

Het belang van een gemotiveerde taxatie

Mr. R.J. van Galen¹

Artikel 176-1 Fw bepaalt dat de curator de goederen openbaar mag verkopen en met toestemming van de rechter-commissaris onderhands. Dit artikel werd ingevoerd bij de herziening van het faillissementsrecht ter gelegenheid van de totstandkoming van de huidige faillissementswet. Voordien bestond er een ingewikkelder regeling. De Raad van State maakte nog wel enig bezwaar tegen de mogelijkheid onroerend goed onderhands te verkopen met toestemming van de rechter-commissaris, maar, zoals fijntjes werd opgemerkt in het regeringsantwoord, aangezien de Raad van State daarvoor helemaal geen redenen gaf, liet de minister zich niet afschrikken.

Waarom die regel dat de curator toestemming nodig heeft van de rechter-commissaris om de goederen onderhands te verkopen? Is dat omdat openbare verkoop de gewone gang van zaken is en onderhandse verkoop de uitzondering? Mij komt voor van niet. De gedachte is veeleer dat in geval van een veiling er minder behoefte bestaat aan toezicht op de prijsvorming (die immers in het openbaar plaatsvindt) dan bij een onderhandse verkoop. Met name zal vastgesteld moeten worden of een redelijke inspanning is verricht om gegadigden te benaderen en om een goede prijs te behalen. Toetsing van de werkzaamheden van de curator ligt daarom voor de hand. In de regeling van de schuldsaneringsregeling (artikel 347-2 Fw) heeft de wetgever voor het omgekeerde stelsel gekozen. Daar is bepaald dat de bewindvoerder onderhands verkoopt of, met toestemming van de rechter-commissaris in het openbaar. Zoals uit het voorgaande moge volgen is dit mijns inziens een ongelukkige bepaling die de rol van het toezicht van de rechter-commissaris bij de onderhandse verkoop miskent.

Artikel 176 Fw ziet op verkopen door de curator na de verificatievergadering indien de staat van insolventie is ingetreden. In de ogen van de wetgever van 1896 vormde de periode tot aan de verificatievergadering slechts een conservatoire fase. De memorie van toelichting² wees er in dit verband op dat de gefailleerde een akkoord kon aanbieden in de verificatievergadering en dan de boedel ongeschonden moest kunnen terugkrijgen. Op grond van artikel 101 Fw mocht de curator in de periode tot aan de verificatievergadering slechts in beperkte mate goederen verkopen, namelijk (i) indien dat noodzakelijk is ter bestrijding der kosten van het faillissement of (ii) indien de goederen niet dan met nadeel voor den boedel bewaard kunnen blijven. Bij het laatste denken men aan vis en fruit. Hoewel wellicht niet geheel bedoeld heeft een arrest van de Hoge Raad van 27 augustus 1937, *NJ* 1938, 9 dit stelsel omgegooid en in wezen de belemmeringen in artikel 101 Fw voor verkopen in de eerste periode opgeheven. Daarmee verviel dan ook een belangrijke reden om de verificatievergadering kort na de opening van het faillissement te houden (zoals min of meer voorgeschreven door artikel 108-1 Fw, maar in ieder geval door de wetgever bedoeld). Als de curator dan toch meteen alle activa kan verkopen, kan men met de verificatievergadering ook wel wachten totdat er een verwachting bestaat dat er iets uitgedeeld kan worden. Anders draven al die crediteuren op voor niets. Daar is op zich wel iets voor te zeggen. Alleen, en dit geheel ter zijde, komt het mij voor dat de procedure tot opening van het faillissement dan nu te licht is en de motiveringsplicht ten aanzien van de faillietverklaring te

¹ Mr. R.J. van Galen is advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam.

² Van der Feltz II, blz. 64

beperkt. Die procedure, waarin maar een zeer beperkte toetsing plaatsvindt, was bedoeld om te beoordelen of een conservatoire fase moest ingaan: de schuldenaar had in feite tot aan de verificatievergadering nog de gelegenheid om orde op zaken te stellen. Nu leidt die procedure in feite meteen de vereffening in van het vermogen van de schuldenaar in. De realiteit is echter dat het in de meeste gevallen geen zin heeft om met de verkopen te wachten tot de verificatievergadering. In tegendeel, de enige kans om nog een behoorlijke opbrengst te realiseren is er veelal in gelegen dat verkopen van individuele activa of een doorstart van de onderneming met grote voortvarendheid plaatsvindt. Een activatransactie is vrijwel steeds een veel praktischer oplossing dan een akkoord. Ik zou dan ook menen dat er eerder reden is de procedure tot opening van het faillissement met meer waarborgen te omkleden dan om het oude stelsel in ere te herstellen.

De Faillissementswet bevat overigens nog een andere interessante bepaling die niet wordt nageleefd. Artikel 94 Fw bepaalt namelijk dat de curator meteen na de opening van het faillissement overgaat tot het opmaken van een lijst van de activa (onderdeel van de boedelbeschrijving). In die lijst moet aan de activa ook een waarde worden toegekend. Zo nodig kan de curator de goederen daartoe laten taxeren. De lijst dient te worden toegevoegd aan het griffiedossier en is dus openbaar. In de Jomed zaak (HR 21 januari 2005, NJ 2005, 249) werd gevorderd dat een dergelijke lijst werd opgemaakt, maar zelfs een jaar na opening van dat faillissement vond de Hoge Raad het niet nodig dat dit gebeurde. De eisen van artikel 94 Fw vormen dan ook een dode letter.

In de INSOLAD Praktijkregels voor curatoren die in 2004 van kracht werden stond (regel 3.1):

“De curator verkoopt slechts dan onderhands activa als aannemelijk is dat de opbrengst voor de boedel per saldo gelijk of groter is dan bij een openbare verkoop alsmede in het geval dat daarmee een ander zwaarwegend belang is gediend dat een prudent handelend curator zich mede behoort aan te trekken.”

In de toelichting op dit artikel stond dat de hoofdregel bij de verkoop van activa openbare verkoop was en voorts:

“De curator kan met toestemming van de rechter-commissaris besluiten tot een onderhandse verkoop, echter uitsluitend als de opbrengst voor de boedel per saldo - dus na aftrek van alle directe en indirecte kosten - gelijk of hoger is dan bij een openbare verkoop.”

Dit jaar zijn die regels gewijzigd. Het nieuwe artikel 3.1 spreekt geen voorkeur meer uit voor openbare verkoop en brengt aldus tot uitdrukking dat er geen principiële voorkeur bestaat voor openbare of onderhandse verkoop. De vraag welke gebruikte methode de voorkeur verdient hangt af van de verwachting welke methode de beste resultaten zal brengen. De eerste zin van de nieuwe praktijkregel 3.1. luidt: *“De curator verkoopt de activa op zodanige wijze dat de meeste kans bestaat op een goede opbrengst.”* Hiermee wordt tevens tot uitdrukking gebracht dat niet altijd per se naar de hoogst mogelijke opbrengst gestreefd hoeft te worden. Denkbaar is bijvoorbeeld een situatie waarin de curator over een heel behoorlijk bod beschikt, maar het misschien toch mogelijk is op een later moment nog een beter bod te krijgen. Moet de curator dan het uitgebrachte bod laten schieten in de hoop dat hij in staat is het hogere bod nog te verwerven, maar met de kans dat hij het deksel op de neus krijgt?

Natuurlijk niet. De vraag of –met name bij een onderhands verkoopproces- onderhandelingen met een gegadigde zonder deal moeten worden beëindigd in de hoop op een beter bod van een nieuwe gegadigde is een hele lastige. Soms is het beter de vogel in de hand maar te nemen dan te blijven schieten op vogels in de lucht. Daarom is de veel gehoorde stelling dat de curator naar opbrengstmaximalisatie moet streven te ongenueanceerd. In de toelichting op de praktijkregel is dit als volgt tot uitdrukking gebracht:

“De curator hoeft niet in alle gevallen te streven naar de hoogst mogelijke opbrengst. In sommige gevallen kan het streven naar de hoogst mogelijke opbrengst immers ook een verhoogd risico met zich brengen dat juist een lagere opbrengst verkregen wordt.”

De opkomst van de internetveiling heeft de onderhandse verkoop minder gangbaar gemaakt. Veel curatoren zijn enthousiast over de mogelijkheden die internetveilingen bieden. Zij zijn betrekkelijk goedkoop, komt er geen goed bod uit dan is het altijd nog mogelijk een onderhands proces te beginnen en zij verschaffen een zekere mate van objectiviteit. Niettemin is de onderhandse verkoop nog steeds van belang.

Het vereiste dat de onderhandse verkoop met toestemming van de rechter-commissaris moet plaatsvinden is overigens door de Hoge Raad genuanceerd. Bij sommige rechtbanken is het gebruik dat de curator de verkoop uitonderhandelt en pas op het laatst de handtekening van de rechter-commissaris vraagt. Een gegadigde die nog een bod wil uitbrengen nadat de overeenstemming tussen de curator en de koper bereikt is en voordat de rechter-commissaris zijn goedkeuring heeft gegeven kan nog wel eens achter het net vissen. Zo besliste de Hoge Raad in HR 7 september 2001, NJ 2001, 562 (Mayr-Melnhof/Spliet q.q.). De curator had initiële biedingen uitgelokt van een aantal gegadigden in verband met de verkoop van een stuk grond met opstallen. Het doel van het uitlokken van deze initiële biedingen was om een gegadigde te selecteren waarmee zou worden dooronderhandeld. Ook Mayr-Melnhof had een bod uitgebracht, maar dat was het laagste bod. De curator onderhandelde exclusief door met een ander (Van Oorsprong) en kwam tot een koopovereenkomst (onder voorbehoud toestemming rechter-commissaris). Hangende de toestemming van de rechter-commissaris wendde Mayr-Melnhof zich tot de rechter-commissaris en bood over het aanvaarde bod heen. De rechter-commissaris verleende niettemin toestemming voor het aangaan van de overeenkomst met Van Oorsprong. In een door Y aangespannen artikel 69 Fw-procedure oordeelde de Hoge Raad dat de rechter-commissaris bij het verlenen van goedkeuring aan de overeenkomst met van Oorsprong aan het inmiddels door Mayr-Melnhof uitgebrachte bod mocht voorbijgaan. In onder meer het arrondissement Zutphen was het beleid ontwikkeld dat curatoren in faillissementen ervan mochten uitgaan dat de rechter-commissaris toestemming zou geven tot onderhandse verkoop van een tot de boedel behorend goed zonder dat, voorafgaand aan de onderhandelingen over de verkoop, toestemming daartoe van de rechter-commissaris behoefde te worden gevraagd. De Hoge Raad sauveerde dit beleid en oordeelde dat daardoor niet miskend werd dat voor de uiteindelijke verkoop de door art. 176 lid 1 Fw vereiste toestemming van de rechter-commissaris voor het aangaan van de overeenkomst is vereist. Hij achtte dit beleid niet in strijd met het wettelijk stelsel.

In geval van onderhandse verkoop wordt vrijwel steeds een taxatie gevraagd. Soms, als de verkoop plaatsvindt door de bank als zekerheidscrediteur, zal zo'n taxatie gevraagd worden door de bank. De curator zal dan beoordelen of de opbrengst een redelijke is. Dat zal hij met name moeten doen als te verwachten valt dat na uitwinning van alle zekerheden er nog iets overschiet voor de boedel, of als er vrije baten zijn waar de bank met een restvordering in zal willen meedelen. Soms zijn goederen ook al getaxeerd vóór het faillissement. Soms zal de curator laten taxeren. Indien een dochtervennootschap verkocht wordt een waarderingsrapport veelal opgemaakt door een accountantskantoor. Meestal bevat zo'n rapport een uitgebreide onderbouwing van de getaxeerde waarde aan de hand van cashflow prognoses en dergelijke. Taxaties van roerende zaken geschiedt veelal door aparte taxatiebureaus zoals Troostwijk of het NTB. Dergelijke rapporten plegen diverse waardes te geven, zoals onderhandse en liquidatiewaardes, maar een onderbouwing ontbreekt vaak geheel. Een kort rondje langs enkele curatoren en rechters-commissaris leverde op dat niet altijd zonder meer op deze taxatierapporten wordt afgegaan. Zo zijn er omstandigheden waaronder een taxatierapport met scepsis wordt bekeken, zoals wanneer het voor het faillissement is opgesteld op verzoek van de bedrijfsleiding die een activatransactie in faillissement overweegt waarbij oude belanghebbenden aan de zijde van de koper optreden. Soms wordt ook wel een tweede taxatie gevraagd. In hoeverre men afgaat op een taxatierapport hangt ook wel enigszins af van de goede naam en faam van het taxatiebureau. Het is echter niet de enige factor waardoor de rechter-commissaris zich laat leiden. Zo zal hij, wanneer het om enigszins substantiële activa gaat, soms ook van belang vinden in hoeverre de curator inspanningen heeft verricht om zoveel mogelijk gegadigden te bereiken of althans zoveel gegadigden te bereiken dat competitie kan ontstaan. Ook wanneer een curator met een onderhands bod komt dat boven de getaxeerde liquidatiewaarde ligt kan er ook nog wel eens aanleiding zijn te streven naar een hogere opbrengst. Echter het taxatierapport heeft ontegenzeggelijk grote invloed en in de gevallen waarin een koopovereenkomst tot stand kan komen dat 10% of meer boven de getaxeerde liquidatiewaarde ligt, wordt niet snel toestemming geweigerd.

Het is opmerkelijk dat in Nederland toch tamelijk kritiekloos met de taxatierapporten wordt omgesprongen. Ik heb van verschillende kanten vernomen dat in de Verenigde Staten het grootste deel van de geschillen in faillissement gaat over de waardering van de goederen. Daarbij zal overigens wel een rol spelen dat de zekerheidscrediteur onder Amerikaans faillissementsrecht doorgaans geen separatist is. Het Amerikaanse stelsel houdt grosso modo in dat de curator (of de debtor in possession) de goederen tot zich neemt en dat daarbij de waarde van die goederen wordt bepaald. Verkoopt de curator de goederen vervolgens als onderdeel van een geheel dan keert hij de aldus vastgestelde waarde aan de zekerheidscrediteur uit. Verkoopt de curator de goederen nadat deze in waarde zijn gestegen, dan is het verschil voor hem. Echter ook onder andere stelsels, zoals het Duitse, is de zekerheidscrediteur doorgaans geen separatist, maar daar komen toch minder procedures over de waarde van de goederen voor. In Nederland zijn de rechten van crediteuren bij het bepalen van de waardes (vooral van belang bij de beslissing omtrent de verkoop) zeer beperkt. Een crediteur kan zich wenden tot de rechter-commissaris om te proberen de verkoop tegen een bepaalde prijs te laten verbieden, maar tegen een beslissing op zijn verzoek staat geen hoger beroep open. Dat betekent in feite dat de crediteur niet over een adequate gerechtelijke procedure beschikt. De rechter-commissaris kan mijns inziens niet als rechter beschouwd worden omdat hij vertrouwelijk overleg voert met de curator,

al dan niet over de voorgenomen verkoop. Hij is veeleer een commissaris. Niet alleen zijn de beroepsmogelijkheden voor de crediteuren dus zeer beperkt, zij moeten bovendien zelf de kat de bel aanbinden. Ingeval van voorgenomen verkopen wordt immers niet op initiatief van de curator of de rechter-commissaris een schuldeisersvergadering in faillissement belegd of een zitting gehouden. Tegen de tijd dat een crediteur wakker wordt is het vaak al te laat. Tegen de beslissing van de rechter-commissaris om machtiging te geven aan de curator over te gaan tot onderhandse verkoop staat overigens geen beroep open voor de schuldeisers (HR 3 juni 1994, *NJ* 1995, 341 (Antillen/Komdeur q.q.) Dan is er nog de mogelijkheid van een schuldeisercommissie die door de curator over voorgenomen verkopen geraadpleegd moet worden (art 78-1 Fw). In de meeste faillissementen wordt echter geen schuldeisercommissie benoemd.

Het is de vraag of dit alles zo erg is. Er is een argument dat wij in Nederland goede resultaten boeken met faillissementen omdat deze snel en efficiënt worden afgewikkeld, althans omdat de activa snel en zonder al te veel poespas verkocht kunnen worden. Dat is ontegenzeggelijk een voordeel. Er zijn, zo wordt wel gesteld, buitenlandse systemen waarbij de verkoop van activa en met name van een onderneming in faillissement met zoveel procedurele voorschriften en termijnen omgeven is dat een doorstart zonder aanmerkelijk waardeverlies doorgaans niet te realiseren is of althans bemoeilijkt wordt. Het gras groeit maar het paard gaat dood. En de crediteur heeft weinig aan al die rechtsbescherming als het resultaat onbevredigend is. Aan de andere kant weten wij niet echt of de opbrengsten in Nederland wel zo goed zijn. Daarvoor gaan wij af op die taxatierapporten die, als het niet gaat om de verkoop van een vennootschap met een onderneming, doorgaans in het geheel niet onderbouwd zijn. Zelfs de taxatie voor de WOZ-waarde van mijn woning is doorgaans beter onderbouwd.

Nu die taxatierapporten zo'n centrale plaats innemen en de crediteuren weinig middelen hebben om een voorgenomen verkoop aan te vechten laat zich de vraag stellen of niet geëist zou moeten worden dat die taxatierapporten wel expliciet maken hoe de taxateur tot zijn waardering is gekomen. Zo zou ik mij kunnen voorstellen dat bij taxatie van onroerend goed wordt aangegeven van welke vierkante meterprijs is uitgegaan en op basis van welke gegevens. Voorts zou kunnen worden aangegeven welke factoren vervolgens de waardebeoordeling nog hebben beïnvloed. Bij roerende zaken zou ook aanmerkelijk meer vermeld kunnen worden over het marktonderzoek dat de taxateur heeft verricht of over welke marktgegevens hij heeft beschikt. Iedere deskundige moet zijn oordeel in zijn deskundigenrapport kunnen onderbouwen en taxatie van goederen berust niet op een door hogere machten gegeven inzicht. Ik kan mij voorstellen dat taxateurs er niet om staan te springen om hun brongegevens te openbaren, omdat de concurrentie daar dan gebruik van zou kunnen maken. Ik zie echter niet in dat de afnemers van de taxaties (curatoren, banken en rechters-commissaris) zich aan dat bezwaar veel gelegen zouden moeten laten liggen. Verantwoording van het oordeel van de taxateur zal naar mijn mening bovendien tot betere taxaties leiden, omdat zij de taxateur dwingt zich rekenschap te geven van zijn methodes. Waar de taxatie zo'n essentiële bouwsteen vormt in het verkoopproces en de correctiemechanismen eigenlijk ontbreken (althans voor de crediteuren) meen ik dat de curator in het belang van die crediteuren gehouden is dergelijke eisen aan het taxatierapport te stellen.

Robert van Galen