

Separatistenregeling¹

1. Medewerking curator aan onderhandse verkoop (algemeen)

De curator kan besluiten mee te werken aan een onderhandse verkoop van verpande of met hypotheek bezwaarde zaken. Hij zal dat echter in het algemeen alleen mogen doen als het belang van de gezamenlijke crediteuren of de boedel daardoor niet wordt geschaad. Dat betekent dat de curator in het algemeen in het kader van een onderhandse verkoop geen verplichtingen zal mogen aangaan die er toe kunnen leiden dat de boedel in een slechtere positie geraakt dan waarin de boedel zou hebben verkeerd als de betreffende zaken in het openbaar zouden zijn verkocht.

Indien de curator zijn medewerking verleent, geldt dat de banken de curator altijd een redelijke termijn moeten gunnen om te onderzoeken in hoeverre de te sluiten koopovereenkomst verantwoord is, rechten van derden (meer in het bijzonder crediteuren met een eigendomsvoorbehoud) te verifiëren, dan wel na te gaan in hoeverre aan andere opties (bijvoorbeeld aan een andere dan de door de banken voorgestelde kandidaat-koper) de voorkeur zou moeten worden gegeven. Voorts dient altijd in de te sluiten koopovereenkomst te worden bepaald dat de boedel activa zonder enige garantie (“voetstoots”) verkoopt.

Bij onderhandse verkoop dient voorts een onderscheid te worden gemaakt tussen de gevallen, waarin de curator materiële verkoopinspanningen verricht en die waarin de curator slechts toetst en formele verkoophandelingen verricht.

2. Materiële verkoopinspanningen door de curator

Indien de curator zelf materiële verkoopinspanningen ter zake van de onderhandse verkoop van de activa verricht op basis van de met de bank gemaakte afspraken, zal in alle gevallen een vergoeding aan de boedel worden betaald conform de hierna weer te geven percentageregeling.

Indien de curator zelf materiële verkoopinspanningen verricht, geven de banken de boedel geen algemene vrijwaring. Incidenteel kan een vrijwaring voor specifieke risico's (bijvoorbeeld milieurisico's) aan de orde zijn. Daarvoor is dan altijd nader overleg tussen de banken en de curator noodzakelijk.

3. Toetsing en formele verkoophandelingen door de curator

Indien de inspanningen van de curator beperkt blijven tot een (beperkte) controle van de koopovereenkomst, de prijs, de transportakte en/of taxatierapport(en) en het overleg met de rechter-commissaris, en de curator dus geen materiële verkoopinspanningen verricht, zal aan de boedel de hierna aangegeven vergoeding worden betaald.

Indien naderhand komt vast te staan dat toch rechten van derden (bijvoorbeeld crediteuren met een eigendomsvoorbehoud) zijn geschonden en de boedel met claims terzake wordt geconfronteerd, zullen de banken dát deel van de door hen ontvangen koopprijs dat betrekking heeft op de zaken, ten aanzien waarvan de rechten van derden zijn geschonden, aanwenden om de benadeelde crediteur alsnog schadeloos te stellen dan wel de curator in staat stellen deze crediteur schadeloos te stellen. Verdere vrijwaringen zullen in elk concreet geval tussen de curator en de bank moeten worden overeengekomen.

Eventuele kosten van een - in geval van gerede twijfel - op verzoek van de curator verrichte of door de rechter-commissaris verlangde taxatie door een taxateur / makelaar in verband met controle op de

¹ Over boedelbijdragen is geen BTW verschuldigd ingevolge de Resolutie van de Staatssecretaris van Financiën d.d. 18 januari 1982 nr. 281-18065, BTW-66.

juistheid van een door de bank bedongen koopprijs, komen voor rekening van de bank met inachtneming van het sub 7 bepaalde .

4. Onroerende zaken

Wat onroerende zaken betreft kan de netto-opbrengst bij onderhandse verkoop hoger zijn dan bij verkoop in het openbaar, reden voor hypotheekhouder(s) en boedel om een veiling te mijden. Onderhandse verkoop kan plaatsvinden door de curator, krachtens onderlinge overeenstemming tussen alle betrokken belanghebbenden (hypotheekhouders en curator) en met toestemming van de rechter-commissaris. Het kan ook krachtens art. 3:268 lid 2 BW, op grond waarvan zowel de curator als de hypotheekhouder de voorzieningenrechter kan verzoeken te bepalen dat de verkoop onderhands zal geschieden.

Gaat, conform eerder bedoelde afspraak, de medewerking van de curator niet verder dan de formele verkoophandeling alsmede toetsing van de door de hypotheekhouder voorgestelde transactie, verricht aldus de hypotheekhouder de materiële verkooponderhandelingen en onthoudt de curator zich van werkzaamheden te dien aanzien, dan is het niettemin redelijk de boedel een bijdrage in de faillissementskosten te geven; immers de curator zal toch nog de koopovereenkomst moeten bezien, evenals de prijs, de transportakte en/of taxatierapport(en) en overleg voeren met de rechter-commissaris. De hoogte van deze boedelbijdrage zal, afhankelijk van de mate van inspanning van de curator, variëren tussen, €1.000,- en €2.500,-. Dit is niet van toepassing wanneer de hypotheekhouder krachtens art. 3:268 lid 2 BW de verkoop verricht, tenzij de curator op verzoek van de hypotheekhouder in dit kader een bijzondere dienst verricht.

In de gevallen dat, alweer op basis van gemaakte afspraken, de curator ook de materiële verkoopinspanningen verricht, is er alle aanleiding dat de hypotheekhouder een bijdrage geeft in de faillissementskosten. Regel zal daarbij blijven het systeem van de inmiddels alom gehanteerde constructie inhoudende dat de bijdrage gevormd wordt door een percentage van de koopsom (exclusief de op de verkoop en levering drukkende kosten) met een degressief verloop naarmate de opbrengst stijgt:

4% (maar minimaal €1.000,-) over de eerste €45.000,-;
3% over het meerdere boven €45.000,- tot €112.500,-;
2% over het meerdere boven €112.500,- tot €225.000,-;
boven de €225.000,- dienen nadere afspraken te worden gemaakt.

Hierbij is in aanmerking genomen, dat de kosten (zoals taxatiekosten, kosten van instandhouding van de onroerende zaak, assurantiën en bewakingskosten) voor rekening van de hypotheekhouder zullen komen met inachtneming van het sub e bepaalde. De volgende uitgangspunten spelen mee: Nu slechts een hogere opbrengst ten grondslag ligt aan deze richtlijn treedt er geen verandering op in de positie van de hypotheekhouder als separatist. Zo blijft onverlet de termijn van art. 58 Fw.

Zodra het meerdere onroerende zaken betreft wordt ter bepaling van het percentage de waarde van het totaal genomen, tenzij het duidelijk afzonderlijke en gescheiden bewerkelijke transacties betreft. Ook hier zijn duidelijke afspraken vooraf wezenlijk.

5. Verpande goederen

Tijdig dienen afspraken gemaakt te worden: verkoopt de pandhouder of laat hij dat over aan de curator, een en ander al dan niet met toepassing van art. 3:251 BW. Gaat, conform eerder bedoelde afspraak, de medewerking van de curator niet verder dan het zorgen voor eerste behoud, het verrichten van de formele verkoophandeling dan wel toetsing van de door de pandhouder voorgestelde transactie, dan is een bijdrage in de faillissementskosten, variërend tussen €1.000,- en € 2.500,-, afhankelijk van de mate van inspanning van de curator, op zijn plaats.

Nota zij ervan genomen dat de werkzaamheden van de curator ter zake van het inventariseren van de activa en de aanspraken in het kader van eigendomsvoorbehoud, verpanding en dergelijke alsmede de beslissingen daaromtrent tot zijn wettelijke taak behoren en geen onderwerp uitmaken van de boedel-

bijdrageregeling. De bijdrage van €1.000,- tot €2.500,- vervalt zodra de curator, conform de bedoelde afspraken, de verkoop van de goederen ter hand neemt. In dat geval wordt de hoogte van de bijdragen weer gevonden in een procentageregeling. Afhankelijk van de hoogte van de opbrengst en het kostenaspect wordt een percentage vastgesteld tussen 10% aflopend tot 3% bij een verkoopopbrengst van nihil tot €450.000,-. Bij hogere waarden zijn nadere afspraken nodig. In zijn algemeenheid is het niet doenlijk een schijventarief vast te stellen.

Het is gewenst bij de afspraken tevens de kosten (voor bewaking, verzekering, taxatie of wat dies meer zij) te betrekken; deze zijn namelijk - evenals de bijdragen - als kosten van verhaal van belang voor de pandhouder, andere zekerheidsgerechtigden en de boedel. Het bijdragepercentage wordt gerelateerd aan het totaal der bedoelde activa minus de kosten.

6. Verpande vorderingen

Ten aanzien van de verpande vorderingen is aanvaard, dat de boedel ter zake van aan de curator opgedragen incasso een bijdrage toekomt ter hoogte van 10% der geïncasseerde vorderingen. Een minimum vergoeding is niet aan de orde. Indien procedures nodig zijn, zullen nadere afspraken gemaakt dienen te worden.

7. Overigens

Alle hiervoor bedoelde kosten zijn kosten van verhaal: van enig surplus zal derhalve eerst sprake zijn, zodra niet alleen de hoofdsom en rente en dergelijke maar ook de betreffende boedelbijdrage en de overige kosten op de opbrengst verhaald zijn.

De procentuele bijdrageregeling wordt beheerst door het adagium "no cure no pay". Deze richtlijn is in beginsel toepasselijk tussen banken en curatoren op alle faillissementen. Eerst wanneer er sprake is van gecompliceerde gevallen die niet in deze generale regeling passen ligt dat anders.