vrijwillige onderhandse verkoop, na de beste voorbereiding en aanbieding op de voor de aard van de zaken gebruikelijke wijze, zal kunnen opbrengen.

[14]

Het bedrag dat een zaak, binnen een redelijke termijn en bij vrijwillige onderhandse verkoop, na de beste voorbereiding en aanbieding op de voor de aard van de zaak gebruikelijke wijze en bij gelijkblijvende locatie en gebruik, zal kunnen opbrengen.

[15]

Het bedrag dat een zaak, binnen een redelijke termijn en bij een gedwongen openbare verkoop, op een door de wet voorgeschreven wijze, na de beste voorbereiding en aanbieding op de voor de aard van de zaken gebruikelijke wijze, zal kunnen opbrengen.

[16]

Het bedrag dat een zaak, bij acuut gedwongen openbare verkoop, dus zonder enige voorbereiding van betekenis, op een door de wet voorgeschreven wijze, zal kunnen opbrengen.

[17]

Vgl. 249 lid 2 BW: 'De aanzegging [door de pandhouder] moet zo nauwkeurig mogelijk de som aangeven waarvoor het pand kan worden gelost'.

[18]

Overigens dient in onze optiek bij de waarde altijd uit te worden gegaan van de waarde op het moment van de lossing. Waardeveranderingen tussen het moment van lossing en de verkoop zijn derhalve niet relevant.

[19]

HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046 (*Rabobank/Reuser*), *NJ* 2016/290.

[20]

HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046 (*Rabobank/Reuser*), *NJ* 2016/290.

[21]

Rb. Den Haag 20 april 2016, *JOR* 2016, 284, m.nt. B.I. Kraaiapoel; F.B. Bosvelt & M.E. ten Brinke, 'Retailfaillissementen. Interview met de curatoren in

