

De verkopende (beoogd) curator en zijn mededelingsplicht

Publicatie: Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk
Aflevering: 2016/4
Vindplaats: 2016/168
Publicatiedatum: 17 juni 2016
Auteurs: Berg, mr. J.M. van den

Bij een faillissement heeft de curator veelal slechts beperkte informatie omtrent de boedel. Mede daarom zal hij proberen het risico van een onjuiste voorstelling van zaken zoveel mogelijk bij de koper van (delen van) de boedel neer te leggen. Deze bijdrage gaat over de mogelijkheid voor de curator om een beroep op non-conformiteit en dwaling in de koopovereenkomst uit te sluiten. Ook komt de mededelingsplicht van de beoogd curator bij een pre-pack aan de orde.

Inleiding

Buiten faillissementssituaties hebben partijen bij een koopovereenkomst idealiter dezelfde juiste voorstelling van zaken ten aanzien van het verkochte goed. Voor zover dat niet het geval is, wordt het risico van de onjuiste voorstelling op grond van artikel 6:228 BW en/of de artikelen 7:15 en 7:17 BW gealloceerd aan de koper of de verkoper. Het risico van de onjuiste voorstelling komt onder andere voor rekening van de verkoper indien hij niet voldoet aan zijn mededelingsplicht. Ingeval partijen willen afwijken van de risicoverdeling die voortvloeit uit artikel 6:228 BW en/of de artikelen 7:15 en 7:17 BW, dienen zij een beroep op deze regelingen uit te sluiten en in plaats daarvan specifieke garanties en exonerationen overeen te komen.

In een faillissement gaat de verkopende curator over het algemeen anders te werk. Onder tijdsdruk en vanwege zijn informatieachterstand, zal de curator trachten zoveel mogelijk aansprakelijkheidsgronden uit te sluiten en zo min mogelijk garanties te geven. Deze praktijk sluit aan bij het bepaalde in artikel 3.1 van de INSOLAD Praktijkregels voor Curatoren. Uit de toelichting bij dit artikel volgt dat de curator, vanwege zijn incomplete kennis van de boedel, terughoudend dient te zijn met het geven van garanties.

Het is de vraag hoe ver de curator kan gaan in het alloceren van het risico op een onjuiste voorstelling van zaken aan de koper. In principe neemt de curator in zijn hoedanigheid op gelijke wijze met ieder ander deel aan het rechtsverkeer en zijn de daarbij geldende regels en normen gewoon van toepassing op zijn handelen en

nalaten.¹ De omstandigheden van het geval kunnen de uitwerking daarvan echter beïnvloeden.

In deze bijdrage worden in paragraaf 2 de mogelijkheden besproken tot het uitsluiten door de curator van een beroep op de conformiteitsleer als neergelegd in de artikelen 7:15 en 7:17 BW en dwaling op grond van artikel 6:228 BW. In paragraaf 3 komt de mededelingsplicht van een verkopende curator aan de orde en in paragraaf 4 wordt besproken of de mededelingsplicht van de beoogd curator wellicht anders is.²

Uitsluiting van de artikelen 7:15 en 7:17 BW en dwaling

Uitsluiting van de artikelen 7:15 en 7:17 BW door de curator

De artikelen 7:15 en 7:17 BW zijn alleen van dwingend recht in geval van consumentenkoop. Buiten die gevallen staat het partijen vrij de toepasselijkheid van deze artikelen uit te sluiten.

De artikelen 7:15 en 7:17 BW kunnen rechtstreeks door de curator worden uitgesloten, of indirect door artikel 7:19 BW van toepassing te verklaren op de overeenkomst.³ Krachtens artikel 7:19 BW zijn de artikelen 7:15 en 7:17 BW niet van toepassing in geval van een executoriale verkoop, tenzij de verkoper wist van de rechtsgebreken of non-conformiteit van het verkochte goed. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat artikel 7:19 BW analogisch mag worden toegepast in het geval een ander dan de eigenaar op grond van de wet bevoegd is de zaken op eigen naam te verkopen, terwijl die persoon “niet geacht kan worden bekend te zijn met de gebreken van de zaak”.⁴ Daarbij rijst de vraag of de wetgever heeft beoogd dat bij analogische toepassing van dit artikel wordt vastgehouden aan het vereiste van het ontbreken van subjectieve wetenschap bij de verkoper, zoals de wetstekst voorschrijft, of dat ook rekening moet worden gehouden met de geobjectiveerde wetenschap van de verkoper. Dit onderscheid is relevant, omdat denkbaar is dat de curator wel geacht kan worden bekend te zijn met de gebreken van de zaak zonder dat hij daarvan subjectieve wetenschap had.⁵ Mede gezien deze onduidelijkheid doet de curator er verstandig aan, waar mogelijk, de toepasselijkheid van de artikelen 7:15 en 7:17 BW expliciet in de overeenkomst uit te sluiten.

Uitsluiting van een beroep op dwaling door de curator

De uitsluiting van een beroep op dwaling is een gangbare praktijk.⁶ Wanneer de verkoper echter bewust heeft nagelaten de informatie die hij kende of behoorde te

kennen, mee te delen aan de koper, is de uitsluiting onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet aanvaardbaar en zal de uitsluiting geen effect hebben.⁷ Uit een arrest van het Hof Leeuwarden blijkt dat hetzelfde geldt wanneer een curator een beroep doet op een uitsluitingsbeding ten aanzien van dwaling.⁸ In deze zaak had de curator onroerende zaken verkocht die gedeeltelijk werden verhuurd aan een aantal telecombedrijven ten behoeve van hun antenne-inrichtingen. De koopprijs was mede gebaseerd op de huuropbrengsten die werden gerealiseerd met de verhuuractiviteiten. In eerste instantie had de curator aan de koper meegedeeld dat de huuropbrengst EUR 20.000 per jaar bedroeg. Nadat de koper de kans had gekregen de relevante huurovereenkomsten te bestuderen, bleek dat de huuropbrengst slechts EUR 13.000 per jaar bedroegen. De potentiële koper wilde zich vervolgens terugtrekken, maar werd in kort geding veroordeeld tot het sluiten van een koopovereenkomst met de curator. Na ondertekening bleek vervolgens dat de daadwerkelijke huuropbrengst slechts EUR 9.000 per jaar bedroeg. Hoewel in de koopovereenkomst was opgenomen dat de relevante zaken “voetstoots” werden verkregen en dat de koper afstand deed van het recht de overeenkomst te vernietigen, werd de koopprijs door de rechtbank verminderd ter compensatie van het nadeel. In hoger beroep werd het vonnis bekrachtigd, waartoe het hof onder andere overwoog dat (i) ook voor de curator geldt dat in principe zijn mededelingsplicht prevaleert boven de onderzoeksplicht van de koper en (ii) dat de curator in het concrete geval geen beroep toekwam op de verschillende in het contract opgenomen vrijtekeningen.

Tot een vergelijkbaar oordeel kwam de Rechtbank Utrecht wat betreft een exoneratieclausule in de door de curator gehanteerde voorwaarden voor de door hem ingerichte dataroom, op grond waarvan iedere aansprakelijkheid van de curator vanwege de onvolledigheid of onjuistheid van de in de dataroom opgenomen informatie werd uitgesloten. De rechtbank concludeerde dat een exoneratiebeding dat ziet op de onjuistheid van de mededelingen van de verkoper, en dus in feite aansprakelijkheid voor de conformiteitsverplichting van de verkoper uitsluit, spoedig als onredelijk bezwarend moet worden aangemerkt.⁹ In de betreffende zaak had de curator een aantal panden verkocht aan een partij die de panden als beleggingsobject wilde gebruiken. Uit de uitspraak blijkt dat de curator het beleggingsoogmerk van de koper kende toen hij bij de verkoop vermeldde dat de panden waren verhuurd, maar dat de mogelijkheid bestond dat de huurovereenkomst met één van de huurders op korte termijn zou worden ontbonden. Voor de datum van het faillissement was een van de huurovereenkomsten echter al rechtsgeldig opgezegd en de curator zelf was, op advies van een van zijn medewerkers, een beëindigingsovereenkomst aangegaan met één van de overige huurders. De

omstandigheid dat de curator deze informatie niet met de koper had gedeeld, terwijl (i) de ontbrekende informatie bekend behoorde te zijn bij de curator op basis van eenvoudig onderzoek van de vennootschappelijke administratie en zijn eigen administratie, (ii) de curator de belangen van de koper kende, (iii) de curator had gesuggereerd dat de informatie die wel met de koper was gedeeld op zorgvuldige wijze was samengesteld terwijl dat kennelijk niet het geval was, leidde de rechtbank tot de conclusie dat het exoneratiebeding onredelijk bezwarend was. De rechtbank merkte daarbij expliciet op dat weliswaar sprake was van een verkoop uit faillissement en dat de curator dan niet altijd een volledig overzicht kan hebben van de relevante informatie, maar dat dit hem er niet van ontslaat de hem ter beschikking staande informatie met de koper te delen. Bovendien dient de curator informatie die na het uitspreken van het faillissement tot de curator is gekomen, correct en volledig mee te delen aan de koper.¹⁰

Vergelijkbare omstandigheden deden zich voor in een zaak bij de Rechtbank 's-Gravenhage.¹¹ In dat geval had de curator goodwill verkocht die belichaamd was in onder andere klantenbestanden van de gefailleerde onderneming. Tot op zekere hoogte was de onzekerheid omtrent de goodwill in de overeenkomst verdisconteerd door middel van een resultaatsafhankelijke koopprijs. Er was echter ook een minimum koopprijs overeengekomen die onafhankelijk was van de resultaten die de koper zou behalen met de klanteninformatie. Daarnaast waren de curator en de koper een exoneratie overeengekomen inhoudende dat de goodwill werd verkocht en geleverd in de staat waarin deze zich ten tijde van de overdracht bevond. Bij het aangaan van de transactie had de curator nagelaten aan de koper mede te delen dat, kort voor het faillissement, een brief was uitgegaan van de failliet naar zijn klanten waarin het aanstaande faillissement werd aangekondigd en werd medegedeeld dat de onderneming zou stoppen. De brief had kennelijk een zodanig effect dat alle klanten van de failliet waren weggelopen en de klanteninformatie waardeloos was geworden. De koper weigerde vervolgens de koopprijs te voldoen met een beroep op dwaling. In de daaropvolgende procedure werd geoordeeld dat de curator op voorhand had behoren te begrijpen dat de klanteninformatie waardeloos was geworden door het verzenden van de brief. De rechtbank legde de exoneratie vervolgens zo uit dat die clause de curator slechts vrijwaarde van hem onbekende omstandigheden en dat het dwalingsrisico wat betreft waardeloze klanteninformatie daarmee niet in de overeenkomst was verdisconteerd.

Uit deze en de voorgaande uitspraken vloeit voort dat een beroep van de curator op een exoneratie onaanvaardbaar is indien het een omstandigheid betreft die de curator bewust heeft verzwegen. Uit de hiervoor besproken uitspraken volgt

daarnaast dat een beroep op een exoneratiebeding niet onder alle omstandigheden aanvaardbaar is indien het een omstandigheid betreft die de curator bekend behoorde te zijn, maar waarover hij heeft gezwegen. Hieruit volgt dus dat ook op de curator onder omstandigheden een zekere onderzoeksplicht rust om aan zijn mededelingsplicht te kunnen voldoen.¹²

In een ander geval bij het Gerechtshof Leeuwarden liep het beter af voor de curator. In deze zaak had een derde ten behoeve van de curator (en de pandhouder) een machine verkocht die toebehoorde aan de failliet.¹³ In de overeenkomst was opgenomen dat de verkoop plaatsvond in het kader van een faillissement, dat de verkoper daarom geen garanties gaf en dat de verkoop om diezelfde reden “as is, where is” plaatsvond. Na verloop van tijd weigerde de koper de koopprijs te voldoen vanwege tegenvallende productiecapaciteit en gebreken aan de machine. Het hof legde de “as is, where is” clause uit als uitsluiting van een beroep op dwaling en een uitsluiting van aansprakelijkheid vanwege tekortkomingen. Het hof concludeerde vervolgens dat gezien de faillissementssituatie en de professionaliteit van beide partijen kennelijk een risicoallocatie was beoogd die volledig ten gunste van de verkoper strekte en dat dus een onjuiste voorstelling van zaken aan de zijde van de koper in de overeenkomst was verdisconteerd.¹⁴ Tevens concludeerde het hof dat het beroep van de verkoper op de exoneratieclause niet in strijd was met de redelijkheid en billijkheid, in het bijzonder nu de verkoper (en de curator in wiens opdracht de verkoper handelde) alle in zijn bezit zijnde informatie aan de koper ter beschikking had gesteld op basis waarvan de koper na onderzoek een juiste voorstelling van zaken had kunnen krijgen.¹⁵

Deze uitspraak laat zien dat de uitsluiting door de curator van een beroep op dwaling een effectief instrument kan zijn. Uit de uitspraak volgt ook dat voor een succesvol beroep op de uitsluiting is vereist dat de curator de koper in de gelegenheid heeft gesteld een juiste voorstelling van zaken te krijgen op basis van de informatie die de curator heeft aangetroffen in de boedel. Kennelijk wordt van de curator niet spoedig gevergd dat hij de koper met een onjuiste voorstelling van zaken actief “uit de droom helpt”, maar wel dat hij de koper in de gelegenheid stelt om zelf een juiste voorstelling van zaken te krijgen. In zoverre kan de curator ter vervulling van zijn mededelingsplicht volstaan met het ter beschikking stellen van informatie zonder de koper specifiek te wijzen op de relevante eigenschappen van de verkochte goederen.

Ten slotte zal de curator zich niet kunnen exonereren voor titelgebreken aan de verkochte zaken. Titelgebreken, zoals een naderhand blijkend eigendomsvoorbehoud of verjaring van een vordering, zijn zo fundamenteel dat aansprakelijkheid voor een

dergelijke tekortkoming of een beroep op dwaling in dat verband niet kan worden uitgesloten.¹⁶ Alleen wanneer een zodanig correctiemechanisme overeen is gekomen dat de koper effectief zal worden gecompenseerd voor het gebrek, en een beroep op dwaling dus in feite volledig is verdisconteerd, zal de koopovereenkomst in een dergelijk in geval stand kunnen blijven.

De mededelingsplicht van de curator

Uit het voorgaande volgt dat de curator de mogelijkheid heeft om een beroep op dwaling of de toepasselijkheid van de conformiteitsregeling uit te sluiten. Dit neemt echter niet weg dat het ook voor de curator onder bepaalde omstandigheden niet mogelijk zal zijn om een beroep te doen op een dergelijke uitsluitingsclausule. De vraag naar de reikwijdte van de mededelingsplicht van de verkopende curator, is daarbij met name van belang.

Ten aanzien van de mededelingsplicht in het kader van dwaling worden in de literatuur op basis van de wet en de rechtspraak vier vereisten gesignaleerd waaraan moet zijn voldaan, voordat sprake kan zijn van een dergelijke mededelingsplicht van de verkoper: (i) de verkoper kent de juiste stand van zaken of behoort die te kennen, (ii) de verkoper weet of moet weten dat het bewuste punt voor de ander van gewicht is, (iii) de verkoper moet rekening houden met de mogelijkheid dat de ander dwaalt en (iv) de verkoper behoort in de gegeven omstandigheden naar verkeersopvattingen de ander “uit de droom te helpen”.¹⁷ Uit jurisprudentie van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat de mededelingsplicht en de onderzoeksplicht die van toepassing zijn op het leerstuk van dwaling, ook moeten worden toegepast in het kader van de conformiteitsleer.¹⁸

Artikel 7:15 BW schrijft daarnaast voor dat de verkochte zaak in eigendom dient te worden overgedragen vrij van alle bijzondere lasten of beperkingen, tenzij de koper die uitdrukkelijk heeft aanvaard. Ik begrijp deze bepaling aldus dat op de verkoper een mededelingsplicht rust die in beginsel niet wordt beperkt door een onderzoeksplicht van de koper.¹⁹ Deze mededelingsplicht zal, wanneer de curator de toepasselijkheid daarvan niet in de koopovereenkomst heeft uitgesloten, onverkort rusten op de curator.

Uit het feit dat de verkoper ook een mededelingsplicht heeft ter zake van zijn geobjectiveerde wetenschap, volgt dat op de verkoper een zekere onderzoeksplicht rust om hem in staat te stellen te voldoen aan zijn mededelingsplicht.²⁰ Het veel gehoorde argument van de curator dat op hem geen mededelingsplicht rustte omdat,

gezien de tijdsdruk, zijn onbekendheid met de onderneming en de omvang van de administratie, niet van hem gevegd kan worden dat hij op de hoogte is van alle informatie waar de boedel over beschikt, zal daarom mogelijk niet altijd slagen, zo blijkt bijvoorbeeld uit de hierboven besproken uitspraak van de Rechtbank Utrecht uit 2012. Daarin overwoog de rechtbank dat de curator de verantwoordelijkheid heeft om binnen de mogelijkheden die hij heeft, juiste mededelingen te doen over de bij hem bekend zijnde of tot zijn beschikking staande informatie over het verkoopobject en die informatie zelfs op juistheid te toetsen.²¹

Daarbij geldt bovendien dat naarmate de administratie die de curator in de boedel aantreft completer en inzichtelijker is, de curator eerder een plicht heeft om de koper waar nodig “uit de droom te helpen”, zo nodig met het voorbehoud dat hij het door de aangetroffen administratie geschetste beeld niet op juistheid heeft kunnen controleren.²² Naarmate de transactie qua aard en omvang geringer en overzichtelijker is, zal de curator dat voorbehoud mogelijk niet meer kunnen maken en zal hij afhankelijk van de bijzonderheden van het geval de aangetroffen administratie ten aanzien van de relevante eigenschappen van het verkochte goed op juistheid moeten toetsen.²³ De curator zal bovendien omstandigheden die zich na de faillissementsdatum hebben voorgedaan steeds moeten mededelen aan de koper.

De Hoge Raad heeft zich onlangs uitgelaten over de vraag of, indien de wederpartij van de dwalende niet bekend is met bepaalde feiten, er desondanks toch sprake kan zijn van een mededelingsplicht, omdat hij de relevante omstandigheid had behoren te kennen met het oog op de belangen van de wederpartij.²⁴ Daarbij oordeelde de Hoge Raad: “Het antwoord op de vraag of Inbev [verweerder] had behoren in te lichten in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling van [verweerder] wist of behoorde te weten, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Als uitgangspunt geldt dat voor de wederpartij van de dwalende bezwaarlijk een gehoudenheid tot het verschaffen van inlichtingen aangenomen kan worden met betrekking tot omstandigheden waarvan zij niet op de hoogte is. Zoals in Parl. Gesch. Boek 6, p. 909, is vermeld, mag een verplichting tot “preventief” inlichten niet te snel worden aangenomen, en zal van een “behoren in te lichten” in het algemeen slechts sprake zijn als de wederpartij van de dwalende zelf van de juiste stand van zaken op de hoogte was. Een dergelijke verplichting mag ook aangenomen worden indien die wederpartij, bijvoorbeeld vanwege haar deskundigheid ten aanzien van de omstandigheid waaromtrent gedwaald wordt, geacht moet worden van de juiste stand van zaken op de hoogte te zijn.” Hoewel de Hoge Raad dus als uitgangspunt neemt dat op een onwetende partij geen mededelingsplicht rust, bestaat een dergelijke verplichting wel indien de wederpartij van de dwalende vanwege zijn deskundigheid

ten aanzien van de omstandigheid waaromtrent gedwaald wordt, geacht moet worden van de juiste stand van zaken op de hoogte te zijn.

De reikwijdte van de mededelingsplicht van de curator was onder andere aan de orde in het hierboven besproken arrest van het Gerechtshof Leeuwarden uit 2011. Daarin overwoog het hof dat de onderzoeksplicht van de koper over het algemeen in omvang toeneemt naar mate de curator in de koopovereenkomst een risicoallocatie ten gunste van zichzelf beoogt.²⁵ Daarbij heeft echter ook voor de curator als uitgangspunt te gelden dat de mededelingsplicht van de verkoper in beginsel prevaleert boven de onderzoeksplicht van de koper.²⁶ De toegenomen onderzoeksplicht van de koper heeft dus niet noodzakelijkerwijs tot gevolg dat de mededelingsplicht van de curator navenant afneemt. Er bestaat weliswaar enig verband tussen de omvang van de mededelingsplicht en de onderzoeksplicht, maar zij zijn niet complementair.²⁷ Bovendien kan uit het Hoge Raad arrest Offringa/Vink²⁸ worden afgeleid dat de omvang van de mededelingsplicht van de curator toe zal nemen wanneer de curator er in een faillissementssituatie rekening mee moet houden dat de koper, onder tijdsdruk, zijn onderzoeksplicht niet of onvoldoende vervult.

Daarnaast kan op curatoren een grotere mededelingsplicht rusten nu zij over het algemeen advocaat zijn en dus deskundig mogen worden geacht op het gebied van bijvoorbeeld verjaring van vorderingen en voorbehouden eigendom.²⁹ Wanneer bijvoorbeeld titelgebreken kleven aan verkochte goederen, zal de curator spoedig worden geacht te weten wat de stand van zaken is en zal hij de koper daarover moeten informeren of waarschuwen voor onzekerheden omtrent de stand van zaken. In deze gevallen loopt de curator ook het risico van persoonlijke aansprakelijkheid wanneer hij nalaat zijn mededelingsplicht met betrekking tot dergelijke rechtsgebreken te vervullen. Een voorbeeld daarvan is te vinden in een vonnis van de Rechtbank Middelburg waarin ten aanzien van een verjaarde vordering die was verkocht door de curator werd geoordeeld: “Daardoor heeft hij zijn mededelingsplicht geschonden en niet gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzicht verricht”.³⁰

Anderzijds zal de mededelingsplicht van de curator afnemen en de onderzoeksplicht van de koper toenemen, wanneer de curator verkoopt aan de zittende bestuurder of aandeelhouder van de gefailleerde onderneming en de koper dus veel meer kennis van de onderneming zou moeten hebben dan de curator. In een dergelijk geval zal dwaling eerder voor rekening van de koper moeten blijven.³¹

Ik wijs ten slotte nog op een arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ten aanzien van de mededelingsplicht van een executerend hypotheekhouder.³² Zoals hiervoor in de context van artikel 7:19 BW al ter sprake kwam, is de positie van de verkopende curator in sommige opzichten vergelijkbaar met de positie van een executerend pand- of hypotheekhouder. Beiden verkopen een goed dat tot het vermogen van een ander behoort en waarvan zij in principe niet of nauwelijks kennis hebben. In vorengenoemd arrest verkocht een bank in haar hoedanigheid van hypotheekhouder een woonhuis dat werd beschreven als een “afbouwwooning” en als een pand “midden in een verbouwing”. Hoewel de bank twee bouwtechnische keuringen had laten verrichten waaruit bleek dat de verbouwing van het pand onprofessioneel was verricht en dat een forse investering nodig was om het pand weer leefbaar te maken, stelde de bank de bouwtechnische rapporten niet ter beschikking aan de koper. De koper had daarnaast niet de gelegenheid gehad om het pand zelf van binnen te bekijken. Vervolgens werd het pand op de executieveiling ruim boven de getaxeerde executiewaarde gekocht door de koper. De koper vernietigde daarop de koopovereenkomst vanwege dwaling. Nadat de rechtbank het beroep op dwaling had afgewezen, oordeelde het hof in hoger beroep ten gunste van de koper en vernietigde het de koopovereenkomst. Het hof overwoog daarbij onder andere dat de bank haar mededelingsplicht had geschonden, doordat ze een kwalificatie van het pand had gegeven die te ver afstond van de werkelijkheid, en doordat ze de bouwkundige rapporten niet ter beschikking had gesteld aan de koper en de koper niet in de gelegenheid had gesteld het pand te bezichtigen. Bovendien stonden volgens het hof de omstandigheden dat (i) de koper een ervaren vastgoedhandelaar was, (ii) het ging om een executieveiling en (iii) de toepasselijke veilingvoorwaarden een exonerationbeding bevatten, niet in de weg aan een succesvol beroep op dwaling, nu de bank haar mededelingsplicht had geschonden.

Uit het voorgaande kan worden opgemaakt dat op de verkopende curator een mededelingsplicht rust ten aanzien van de relevante eigenschappen van het voorwerp van de transactie, in ieder geval voor zover de curator met die eigenschappen bekend is. Onder omstandigheden is het zelfs denkbaar dat op de curator, in verband met zijn deskundigheid, de aard en omvang van de transactie en de tijdspanne waarin de transactie kan plaatsvinden, een zodanige mededelingsplicht rust dat de curator een onderzoek dient te verrichten naar de eigenschappen van de goederen die hij verkoopt. Naar aanleiding van dat onderzoek kan zich mijns inziens de situatie voordoen dat de curator, met het doel een zo hoog mogelijke verkoopopbrengst te realiseren, kan afwijken van het idee van de garantieloze executieverkoop en in plaats daarvan bepaalde garanties kan geven.³³ De gedachte daarachter is dat een koper bereid zal zijn een hogere koopprijs te betalen, wanneer

hem garanties worden geboden ten aanzien van de belangrijkste eigenschappen van het verkochte goed. Bij het geven van dergelijke garanties dient de curator de reikwijdte van de garanties af te stemmen op enerzijds de waarde die de koper hecht aan de garanties en anderzijds op de voorziene resterende duur van de afwikkeling van het faillissement. Het kan, afhankelijk van de meeropbrengst van de verstrekte garanties, immers inefficiënt zijn om de afwikkeling van een faillissement te laten voortduren vanwege de geldigheidsduur van de verstrekte garanties. Daarnaast zal de curator vanzelfsprekend zijn aansprakelijkheid onder de garanties moeten beperken en de opbrengst die hij realiseert moeten reserveren om eventuele garantieclaims te kunnen voldoen.

De verkopende curator en de mededelingsplicht bij een pre-pack

De curator die bij uitstek in de gelegenheid is om nader onderzoek te doen naar de eigenschappen van de uit faillissement te verkopen goederen en dus in beginsel een zwaardere mededelingsplicht zal hebben, is de beoogd curator als bedoeld in artikel 1.1.363 eerste lid van het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I.

Uitgebreidere mogelijkheden om onderzoek te doen

Eén van de consequenties van de stille bewindvoering is dat beoogd curator meer tijd zal hebben om voorafgaand aan een transactie een onderzoek te doen naar de feiten en omstandigheden die van belang zijn bij de verkoop van de onderneming en die hij zou moeten mededelen aan aspirant-kopers. Tegelijkertijd zal ook een aspirant-koper in het geval van stille bewindvoering uitgebreider de kans moeten krijgen om zijn due diligence onderzoek te doen. In het kader van het bewerkstelligen van een deugdelijk biedproces, wordt dit expliciet aanbevolen in de Praktijkregels beoogd curator van INSOLAD.³⁴ Voorts is van belang dat in het wetsvoorstel de verplichting is opgenomen van de schuldenaar om gevraagd en ongevraagd alle inlichtingen te verschaffen aan de beoogd curator die hij nodig heeft in de uitoefening van zijn rol of waarvan de schuldenaar weet of behoort te begrijpen dat deze in dat kader van belang zijn.³⁵ Daarbij mag, aldus de Praktijkregels beoogd curator van INSOLAD, de beoogd curator en na de faillietverklaring de curator, vertrouwen op de juistheid van de door de schuldenaar aangeleverde informatie, tenzij hij gegronde redenen heeft om aan de betrouwbaarheid van die informatie te twijfelen.³⁶

Daarmee verschilt een verkoop uit faillissement waar een periode van stille bewindvoering aan vooraf is gegaan van een verkoop uit een regulier faillissement. In het eerste geval mag van beide partijen immers worden verwacht dat zij meer

onderzoek hebben gedaan. De beoogd curator zal er dan ook in beginsel in mindere mate rekening mee hoeven te houden dat zijn wederpartij zijn eigen onderzoek niet heeft verricht. Anderzijds zal op de beoogd curator een zwaardere mededelingsplicht rusten nu hij beter bekend mag worden geacht met de onderneming die het voorwerp is van de stille bewindvoering.

Behoud van waarde

De wetgever beoogt met het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I onder andere een maximale verkoopopbrengst te bereiken, enerzijds door een doorstart zo snel mogelijk na de faillietverklaring te laten plaatsvinden en daarmee desintegratieschade te beperken en anderzijds door de beoogd curator in de gelegenheid te stellen de onderneming beter in kaart te brengen.³⁷ De Praktijkregels beoogd curator van INSOLAD bevelen in dat verband aan dat wanneer niet ten minste een prijs wordt gerealiseerd die wezenlijk hoger ligt dan de opbrengst bij liquidatie, de beoogd curator zijn medewerking aan de transactie onthoudt.³⁸

Voor het behoud van waarde van de boedel acht ik, naast de grotere snelheid waarmee kan worden gehandeld om desintegratieschade te voorkomen, van groot belang dat van aspirant-kopers wordt verwacht dat zij een hogere prijs zullen bieden voor een onderneming wanneer zij die onderneming beter in kaart hebben kunnen brengen. Die aspirant-kopers zullen echter alleen dan een hogere prijs willen bieden wanneer zij daadwerkelijk op de met hen gedeelde informatie kunnen vertrouwen. Met andere woorden, zij zullen bepaalde garanties willen. Zoals hiervoor besproken, zal de beoogd curator daarom het idee van een executieverkoop tegen liquidatiewaarde los moeten laten en in plaats daarvan noodzakelijke garanties moeten geven.

Het geven van garanties en vrijwaringen is voor de curator iets dat over het algemeen wordt vermeden. De beoogd curator daarentegen heeft in het kader van zijn ruimere mededelingsplicht toch al een uitgebreider onderzoek moeten doen naar de onderneming. Hij is daarom beter in staat om bepaalde garanties te geven. Het zou bovendien een van de doelstellingen van de pre-pack kunnen ondergraven, indien de beoogd curator de op grond van zijn onderzoek verkregen informatie niet probeert in een hogere verkoopopbrengst om te zetten door middel van het geven van bepaalde garanties. Grote voorzichtigheid is hierbij vanzelfsprekend op zijn plaats. Ook de beoogd curator zal de garanties alleen kunnen geven wanneer de eventueel daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid van de boedel beperkt is.

mr. J.M. van den Berg

Mr. J.M. van den Berg is als advocaat werkzaam bij Houthoff Buruma te Rotterdam

- 1) Gerechtshof 's-Gravenhage 25 maart 2014, *RI* 2014, 62, ro. 5.
- 2) Zie wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I, *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 2.
- 3) Artikel 7:19 BW levert in beginsel slechts een verweer op tegen een beroep op de artikelen 7:15 en 7:17 BW. Een beroep op dwaling kan in beginsel niet worden afgeweerd op basis van dit artikel; zie Pres. Rb. Groningen, 17 augustus 1992, KG 1992, 323, *NTBR* 1993/6, m.nt. Van Rossum. Overigens blijkt uit Gerechtshof Leeuwarden 2 augustus 2011, *RI* 2011, 92, ro. 8, 9 dat een analogische toepassing van dit artikel buiten de context van boek 7 BW, op grond van de redelijkheid en billijkheid niet is uitgesloten.
- 4) C.J. van Zeben, J.W. du Pon, M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6*, Deventer: Kluwer 1981, p.132.
- 5) Vgl. HR 27 november 2015, «JOR» 2016/53, m.nt. Dammingh, r.o. 4.2.2.
- 6) Zie C.E. du Perron en T.H.M. Van Wechem, "Het uitsluiten van het beroep op dwaling in overnameovereenkomsten: een acceptabele of een onacceptabele boilerplate?", *VrA* 2004/1, p. 5.
- 7) Vgl. HR 19 mei 1967, *NJ* 1967,261 (Saladin/HBU); zie ook M.M. van Rossum, "Beroep op dwaling en bedrog in een overnameovereenkomst", in: S.Y.Th. Meijer en B. Wessels, *Bedrijfsovername*, Deventer: Kluwer 2009, p. 182; Du Perron & Van Wechem 2004, p. 10; HR 11 juli 2008, *NJ* 2010,258 (Gomes/Rental), ro. 3.7.1 -3.7.4.; zie ook de conclusie van A-G Bakels voor HR 13 april 2001, *NJ* 2001, 326; HR 25 juni 1993, *NJ* 1994, 291 (Gerards/Vijverberg), ro. 3.3.
- 8) Gerechtshof Leeuwarden 10 november 2009, *RI* 2010, 3, «JOR» 2010, 117, ro. 6.
- 9) Rechtbank Utrecht 13 juni 2012, *RI* 2012, 97, «JOR» 2013, 347, ro. 4.61 - 68.
- 10) Hoewel het in de onderhavige casus ging om een exonерatie die was opgenomen in algemene voorwaarden, zou ik op basis van de genoemde omstandigheden menen dat ook het beroep op de exonерatie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid

onaanvaardbaar was; vgl. conclusie van A-G Bakels voor HR 13 april 2001, *NJ* 2001, 326, ro. 2.20.

11) Rechtbank 's-Gravenhage, 17 oktober 2012, *NJF* 2012, 494.

12) A.G. Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 1992, p. 85.

13) Gerechtshof Leeuwarden 2 augustus 2011, *RI* 2011, 92.

14) Gerechtshof Leeuwarden 2 augustus 2011, *RI* 2011, 92, ro. 18, 19.

15) Gerechtshof Leeuwarden 2 augustus 2011, *RI* 2011, 92, ro. 22-26.

16) J.W. Frielink, "Doorstartovereenkomst na faillissement", *Contracteren* 2005, 4, p. 95; art. 3.1 INSOLAD Praktijkregels voor Curatoren.

17) C. Asser / Jac. Hijma, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Bijzondere overeenkomsten, Deel I Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 233; K.J.O. Jansen, *Informatieplichten*, diss. Leiden, Deventer: Kluwer 2012, p. 150; Castermans 1992, p. 50.

18) HR 14 november 2008, *NJ* 2008, 588 (Dalfsen/Gemeente Kampen); Jansen 2012, p. 309 e.v.; Asser / Hijma, 2013, nr. 340-342; zie kritisch W.L. Valk, "De rol van de mededelingsplicht in gevallen van non-conformiteit", *NTBR* 2009, 18; T.H.M. van Wechem, "Gelijkschakeling van mededelingsplichten en onderzoeksplichten bij vraagstukken van non-conformiteit en dwaling?", *WPNR* 2009, 6790.

19) Van Zeben e.a. (1991), p. 113, Hof Arnhem 21 oktober 2008, *NJF* 2009, 93, ro. 4.6. Hoewel de parlementaire geschiedenis op dit punt weinig marge lijkt toe te staan, staan mijns inziens de redelijkheid en billijkheid in de weg aan een beroep op artikel 7:15 BW terwijl de koper op het moment van aangaan van de koopovereenkomst, wist maar niet uitdrukkelijk had aanvaard, dat een last of beperking op het verkochte goed rustte.

20) Van Zeben e.a. (1981), p. 909; Castermans 1992, p. 85.

21) Rechtbank Utrecht, 13 juni 2012, *RI* 2012, 97, «JOR» 2013, 347, ro. 4.66, 4.68.

22) Rechtbank Utrecht, 13 juni 2012, *RI* 2012, 97, «JOR» 2013, 347, ro. 4.17;

Castermans 1992, p. 88; vgl. HR 11 juli 2008, *NJ* 2010, 258 (Gomes/Rental).

23) Rechtbank Utrecht, 13 juni 2012, *RI* 2012, 97, «JOR» 2013, 347, ro. 4.18, 4.25; vgl. Brink, 2011, p. 166.

24) HR 27 november 2015, «JOR» 2016/53, m.nt. Dammingh (Inbev/Van der Valk).

25) Gerechtshof Leeuwarden 2 augustus 2011, *RI* 2011, 92, ro. 27.

26) HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 (Baris/Riezenkamp); HR 21 januari 1966, *NJ* 1966, 183 (Booy/Wisman); HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666 (Offringa/Vinck); Gerechtshof Leeuwarden, 10 november 2009, *RI* 2010, 3, ro. 8.

27) J. Dammingh, “De mededelingsplicht van de verkoper en de onderzoeksplicht van de koper”, *WPNR* 98/6327, p. 567; J.H. Nieuwenhuis, “Wat mogen koper en verkoper van elkaar verwachten?”, *WPNR* 98/6304; Castermans 1992, p. 28, zie anders C. van Dam, “Gronden van nietigheid en vernietigbaarheid”, in: Jac. Hijma e.a. *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Kluwer 2013, p. 180; Jac. Hijma in zijn noot onder HR 16 juni 2000, *NJ* 2001, 559 (LE Beheer).

28) HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 666.

29) Rechtbank Middelburg, 13 april 2011, *JBO* 2011, 29, ro. 4.3.1; Rechtbank ‘s-Gravenhage, 17 oktober 2012, *NJF* 2012, 494; Castermans 1992, p. 93, HR 18 april 1986, *NJ* 1986, 747 (Ernst-Latten/Crombag-Spaaij) ro. 4.2; vgl. HR 14 mei 2004, **ECLI:NL:HR:2004:AO1214**, ro. 3.5., 3.6; M. Brink, *Due Diligence, Onderzoeks- en mededelingsverplichtingen volgens het Nederlands recht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 172 e.v.

30) Rechtbank Middelburg, 13 april 2011, *JBO* 2011, 29.

31) Vgl. art 3.1 INSOLAD Praktijkregels voor Curatoren en de toelichting daarbij; Rechtbank Middelburg, 13 april 2011, *JBO* 2011, 29.

32) Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 28 januari 2014, *RVR* 2014,43.

33) Vgl. artt. 3.1 en 3.4 INSOLAD Praktijkregels voor Curatoren; J.H. Lemstra en J.H. Van der Weijde, “Kloeke Curatoren”, in: A.A.M. Deterink, J.J. van Hees, R. Mulder en J.E. Stadig, *INSOLAD Jaarboek 2008*, Deventer: Kluwer 2008, p. 173.

34) Artt. 5.1 en 5.2 INSOLAD Praktijkregels beoogd curator.

35) Art. 1.1.364 lid 3 wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I, *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 2.

36) Artikel 4.2 INSOLAD Praktijkregels beoogd curator.

37) Memorie van toelichting bij wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I, *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 2, p. 4-6.

38) Art. 5.5 INSOLAD Praktijkregels beoogd curator; vgl. Ph. W. Schreurs, "A Corporate Cloak, De bijzondere zorgplicht van de bestuurder na faillissement", in: J.G. Princen en A. van der Schree, *INSOLAD Jaarboek 2011*, Deventer: Kluwer 2011, p. 227.
