

Uitwinningsperikelen¹

Een praktische beschouwing van de mogelijkheden om hypothecair onderpand te gelde te maken

1. Inleiding

De huidige malaise in vrijwel alle sectoren van de vastgoedmarkt heeft ook grote gevolgen voor financiers die leningen verstrekt hebben met onroerend goed als belangrijkste onderpand.

Door vraaguitval aan de zijde van huurders en/of kopers worden financiers steeds vaker geconfronteerd met klanten zoals projectontwikkelaars en vastgoedbeleggers die in betalingsproblemen komen doordat hun inkomsten (uit verkoop of verhuur) achterblijven bij de verwachtingen. Dat resulteert vaak in een (ongeoorloofde) achterstand in betalingen van rente en aflossingen. Daarenboven treedt (significante) waardevermindering van het onderpand op, waardoor 'Loan-to-value covenants' worden geschonden. In de meeste gevallen zal dit de financier het recht geven de verstrekte financiering direct op te eisen.

Wanneer de financier dan daadwerkelijk stappen wil ondernemen om het verschuldigde voldaan te krijgen en het onroerend goed dat in onderpand is verkregen te gelde wil maken, wordt zij opnieuw geconfronteerd met de malaise in de vastgoedmarkt. Immers, dan blijkt in veel gevallen dat er geen kopers te vinden zijn, althans geen kopers die bereid zijn een –in de ogen van de financier- reële prijs te betalen. Overigens werpt dit ook de vraag op wat in deze markt nog een reële prijs is. Wij komen daar nog op terug.

Op basis van onze ervaringen in de dagelijkse praktijk zullen wij in deze bijdrage beschrijven hoe financiers in deze lastige omstandigheden trachten hun onderpand te gelde te maken en daarmee verlies op verstrekte kredieten te voorkomen of in ieder geval te beperken. Wij zullen daarbij diverse wijzen van uitwinning van een hypotheekrecht uiteenzetten, waarbij wij zullen bespreken welke van deze instrumenten in bepaalde gevallen geschikt of juist ongeschikt (b)lijken. Daarbij zullen wij de uitwinning niet zozeer vanuit een juridisch als wel een praktisch oogpunt benaderen, waarbij vooral de vraag centraal staat hoe de bank als hypotheekhouder aankijkt tegen en omgaat met de verkoop van onroerende zaken². Ook andere (relevante) juridische kwesties zullen wij in de meeste gevallen slechts aanstippen en niet uitvoerig bespreken.

De beslissing om een bepaalde wijze van verkoop na te streven is steeds van feitelijke omstandigheden afhankelijk en zal ook steeds getoetst moeten worden bij gewijzigde omstandigheden. Veranderingen in de markt en/of veranderingen in de status van de hypotheekgever (bijvoorbeeld faillissement) kunnen grote impact hebben op de gekozen wijze van verkoop. Eenduidige richtlijnen ten aanzien van welke wijze van verkoop op welk moment geschikt is, zijn dan ook niet te geven. Wij hopen wel met deze bijdrage enig inzicht te kunnen verschaffen in de overwegingen van de financier ten aanzien van de wijze van verkoop wanneer hij over gaat tot uitwinning van hypotheekrechten.

¹ Schrijvers zijn werkzaam binnen het Bouw & Vastgoed team van de afdeling Insolventie en Bijzondere Risico's binnen het Directoraat Bijzonder Beheer Rabobank Groep. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

² In dit artikel worden overigens 'onroerende zaak' en 'onroerend goed' door elkaar gebruikt; alhoewel wellicht juridisch niet zuiver, sluiten we daarmee wel aan bij het gangbare taalgebruik

2. Verkoop door de hypotheekgever

2.1 De bereidwillige hypotheekgever

Wanneer een klant die in de problemen raakt, in overleg met de bank overgaat tot verkoop kan zonder formele uitwinning het onderpand van de bank te gelde gemaakt worden.

Als hypotheekhouder zal de bank slechts bereid zijn haar rechten op het onroerend goed vrij te geven tegen ontvangst van de koopsom, die vervolgens strekt tot betaling van hetgeen de schuldenaar/hypotheekhouder verschuldigd is. De hiermee gemoeide verrekening problematiek is inmiddels voldoende aan bod gekomen in jurisprudentie³. Naar onze ervaring is het verpanden van de vorderingen uit hoofde van de koopovereenkomst inmiddels gemeengoed in de bancaire praktijk. Waar de bank een pandrecht op de vorderingen van de hypotheekgever/verkoper heeft verkregen door middel van een stampandakte (met de gebruikelijke *catch-all* tekst ten aanzien van de rechten en vorderingen die als onderpand dienen) en er gebruik wordt gemaakt van dagelijkse collectieve verpanding op basis van volmacht, zal de bank 'automatisch' een pandrecht verkrijgen op de vorderingen uit hoofde van de koopovereenkomst⁴. Daarbij is inmiddels ook duidelijk is dat mededeling van deze verpanding slechts nog aan de passerend notaris hoeft te worden gedaan en niet aan de koper⁵.

Overigens menen wij dat mededeling van het pandrecht op de rechten uit hoofde van de koopovereenkomst niet noodzakelijk zou zijn indien de koopsom wordt (door) betaald op de rekening van de debiteur, gezien de in Mulder/CLBN⁶ toegelaten verrekening van betalingen uit hoofde van stil verpande vorderingen. Het voert te ver om hier nader op in te gaan in het bestek van deze bijdrage.

2.2 Overwegingen van de hypotheekhouder

Door afspraken te maken omtrent het verkooptraject kan de bank een rol spelen in het verkoopproces om aldus een zo hoog mogelijke waarde te realiseren voor haar onderpand. Vanzelfsprekend is hiervoor wel de bereidwillige medewerking van de hypotheekgever benodigd.

De afspraken die de bank met de hypotheekgever zal willen maken, zullen onder meer zien op de termijn die de hypotheekgever daartoe gegund wordt, de eisen die gesteld worden aan de aan te stellen makelaar, de voorwaarden van de koopovereenkomst. etc. De bank heeft echter geen controle over het verkoopproces. De hypotheekgever treedt immers op als verkoper en niet de bank. Hoewel de bank nauw betrokken wil zijn bij het verkoopproces om zeker te zijn van een – onder de omstandigheden – maximale opbrengst, kan en wil de bank niet op de stoel van de hypotheekgever gaan zitten.

³ HR 23 april 1999, *NJ* 200, 158 (van Gorp q.q./Rabobank), HR 19 november 2004, *NJ* 2005, 199 (ING/Gunning q.q.) en Hof Arnhem 5 april 2005, *JOR* 2005/134 (Keijser q.q./Fortis – Gieterij Doesburg). Op grond van deze jurisprudentie kan geconcludeerd worden dat het helemaal afhangt van de feiten en omstandigheden of de bank kan verrekenen. Zoals reeds aangegeven zullen wij in deze bijdrage deze juridisch inhoudelijke kwestie niet nader bespreken.

⁴ HR 3 februari 2012, *JOR* 2012/200 (Dix q.q./ING).

⁵ HR 14 januari 2011, *JOR* 2011/343 (Butterman q.q./Rabobank).

⁶ HR 17 februari 1995, *NJ* 1976, 471 (Mulder q.q./CLBN).

De ervaringen met deze wijze van te gelde maken van het onderpand zijn zeker niet slecht. In veel gevallen, waar het eenvoudiger onroerend goed betreft, wordt dit traject succesvol doorlopen. Wij merken daarbij wel nog op dat deze wijze van verkoop geen executie in de zin van artikel 3:268 lid 2 BW betreft, en aldus geen zuiverende werking in de zin van artikel 3:273 BW heeft.

3. Verkoop door de hypotheekhouder op basis van volmacht

3.1 Verkoop op basis van volmacht

De bank en de hypotheekgever kunnen overeenkomen dat aan de bank als hypotheekhouder een volmacht wordt verstrekt ten aanzien van de verkoop en levering van het onderpand. Ook deze optie vereist dus medewerking van de hypotheekgever. Een dergelijke volmacht kan zich beperken tot de werkelijke verkoop en levering, maar kan zich ook uitstrekken tot het gehele verkooptraject, waardoor de bank dit geheel naar haar hand kan zetten. Om zelf, als gevolmachtigde, ook de levering te kunnen bewerkstelligen zal de hypotheekhouder een notariële volmacht moeten verkrijgen.

De volmacht eindigt echter van rechtswege bij het faillissement van de volmachtgever (artikel 3:72 ahf. en sub a BW), zodat in faillissementssituaties veelal wordt teruggegrepen op de nog te bespreken opties om het onderpand te gelde te maken.

3.2 Overwegingen van de hypotheekhouder

Zoals aangegeven kan de bank een volmacht van de hypotheekgever verkrijgen om aldus zelf, als gevolmachtigde, een onderhandse verkoop en de daaropvolgende levering te kunnen realiseren.

Hier kleven echter de nodige bezwaren en risico's aan, zoals de mogelijkheid dat de volmacht herroepen kan worden (als deze niet onherroepelijk is) danwel dat deze van rechtswege zal eindigen door de dood, onder curatele stelling of het faillissement van de volmachtgever⁷ (artikel 3:72 BW).

Wanneer reeds bij de verschaffing van de financiering een volmacht wordt verschaft zal deze zeer algemeen moeten zijn, zodat de bank daar op een later moment ook mee uit de voeten kan. Dan rijst echter weer de vraag of een dergelijke volmacht mogelijk nietig zou zijn⁸ en, meer praktisch, of de passerend notaris op een dergelijke volmacht wil vertrouwen.

In de praktijk wordt er, naar onze ervaring, weinig gebruik gemaakt van een dergelijke volmacht tot verkoop aan de hypotheekhouder. Er wordt eerder voor gekozen erop aan te sturen dat de hypotheekgever zelf, zoals beschreven, in nauw overleg met de hypotheekhouder tot onderhandse verkoop overgaat. Ook deze wijze van verkoop (i.e. de verkoop door de hypotheekhouder als gevolmachtigde) is overigens geen executie in de zin van artikel 3:268 lid 2 BW en heeft aldus geen zuiverende werking in de zin van artikel 3:273 BW.

⁷ Ingevolge artikel 35 Fw zal dan ook de hypotheekgever zelf niet meer kunnen leveren, waardoor de bank alsnog zal zijn aangewezen op de nog te bespreken opties om het onderpand te gelde te maken.

⁸ 'Executie-perikelen en onherroepelijke volmacht', prof. mr. H.C.F. Schoordijk, *WPNR* 2009/6790.

4. Openbare verkoop

4.1 Hoofregel: openbare verkoop (veiling)

Wanneer wij spreken over onroerend goed dat aan een financier in onderpand is gegeven, betreft dit natuurlijk het recht van hypotheek op een registergoed, gevestigd conform de vereisten van artikel 3:260 BW. Wanneer de debiteur in verzuim is met de voldoening van hetgeen waarvoor de hypotheek tot zekerheid strekt, heeft de financier, als hypotheekhouder, het recht van parate executie (artikel 3:268 BW). De wet veronderstelt dat dit recht wordt uitgeoefend door middel van openbare verkoop (veiling) van het onderpand (artikel 3:268 lid 1 BW).

4.2 Overwegingen van de hypotheekhouder

De wet schrijft dwingend voor dat uitwinning door de hypotheekhouder ex art. 3:368 BW zal plaatsvinden door middel van een openbare verkoop. Een dergelijke verkoop heeft een belangrijk nadeel: in de regel zal daarbij namelijk een lagere opbrengst worden gerealiseerd dan bij een onderhandse verkoop door de hypotheekgever het geval zal zijn. De praktijk laat een somber beeld zien.

In een onderzoek naar de opbrengsten van veilingen van woningen in de periode 2005-2008 blijkt dat deze 37% minder opbrengen op een veiling dan de achteraf vastgestelde marktwaarde⁹. Het behoeft weinig betoog dat dit na 2008 niet beter geworden zal zijn.

Het achterblijven van de opbrengsten is te wijten aan de relatief hoge kosten die met een veiling gemoeid zijn, maar vloeit ook voort uit de aard van de veiling. Dit is enigszins paradoxaal aangezien de hoofregel dat de verkoop openbaar moet zijn, is ingegeven door de gedachte dat aldus ideale marktvoorming plaatsvindt, zodat op transparante wijze de 'marktwaarde' wordt gerealiseerd en waardoor het risico dat de executant en de koper samenspannen wordt uitgesloten (artikel 463 Rv).

In de praktijk blijkt echter dat veel potentiële gegadigden door onbekendheid met het proces en door een gebrek aan informatie bij verkoop op de veiling (in sommige gevallen kan het pand bijvoorbeeld niet bezichtigd worden) de drempel te hoog vinden om zich in de biedingsstrijd te mengen. Ook het feit dat de gebruikelijke voorbehouden ten aanzien van financiering en bouwkundige staat niet gemaakt kunnen worden, maakt particulieren terughoudend. Dat betekent dat een belangrijke groep potentiële kopers voor vooral woningen niet of niet voldoende wordt bereikt; er is derhalve veelal sprake van een onvolkomen markt.

Een 'ideale markt' ontstaat pas, althans wordt benaderd, wanneer er voldoende bieders zijn die onafhankelijk van elkaar bieden. In sommige gevallen is de veiling echter een schijnvertoning door afspraken tussen de biedende partijen (en dus niet de koper en de executant)¹⁰. Buitenstaanders die zich op het strijdtoneel wagen wordt daarbij op vaak niet mis te verstane wijze aangegeven dat geen prijs wordt gesteld op hun bemoeienis¹¹. Ook wanneer de veiling wel voldoende bieders kent en een en ander ordelijk verloopt, zal in de regel de gerealiseerde waarde lager zijn omdat er sprake is van

⁹ 'The Boom and Gloom of Real Estate Markets', prof. dr. Dirk Brounen, p. 22 e.v., beschikbaar via <http://repub.eur.nl/res/pub/14001/EIA-2008-035-FA.pdf>

¹⁰ Zie voor het besluit van de NMa en een samenvatting van het daaraan voorafgaande onderzoek: http://www.nma.nl/images/6538_1_1295BLD22-197958.pdf

¹¹ 'The Boom and Gloom of Real Estate Markets', prof. dr. Dirk Brounen, p. 24 e.v.

een kenbare executieverkoop. De ervaring leert aldus dat deze wijze van verkoop, juist door haar aard, in de regel een lagere waarde genereert.

Toch kan een veiling bij relatief courante onroerende zaken een reële optie zijn. Te denken valt daarbij aan (de meeste) woonhuizen en meer courante bedrijfspanden. Ook in deze gevallen zal de opbrengt tegenvallen, maar er zullen in de regel in ieder geval voldoende geïnteresseerden zijn om van enige marktforming sprake te laten zijn. De hypotheekhouder zal in dergelijke gevallen overgaan tot openbare verkoop wanneer de gebruikelijke verkoopinspanningen geen resultaat hebben opgeleverd, of wanneer de hypotheekgever niet tot een onderhandse verkoop wil overgaan of een (veel) te hoge vraagprijs blijft hanteren. In die gevallen zal de bank toch trachten een verkoop te forceren door een veiling te starten. De bank accepteert dan dat bij deze wijze van verkoop waarschijnlijk een lagere waarde gerealiseerd zal worden maar kiest ervoor om tot afwikkeling van de relatie te komen aangezien er toch geen vooruitzichten zijn op een oplossing respectievelijk een hogere waarde. De bank zal daarbij waarschijnlijk wel een 'bodemprijs' voor de gunning hanteren. Onder die prijs zal niet gegund worden of zal de bank mogelijk overwegen, vanuit oogpunt van verliesbeperking, om zelf in te kopen.

Voor verkoop van 'exploitatievastgoed' (denk aan horeca-panden, campingterreinen etc.) of bij verkoop van voor een specifiek bedrijfsmatig doel ingerichte onroerende zaak (denk aan bepaalde fabriekshallen) maar ook bij de verkoop van grotere hoeveelheden onroerende zaken ineens (grote of middelgrote vastgoedportefeuilles) werkt een executieveilingverkoop echter onvoldoende. In deze gevallen zullen, mede door de aard van het onderpand, er slechts specifieke partijen gegadigden zijn voor de koop. Deze specifieke partijen worden vaak niet (in voldoende mate) bereikt bij een veiling. Wanneer de traditionele veilingen waarin wel specifieke objecten te koop zijn aangeboden worden bekeken, valt op dat er vooral weinig aan marketing wordt gedaan. Die keuze zal zijn ingegeven door het feit dat de markt klein en voldoende in kaart is, of dat de verwachting is dat de kosten relatief (te) hoog zullen zijn. Dat dit ook anders kan, laten bijvoorbeeld de online veiling van glastuinbouwbedrijven zien waar veel aandacht wordt besteed aan de marketing van deze veilingen.

4.2.1 Verkoop OG-portefeuille

Het kan aantrekkelijk zijn om een grotere OG-portefeuille in één keer te verkopen.

De mogelijkheid om in geval van executie een portefeuille als geheel of in delen te verkopen is niet expliciet in de wet opgenomen, maar volgt uit de toelichting bij artikel 520 Rv¹². Bovendien hebben de banken in hun algemene hypotheekvoorwaarden geregeld dat zij zelf de veiling-kavels kunnen samenstellen. Indien de kavel onroerende zaken uit verschillende arrondissementen zou bevatten, biedt de wet wel uitkomst: indien de onroerende zaken gezamenlijk worden geëxploiteerd, kunnen ze gezamenlijk worden geveild. Indien aan die voorwaarde niet is voldaan kan de Voorzieningenrechter om toestemming worden gevraagd (artikel 520 lid 2 Rv).

Verkoop van een portefeuille brengt echter ook enkele praktische problemen met zich mee¹³. Zo is niet ondenkbaar dat op onderdelen van de portefeuille afzonderlijke tweede hypotheekhouders,

¹² Parl. Geschiedenis Wijziging Rv. e.a.w., p. 241

¹³ Zie ook "Enige perikelen rond een 'importante executoriale verkoop'", Prof. Mr. R.D.Vriesendorp, *WPNR* 1993/6117, p. 946 e.v.

beslagleggers e.d. zijn. Hoe is nu vast te stellen welk deel van de opbrengst van de volledige portefeuille aan die andere belanghebbenden zou toekomen? Bovendien kunnen de andere belanghebbenden (waaronder vooral de lager gerangschikte hypotheekhouders) bij kort geding of anderszins opkomen tegen de voorgenomen verkoop van de aan hen verhypothekeerde zaak als deel van een pakket.

De totale opbrengst van de verkoop van een portefeuille in één transactie zal op het eerste gezicht wellicht lager uitvallen dan een stuksgewijze verkoop. Stuksgewijze verkoop is vaak echter niet direct of op korte termijn mogelijk omdat de markt in korte tijd niet zoveel objecten kan absorberen. Bovendien is er grote kans dat het in eens op de markt brengen van veel objecten de prijsvorming schaadt en leidt tot lage opbrengsten. Daarbij speelt ook het gevaar van cherry picking een rol: door de krenten uit de pap te halen blijft het minder courante vastgoed in de portefeuille over.

Met het langer aanhouden – of noodgedwongen zelf inkopen - van de panden zijn echter ook de nodige kosten gemoed. De ervaring leert dat veel curatoren bereid zijn om mee te werken aan een verkoopstrategie waarbij een langere adem nodig zal zijn, ook omdat daarmee in ieder geval de belangen van de veelal grootste crediteur (de bank, in dit geval ook als separatist) gediend zijn en daarmee in beginsel ook de belangen van de overige crediteuren. Daarbij dienen wel goede afspraken te worden gemaakt over de kosten van beheer en behoud, die veelal (maar niet altijd) voor rekening zullen komen van de hypotheekhouder. Bovendien zal er voor de bank ook na aftrek van de kosten voor beheer en behoud zicht moeten zijn op een meeropbrengst bij het aanhouden van het van het onroerend goed in vergelijking met de situatie waarin wél tot een directe verkoop wordt overgegaan.

Per saldo kan in voorkomende gevallen de verkoop van de portefeuille in het geheel of in grotere delen dan de meest aantrekkelijke optie zijn. In een dergelijk geval zal de koper een belegger zijn. Dit hoeft lang niet altijd een grote institutionele partij te zijn. Zeker voor de kleine tot middelgrote portefeuilles zien wij nog steeds interesse bij kleinere beleggers. Zij zijn goed ingevoerd in de lokale markt waardoor zij het project of de woningen en de lokale markt goed kennen en waardoor zij bijvoorbeeld goed in staat zullen zijn de woningen te verhuren of (na enige tijd) door te verkopen. Openbare veiling is dan echter niet een geschikt verkoop-instrument.

Juist dit soort partijen hebben vaak geen interesse in ‘besmet’ onroerend goed en in de beleving van partijen in de markt is daar sprake van bij openbare verkoop in een veiling. Ook zelf zitten deze partijen niet op publiciteit te wachten.

Gezien de financiële belangen bij dit soort onroerend goed zal een veiling zonder informatie vooraf geen kans van slagen hebben. Echter juist bij grotere portefeuilles, zeer specifiek onroerend goed of bouwprojecten, is het vaak niet wenselijk voor de beoogd koper dat specifieke informatie toegankelijk is geweest voor concurrenten. Een meer directe, onderhandse benadering, biedt meer mogelijkheden om aan deze wens tegemoet te komen door het verkoopproces daarop aan te passen, bijvoorbeeld door een gesloten veiling met een beperkt aantal bidders te organiseren op de wijze waarop bijvoorbeeld ook bedrijven verkocht worden.

4.3 De curator en (de redelijke termijn ex) artikel 58 Fw

Door de bovenbeschreven problemen is de laatste tijd duidelijk geworden dat bij executieverkopen nog een ander probleem bestaat, dat eerder niet echt zichtbaar is geworden. Dit betreft het feit dat (lang) niet alle onroerende zaken die op de veiling worden gebracht ook worden verkocht. Dit kan meerdere oorzaken hebben, maar in veel gevallen komt dit door gebrek aan vraag, althans gebrek aan vraag tegen een redelijke prijs, waardoor niet wordt gegund. Het komt met enige regelmaat voor dat een onroerende zaak twee keer, soms zelfs vaker, op een veiling moet worden gebracht alvorens het wordt verkocht.

De curator heeft als taak met enige voortvarendheid het faillissement af te wikkelen. Soms botst dat met het belang om een zo hoog mogelijke opbrengst bij verkoop van activa te realiseren, zeker wanneer de activa zijn verpand of verhypothekend en de kans op vrij boedelactief uit de verkoop niet groot is. De wetgever heeft dit probleem willen ondervangen met de bepaling van art. 58 Fw:

‘De curator kan de pand- of hypotheekhouders een *redelijke termijn* (curs. MB/JR) stellen om tot uitoefening van hun rechten [...] over te gaan. Heeft de pand- of hypotheekhouder het onderpand niet binnen deze termijn verkocht, dan kan de curator de goederen opeisen en met toepassing van de artikelen 101 of 176 verkopen onverminderd het recht van de pand- en hypotheekhouders op de opbrengst.[...]’.

De bepaling van artikel 58 Fw biedt de curator de mogelijkheid om indien de separatist onnodig draait met het te gelde maken van het gesepareerde goed, dat goed zelf te gelde te maken en zo te voorkomen dat de afwikkeling van het faillissement onnodig wordt vertraagd door de dralende separatist; artikel 58 Fw stelt dus alleen een sanctie op het nodeloos stilzitten van de separatist.

Het probleem voor banken laat zich raden: onroerende zaken worden in de huidige tijden – bijzondere situaties daargelaten – niet snel verkocht. De verkoop heeft tijd nodig, en een goede marktwerking, om tot een aanvaardbaar resultaat te komen. Wanneer die tijd niet wordt gegund, zal dat tot gevolg hebben dat de bank wordt gedwongen tot veiling over te gaan en zelfs tegen elke prijs te verkopen. Dat brengt, zoals beschreven, ten eerste al een lagere verwachte opbrengst met zich. Maar ten tweede is het niet onaannemelijk dat zelfs bij voortvarende executieverkoop de zaak niet verkocht wordt.

Bij de bank bestaat de wens om niet hals-over-kop te gaan veilen maar in betrekkelijke rust over te gaan tot verkoop waardoor de hoogste marktprijs onder de gegeven omstandigheden kan worden bewerkstelligd. Dit is reeds op zichzelf genomen een redelijke wens. Daar komt nog bij dat wanneer de curator door een termijnstelling de bank in een veilingproces dwingt dat niet succesvol wordt afgerond, de bank gedwongen is om in te kopen of moet toezien hoe de curator de verkoop ter hand gaat nemen en daarmee de verkoopopbrengsten via de boedel lopen. Hierdoor worden de curator en de overige crediteuren in feite beloond ten laste van de separatist. Immers de hypotheekhouder zal dan de omslag van de faillissementskosten tegen zich moeten laten gelden (artikel 182 Fw).

Er lijkt daardoor een perverse prikkel voor de curator te bestaan om (te?) snel een termijn ex art. 58 lid 1 Fw te stellen. Het is voor de boedel immers een loterij zonder nieten: ofwel de hypotheekhouder krijgt de onroerende zaak niet tijdig verkocht, zodat de curator de verkoop ter hand kan nemen en de verkoopopbrengsten via de boedel zullen lopen; ofwel de bank ziet zich

genoodzaakt om af te zien van haar recht op parate executie in een poging met de curator een regeling te treffen voor onderhandse verkoop of lossing waarbij de boedel een bijdrage tegemoet zal kunnen zien; ofwel de bank zal zelf moeten inkopen op een veiling indien er onvoldoende wordt geboden, waarbij de boedel slechts een voordeel zou ontgaan¹⁴.

De rechter-commissaris kan worden verzocht om de gestelde termijn te verlengen. Dit kan zelfs meerdere malen, het aantal noch de lengte van de termijn is beperkt in de wet. De rechter-commissaris zal elk verzoek (opnieuw) beoordelen op de vraag of gezien de omstandigheden van het geval de eerder gestelde termijn (nog) redelijk is. Daarbij geldt dat de separatist binnen de gestelde termijn redelijkerwijs tot uitoefening van zijn rechten moet kunnen overgaan¹⁵. Indien dat niet het geval is zal de rechter-commissaris tot verlenging besluiten.

Voor een redelijke termijn is een ondergrens vast te stellen. Die ondergrens zal in ieder geval moeten zijn: de termijn die nodig is om, met inachtneming van alle wettelijke termijnen en rekening houdende met de daartoe benodigde handelingen, een zaak executoriaal te verkopen. Voor de executoriale verkoop van een onroerende zaak bedraagt die termijn al snel drie maanden. Een termijn die minder bedraagt dan deze ondergrens zal over het algemeen niet kwalificeren als een redelijke termijn als bedoeld in art. 58 Fw¹⁶.

Een termijn van drie maanden kan echter nog altijd een onredelijke zijn. Er kunnen omstandigheden zijn die meer tijd vergen alvorens de onroerende zaak daadwerkelijk kan worden verkocht, waarbij het doel zal zijn om een zo hoog mogelijke opbrengst te genereren. Zo valt te denken aan de noodzaak van een bodemonderzoek bij mogelijke bodemvervuiling, (afroerende) werkzaamheden ter verkrijging van een gunstige bestemmingsplanwijziging, kadastrale splitsing of afronden van sloopwerkzaamheden. Maar ook het uitvoeren van marketingactiviteiten zal, zeker bij vastgoed met een zeer specifiek karakter en voor een specifieke doelgroep, van groot belang kunnen zijn om de mogelijke gegadigden te bereiken. De wijze van verkoop waarmee de hoogste opbrengst wordt gegenereerd zal – zoals beschreven – de onderhandse verkoop zonder enige tijdsdruk zijn. Mogelijk duurt een traject om tot een onderhandse verkoop te komen langer dan nodig zou zijn bij een executoriale verkoop. Ook dit dient naar onze mening in de beoordeling van de redelijkheid van de gestelde termijn (of gevraagde verlenging daarvan) mee te wegen.

Het begrip ‘redelijkheid’, althans de invulling daarvan, is tot op zekere hoogte aan verandering onderhevig op basis van hetgeen op enig moment (subjectief) als redelijk gepercipieerd wordt. Er kan toch wel geconcludeerd worden dat een termijn waarbinnen 5 jaar geleden redelijkerwijze een verkoop bewerkstelligd kon worden vandaag de dag in veel gevallen niet voldoende zal zijn om een verkoop te realiseren. Daarmee is een dergelijke termijn tegenwoordig - onder de huidige relevante (markt)omstandigheden - niet meer redelijk te noemen.

Bij de vaststelling van een redelijke termijn zal telkens een goede afweging moeten worden gemaakt tussen enerzijds die van de boedel bij een voortvarende afwikkeling, en anderzijds van alle betrokkenen (inclusief de boedel) bij een zo hoog mogelijke opbrengst van de onroerende zaak.

¹⁴ Hiermee is overigens niet gesteld dat veel, laat staan alle, curatoren onnodig gebruik maken van hun recht ex art. 58 Fw.

¹⁵ HR 3 juni 1994, *NJ* 1995, 340 m.nt. HJS (Nederlandse Antillen/Komdeur qq); zie ook Kortmann/Faber in ‘Onzekere zekerheid’, *INSOLAD Jaarboek* 2002 p.148-152.

¹⁶ Zie ook Rb. Haarlem 9 december 2010, *JOR* 2011/201 m.nt. NEDF

Daartoe zal overleg tussen de curator en de hypotheekhouder over de van belang zijnde omstandigheden van belang zijn, in ieder geval om ervoor te zorgen dat een curator die een termijn wil stellen over alle relevante informatie beschikt en op grond daarvan een weloverwogen termijn kan stellen.

5. Internetveiling

5.1 veiling van onroerende zaken via Internet

Voor zover ons bekend staat de eerste online veiling van onroerend goed in Nederland op naam van de curatoren in de Easy Life faillissementen. Zij hebben in 2009 vier woonhuizen online verkocht. Dat was toen, maar is nu ook nog, redelijk uniek. De website 925.nl citeert een van de curatoren, Ruud Dekker, als volgt: *"Veel panden worden wel ter bezichtiging online aangeboden, maar uiteindelijke veiling vindt plaats in wat je de achterafzaaltjes kunt noemen. Daar is de prijsvorming niet optimaal - om me maar voorzichtig uit te drukken - omdat er veelal prijsdrukkende personen aanwezig zijn. Een Internetveiling heeft een veel groter bereik en is anoniem."*¹⁷

Inmiddels worden onroerende zaken steeds vaker via vrijwillige verkoop onderhands verkocht via Internet. Dat betreft niet alleen verkoop door particulieren op tal van daartoe ingerichte websites, maar ook verkoop van bedrijfsmatig vastgoed op (vrijwillige) online-veilingen; denk daarbij aan onder andere (maar niet uitsluitend) marktplaats.nl, speurders.nl, mobile.de e.a.

Via de online veilingen wordt op relatief eenvoudige wijze een grote doelgroep bereikt die op zeer toegankelijke en transparante wijze kan kennisnemen van het biedingenverloop. Dit heeft ook voor de bank, de verkoper en andere stakeholders het voordeel dat de prijsvorming niet (eenvoudig) kan worden beïnvloed. De 'schimmige achterafzaaltjes' met handelaren die gezamenlijk de te lage prijzen vaststellen hebben ruimte gemaakt voor een grote en transparante markt.

Ook executieveilingen van onroerend goed vinden nu (mede) plaats via Internet. In navolging van de reeds bewezen succesvolle online verkoop van roerende zaken hebben in 2011 de eerste executoriale veilingen van onroerende zaken in Nederland via Internet plaatsgevonden. In juni 2011 zijn vakantiewoningen op een vakantiepark executoriaal geveild via Internet en in november 2011 een aantal woonhuizen. Sindsdien wordt de online veiling vaker aangewend om verschillende vormen van vastgoed te verkopen bij wege van parate executie.

Deze Internetveilingen werken in de praktijk als volgt:

Via het veilingplatform wordt het volledige biedproces via de computer die verbonden is met Internet gevoerd. Ook partijen die naar de zaal komen, bieden via de computer. Hierdoor is het niet mogelijk voor deelnemende partijen om controle te hebben over of (ongeoorloofde) afspraken te maken met de andere bidders. Bij bieden via het Internetplatform wordt zeer nauwkeurig vastgelegd welke bieding wanneer is ingediend; de biedingen kunnen alleen via elektronische weg worden ingediend. Doordat er via de computer meer tijd geboden wordt voor het bieden, en mensen in een

¹⁷ <http://925.nl/archief/2009/04/27/925-presenteert-binnenkijken-in-het-easy-life-kantoor>.

eigen omgeving, eventueel bijgestaan door adviseurs hun biedingen kunnen invoeren, is dit proces laagdrempeliger dan de huidige executieveilingen in de zaal, en de hybride variant hiervan.

Bij de hybride variant kan men via een Internetverbinding een bieding doorgeven aan de veilingmeester in de zaal; tevens kan men via een webcam de veiling volgen. De veilingmeester moet zowel de online biedingen als de biedingen in de zaal controleren. Het is met één oog in de zaal en één op het scherm moeilijk exact vast te stellen welke bieding eerder is; dat lijkt minder nauwkeurig dan de voornoemde wijze van veilen. Ook kunnen de mensen in de zaal hun gedrag meestal iets beter afstemmen op het gedrag van het publiek in de zaal dan degenen die elders via de webcam meekijken. Ook is het biedproces voor onervaren bieders niet overzichtelijker. Dit kan mogelijke onervaren kopers – juist een belangrijke markt voor bijvoorbeeld de verkoop van woningen – afschrikken. Hierdoor kan het gewenste effect van het mede online veilen niet optimaal worden bereikt. Toch biedt ook deze wijze van veilen voordelen boven het alleen veilen in de zaal.

Natuurlijk zijn er ook nadelen van online veilen te noemen. Voor het online kopen van een woning bij met name particulieren bestaat nog wel enige terughoudendheid: koopt men geen kat in de zak? Het gevoel zal ongetwijfeld ook nog een rol spelen. Door het houden van kijkdagen en verbeteren van de ter beschikking gestelde informatie, foto- en filmreportages, e.d. op Internet zal die twijfel moeten worden weggenomen. Maar ook onzekerheid of een object wel vrij van huur (woning) dan wel juist met de goede huurder (commercieel vastgoed, beleggingsobject) wordt verkocht en in welke staat het zich zal bevinden bij de overdracht maakt de (onderhandse) online veiling nog altijd niet ideaal. Ook de genoemde bezwaren die particulieren waarschijnlijk hebben tegen het onvoorwaardelijke karakter van een koop op de veiling worden niet weggenomen. Deze nadelen kunnen door de bank deels worden weggenomen, onder meer door het huurbeding voorafgaand aan de veiling uit te oefenen, door te zorgen voor voldoende informatie over het vastgoed en door – in overleg met de eigenaar, de curator of op grond van en binnen de grenzen van het beheersbeding – te zorgen voor een redelijke staat van het vastgoed. De koudwatervrees bij particuliere kopers zal ook verminderen naar gelang er meer online veilingen worden gehouden en het online veilen – ook voor vastgoed – de regel zal zijn.

Omdat naar de mening van velen (waaronder de schrijvers) online veilen de toekomst heeft, is een aantal vooraanstaande notariskantoren die vaak bij veilingen betrokken zijn in samenwerking met andere betrokken partijen, bezig met het opzetten van één onafhankelijk Internetveilingportaal. Op dit veilingportaal zal bedrijfsonroerend goed - al dan niet executoriaal - online worden verkocht. Daarbij is het de bedoeling dat alle Nederlandse notarissen, makelaars maar ook hypotheekhouders (en beslagleggers) alsmede beleggers en andere gegadigden overeenkomstig de toepasselijke voorwaarden gebruik kunnen gaan maken van dit portaal, als executant of juist als potentiële koper.

Het doel van dit portaal is het creëren van een virtuele plek waar bedrijfsonroerend goed vanuit heel Nederland wordt aangeboden, en waar een zo groot mogelijk aantal partijen de kans zal hebben op een laagdrempelige manier deel te nemen aan de online executieveiling.

5.2 Een 'nieuwe' veiling-variant

Op 25 maart 2010 is het voorontwerp van een wetsvoorstel in consultatie gegeven betreffende het transparanter en toegankelijker maken van de executoriale verkoop van onroerende zaken¹⁸. In dat wetsvoorstel wordt het mogelijk gemaakt dat de veiling van onroerende zaken ook via Internet kan plaatsvinden, zodat de veiling op eenvoudige wijze door eenieder met toegang tot Internet kan worden bezocht. De wetgever beoogt daarmee vooral het beeld van de (-tot het rookverbod-rokerige) achterafzaaltjes, waarbij een vaste groep vastgoedhandelaren de buit onderling verdeelde en tegen afbraakprijzen vastgoed kon kopen (zie de eerder beschreven problematiek bij openbare verkopen), aan te pakken. De consultatie is afgesloten op 31 mei 2010. Op 31 januari 2011 heeft het Ministerie van Veiligheid en Justitie in een persbericht laten weten dat het wetsvoorstel voor advies naar de Raad van State zou worden gezonden¹⁹. Het wetsvoorstel is door de Minister van Veiligheid en Justitie naar de Raad van State gezonden voor advies. De belangrijkste wijzigingen ten aanzien van de bestaande executie-veiling praktijk zijn:

- Mogelijkheid om te bieden en kopen via Internet;
- Verplichting van de eigenaar/bewoner om bezichtigingen toe te laten;
- Huurders en gebruikers zonder recht of titel kunnen op grond van het proces-verbaal van de veiling tot ontruiming worden genoodzaakt;
- Ook de executerende beslaglegger kan een verzoek tot executoriale onderhandse verkoop ex art. 3:268 lid 2 BW indienen.

De voorgestelde wijzigingen in de huidige regeling van executoriale verkoop van onroerende zaken zou een verbetering kunnen brengen. Deze wijzigingen verlagen de drempels voor mogelijke bidders. Zo stelt het potentiële kopers van een woning in staat om de woning - al dan niet met een expert - te bezichtigen voorafgaand aan de veiling, zodat de risico's die verband houden met het gebrek aan informatie (deels) worden gemitigeerd. In die bezichtigingsmogelijkheid is bij de executieveiling thans niet voorzien. Ook stelt het de koper in staat om met het proces-verbaal van de verkoop in de hand het gekochte te doen ontruimen. Dat is – ten opzichte van de huidige wet- en regelgeving, waarbij voor ontruiming eerst een executoriale titel dient te worden verkregen van de Voorzieningenrechter - een vooruitgang en (dus) positief voor de verkoopbaarheid bij executieveilingen.

Het wetsvoorstel is echter nog altijd niet het antwoord op een aantal van de door ons gesignaleerde nadelen bij executieverkoop. Een zo hoog mogelijke opbrengst – hetgeen toch moet worden nagestreefd door alle betrokken partijen – wordt immers vooral bereikt bij onderhandse verkoop en na voldoende marketingwerkzaamheden.

6. Onderhandse executoriale verkoop

6.1 Onderhandse executoriale verkoop

Bij wijze van uitzondering op de hoofdregel dat parate executie door middel van een openbare verkoop dient plaats te vinden, geeft de wet de mogelijkheid aan de hypotheekhouder (of de

¹⁸ Zie <http://www.internetconsultatie.nl/executieveiling>.

¹⁹ Zie <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/persberichten/2011/01/31/bieden-via-internet-bij-executieverkoop-woning.html>

hypotheekgever) om de voorzieningenrechter te verzoeken om te bepalen dat de verkoop onderhands zal geschieden (artikel 3:268 lid 2 BW en artikel 548 Rv).

Een dergelijk verzoek kan echter pas worden gedaan wanneer de voorbereidingen voor de veiling zijn aangevangen. Hiervoor dienen in ieder geval de aanzegging aan de hypotheekgever conform artikel 544 Rv en de aanplakking volgens plaatselijk gebruik en de aankondiging in een plaatselijk verspreid dagblad (artikel 546 Rv jo. 516 Rv) beide te hebben plaatsgevonden. Deze verplichting wordt algemeen aangenomen op grond van artikel 547 lid 2 Rv en artikel 548 Rv aangezien beide artikelen veronderstellen dat een datum voor de openbare verkoop is vastgesteld en bekend gemaakt, alvorens een verzoek tot onderhandse verkoop kan worden ingediend. In de literatuur is er enige discussie (geweest) over de vraag of dit nu absolute vereisten zijn, maar in de praktijk blijkt toch dat in ieder geval de aankondiging door middel van publicatie in een dagblad zal plaatsvinden (al dan niet aangevuld met publicatie op Internet²⁰) om niet het risico te lopen dat de voorzieningenrechter de onderhandse verkoop wegens vormverzuimen niet zal goedkeuren.

Bij de introductie van de mogelijkheid van onderhandse executie, heeft de wetgever onderkend dat de openbare verkoop lang niet altijd een geschikt uitwinninginstrument is. Als redenen werden daarbij aangevoerd de toenemende grootte van gebouwen en de belangen en financieringsproblematiek die daarmee gemoeid zijn, maar ook het feit dat de veiling 'tegenwoordig' (lees: toen al) steeds minder een geschikt middel blijkt om een behoorlijke prijs te verkrijgen. Zoals beschreven zijn deze zorgen nog steeds zeer actueel. Anderzijds bestond wel nog sterk de behoefte om ook de onderhandse executie door waarborgen te omgeven. Vandaar de voorwaarden die aan een dergelijke executie verbonden zijn en de uitsluiting van de mogelijkheid dat partijen andere afspraken maken omtrent de wijze van verkoop²¹.

Anders dan bij pandrecht, voorziet de wet nadrukkelijk niet in de mogelijkheid dat de hypotheekhouder en de hypotheekgever tezamen (al dan niet na het intreden van verzuim) een afwijkende wijze van verkoop overeen kunnen komen als executieverkoop (vgl. artikel 3:251 lid 2 BW). De in artikel 3:268 BW beschreven wijzen van verkoop zijn dwingendrechtelijk voorgeschreven. Enig beding dat er toe strekt dat de hypotheekhouder zich op een andere wijze op het verbonden goed verhaalt is nietig (artikel 3:268 lid 5 BW). Deze beperkingen werden nodig geacht om voldoende waarborgen te creëren voor een dergelijke onderhandse executie, zoals beschreven, ter bescherming van de geëxecuteerde hypotheekgever.

De vraag is of overigens of deze gedachtengang thans nog opgeld doet. Het vereiste dat de voorbereidingen voor de veiling zijn aangevangen alvorens de voorzieningenrechter zou kunnen worden aangezocht voor een onderhandse verkoop komt gekunsteld en overdreven formalistisch over. In het geval van een particuliere zekerheidsgever en zeker waar het onderpand diens woning betreft, is er zeker nog wat te zeggen voor het in stand houden van de waarborgen zoals beoogd wordt met artikel 3:268 lid 5 BW. Waar het echter zakelijke debiteuren/zekerheidsgevers betreft die zakelijk onroerend goed in onderpand geven, komt dit onderscheid in de mogelijkheid om op basis van een partijafpraak te komen tot een afwijkende wijze van verkoop vreemd voor. Naar onze mening ware het beter als bij dergelijke zakelijke hypotheekgevers een zelfde regeling als bij pandrecht zou bestaan: partijen kunnen dan in het geval dat verzuim is ingetreden zelf afspraken

²⁰ Rechtbank Arnhem 21 juni 2011, *JOR* 2012/133, Rechtbank Utrecht 20-2-2012, *JOR* 2012/134.

²¹ *MvA II, Parl. Gesch.* p. 823.

maken ten aanzien van een afwijkende wijze van verkoop (contractsvrijheid). Wanneer partijen geen overeenstemming zouden bereiken staat het de hypotheekhouder vrij om de voorzieningenrechter te verzoeken een onderhandse verkoop te sanctioneren. Wanneer aldus een verkoop zou plaatsvinden die de hypotheekgever niet welgevallig is, bestaat de waarborg van een rechterlijke toets en staat het de hypotheekgever vrij een ander bod aan de voorzieningenrechter voor te leggen.

6.2 Overwegingen van de hypotheekhouder

In veel gevallen is deze onderhandse executieverkoop ingevolge artikel 3:268 lid 2 BW een bruikbaar alternatief voor de veiling. De bank zal ernaar streven zo veel mogelijk controle te krijgen over het proces en er aldus zelf op toezien dat een verkoop tot stand komt onder haar conveniërende voorwaarden. De gedachte is immers dat de bank dit instrument gebruikt om zonder medewerking van de hypotheekgever en zonder een aantal van de negatieve aspecten van een daadwerkelijke veiling tot een (executie)verkoop te komen. In de navolgende paragraaf over oneigenlijke lossing bespreken we de (mogelijke) verkoopinspanningen van de bank nader.

Als de transactie geheel uitonderhandeld is en het akkoord van de bank heeft, maar niet onderhands kan plaatsvinden - bijvoorbeeld van wege weigering medewerking door een beslaglegger of (mede)eigenaar - rest de bank geen andere mogelijkheid dan de veiling aan te zeggen. De verkoop moet dan plaatsvinden binnen de formele kaders die de wet voor deze wijze van executeren voorschrijft. Daarmee zal de hypotheekhouder ook de tijdslijnen van dit proces in acht moeten nemen. Als de transactie voorbereid is, kan één en ander binnen de wettelijke tijdslijnen worden uitgevoerd. Uiterlijk 14 dagen na de aanzegging zal de notaris de veilingdatum hebben vastgesteld (artikel 515 jo. 544 lid 2 sub b Rv). De wet schrijft geen termijn voor ten aanzien van de vast te stellen veilingdatum, maar in deze gevallen zal die kort gehouden worden. In ieder geval dient de termijn de ruimte te bieden voor een verzoek tot onderhandse verkoop. Deze zal dus te allen tijde minimaal een week bedragen (artikel 548 Rv). De overeenkomst en het verzoekschrift zijn dan al tevoren voorbereid en een ander kan snel zijn beslag krijgen.

Toch is deze route niet in alle gevallen geschikt. Zoals beschreven kan een verzoek om te komen tot een dergelijke verkoop slechts ingediend worden bij de voorzieningenrechter wanneer de voorbereidingen voor de veiling zijn aangevangen. Juist het feit dat, om tot een dergelijke verkoop te komen al publicatie van de veiling heeft plaatsgevonden, maakt deze route in veel gevallen onbruikbaar. Hiermee is immers een van de beschreven negatieve aspecten van de veiling, de publiciteit, ook van toepassing op een dergelijke onderhandse verkoop.

Ook komt het voor dat een koper, door onbekendheid met dit proces, niet wil kopen in een onderhandse executoriale verkoop. Nu de bank, anders dan bij een veiling, in dit geval één concrete wederpartij tegenover zich heeft, kan deze koudwatervrees in veel gevallen worden weggenomen, maar dat lukt niet altijd.

Als de transactie niet voorbereid is zal er meer tijd nodig zijn om een onderhandse verkoop te realiseren. Er moet dan immers onder meer nog marktonderzoek gedaan worden, potentiële kopers moeten nog aangezocht worden en er moet nog onderhandeld worden. Als de bank zich dan toch gedwongen ziet om de executie in gang te zetten (bijvoorbeeld door druk van een (executoriale) beslaglegger) zal de onderhandse executieverkoop vaak een redelijk langlopend traject zijn

aangezien de datum voor de veiling veelal op langere termijn zal worden vastgesteld²², in de hoop in die periode nog een onderhandse executoriale verkoop te kunnen bewerkstelligen. Als dat niet lukt, kunnen bidders nog kort voor de daadwerkelijke veiling zal plaatsvinden een bod uitbrengen bij de notaris. Sommige potentiële kopers zullen serieus bieden in de hoop het object voor de openbare zitting te kunnen kopen zonder op te hoeven bieden tegen andere geïnteresseerden, anderen zullen geen bod uitbrengen in de hoop voor een lager bedrag op de veiling te kunnen kopen.

Wanneer de bank een termijn gesteld heeft gekregen ex artikel 58 Fw en nog de hoop heeft een onderhandse verkoop te bewerkstelligen, zal de bank, zoals beschreven, bij de curator of –wanneer de termijn al gesteld is- bij de rechter-commissaris moeten beargumenteren dat (voor zover dat niet reeds het geval is) ook de voor de verkoop noodzakelijke voorbereidingen verdisconteerd moeten worden in de ‘redelijke termijn’.

In ieder geval zal onderhandse executoriale verkoop, onder andere door de verplichte procesvertegenwoordiging door een advocaat bij het indienen van het verzoek, relatief hoge kosten met zich brengen.

7. Oneigenlijke lossing

7.1 Verkoop door de curator

In faillissement kan de hypotheekhouder met de curator overeenkomen om door middel van ‘oneigenlijke lossing’ te komen tot een onderhandse verkoop van het bezwaarde onroerend goed.

Een dergelijke lossing houdt in dat de curator het onroerend goed verkoopt op de voet van artikel 101 of 176 Fw, waarbij de hypotheekhouder haar zekerheidsrecht zal vrijgeven, maar tussen de boedel en de hypotheekhouder is afgesproken dat de opbrengsten zullen worden verdeeld als ware de hypotheekhouder nog steeds separatist. Aldus wordt voorkomen dat de hypotheekhouder moet meedelen in de algemene faillissementskosten (artikel 182 Fw) en op de uitdeling in het faillissement zou moeten wachten. In de regel zullen de curator en de hypotheekhouder in dergelijke gevallen ook afspraken op basis van de separatistenregeling maken ten aanzien van zaken zoals, wie de feitelijke werkzaamheden zal uitvoeren (verkooponderhandelingen etc.), boedelbijdrage, vrijwaring, al dan niet inschakelen van een makelaar, opstellen/controleren van de koopovereenkomst en leveringsakte, etc.

7.2 Overwegingen van de hypotheekhouder

Wanneer de hypotheekgever in staat van faillissement komt te verkeren zal de hypotheekhouder onverminderd een zo hoog mogelijke opbrengst voor haar onderpand nastreven. Het is daarbij (zoals beschreven) in de meeste gevallen in het belang van de hypotheekhouder om te komen tot een onderhandse verkoop. Daartoe zal de hypotheekhouder ernaar streven om in goed overleg met de curator te komen tot afspraken omtrent een verkoop door middel van oneigenlijke lossing.

Wanneer voor oneigenlijke lossing gekozen wordt, zal onder meer onderwerp van gesprek tussen de hypotheekhouder en de curator zijn of de curator wel of niet materiële inspanningen gaat verrichten

²² NB dat beslagleggers en (andere) hypotheekhouders ingevolge artikel 545 Rv, de voorzieningenrechter kunnen verzoeken een termijn voor verkoop of indiening van een verzoek tot onderhandse verkoop vast te stellen, wanneer de hypotheekhouder in gebreke blijft de executie met redelijke spoed voort te zetten.

in het verkoopproces. Vooraf zal de bank de afweging moeten maken wat de voorkeur heeft uit het oogpunt van de verkoopstrategie.

Materiële verkoopinspanningen van de curator zullen in de meeste gevallen zien op het uitonderhandelen van de verkooptransactie. Ten aanzien van het vinden van kopers zal de curator in de regel niet veel meer inspanningen leveren dan het spreken met gegadigden die hem na het uitspreken van het faillissement benaderen of het inschakelen van een makelaar of andere adviseur die de markt op gaat met het betreffende onroerend goed. Wanneer het relatief eenvoudig vastgoed betreft, dat nog niet of niet lang in de verkoop heeft gestaan, kan dit voldoende zijn. Wanneer het echter meer complex vastgoed betreft (bouw projecten, grotere portefeuilles woningen of specifiek bedrijfs-onroerend goed) of onroerend goed dat al langer in de verkoop heeft gestaan, dan zal de bank toch overwegen zelf een actieve(re) rol te spelen.

Zoals besproken is de vraag op de vastgoedmarkt op dit moment bijzonder krap. Simpelweg een 'bord in de tuin zetten of aan de gevel hangen' is niet meer voldoende om tot een verkoop te komen. Partijen zoals beleggers, mogelijke gebruikers van specifiek bedrijfs-onroerend goed moeten actief benaderd worden. Alternatieve aanwendingsmogelijkheden (splitsing, verhuur om tot verkoop aan een belegger te komen) moeten onderzocht en uitgewerkt worden, vergunningen of bestemmingswijzigingen moeten verkregen worden. Dit alles om ten eerste kopers te vinden en om vervolgens een goede prijs te realiseren.

Veel curatoren hebben niet de kennis, noch het netwerk om dergelijke processen te doorlopen. Omdat banken vaker met de verkoop van verhuypothekeerde zaken te maken hebben, hebben zij daar ervaring in en kunnen zij in- of extern een beroep doen op vastgoedspecialisten en zijn zij vaker bekend met potentiële kopers. In veel gevallen zal een bank dus beter toegerust zijn om dit soort dingen aan te pakken en zal zij actief betrokken willen zijn bij verkopen van onderpanden in de overtuiging zo de kans te vergroten eerder een verkoop tot stand te kunnen brengen en tegen betere prijzen.

In een groot aantal gevallen van oneigenlijke lossing zal de bank de materiële verkoopinspanningen verrichten en de transactie tot stand brengen (onder voorbehoud van het akkoord van de curator en de voor de curator vereiste toestemming van de rechter commissaris). Het resultaat van de onderhandelingen zal aan de curator worden voorgelegd, waarna deze zich een oordeel zal vormen over de tot stand gekomen transactie en de koopovereenkomst en leveringsakte zal controleren. Indien een en ander akkoord wordt bevonden en de benodigde toestemming van de rechter-commissaris is verkregen, zal de curator de koopovereenkomst tekenen en partij zijn bij de leveringsakte. De bank hoeft dan nog slechts roeyement te verlenen van haar hypotheekrecht, hetgeen zij zal doen tegen ontvangst van de verkoopopbrengst.

7.3 Overwegingen van de curator

De curator zal een adequate boedelbijdrage wensen. De curator zal ook alleen bereid zijn de transactie voor zijn rekening te nemen, wanneer hij akkoord kan gaan met (de voorwaarden van) de door de bank voorbereide transactie en wanneer hij de benodigde toestemming van de rechter-commissaris in het faillissement heeft verkregen.

Het beschrijven van de discussies tussen hypotheekhouders en curatoren omtrent boedelbijdragen, vrijwaringen en overige voorwaarden zou voldoende zijn voor een aparte bijdrage aan deze bundel. In deze bijdrage beperken wij ons echter tot de materiële discussies omtrent de tot stand te komen onderhandse verkoop.

Ingevolge de INSOLAD Praktijkregels voor Curatoren²³ zal de curator slechts in willen stemmen met een onderhandse verkoop (in plaats van een openbare verkoop) als aannemelijk is dat de opbrengst daarvan hoger is dan de opbrengst van een openbare verkoop (regel 3.1). Weliswaar is er bij oneigenlijke lossing geen sprake van een verkoop ten behoeve van de boedel, maar dezelfde maatstaf wordt in de praktijk gehanteerd.

In de regel zal de curator ervoor zorgen dat hem minimaal één taxatierapport ter beschikking staat om deze afweging te staven (regel 3.2). In het verleden werden in dergelijke taxatierapporten een onderhandse verkoopwaarde en een executiewaarde afgegeven door de taxateur. Curatoren waren dan in de regel bereid in te stemmen met een prijs tussen de beide getaxeerde waarden in. Een bod op of rond de executiewaarde was meestal niet acceptabel, want dan zou er immers geen hogere opbrengst dan bij een openbare verkoop gerealiseerd worden. Curatoren zagen aan de andere kant ook in dat vanuit een faillissement niet de onderhandse verkoopwaarde zou worden gerealiseerd.

Zoals in de inleiding reeds aangegeven, is het in de huidige markt lastig om een reële waarde te bepalen. Ook taxateurs hebben tegenwoordig moeite om te komen tot een reële waardering. Taxateurs bepalen de waarde van onroerend goed veelal door referentietransacties. Door de huidige terugval in het aantal transacties blijkt het echter steeds lastiger om voldoende referentie te vinden voor een taxatie.

Thans hanteert de RICS (Royal Institute of Chartered Surveyors²⁴) nog slechts het begrip Marktwaarde. In een door de RICS uitgevaardigde draft 'Guidance Note – Executie waarde'²⁵, die - naar wij begrijpen - inmiddels is neergelegd in een praktijkvoorschrift voor aangesloten taxateurs, wordt beschreven dat er geen eenduidige definitie van executiewaarde gegeven kan worden en dat er van een relatie tot de Marktwaarde slechts bij toeval sprake zal zijn.

Een en ander is te herleiden naar de door de RICS gehanteerde definitie van Marktwaarde:

“Het geschatte bedrag waarvoor een object op de taxatiedatum zou worden overgedragen door een bereidwillige verkoper aan een bereidwillige koper in een marktconforme transactie, na behoorlijke marketing, waarbij partijen geïnformeerd, zorgvuldig en zonder dwang hebben gehandeld.”

Zoals de RICS terecht stelt in haar Guidance Note is er bij een executie geen sprake van een bereidwillige verkoper die zonder dwang handelt en in sommige gevallen is er ook geen sprake van

²³ <http://www.insolad.nl/praktijkregels.html>

²⁴ De RICS is (een van) de belangrijkste organisatie voor taxateurs. Taxateurs die bij de RICS zijn aangesloten waarderen onroerend goed conform de regels zoals door de RICS uitgevaardigd (the Red Book). In de markt wordt het als een kenmerk van kwaliteit gezien wanneer een taxateur bij de RICS is aangesloten.

²⁵ Concept beschikbaar via:

<http://www.joinricsineurope.eu/uploads/files/RLExecutiewaardeenGedwongenverkoopwaardeversieNLVSBapproved.pdf>. Het 'Red Book' waarin de praktijkvoorschriften zijn opgenomen is slechts voor leden benaderbaar. Naar wij begrijpen is de draft Guidance Note inmiddels opgenomen als een van de praktijkvoorschriften.

een goed geïnformeerde koper noch van behoorlijke marketing. Hierdoor concludeert de RICS dat de in een executiescenario gerealiseerde prijs geen Marktwaarde weergeeft.

Voorts concludeert de RICS dat er geen sprake is van een eenduidig gedefinieerde term 'Executiewaarde', waardoor verwarring kan ontstaan die kan leiden tot een *expectation gap* tussen de opdrachtgever en de taxateur. Dit kan 'ongewenste juridische gevolgen' hebben voor de taxateur, zo waarschuwt de RICS.

Uiteindelijk leidt dit tot de conclusie van de RICS dat de term Executiewaarde niet langer gehanteerd dient te worden. RICS Taxateurs kunnen slechts nog een Marktwaarde 'met bijzondere uitgangspunten' (zoals een beperkte verkoopperiode of beperkte beschikbaarheid van informatie) of een opinie ten aanzien van de door hem verwachte opbrengst van een gedwongen verkoop afgeven, doch slechts nadat hij de Marktwaarde heeft bepaald. In dit laatste geval wordt nadrukkelijk gesteld dat geen waarde bepaald wordt.

In onze ervaring worden nog wel executiewaarden gegeven. Het kost echter de nodige moeite om dit voor elkaar te krijgen en dit zal in de regel slechts met een nadere clausulering gebeuren. Net zoals het de nodige moeite kost om een taxateur te bewegen een enigszins ongeclausuleerde opinie of waardebepaling af te geven ten aanzien van de te verwachten opbrengst bij een executie althans gedwongen verkoop. Echter, ook bij het bepalen van de Marktwaarde zien wij de nodige discussies ontstaan tussen (vastgoedspecialisten van) de bank en taxateurs.

Een sprekend praktijkvoorbeeld daarbij betreft een taxatie, verkregen tijdens het faillissement van de verkoper, die een Marktwaarde (er werd geen executiewaarde gegeven) gaf die slechts 7% lager lag dan de prijs waarvoor het betreffende onroerend goed al een aantal jaren -zonder succes- te koop stond.

Dit was aanleiding voor de bank om bij de taxateur te informeren welke 'markt' deze bij de bepaling van de 'Marktwaarde' eigenlijk op het oog had gehad. De taxateur werd op de man af gevraagd of het onroerend goed tegen deze waarde op korte termijn verkocht zouden kunnen worden, waarop het antwoord van zijn zijde een verbaasd 'nee' was.

Het is duidelijk dat taxateurs worstelen met dit soort taxaties. Ten eerste door het gebrek aan referentie transacties, hetgeen de berekeningen bemoeilijkt en ten tweede, zo is onze stellige overtuiging, doordat zij moeite hebben met het realistisch inprijzen van de recente negatieve marktontwikkelingen.

Wanneer gestreefd wordt naar een verkoop aan beleggers, wringt ook het verschil in benadering. Zoals gezegd baseert een taxateur zich grotendeels op referentietransacties. Een belegger kijkt naar de verwachte kasstromen (huuropbrengsten, gefaseerde verkopen etc.) en zet deze af tegen zijn gewenste rendement. Hierdoor ontstaat een mismatch tussen de waardering en de door de belegger geboden prijs, terwijl deze beleggers in veel gevallen de enige partijen zijn die in de markt zijn voor bepaalde soorten onroerend goed.

Bij een oneigenlijke lossing dienen echter, zoals gezegd, ook de curator en de rechter-commissaris met een dergelijke verkoop in te stemmen. Ervaring leert dat curatoren dan (de praktijkregels voor curatoren indachtig) toch geneigd zijn de taxatie te volgen en, buiten een zekere verdiscontering van het feit dat er uit een faillissement verkocht wordt, geen grote afwijkingen van de getaxeerde

Marktwaaarde accepteren. Het leidt dan wel tot enig onbegrip en frustratie bij de banken dat zij, terwijl zij veel inspanningen verricht hebben om een in hun ogen goede transactie tot stand te brengen, op weinig enthousiasme bij de curator kunnen rekenen.

In het geval van een dergelijke mismatch tussen getaxeerde waarde en ontvangen bieding(en) zouden wij dan ook willen pleiten voor enig begrip en flexibiliteit van de zijde van de curatoren. De huidige marktomstandigheden maken dat de kopers niet voor het oprapen liggen. Als de bank bereid is om een transactie te doen tegen een prijs die (ruim) onder de getaxeerde marktwaaarde ligt, zal dit veelal ook betekenen dat zij (ruim) tekort zal komen onder haar zekerheden. De bank zal daar niet lichtvaardig toe over gaan. Als zij dan toch bereid is tot een dergelijke transactie, zal dit naar alle waarschijnlijkheid zijn omdat de voorliggende transactie de beste optie is onder de gegeven omstandigheden. Niet de Marktwaaarde zoals die in het taxatierapport staat, maar de prijs die in dergelijke gevallen in de markt geboden wordt, is de *werkelijke* marktwaaarde.

Vanzelfsprekend dient de curator de belangen van de overige crediteuren in acht te nemen, zoals ook de bank zich die belangen moet aantrekken door altijd een zo hoog mogelijke opbrengst onder de gegeven omstandigheden na te streven, maar –helaas- zal tegenwoordig regelmatig de conclusie zijn dat de bank ook bij realisatie van de getaxeerde Marktwaaarde nog tekort zal komen onder haar zekerheden, waardoor de overige crediteuren in geen geval een belang zouden hebben bij de transactie.