

JOR 2007/163

Rechtbank 's-Gravenhage

9 maart 2007, 03/322 F; LJN BA0999.

(Mr. Slot)

Tasta Bouw BV te Leeuwarden,
verzoekster,
advocaat: mr. R.H. Knegtering.

Verzet tegen slotuitdelingslijst, Lossing en omslag faillissementskosten, Anders dan de retentor deelt de hypotheekhouder na lossing niet mee in de faillissementskosten

[BW Boek 3 - 291 lid 2; Fw - 58 lid 2; 60 lid 3]

» Samenvatting

In het algemeen heeft een retentor een sterker recht dat hij onder omstandigheden ook kan inroepen tegen een derde met een ouder recht (vgl. art. 3:291 lid 2 BW); dat geldt ook voor een retentierecht op een woning welk recht kan worden ingeroepen jegens de hypotheekhouder.

Binnen een faillissement verzwakt de positie van de retentor, gelet op het bepaalde in art. 60 lid 2 Fw, zulks ook los van de vraag of sprake is van (een botsing met een) hypotheekhouder; doorgaans zal de curator immers gebruikmaken van het opeisingsrecht, waarna de retentor zijn vordering, met de uit art. 3:292 BW voortvloeiende voorrang, ter verificatie moet indienen.

Is sprake zoals hier van belasting met een hypotheek dan is de consequentie voor de retentor dat hij via deze weg zijn sterkere recht jegens de hypotheekhouder niet kan benutten.

De curator heeft de woning, waarop het retentierecht betrekking had, opgeëist in de zin van art. 60 lid 3 Fw teneinde op basis van een afspraak met de Rabobank over te

gaan tot verkoop van de woning in de zin van art. 58 lid 2 Fw, hetgeen kan worden aangemerkt als een zogeheten lossing (HR 13-03-1987, NJ 1988, 556 en 3-12-1993, NJ 1994, 176; voorts Hof Leeuwarden 29-5-2002, «JOR» 2002/181, m.nt. NEDF).

Na een vaststelling van de vordering van verzoekster is het hierboven uitgaande bedrag aan de Rabobank als hypotheekhouder betaald; het aan verzoekster als retentor toekomende bedrag is aan de boedel toegekomen.

De consequentie is derhalve dat verzoekster als retentor wel meedeelt in de faillissementskosten en dat de Rabobank als hypotheekhouder hier buiten blijft.

Het gegeven dat deze consequentie als onredelijk wordt ervaren doet aan het bovenstaande niet af, te meer niet nu een en ander in overleg tussen curator, Rabobank en verzoekster heeft plaatsgevonden. Op grond van het voorgaande acht de rechtbank het verzet derhalve ongegrond. De rechtbank zal het verzoek van de curator om de slotuitdelingslijst aan te passen volgen.

[beslissing/besluit](#)

» Uitspraak

Verzet tegen de op 15 januari 2007 ter inzage gelegde uitdelingslijst in het faillissement van D-K. Sahadew-Lall, welk faillissement is uitgesproken op 21 mei 2003 met aanstelling van mr. J.C. Rosenberg Polak als curator.

(...; red.)

I. Gronden verzet

Verzoekster is geverifieerd als preferent schuldeiser voor een bedrag van

€ 422.209,64 in het faillissement van de heer D.K. Sahadew-Llall, hierna verder te noemen: gefailleerde. Dit voor-recht vindt zijn grondslag in artikel 3:290 e.v. BW jo artikel 60 Fw.

Uit de op 15 januari 2007 ter griffie van de rechtbank gedeponeerde slotuitdelingslijst in het faillissement van gefailleerde blijkt dat de faillissementskosten € 43.760,03 bedragen tot datum depot. De curator heeft 89,51% van deze kosten voor rekening van verzoekster gebracht omdat de opbrengst van de onroerende zaak – een woning waarop verzoekster een retentierecht had – eveneens 89,51% van de totale boedelopbrengsten is. Verzoekster heeft zich hiermee niet kunnen verenigen en heeft derhalve verzet tegen de gedeponeerde slotuitdelingslijst ingesteld om – zakelijk samengevat – de volgende redenen.

De onroerende zaak waarop verzoekster een retentierecht had was verhypothekend ten behoeve van de Rabohypotheekbank N.V. tot een bedrag van € 750.000,=. Voorts was een tweede hypotheek gevestigd ten behoeve van Rabobank Den Haag E.O. Beide banken zullen hierna verder gezamenlijk worden aangeduid als hypotheekhouder of Rabobank.

De curator heeft de woning opgeëist en verkocht. De opbrengst bedroeg € 575.000,=. Hiervan is € 422.206,64, de vordering van verzoekster, in de boedel gevloeid. Het restant is aan de Rabobank als hypotheekhouder overgemaakt.

Artikel 182 Fw geeft aan hoe de faillissementskosten moeten worden omgeslagen over de diverse delen van de boedel. Nu geen verkoop door de Rabobank heeft plaatsgevonden op grond van artikel 57 Fw maar de curator de executie van het onroerend goed zelf ter hand heeft genomen dient de Rabobank net als verzoekster bij te dragen in de algemene faillissementskosten. Omdat de curator in

strijd daarmee (een deel van) de faillissementskosten niet heeft omgeslagen over dat deel van de opbrengst van de onroerende zaak dat aan de Rabobank is uitgekeerd, is verzoekster benadeeld aangezien verzoekster in de gedeponeerde slotuitdelingslijst een groter deel van de faillissementskosten zal dragen.

II. Advies rechter-commissaris

De rechter-commissaris heeft op 9 februari 2007 op de voet van artikel 185, lid 2 Fw zijn schriftelijk advies uitgebracht, welk advies bij brief van 12 februari 2007 ter kennis is gebracht van verzoekster en de curator. Dit advies concludeert tot afwijzing van het verzet op grond van het navolgende.

De onderhandse verkoop door de curator met instemming van de hypotheekhouder heeft te gelden als een lossing door de curator in de zin van artikel 58 lid 2 Fw. Daarmee is tevens gegeven dat de hypotheekhouder wiens vordering aldus wordt voldaan niet mee hoeft te delen in de omslag van de algemene faillissementskosten. De enige uitzondering die zich voordoet op de regel, neergelegd in artikel 182 Fw, is gelegen in het geval van artikel 58 lid 1 Fw. Dit geval doet zich in casu niet voor. De curator heeft de onroerende zaak nimmer van de hypotheekhouder opgeëist, zodat geen aanleiding bestaat laatstgenoemde te laten meedelen in de omslag van de faillissementskosten.

III. Het verzoek

Verzoekster verzoekt de rechtbank om “bij beschikking voormelde slotuitdelingslijst te wijzigen, in dier voege dat de totale opbrengst van de verkoop van het onroerend goed wordt meegerekend in de totale opbrengst van de boedel, alsmede dat de Rabobank meedraagt in de algemene faillissementskosten, alsmede dat de slotuitkering aan verzoekster € 67.625,41

zal bedragen, althans een zodanig bedrag als in deze juist wordt geacht en de curator te gebieden te handelen zoals weergegeven''.

De curator heeft bij de behandeling ter zitting de rechtbank verzocht (primair) het verzet af te wijzen, alsmede een additioneel salaris toe te kennen ter hoogte van € 2.429,50 inclusief omzetbelasting en een additioneel bedrag terzake administratiekosten ter hoogte van € 239,= inclusief omzetbelasting aan de curator toe te kennen en de slotuitdelingslijst in die zin te wijzigen zodat de hiervoor genoemde bedragen worden opgeteld bij de te betalen boedelschulden en worden afgetrokken van het voor de crediteuren te verdelen actief.

De curator heeft de rechtbank subsidiair, indien en voor zover de rechtbank zou menen dat het verzet terecht is ingesteld, verzocht de slotuitdelingslijst te vernietigen.

IV. Behandeling ter zitting

De curator heeft ter zitting zijn pleitnotities overgelegd. Deze notities worden als hier herhaald en ingelast beschouwd.

De Rabobank heeft bij faxbrief d.d. 27 februari 2007 aan de curator aangegeven dat zij destijds met de curator een afspraak heeft gemaakt in de zin van artikel 58 lid 2 Fw, welhave zij de mening is toegedaan dat zij daarom niet hoeft mee te delen in de omslag van de algemene faillissementskosten.

De advocaat van verzoekster heeft ter zitting zijn pleitnotities overgelegd. Deze notities worden als hier herhaald en ingelast beschouwd.

In aanvulling op zijn pleitnotities heeft de curator ter zitting verklaard dat de voormalig advocaat van verzoekster, kantoorgenoot van de huidige advocaat van verzoekster, volledig op de hoogte was van

de wijze van executie. Alle stukken betreffende de executie zijn aan deze advocaat overgelegd. De voormalig advocaat van verzoekster was ook volledig op de hoogte van de wijze van verkoop en heeft niet aangegeven dat hij hiertegen bezwaren had.

De curator heeft aangegeven dat er naar is gestreefd een zo hoog mogelijke opbrengst voor zowel verzoekster als de Rabobank te realiseren. In geval van executie is de opbrengst veelal lager dan bij onderhandse verkoop.

Er is in het onderhavige geval voorts veel tijd besteed aan de vaststelling van de hoogte van de vordering van verzoekster. Verzoekster dient mee te delen in de omslag van de faillissementskosten op basis van de wet.

Het onroerend goed is verkocht met instemming van de rechter-commissaris. Het belang bij de verkoop was een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren. Over het antwoord op de vraag of een andere wijze van executie tot een hogere opbrengst zou hebben geleid kan slechts worden gespeculeerd.

Juist is dat het voor verzoekster niet meer mogelijk was om zelf tot executie over te gaan nu de curator het onroerend goed "uit retentie had getrokken". De curator onderschrijft de speculaties en stellingen van verzoekster niet; indien verzoekster het (destijds) niet eens was met de wijze van executie had zij dat reeds eerder dienen aan te geven.

De advocaat van verzoekster heeft in aanvulling op zijn pleitnotities gesteld dat het mogelijk is dat verzoekster destijds (via haar advocaat) heeft onderhandeld over de hoogte van de vordering van verzoekster ten tijde van de executie en/of de wijze van koop c.q. de verdeling van de opbrengst. De omslag in de faillissementskosten is in ieder geval nimmer besproken tussen

partijen. Op het moment waarop deze onderhandelingen plaatsvonden trad een kantoorgenoot van de huidige advocaat van verzoekster op als raadsman van verzoekster zodat hij niet kan zeggen hoe een en ander precies is verlopen.

Verzoekster heeft in ieder geval geen rekening gehouden met het feit dat zij voor het leeuwendeel diende mee te dragen in de faillissementskosten.

Door de wijze van executie is de boedel benadeeld, ondanks het streven van de curator naar een zo hoog mogelijke opbrengst, immers door de hoge boedelkosten zullen de concurrente crediteuren zelf geen, althans nauwelijks enige uitkering ontvangen. Indien de hypotheekhouder de executie ter hand had genomen had, had verzoekster zich tot de hypotheekhouder kunnen wenden en haar vordering had kunnen ontvangen zonder te delen in een omslag.

Door de verkoop van het onroerend goed door de curator heeft verzoekster haar rechten niet kunnen uitoefenen.

De curator heeft tenslotte verklaard dat op het moment van executie onvoldoende middelen in de boedel aanwezig waren om deskundigen in te schakelen. De Rabobank heeft deze kosten toen voorgeschoten. Met het bepalen van de hoogte van de vordering van verzoekster is rekening gehouden met alle maatregelen, met name ter zake de beveiligingsmaatregelen van het onroerend goed, die verzoekster heeft genomen. Met de rechter-commissaris is overleg gevoerd ten aanzien van de wijze van executie en deze heeft zijn voorkeur toen uitgesproken voor de gehanteerde wijze van executie.

V. De beoordeling

Blijkens hetgeen ter zitting is gesteld alsmede uit de door partijen overgelegde stukken kan ervan worden uitgegaan dat destijds overleg heeft plaatsgevonden tussen de curator, verzoekster als retentor

en de Rabobank. Nadat de verkoopopbrengst was gerealiseerd is in overleg tussen deze drie partijen van deze opbrengst bij wege van eerste uitdeling reeds € 325.000,= uitgekeerd aan verzoekster waar dat het resterende deel onder de notaris is gebleven totdat door deze drie partijen de hoogte van de vordering van verzoekster definitief was vastgesteld; daarna kon de uit te rekenen meeropbrengst (boven de vordering van verzoekster) rechtstreeks aan de Rabobank worden betaald en ging het resterende bedrag (met voorrangrecht van de retentor) naar de boedelrekening.

In het algemeen heeft een retentor een sterker recht, dat hij onder omstandigheden ook kan inroepen tegen een derde met een ouder recht (vgl. artikel 3:291 lid 2 BW); dat geldt ook voor een retentierecht op een woning welk recht kan worden ingeroepen jegens de hypotheekhouder.

In de literatuur wordt hij aangeduid als een quasi-separatist maar dan dient hij wel zorg te dragen voor een executoriale (verhaals)titel.

Binnen een faillissement verzwakt zijn positie, gelet op het bepaalde in artikel 60 lid 2 Fw, zulks ook los van de vraag of sprake is van (een botsing met een) hypotheekhouder; doorgaans zal de curator immers gebruik maken van het opeisingsrecht, waarna de retentor zijn vordering, met de uit artikel 3:292 BW voortvloeiende voorrang, ter verificatie moet indienen.

Is sprake zoals hier van belasting met een hypotheek dan is de consequentie voor de retentor dat hij via deze weg zijn sterkere recht jegens de hypotheekhouder niet kan benutten.

In het algemeen wordt dit in de literatuur als de enige weg aangeduid (G.A.J. Boekraad, Afwikkeling van de faillissementsboedel, p. 161 en Polak-

Wessels III p. 282 e.v.) en zelfs als een onaanvaardbare consequentie (A.J. Tekstra, Insolad Jaarboek 2001, p. 162) maar niettemin een consequentie.

Voorstelbaar is dat verzoekster destijds had gepoogd aan deze hiervoor beschreven consequentie te ontkomen door in overleg met de Rabobank te treden en deze ertoe te bewegen om van haar recht als separatist gebruik te maken en de woning buiten de boedel om te gelde te maken onder afdracht aan verzoekster van hetgeen deze krachtens het retentierecht mocht vorderen; alsdan zouden er ook wel kosten gemaakt zijn maar dan toch (mogelijk) van een andere orde.

Van een dergelijke poging is niet gebleken, integendeel.

De curator heeft de woning, waarop het retentierecht betrekking had, opgeëist in de zin van artikel 60 lid 3 Fw teneinde op basis van een afspraak met de Rabobank over te gaan tot verkoop van de woning in de zin van artikel 58 lid 2 Fw, hetgeen kan worden aangemerkt als een zogeheten lossing (HR 13-03-1987, NJ 1988, 556 en 3-12-1993, NJ 1994, 176; voorts Hof Leeuwarden 29-5-2002, «JOR» 2002, 181).

Na een vaststelling van de vordering van verzoekster is het hierboven uitgaande bedrag aan de Rabobank als hypotheekhouder betaald; het aan verzoekster als retentor toekomende bedrag is aan de boedel toegekomen.

De consequentie is derhalve dat verzoekster als retentor wel meedeelt in de faillissementskosten en dat de Rabobank als hypotheekhouder hier buiten blijft.

Het gegeven dat deze consequentie als onredelijk wordt ervaren doet aan het bovenstaande niet af, te meer niet nu een en ander in overleg tussen curator, Rabobank en verzoekster heeft plaatsgevonden. Andere omstandigheden of factoren die

zouden kunnen leiden tot een andere beslissing zijn noch gesteld noch gebleken.

Op grond van het voorgaande acht de rechtbank het verzet derhalve ongegrond. De rechtbank zal het verzoek van de curator om de slotuitdelingslijst aan te passen volgen.

Beslissing:

De rechtbank:

wijst af het verzet inzake de vordering van verzoekster;

kent toe een bedrag van € 2.041,59 exclusief omzetbelasting aan additioneel salaris curator;

kent toe een bedrag van € 200,84 exclusief omzetbelasting aan additionele administratiekosten;

wijzigd de slotuitdelingslijst in die zin dat de hiervoor genoemde bedragen worden opgeteld bij de te betalen boedelschulden en aldus worden afgetrokken van het voor de crediteuren beschikbare te verdelen actief.

» Noot

1. Tot de failliete boedel behoort een onroerende zaak waarop de Rabobank een hypotheekrecht heeft. Een andere schuldeiser heeft op de onroerende zaak een retentierecht dat hij op grond van art. 3:291 lid 2 BW kan inroepen tegen de hypotheekhouder. De vordering van de retentor heeft bijgevolg ook voorrang boven de vordering van de hypotheekhouder (art. 3:292 BW). De curator eist de onroerende zaak op van de retentor op grond van art. 60 lid 2 eerste zin Fw. Met de hypotheekhouder komt de curator een zogenaemde “oneigenlijke lossing” overeen. Dit houdt in dat de curator de onroerende zaak verkoopt en dat

de hypotheekhouder meteen na de verkoop overeenkomstig zijn rang uit de opbrengst wordt voldaan. De hypotheekhouder hoeft dan niet te wachten tot de slotuitdelingslijst verbindend is geworden en hij hoeft niet mee te delen in de omslag van de algemene faillissementskosten. De Hoge Raad stelt een dergelijke overeenkomst tussen de curator en de hypotheekhouder gelijk met een eigenlijke lossing in de zin van art. 58 lid 2 Fw. Zie HR 3 december 1993, NJ 1994, 176 (Glebbeek/Dijkstra q.q.). Zie hierover N.E.D. Faber, noot bij Hof Leeuwarden 29 mei 2002, «JOR» 2002/181 (Ontvanger/Overes q.q.), met verdere verwijzingen naar jurisprudentie en literatuur. In de onderhavige procedure is in geschil hoe de opbrengst van de verkoop door de curator moet worden verdeeld.

2. De rechtbank stelt allereerst vast dat de vordering van de retentor voorrang heeft boven de vordering van de hypotheekhouder. Vervolgens komt de rechtbank tot het oordeel dat de retentor wél moet meedelen in de omslag van de algemene faillissementskosten en de hypotheekhouder niet. Dit oordeel is in overeenstemming met art. 58 lid 2 Fw en art. 182 lid 1 Fw. Omdat de onderhavige verkoop wordt aangemerkt als een lossing in de zin van art. 58 lid 2 Fw, blijft de hypotheekhouder buiten de omslag van de algemene faillissementskosten. Dit zou anders zijn als de curator het verbonden goed had verkocht met toepassing van art. 58 lid 1 tweede zin Fw. Een retentor deelt wél mee in de omslag van de algemene faillissementskosten, tenzij zijn vordering door de curator wordt voldaan op grond van art. 60 lid 2 tweede zin Fw of de retentor op grond van art. 0 lid 3 tweede zin Fw is gepromoveerd tot separatist (art. 182 lid 1 Fw). Zie over de wijze waarop de ten laste van de retentor komende omslag moet worden berekend, hierna onder u.

3. Eventuele bijzondere faillissementskosten komen wél voor rekening van de hypotheekhouder, doordat

deze van de bruto-opbrengst worden afgehouden vóórdát de hypotheekhouder wordt voldaan. Daarnaast is de hypotheekhouder bij oneigenlijke lossing door de curator op grond van par. 4 van de Separatistenregeling in beginsel een boedelbijdrage verschuldigd. Het vonnis van de rechtbank maakt hiervan geen melding. Wanneer het gedeelte van de netto-opbrengst waaruit de hypotheekhouder kan worden voldaan, niet voldoende is om daaruit de vordering van de hypotheekhouder én de boedelbijdrage te kunnen voldoen, komt de boedelbijdrage in mindering op de vordering van de hypotheekhouder. Voor zover de opbrengst wél voldoende is, wordt de boedelbijdrage voldaan uit het surplus. Vgl. Rb. Amsterdam 18 februari 2004, «JOR» 2004/277 (Broeseliske q.q./ING).

4. Intrigerend is de rechtsoverweging ten overvloede waarin de rechtbank beschrijft hoe de retentor aan de omslag van de algemene faillissementskosten had kunnen ontkomen. Volgens de rechtbank is voorstelbaar dat de retentor de hypotheekhouder had geprobeerd te bewegen om van zijn recht als separatist gebruik te maken en de woning buiten de boedel om te gelde te maken onder afdracht aan de retentor van hetgeen deze krachtens het retentierecht mocht vorderen. Het is echter maar zeer de vraag of deze gang van zaken geoorloofd zou zijn geweest. Aan de Faillissementswet ligt het beginsel ten grondslag dat op het moment van faillietverklaring de positie van alle schuldeisers onveranderlijk wordt. In casu brengt de positie van de retentor mee dat hij zijn vordering ter verificatie moet indienen en moet meedelen in de omslag van de algemene faillissementskosten. De hypotheekhouder verkeert in de positie dat hij separatist is en niet hoeft mee te delen in de omslag van de algemene faillissementskosten. Dat de vordering van de retentor voorrang heeft boven die van de hypotheekhouder, doet hieraan niet af. Het strookt niet met het hiervóór genoemde

fixatiebeginsel om aan te nemen dat de retentor zijn positie zou kunnen versterken door op grond van een afspraak zoals die door de rechtbank wordt voorgesteld, “mee te liften” op het separatisme van de hypotheekhouder. Vgl.: HR 18 december 1987, NJ 1988, 340 (OAR/ABN), r.o. 3.3; alsmede uitdrukkelijk HR 5 november 1993, NJ 1994, 258 (Dutch Air/De Bary), r.o. 3.3. Doet de retentor dat wel, dan handelen zowel de retentor als de hypotheekhouder in strijd met de redelijkheid en billijkheid die zij tegenover andere schuldeisers in acht moeten nemen. Vgl. HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104 (Loeffen q.q./Mees & Hope I); en HR 22 maart 1991, NJ 1992, 214 (Loeffen q.q./Mees & Hope II). Als de retentor, onder de voorwaarde dat hij zijn voorrang behoudt, de hypotheekhouder de bevoegdheid geeft de zaak te verkopen, zal de hypotheekhouder mijns inziens een bedrag ter hoogte van de vordering van de retentor aan de curator moeten afdragen. De curator is dan op grond van art. 57 lid 3 tweede zin Fw gehouden de belangen van de retentor te behartigen (hoewel de retentor in dit geval geen “bevoorrechte” schuldeiser is, maar een schuldeiser met voorrang boven de hypotheekhouder). De retentor zal zijn vordering ter verificatie moeten indienen en kan na omslag van de algemene faillissementskosten met voorrang uit dat bedrag worden voldaan.

5. Een andere mogelijkheid zou nog zijn dat de curator de onroerende zaak opeist van de retentor op grond van art. 60 lid 2 eerste zin Fw en dat vervolgens de hypotheekhouder de onroerende zaak verkoopt. Er wordt wel verdedigd dat deze handelwijze in strijd zou zijn met art. 60 lid 2 Fw, omdat dat artikellid zou voorschrijven dat de door de curator opgeëiste zaak vervolgens ook door de curator zelf moet worden verkocht. De hypotheekhouder zou zijn separatistenpositie verliezen en evenals de retentor moeten meedelen in de omslag van de algemene faillissementskosten. Vgl.: E.

Loesberg en B.F.M. Knüppe, Adv.bl. 1999, p. 385 rechterkolom en voetnoot 19; en J.J. van Hees, noot bij Rb. Arnhem 24 december 1997, «JOR» 1998/83, onder 6. Er bestaat mijns inziens echter geen grond om aan te nemen dat de hypotheekhouder, bij toepassing door de curator van art. 60 lid 2 Fw, zijn separatistenpositie zou verliezen. Ook valt niet in te zien, gelet op art. 182 lid 1 Fw, waarom de hypotheekhouder zou moeten meedelen in de omslag van de algemene faillissementskosten. Het kan niet zo zijn dat, doordat het retentierecht tegen de hypotheekhouder kan worden ingeroepen, de positie van de hypotheekhouder verder verslechtert dan dat hij bij verdeling van de executieopbrengst de retentor vóór moet laten gaan. Mijns inziens kan de hypotheekhouder, nadat de zaak door de curator van de retentor is opgeëist, tot verkoop overgaan. Hij dient van de opbrengst echter wel een bedrag ter hoogte van de vordering van de retentor af te dragen aan de curator. De retentor kan dan na omslag van de algemene faillissementskosten met voorrang uit dat bedrag worden voldaan. De hypotheekhouder kan zijn vordering voldoen uit het meerdere, zonder dat hij hoeft mee te delen in de omslag van de algemene faillissementskosten. Vgl. N.E.D. Faber, NbBW 1998, p. 75–76.

6. Over welk bedrag moet de omslag van de algemene faillissementskosten worden berekend? In het onderhavige geval zijn de algemene faillissementskosten omgeslagen over de gehele opbrengst van de onroerende zaak, dus met inbegrip van hetgeen aan de hypotheekhouder is uitgekeerd. Hiermee is de retentor benadeeld door de afspraak tussen de curator en de hypotheekhouder. Als immers de hypotheekhouder zelf zou hebben geëxecuteerd, zouden de algemene faillissementskosten op grond van art. 182 lid 1 Fw alleen zijn omgeslagen over het bedrag dat door de hypotheekhouder aan de curator zou zijn afgedragen (ter hoogte van

de vordering van de retentor). De berekening is dan ook niet juist. Op de oneigenlijke lossing die tussen de curator en de hypotheekhouder is overeengekomen, is volgens de Hoge Raad art. 58 lid 2 Fw van toepassing (zie hiervóór onder 1) en het bedrag dat in dit kader door de curator wordt betaald, wordt door de Hoge Raad gerekend tot de bijzondere faillissementskosten (HR 16 februari 1968, NJ 1968, 253). De netto-opbrengst, waarover de algemene faillissementskosten worden omgeslagen, is dan het bedrag dat resteert nadat de curator de hypotheekhouder heeft voldaan, welk bedrag gelijk is aan de vordering van de retentor. Anders: G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillissementsboedel* (diss. Nijmegen), Deventer 1997, p. 100-102, die een op grond van art. 58 lid 2 Fw betaald bedrag rekent tot de algemene faillissementskosten. Het totale netto-boedelactief zou in mijn berekening overigens met hetzelfde bedrag verminderen, zodat het uiteindelijke verschil beperkt is. [\[noot:1\]](#)

7. Als van het voorgaande wordt uitgegaan, geldt in alle genoemde gevallen hetzelfde regime, namelijk dat de retentor voorrang heeft boven de hypotheekhouder maar meedeelt in de omslag van de algemene faillissementskosten, en dat de hypotheekhouder achterstaat bij de retentor maar niet meedeelt in de omslag van de algemene faillissementskosten. Bovendien maakt het, als van de hiervóór weergegeven berekening van de omslag van de algemene faillissementskosten wordt uitgegaan, noch voor de retentor, noch voor de hypotheekhouder een (substantieel) verschil of de onroerende zaak door de curator of door de hypotheekhouder wordt verkocht. Hiermee wordt voorkomen dat van de drie betrokken partijen (retentor, hypotheekhouder en curator) twee partijen tezamen de derde (ernstig) kunnen benadelen.

A. Steneker, universitair docent Radboud Universiteit Nijmegen en onderzoeker Onderzoekcentrum Onderneming & Recht

» Voetnoten

[\[1\]](#)

Rectificatie op verzoek van de annotator (JOR 2007 afl. 7/8): In nr. 6 staat omschreven dat in een geval als het onderhavige de omslag van de algemene faillissementskosten moet worden berekend over het gedeelte van de executieopbrengst dat resteert nadat de hypotheekhouder daaruit is voldaan. Ten onrechte wordt opgemerkt dat in het onderhavige geval de algemene faillissementskosten zijn omgeslagen over de gehele opbrengst van de onroerende zaak. De curator heeft in de slotuitdelingslijst de omslag van de algemene faillissementskosten berekend over het juiste bedrag, de rechter-commissaris heeft de slotuitdelingslijst goedgekeurd, de retentor heeft hiertegen verzet aangetekend en dit verzet is door de rechtbank afgewezen.