Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor BarentsKrans

Contracten maken

Remedies bij inbreuken op garanties in overnamecontracten

Prof. mr. R.J. Tjittes*

1. Inleiding

Garanties vormen het hart van het overnamecontract, de Sale Purchase Agreement (SPA).
In geval van schending van een garantie, een contractsbeding, staan de koper in beginsel alle wettelijke remedies bij wanprestatie ter beschikking: nakoming, ontbinding en schadevergoeding.
Indien een garantie tevens wordt opgevat als een mededeling in de zin van artikel 6:228 lid 1 sub a van het Burgerlijk Wetboek (BW), kan de teleurgestelde koper tevens een beroep doen op vernietiging of wijziging van de overeenkomst op grond van dwaling. Indien een overeenkomst is vernietigd op grond van een onjuiste garantie, kan vervolgens geen schadevergoeding wegens schending van die garantie (wanprestatie) gevorderd worden omdat de vernietiging ook de garantie treft (met terugwerkende kracht).[1]
Kenmerkend voor een SPA is dat de contractspartijen daarin nogal eens afwijken van of een invulling geven aan de toepasselijke wettelijke bepalingen. Zo wordt in de nodige SPA's titel 7.1 BW (koop) geheel uitgesloten, of wordt op onderdelen een eigen contractuele regeling getroffen (zoals omtrent de klachtplicht van art. 7:23 BW). Of er sprake is van het exclusief afwijken van de wettelijke regeling of het geven van een invulling daarvan, is een kwestie van uitleg indien partijen dat niet helder zijn overeengekomen.

In dit artikel bespreek ik de remedies bij inbreuk op garanties in overnamecontracten volgens de wettelijke regelingen in het BW en de contractuele afwijkingen of invullingen die partijen daarbij vaak treffen.
Waar het inroepen van een remedie veelal een tekortkoming in de nakoming vereist, ga ik eerst in op de vraag of een inbreuk op een garantie kwalificeert als een tekortkoming in de zin van een non-conformiteit (art. 7:17 BW) dan wel als een algemene tekortkoming, en hoe de wettelijke regeling zich verhoudt met contractuele afspraken van partijen te dien aanzien (par. 2). Daarna ga ik in op de remedies wegens inbreuk op een garantie. In dat verband is ten eerste van belang de klachtplicht (art. 7:23 BW) en de (on)mogelijkheden om daaromtrent een eigen contractuele klachtregeling te treffen (par. 3). Vervolgens bespreek ik de remedies ontbinding en vernietiging, die veelal worden uitgesloten, en de remedies wijziging en nakoming, waar – nog steeds – minder aandacht voor is in de SPA (par. 4). Vervolgens ga ik in op de hoofdremedie bij inbreuken op een garantie, schadevergoeding, en enkele vragen die daar spelen (par. 5). Tot slot volgt een aantal aandachtspunten bij het opstellen van de SPA (par. 6).
Ik merk aan het einde van deze inleiding nog op dat indien partijen een procedure zijn overeengekomen tot aanpassing van de koopprijs in geval van schending van een garantie, die weg gevolgd moet worden, tenzij dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.[2]

* Prof. mr. Rieme-Jan Tjittes is advocaat en partner bij BarentsKrans, hoogleraar Privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en redacteur van dit blad.

1. Zie HR 11 oktober 2013, NJ 2013/492 (Vano/FBS), r.o. 3.5.1.

2. Gerechtshof Amsterdam 27 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BW4117, r.o. 3.14.

doi: 10.5553/Contr/156608932015017004003

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor BarentsKrans

2. Garanties, tekortkoming en non-conformiteit

Ingevolge artikel 7:47 BW is de kooptitel (titel 7.1 BW) ook van toepassing op de koop van een vermogensrecht, zoals de koop van een aandeel.[3] De conformiteitsregeling van artikel 7:17 BW is niet alleen van toepassing op een activa/passivatransactie (inclusief de overname van goodwill[4]), maar ook op een bedrijfsovername door middel van de verkoop en levering van aandelen.[5]

Ingevolge artikel 7:17 lid 1 BW moet het afgeleverde goed[6] aan de overeenkomst beantwoorden. Daarmee wordt veelal gedoeld op de feitelijke eigenschappen van het goed; de juridische eigenschappen daarvan (de koper ontvangt niet de onbelaste eigendom) zijn mede[7] onderwerp van artikel 7:15 BW. Het gaat in het kader van de conformiteitsregeling primair om de feitelijke gebruiksmogelijkheden, maar het kan ook om andere, immateriële eigenschappen gaan.[8] Ook als bepaalde feitelijke eigenschappen van een zaak (bijvoorbeeld lichte bodemverontreiniging) niet in de weg staan aan het feitelijke gebruik van een zaak (bijvoorbeeld het gebruik als tankstation), kan er toch sprake zijn van non-conformiteit indien de koper (in het bijzonder op grond van de overeenkomst of mededelingen van de verkoper) de aanwezigheid van de desbetreffende eigenschap (in het voorbeeld: lichte bodemverontreiniging) niet hoefde te verwachten.[9]

Indien het goed aan de overeenkomst beantwoordt, is er sprake van conformiteit. Is dat niet het geval, dan wordt gesproken van non-conformiteit. De verwachtingen van de koper moeten worden beoordeeld op het moment van het tot stand komen van de koopovereenkomst; of het goed daaraan beantwoordt, moet worden beoordeeld op het moment van de aflevering.[10] Dat sluit uiteraard niet uit dat een later optredend gebrek een non-conformiteit inhoudt als de koper op het moment van de aflevering ervan uit mocht gaan dat het desbetreffende gebrek niet binnen een bepaalde tijd na de koop zou ontstaan en dit gebrek zich toch eerder heeft gemanifesteerd.[11]

Hoofdregel is dat een goed (zoals een aandeel) niet aan de overeenkomst beantwoordt indien het, mede gelet op de aard van het goed en mededelingen die de koper over het goed heeft gedaan, niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten (art. 7:17 lid 2 BW). Het gerechtvaardigde verwachtingspatroon van de koper staat centraal.[12] De verwachtingen van de koper worden gevormd door de inhoud van de koopovereenkomst en alle andere omstandigheden van het geval (waaronder mededelingen van de verkoper, ook als die niet in de koopovereenkomst zijn neergelegd, en het schenden van een mededelingsplicht door de verkoper, waardoor de verwachtingen van de koper niet zijn getemperd[13]). Mededelingen van derden (zoals bouwkundige rapporten, bodemonderzoekrapportages, accountantsrapporten) die de verkoper aan de koper verstrekt, hebben als mededelingen van de verkoper te gelden.[14]

Om te voorkomen dat een precontractuele mededeling, die haar weg niet heeft gevonden in het contract zelf, betekenis toekomt, kunnen partijen overeenkomen dat daarop geen beroep mag worden gedaan (een variant van een zogenoemde 'entire agreement clause').[15] Een voorbeeld van een dergelijke clausule:

> 'Each party acknowledges that it has not been induced to enter into this Agreement by any representation or warranty other than those contained in this Agreement and, having negotiated and freely entered into this Agreement, agrees that it shall have no remedy in respect of any other such representation or warranty.'

De wettelijke conformiteitsregeling kent twee wettelijke uitwerkingen (een soort hulpvermoedens) bij het vaststellen van hetgeen de koper op grond van de koopovereenkomst mag verwachten aan de hand van de gebruiksmogelijkheden van het goed. Ten eerste mag de koper verwachten dat het goed de eigenschappen bezit die voor een *normaal gebruik* daarvan nodig zijn (en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen; art. 7:17 lid 2 BW). Ten tweede mag de koper verwachten dat het goed de eigenschappen bezit die nodig zijn voor een *bijzonder gebruik* indien dat in de overeenkomst is voorzien (art. 7:17 lid 2 BW). De hulpvermoedens zijn vooral relevant bij de koop van zaken en niet bij de koop van vermogensrechten (zoals aandelen). Bij de gebruiksmogelijkheden van een aandeel kan ik me weinig voorstellen (wat is het normale gebruik van een aandeel?), zodat naar mijn mening de hulpvermoedens bij de koop van aandelen geen steun bieden. Dan moet worden teruggekeerd naar de hoofdregel: wat mag de koper van de aandelen verwachten? De hulpvermoedens doen niet af aan de hoofdregel dat het uiteindelijk gaat om hetgeen

3. Zie reeds HR 2 december 1994, NJ 1995/288 (Poot/ABP), r.o. 3.4.3.
4. HR 8 juli 2011, NJ 2013/256 (IJsseloevers), r.o. 3.4.2.
5. Zie Gerechtshof Den Bosch 17 december 2002, JOR 2003/54; Rb. Utrecht 14 juni 2006, NJF 2006/520; Rb. Rotterdam 5 oktober 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BT6858, r.o. 4.45. Zie ook Arbitraal vonnis 22 december 1999, JOR 2000/139.
6. Het moment van aflevering is het moment van risico-overgang (art. 7:10 BW).
7. Zie overtuigend H.W. Heyman en S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties*. Koop 2012, nr. 306.
8. Zie Tekst & Commentaar BW (Castermans & Krans), art. 7:17, aant. 2.
9. Zie bijv. HR 23 november 2007, NJ 2008/552 (Ploum/Smeets), r.o. 5.2.
10. Heyman & Bartels, nr. 312. Zie wat betreft het moment van aflevering: Nota II, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 128.
11. HR 11 juli 2008, NJ 2010/258 (Blijd/Rental).
12. Heyman & Bartels, nr. 298.
13. Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 118. Zo ook K.J.O. Jansen, Informatieplichten, 2012, par. 3.11.8 en Heyman & Bartels, nr. 313.
14. HR 25 februari 2005, JOR 2005/168 (Fabels/Meenderink). Zie ook Heyman & Bartels, nr. 318. Indien de derde een beroepsfout heeft gemaakt bij de samenstelling van de informatie, heeft de verkoper mogelijk regres op hem.
15. Zie R.P.J.L. Tjittes, Uitleg van schriftelijke contracten, 2009, par. 7.6.

doi: 10.5553/Contr/156608932015017004003

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor BarentsKrans

de koper van het gekochte en afgeleverde goed mag verwachten.

Artikel 7:17 BW is bij niet-consumentenkoop, zoals een overnamecontract, van regelend recht.[16] In overnamecontracten wordt de toepasselijkheid van titel 7.1 BW (de kooptitel), met daarin de regeling van de non-conformiteit (art. 7:17 BW), in voorkomende gevallen uitgesloten. Veelal is een simpele bepaling opgenomen als: 'Titel 7.1 BW is niet van toepassing.' Of, iets meer uitgewerkt: 'Ieder van Partijen erkent hierbij dat de bepalingen van deze Overeenkomst, Titel 1 Boek 7 BW uitsluiten en daarvoor een eigen regeling kennen.' De bepalingen van Boek 3 (rechtshandelingen in het algemeen) en Boek 6 (verbintenissen in het algemeen, waaronder de titel over overeenkomsten) worden veelal niet (tevens) uitgesloten.

Wat betreft de regeling van de non-conformiteit maakt de uitsluiting van titel 7.1 BW (met daarin de conformiteitsbepaling van art. 7:17 BW) niet veel uit. De garanties in het overnamecontract bepalen dan (nog steeds) hetgeen de koper van de aandelen mag verwachten en de niet-nakoming daarvan levert een tekortkoming op die recht kan geven op wettelijke en contractuele remedies (zoals schadevergoeding, ontbinding en dergelijke).[17] De bepalingen van Boek 3 (rechtshandelingen in het algemeen, waaronder het recht op nakoming) en Boek 6 (verbintenissen in het algemeen, waaronder de titel over overeenkomsten, met de bepalingen over schadevergoeding en ontbinding wegens wanprestatie) worden veelal niet (tevens) uitgesloten.

Een inbreuk op een garantie hoeft niet per se en enkel in het kader van artikel 7:17 BW te worden beschouwd: schending van een garantie betekent een tekortschieten van de verkoper in de nakoming van hetgeen hij met de verkoper is overeengekomen, met als gevolg dat de koper contractenrechtelijke remedies kan inroepen.[18] Non-conformiteit en een tekortkoming vallen samen als het gaat om het kwaliteitsaspect van het afgeleverde goed, maar niet als het gaat om het tijdsaspect van de aflevering. Een te late levering is geen non-conformiteit, maar wel een tekortkoming.

Een garantie kan worden beschouwd als een nadere contractuele invulling van hetgeen de koper aan eigenschappen mocht verwachten van het afgeleverde goed (zoals een onroerende zaak of aandelen).[19] Indien garanties niet van toepassing zijn, sluit dit niet uit dat er sprake is van non-conformiteit in de zin van artikel 7:17 BW op grond van andere verwachtingen van de koper[20] (tenzij de toepasselijkheid van art. 7:17 BW is uitgesloten). De Rechtbank Rotterdam acht in geval van een overname (van aandelen) de garanties zodanig van belang dat het in het bijzonder de garanties zijn die de verwachtingen van de koper bepalen, zodat als regel de koper daarbuiten geen verwachtingen mag hebben op grond van artikel 7:17 BW.[21] In die opvatting bepalen de garanties exclusief de verwachtingen van de koper.

De verwachtingen ten aanzien van de aandelen worden naar mijn mening gevormd door de op het moment van aflevering bestaande en te verwachten waarde van de onderneming die aan de aandelen ten grondslag ligt en derhalve door de (gegarandeerde) eigenschappen van de onderneming.[22]

3. Wettelijke en contractuele klachtplicht bij inbreuk op een garantie

Indien een ondeugdelijk goed is geleverd, dient de koper binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of had behoren te ontdekken daarover te klagen bij de verkoper (art. 7:23 lid 1 BW). Laat de koper dat na, dan verliest hij alle rechten wegens wanprestatie.[23] Bij koop geldt dat, nadat tijdig is geklaagd, een verjaringstermijn van twee jaar gaat lopen (art. 7:23 lid 2 BW). Op de koper rust de stelplicht en, zo nodig, de bewijslast dat hij heeft geklaagd en wanneer hij heeft geklaagd. Op de verkoper rust de stelplicht en, zo nodig, de bewijslast (1) op welk moment de koper heeft ontdekt of had behoren te ontdekken dat het afgeleverde goed niet aan de overeenkomst beantwoordt, en (2) dat het tijdstip waarop de koper heeft geklaagd zo lang geleden is dat er geen sprake is van een tijdige klacht in de zin van artikel 7:23 BW (waaronder de aanwezigheid van concreet nadeel aan de zijde van de verkoper door het tijdstip waarop de koper heeft geklaagd).[24]

Bij koop geldt dat indien de verkoper een eigenschap van de zaak heeft *gegarandeerd* ('een eigenschap die de zaak volgens de verkoper bezat'), te dien aanzien op de koper geen onderzoeksplicht rust, maar dat de koper

16. Zie HR 25 februari 2005, JOR 2005/168 (Fabels/Meenderink).
17. Zie Gerechtshof Leeuwarden 2 augustus 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR3969, RI 2011/92, r.o. 9.
18. Zie G.T.M.J. Raaijmakers & B. Wessels, Fiscale garanties civielrechtelijk beschouwd, WPNR (2007) 6695, p. 100.
19. Zie Rb. Rotterdam 21 september 2011, RCR 2011/99, r.o. 4.20.
20. Rb. Den Bosch 27 juni 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW9610, r.o. 4.22.
21. Rb. Rotterdam 21 september 2011, RCR 2011/99, r.o. 4.20; Rb. Rotterdam 5 oktober 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BT6858, r.o. 4.45.
22. Zo expliciet Rb. Overijssel 7 januari 2015, JOR 2015/96; Rb. Rotterdam 21 september 2011, RCR 2011/99, r.o. 4.20; Rb. Rotterdam 5 oktober 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BT6858, r.o. 4.45; Rb. Utrecht 14 juni 2006, JOR 2006/228. Zie ook Raaijmakers & Wessels 2007, p. 100; G.T.M.J. Raaijmakers & E.A.M. Van der Velden, Garanties in de overnamepraktijk, in: Bedrijfsovername, 2009, p. 151; B. Wessels, Koop: algemeen, Mon. BW B65a, 2010, par. 73; P.J. van Uchelen, Art. 7:17 BW en garanties in het overnamecontract, Ondernemingsrecht 2003, p. 16; J. Hijma in zijn noot (onder 3) bij HR 7 februari 2014, NJ 2015/274 (Afvalzorg/Slotereind). Anders: T.H.M. van Wechem, Koop en verkoop van aandelen: is er (nog) een rol voor het kooprecht weggelegd?, Contracteren 2006, p. 83 e.v.
23. Hiertoe behoren ook de vorderingen gegrond op dwaling (HR 29 juni 2007, NJ 2008/606, Pouw/Visser) en op grond van een onrechtmatige daad voor zover gebaseerd op hetzelfde feitencomplex als de wanprestatievordering (HR 21 april 2006, NJ 2006/272, Inno/Sluis; HR 23 november 2007, NJ 2008/552, Ploum/Smeets I).
24. HR 12 december 2014, RvdW 2015/66 (Far Trading/Edco).

doi: 10.5553/Contr/156608932015017004003

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor BarentsKrans

eerst hoeft te klagen op het moment van het feitelijk ontdekken van het gebrek (en niet al op het moment van het behoren te ontdekken van het gebrek; art. 7:23 lid 1 tweede zin BW). De Hoge Raad heeft daaraan toegevoegd dat de koper (of andere crediteur) mag afgaan op *geruststellende mededelingen* van de verkoper (of debiteur) over de aan- of afwezigheid van bepaalde eigenschappen, zodat er in dat geval minder reden is voor (voortvarend) onderzoek.[25] De klachttermijn wordt daardoor opgerekt.

Het belang van de schending van de klachtplicht is sterk afgenomen sinds de Hoge Raad in zijn arresten van 8 februari 2013 (in het bijzonder het standaardarrest Van der Steeg/Rabobank) de betekenis daarvan heeft gerelativeerd.[26] De wettelijke klachtplichten zijn in de wet geregelde vormen van rechtsverwerking.[27]
Indien er sprake is van een niet-consumentenkoop kunnen partijen de lengte van de klachttermijn in artikel 7:23 lid 1 BW geheel zelf bepalen, ook als dit langer of korter is dan de in artikel 7:23 lid 1 BW genoemde 'bekwame tijd'.[28] In de literatuur is ten onrechte gesteld dat partijen geen eigen klachtregeling kunnen overeenkomen, omdat artikel 7:23 lid 1 BW wettelijke vervaltermijnen betreft en vervaltermijnen van openbare orde zijn.[29] Naar mijn mening is die zienswijze onjuist, omdat artikel 7:23 lid 1 BW en artikel 6:89 BW weliswaar wettelijke vervaltermijnen inhouden, maar die termijnen niet van openbare orde zijn.[30] Niet alle vervaltermijnen zijn van openbare orde. Commerciële partijen mogen daarom contractueel afwijken van de klachtregeling van artikel 7:23 lid 1 BW.

In het bijzonder in de overnamepraktijk wordt regelmatig artikel 7:23 lid 1 BW nader contractueel ingevuld (er wordt overeengekomen wanneer een klacht geacht wordt binnen 'bekwame tijd' te zijn gedaan), dan wel wordt afgeweken van de wettelijke regeling van artikel 7:23 lid 1 BW door een eigen klachtregime overeen te komen in de vorm van een einddatum waarop de garanties verjaren, en worden afspraken gemaakt over het tijdstip waarop claims onder de garantie moeten worden gemeld. Of en in hoeverre partijen in hun contract hebben beoogd af te wijken van artikel 7:23 lid 1 BW, dan wel is beoogd daaraan een invulling te geven, is een kwestie van uitleg indien dat niet uitdrukkelijk is bepaald.[31] In een geval waarin een contractuele vervaltermijn voor inbreuken op de garanties gold van vijf en drie jaar na de leveringsdatum, en waarbij een contractuele kennisgevingsplicht in zeer algemene bewoordingen was overeengekomen 'zo spoedig mogelijk' indien zich een inbreuk op de garanties voordoet, heeft de Hoge Raad in het arrest Afvalzorg/Slotereind (2014) geoordeeld dat de lengte van die vage klachttermijn mede moet worden ingevuld door de gezichtspunten die de Hoge Raad noemt bij de toepassing van de artikelen 6:89 en 7:23 BW:[32]

> 'Indien ervan wordt uitgegaan dat het niet "zo spoedig mogelijk" melden van inbreuken leidt tot verval van recht, kan ook in een geval als het onderhavige de vraag of een melding tijdig is gedaan niet worden beantwoord zonder acht te slaan op alle omstandigheden van het geval. Daarbij dient mede acht te worden geslagen op enerzijds het ingrijpende rechtsgevolg van een te late melding en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldenaar is geschaad door het late tijdstip waarop de melding is gedaan.' (vergelijk HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600)

Bovendien moet erop worden gelet dat als een eigen contractuele klachtregeling is ontworpen voor garanties, andere tekortkomingen dan het schenden van een garantie, indien niet anders is overeengekomen, wel aan het regime van artikel 7:23 of artikel 6:89 BW onderworpen kunnen zijn.[33]

Indien partijen zijn overeengekomen dat titel 7.1 BW (de kooptitel, waarvan art. 7:23 BW deel uitmaakt) geheel is uitgesloten, zal duidelijk kunnen zijn dat beoogd is artikel 7:23 BW waar mogelijk geheel ter zijde te stellen, zodat de contractuele regeling geen invulling is van artikel 7:23 lid 1 BW. Het is wellicht beter specifiek te vermelden dat de overeengekomen termijnen waarbinnen garantieclaims kunnen worden ingediend, specifiek bedoelen af te wijken van de termijnen genoemd in artikel 7:23 BW[34] en wat het rechtsgevolg is van overtreding van de klachtplicht (verval van recht en/of minder schadevergoeding wegens het niet vol-

25. HR 25 maart 2011, NJ 2013/5 (Ploum/Smeets II), r.o. 3.3.2; HR 8 februari 2013, NJ 2014/497 (Van de Steeg/Rabobank), r.o. 4.2.4; HR 8 februari 2013, NJ 2014/495 (Van Lanschot), r.o. 3.5.3; HR 8 februari 2013, NJ 2014/496 (Kramer/Van Lanschot), r.o. 3.4.7.
26. Zie nader R.P.J.L. Tjittes, Rechtsverwerking en klachtplichten, Mon. BW A6b, 2013, nrs. 36 en 37.
27. HR 12 december 2014, RvdW 2015/66 (Far Trading/Edco).
28. Zie A-G Wissink in zijn conclusie voor HR 17 december 2010, JOR 2011/173 (Krämer/Krämer); M. Brink, Due diligence, 2009, p. 185-186; W.W. de Nijs Bik, in: B. Wessels (red.), Bedrijfsovername, 2009, p. 119; T.S. Jansen, Het verval van art. 6:89 BW, Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk 2010, p. 188; Asser-Hijma 7-I*, nr. 553; C.E. Drion, NJB 2008, p. 375; J.W. Bitter, Contracteren 2008, p. 38; N.W.A. Tollenaar, Beschouwingen over artikelen 6:89 en 7:23 BW in het bijzonder bij aandelenkoop, NTBR 2005/9, p. 439-442 (die in zijn betoog er ten onrechte van uitgaat dat art. 7:23 lid 1 een vervaltermijn is waarvan contractueel niet kan worden afgeweken); A.J.M. Wiggers in zijn noot bij HR 19 september 2003, Ondernemingsrecht 2003, nr. 49, p. 624 e.v.; C.J. Mulder & N. de Vos, Vennootschap & Onderneming 2003, p. 47-49; Van Uchelen 2003, p. 17 (die n.m.m. ten onrechte stelt dat verlenging van de verjaringstermijn van art. 7:23 lid 2 mogelijk is). Ten onrechte anders: Arbitraal vonnis 22 december 1999, Jurisprudentie Ondernemingsrecht 2000, 139 (schending van een balansgarantie bij bedrijfsovername; geen verlenging van de klachttermijn van art. 7:23 lid 1 mogelijk, maar de contractuele klachttermijn van twee jaar na overdrachtsdatum is 'binnen bekwame tijd' geoordeeld).
29. Zie Tollenaar 2005, p. 439.
30. Zie uitvoerig Tjittes 2013, nr. 32.
31. Zie Rb. Utrecht 3 februari 2010, RCR 2010/37, r.o. 4.6.
32. HR 7 februari 2014, NJ 2015/274 (Afvalzorg/Slotereind), r.o. 4.3.1.
33. Rb. Rotterdam 5 oktober 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BT6858, r.o. 4.13.
34. E.M. Das, Enkele aspecten van overnamecontracten, Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk 2009, p. 83 e.v.; E.U. Vroom in zijn noot (onder 10, slot) bij Rb. Overijssel 7 januari 2015, JOR 2015/96 (Equinix/Rooq).

doi: 10.5553/Contr/156608932015017004003

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor BarentsKrans

doen aan de schadebeperkingsplicht door de late klacht, een species van eigen schuld ex art. 6:101 BW).[35]

Hier volgt een voorbeeld van een klachtplichtclausule waarin niet tijdig klagen eerst leidt tot een vermindering van schadevergoeding als gevolg van de late klacht, en daarna, indien twaalf maanden na de klacht het geschil niet is geregeld dan wel geen procedure (arbitrage) aanhangig is gemaakt, tot verval van recht:

> '(a) If the Purchaser becomes aware of a Breach, the Purchaser shall give notice of the relevant facts and the basis for the Breach to the Seller as soon as reasonably possible after becoming aware of those facts and, in any event, within thirty (30) Business Days of becoming aware of those facts. Failure to provide such notice within the aforementioned period, shall not preclude the Purchaser from making a claim with respect to the relevant Breach, provided that the Seller shall not be obliged to bear the Damages with respect to such Breach to the extent that such have been caused or increased by the fact that the Purchaser failed to timely provide such notice within the aforementioned thirty (30) Business Day period.
> (b) A claim notified in accordance with paragraph (a) above and not satisfied, settled or withdrawn will be unenforceable against the Seller on the expiry of a period of twelve (12) months after the rejection of such claim by the Seller in writing, unless legal proceedings in respect of such Breach have been commenced by the Purchaser within that period.'

De garantietermijn die partijen bij een overnamecontract overeenkomen, ligt veelal tussen de één en drie jaar.[36] In de rechtspraak wordt meestal aangenomen dat, indien niet anders is overeengekomen, een overeengekomen garantietermijn tevens de klachttermijn omvat, zodat klagen binnen de garantietermijn altijd tijdig is.[37] Er bestaat evenwel rechtspraak die inhoudt dat ook indien een garantietermijn is overeengekomen, er binnen die termijn tijdig geklaagd moet worden op straffe van verval van rechten.[38] De grondslag voor toepassing van de klachtplicht binnen de garantietermijn zou gevonden kunnen worden in artikel 7:23 lid 1 BW (de wettelijke klachtplicht), dan wel in het leerstuk van rechtsverwerking (een toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid waarvan de klachtplicht een species is[39]).

De verjaringstermijn van artikel 7:23 lid 2 BW van twee jaar nadat er is geklaagd, kan ingevolge artikel 3:322 lid 3 BW niet worden verlengd (tot meer dan twee jaar), maar wel worden bekort. Artikel 7:23 lid 3 BW (de verjaringstermijn van art. 7:23 lid 2 BW loopt niet zolang de koper zijn rechten niet kan uitoefenen als gevolg van opzet van de verkoper) is van dwingend recht.[40]

4. Uitsluiting van ontbinding en vernietiging; denk ook aan wijziging en nakoming

Bij overnamecontracten is standaard uitgesloten dat de teleurgestelde koper een beroep kan doen op *vernietiging* van de overeenkomst (wegens dwaling of bedrog) of op (gehele of gedeeltelijke) *ontbinding* van de overeenkomst (wegens tekortschieten).[41] In voorkomende gevallen wordt niet alleen de remedie uitgesloten (vernietiging wordt uitgesloten), maar reeds of tevens de grondslag van de vernietiging (dwaling als zodanig wordt uitgesloten, zodat er geen enkele remedie wegens dwaling mogelijk is).
De gedachte achter de uitsluiting van ontbinding en vernietiging is dat na overdracht van de aandelen, waarbij de koper de onderneming enige tijd voor zijn rekening en risico heeft voortgezet, het na vernietiging of ontbinding bijzonder lastig is die gevolgen ongedaan te maken. Zoals de Engelsen het treffend uitdrukken: 'you cannot unscramble scrambled eggs'.
Aangenomen wordt dat een beroep op uitsluiting van bedrog nietig is (art. 3:40 lid 1 BW: strijd met de openbare orde en/of de goede zeden).[42] In beginsel is een uitsluiting van ontbinding, of vernietiging wegens dwaling, geldig, tenzij een beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:2 lid 2 en art. 6:248 lid 2 BW).[43] Dat zal het geval kunnen zijn als de mededeling (garantie) opzettelijk of bewust roekeloos onjuist is verstrekt[44] en er geen andere redelijke remedie openstaat voor de koper (als schade-

35. Zie HR 19 september 2003, Ondernemingsrecht 2003/49, m.nt. A. Wiggers (schending contractuele klachtplicht geduid in het kader van de schadebeperkingsplicht en geen verval van recht); HR 7 februari 2014, NJ 2015/274 (Afvalzorg/Slotereind), r.o. 4.2.3 (contractuele plicht tot het 'zo spoedig mogelijk' melden van een inbreuk op de garantie: oordeel hof dat niet-nakoming leidt tot verval van recht en niet tot een ander gevolg, zoals een verplichting tot schadevergoeding onvoldoende gemotiveerd).
36. E.T. Meijer, *bedrijfsovername*, 2009, p. 104 (par. 3.5).
37. Gerechtshof Amsterdam 15 mei 2008, r.o. 3.13, te kennen uit HR 17 december 2011, JOR 2011/173 (Krämer/Krämer); Rb. Rotterdam 5 oktober 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BT6858; Arbitraal vonnis 22 december 1999, JOR 2000/139 (SAIT/Nedlloyd). Zo ook M. van der Velde, De wettelijke en de contractuele klachttermijn bij koop, V&O 2013, p. 87 e.v.; E. Kraaijeveld & J.L.M.W. Louwers, Garanties bij overnames, in: Garanties in de rechtspraktijk, Serie Recht en Praktijk CA12, 2015, p. 246 (par. 10.3.3).
38. Rb. Leeuwarden 19 maart 2008, NJF 2008/218.
39. HR 7 februari 2014, NJ 2015/274 (Afvalzorg/Slotereind).
40. TM, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 147. Zie Rb. Overijssel 7 januari 2015, JOR 2015/96 (Equinix/Rooq), r.o. 36.
41. Zie voor een bekende uitzondering waar ontbinding niet expliciet was uitgesloten: HR 4 februari 2000, NJ 2000/562 (Mol/Meijer). Een vraag van uitleg kan rijzen of onder uitsluiting van 'ontbinding' tevens de uitsluiting van gedeeltelijke ontbinding valt.
42. Zie A-G Bakels in zijn conclusie (onder 2.30) voor HR 13 april 2001, NJ 2001/326 (Braat/Ros); C.E. du Perron & T.H.M. van Wechem, Het uitsluiten van beroep op dwaling in overnameovereenkomsten: een acceptabele of een onacceptabele boilerplate?, Vermogensrechtelijke Annotaties 2004, p. 5; M.M. van Rossum, Beroep op dwaling en bedrog in een overnameovereenkomst, in: Bedrijfsovername, 2009, p. 168.
43. Vgl. HR 26 oktober 2007, RvdW 2007/923.
44. Zie losbladig Verbintenissenrecht (J. Hijma), art. 228, aant. 167-169, waaraan toe te voegen Rb. Arnhem 18 februari 2009, RCR 2009/41.

doi: 10.5553/Contr/156608932015017004003

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor BarentsKrans

vergoeding de koper niet helpt). In geval van schending van een (contractuele of buitencontractuele) mededelingsplicht door de verkoper kan opzet of bewuste roekeloosheid van de verkoper eveneens nabij liggen en een beroep op een exoneratiebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar maken.
Als regel is een uitsluiting van ontbinding of vernietiging in een overnamecontract niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, omdat die uitsluiting niet onwenselijk is, gelet op de geschetste moeilijkheden van ongedaanmaking en de aanwezigheid van een andere remedie (schadevergoeding). De Rechtbank Rotterdam oordeelde in deze zin over een uitsluiting van ontbinding in een overnameovereenkomst:

> '4.6. [eiseres] wijst er vervolgens terecht op dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (artikel 6:248 lid 2 BW). Die bepaling dient echter met terughoudendheid te worden gehanteerd. Toepassing van die bepaling ligt in de visie van de rechtbank, zeer bijzondere omstandigheden daargelaten, niet in de rede in een geval als het onderhavige. Dat wil zeggen een geval waarbij een beslissend belang in rechtspersonen waarin ondernemingen worden uitgeoefend is overgedragen, waarna die ondernemingen geruime tijd zijn voortgezet en geleid onder verantwoordelijkheid van de overnemende partij. Dergelijke ondernemingen – en de rechtspersonen waarbinnen zij worden uitgeoefend – kunnen/zullen zich immers van dag tot dag ontwikkelen onder invloed van het door de overnemende partij gevoerde beleid en de marktomstandigheden. Dat brengt mee dat het in het algemeen niet wenselijk is dat koopovereenkomsten die aan dergelijke overnames ten grondslag liggen na verloop van tijd alsnog ontbonden kunnen worden. Het gevolg van ontbinding zou immers zijn dat ongedaanmakingsverbintenissen zouden ontstaan, terwijl ongedaanmaking van de verrichte prestaties feitelijk niet meer mogelijk is. Het na geruime tijd vernietigen van dergelijke overeenkomsten zou vergelijkbare complicaties opleveren.[45] Het is dan ook niet ongebruikelijk om in koopovereenkomsten als de onderhavige bepalingen op te nemen waarin de mogelijkheid om de overeenkomst te ontbinden en/of te vernietigen wordt beperkt of uitgesloten.
> 4.7. Uitsluiting van de mogelijkheid van ontbinding zal in gevallen als het onderhavige niet snel tot onaanvaardbaar te achten gevolgen leiden. De koper die bij het sluiten van de koopovereenkomst afstand doet van de mogelijkheid tot ontbinding heeft immers alternatieve mogelijkheden om zijn (financiële) belangen te beschermen. De koper kan garanties bedingen, al dan niet gekoppeld aan vormen van zekerheidstelling door de verkoper en/of door aan de verkoper gelieerde partijen. Van een partij als [eiseres], onderdeel van de [groep], mag zonder meer worden verwacht dat zij in staat is haar gerechtvaardigde financiele belangen op een dergelijke wijze veilig te stellen, voor zover zij dat in de gegeven omstandigheden opportuun acht. Dat is met betrekking tot de onderhavige transactie tot op zekere hoogte ook geschied (…).'[46]

Wat opvalt in de nodige overnamecontracten is dat wel vernietiging (in het bijzonder wegens dwaling) is uitgesloten, maar veelal niet *wijziging van de overeenkomst* op grond van artikel 6:230 BW wegens dwaling. Aangenomen wordt dat een uitsluiting van vernietiging wegens dwaling niet tevens een uitsluiting van wijziging van de overeenkomst wegens dwaling omvat.[47] Waar de wijziging bestaat uit wijziging van de koopprijs, hoeft daar geen bezwaar tegen te bestaan, omdat daarmee eenzelfde effect wordt bewerkstelligd als met schadevergoeding: de koper behoudt de prestatie (de aandelen die minder waard zijn dan waar de koper aanvankelijk van uitging), maar ontvangt daarvoor een geldelijke tegemoetkoming. Waar andere wijzigingsmodaliteiten aan de orde zijn, kan dat minder gewenst zijn (gelet op het beginsel dat bij overnames geen ongedaanmaking van de transactie aan de orde moet zijn). Uitsluiting van vernietiging heeft wellicht mede tot gevolg dat ook geen wijziging mogelijk is, omdat als geen vernietiging mogelijk is, wijziging op de voet van artikel 6:230 BW eveneens is uitgesloten.[48]
Hier volgt een voorbeeld van een clausule waarbij ontbinding, vernietiging en wijziging zijn uitgesloten:

> 'Partijen doen afstand van het recht om deze overeenkomst geheel of gedeeltelijk te vernietigen of te ontbinden dan wel de gehele of gedeeltelijke vernietiging, ontbinding of wijziging van deze overeenkomst te vorderen.'[49]

Nog een opvallend gegeven in de uitsluitingsbepalingen van remedies in overnamecontracten is dat *nakoming* bijna nooit werd uitgesloten, maar daar is een zekere kentering in gekomen sinds dat probleem in de literatuur is gesignaleerd.[50] De oorzaak dat nakoming in veel overnamecontracten niet is uitgesloten (en hetzelfde geldt voor wijziging van een overeenkomst), is mogelijk gelegen in de Anglo-Amerikaanse achtergrond van veel overnamecontracten. In het Anglo-Amerikaanse recht is in geval van wanprestatie het vorderen van nakoming (*specific performance*) in beginsel niet mogelijk en moet de teleurgestelde koper genoegen nemen met

45. Vgl. ook Gerechtshof Den Bosch 22 september 2015, ECLI:NL:GHSE:2015:3669, r.o. 6.7.4 (uitsluiting ontbinding bij samenhangende contracten vanwege de grote praktische problemen bij ongedaanmaking).
46. Rb, Rotterdam 22 oktober 2014, JOR 2015/231, RCR 2015/7.
47. Zie T.H.M. van Wechem, Toepassing regels mededelings- en onderzoeksplichten bij overnameovereenkomsten, in: Bedrijfsovername, 2009, p. 244, verwijzend naar een niet nader aangeduid NAI-vonnis.
48. Zie HR 8 juli 2011, NJ 2013/256 (IJsseloevers), r.o. 3.5.
49. Zie A. Bourdrez & M. Brons, Contract & Commentaar 2015, ad art. 17.
50. Zie R.J. Tjittes, De uitleg van guaranties en vrijwaringen in overnamecontracten, in: Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008, 2008, p. 135.

doi: 10.5553/Contr/156608932015017004003

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor BarentsKrans

schadevergoeding.[51] Naar Nederlands recht is nakoming echter een primaire remedie (en een eenvoudige ook, omdat geen tekortschieten of verzuim is vereist). Een geslaagde vordering tot nakoming (herstel) kan ertoe leiden dat de verkoper gehouden is de door de koper gekochte onderneming (waarvan de waarde in de aandelen wordt gereflecteerd) in een zodanige staat te brengen dat de onderneming voldoet aan de verwachtingen die de koper daarvan op grond van de overeenkomst mocht hebben. Het behoeft geen betoog dat dit een enorme last voor de verkoper zal zijn. Het kan daarom aanbeveling verdienen voor de verkoper om overeen te komen dat de koper geen nakoming van de garanties kan vorderen.[52]

5. Schadevergoeding wegens het schenden van een garantie

De belangrijkste remedie voor de koper bij schending van een garantie in overnamecontracten is schadevergoeding. Bedacht moet worden dat zowel de koper als de koper voor zekere garanties en de algemene fiscale vrijwaring een Warranty & Indemnity-verzekering kan afsluiten.[53]

In geval van schending van een garantie is er sprake van wanprestatie, en schadevergoeding bij wanprestatie wordt berekend door een vergelijking te maken tussen de financiële positie waarin de schuldeiser thans verkeert en de hypothetische situatie waarin de schuldeiser zou hebben verkeerd als hij op grond van het contract had gekregen wat hij mocht verwachten (het positief belang),[54] dat wil zeggen in het geval het gegarandeerde feit juist zou zijn geweest.[55] Het is de winstverwachting van die aandelen die is aangetast en die moet worden vergoed.

Wat betreft de omvang van de schadevergoeding in geval van schending van een garantie bij de koop van aandelen heerst een aantal misverstanden.

Ten eerste dat sommige auteurs op grond van het arrest Finad/Worst[56] en het arrest Poot/ABP[57] suggereren dat de schadevergoeding in beginsel enkel bestaat uit het verschil tussen de huidige financiële positie van de koper en diens financiële positie in de hypothetische situatie dat hij de aandelen niet had gekocht.[58] Aangezien aandelen geen negatieve waarde kunnen hebben (een aandeelhouder heeft geen juridische plicht om investeringen in de vennootschap te doen), kan de koper maximaal de koopprijs als schadevergoeding vorderen, is de gedachte. Naar mijn mening gaan die auteurs uit van een onjuist standpunt.[59] Miskend wordt dat de arresten Finad/Worst en Poot/ABP zagen op vorderingen uit onrechtmatige daad die enkel kunnen strekken tot vergoeding van het negatief belang (de benadeelde moet gebracht worden in de situatie dat de onrechtmatige daad niet zou hebben plaatsgevonden). In geval van schending van een garantie is, zoals gezegd, het positief belang aan de orde (de benadeelde moet worden gebracht in de situatie dat de garantie juist zou zijn geweest, en niet enkel in de situatie dat geen inbreuk op de garantie zou zijn gemaakt).

Ik merk op dat een teleurgestelde koper in voorkomende gevallen zijn schadevergoedingsvordering beter op een onrechtmatige daad (onjuiste mededeling) kan baseren dan op wanprestatie (schending van een garantie), bijvoorbeeld indien de koper kan aantonen dat hij anders een profijtelijker overeenkomst met een derde zou hebben gesloten. Het negatief belang is in dat geval hoger dan het positief belang. In de Anglo-Amerikaanse rechtssfeer is de verkoper daarom huiverig om 'warrants en represents' op te nemen in een SPA. De omvang van de schadevergoeding in geval van *misrepresentation* (een onrechtmatige daad) wordt anders berekend dan in geval van schending van een garantie: het verschil tussen de hypothetische financiële situatie waarin geen overeenkomst zou zijn gesloten en de feitelijke financiële situatie.[60] De hoogte van de schadevergoeding in geval van *misrepresentation* (negatief belang) is in voorkomende gevallen hoger dan in geval van schending van een garantie (positief belang).[61] Dat is het geval indien de koper aannemelijk kan maken dat, als de transactie met de verkoper niet had plaatsgevonden, een profijtelijker contract met een derde-verkoper gesloten zou zijn. Het zinnetje 'warrants en represents' is in zoverre gunstig voor de koper, omdat dit de koper recht geeft op een – in voorkomende gevallen: hogere – schadevergoeding

51. Zie o.m. Anson Law of Contract, 2010, p. 575 e.v.
52. Das 2009, p. 86.
53. Daarover uitgebreid: L.P. Keijzer, Warranty & Indemnity-verzekering, een helpende hand in M&A-transacties, Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk 2012, p. 111 e.v. Het eigen risico is minimaal 1% van de enterprise value, de dekking is maximaal zo'n 50% van de equity value, en de premie bedraagt zo'n 1-2% van de maximale dekking.
54. Asser-Hijma 7-I* (2013), nr. 467. Zie m.b.t. garanties Rb. Noord-Nederland 19 augustus 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4029 (MK/DE Boer), r.o. 2.9; Gerechtshof Amsterdam 14 oktober 2014, RCR 2015/5 (Okechamp/Johtima), r.o. 3.8; Gerechtshof Amsterdam 6 november 2012, RCR 2013/23 (Amodo/ING), r.o. 4.42; Gerechtshof Amsterdam 27 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BW4117, r.o. 3.36; Rb. Haarlem 12 januari 2011, JOR 2011/172, r.o. 2.12.
55. Zo ook het Duitse recht, zie bijv. BGH (VIII) 15 maart 2006, ZR 120/04 onder 32, en het Engelse recht: South Australia Asset Management Corporation/York Montague (1996), UKHL 10 (verschil tussen 'as warranted' en 'as was'; het zgn. 'SAAMCO principle'), alsmede The Hut Group Ltd/Nobahar-Cookson (2014), EWHC 3842 (QB). Zie ook A. Kramer, The Law of Contract Damages, 2014, par. 9.3.
56. HR 9 juni 1995, NJ 1995/692 (Finad/Worst).
57. HR 2 december 1994, NJ 1995/288 (Poot/ABP).
58. Raaijmakers & Van der Velden 2009, p. 160-161; Raaijmakers & Wessels 2007, p. 102; Meijer, p. 103 (par. 3.3).
59. Zo ook D.A.H.W. Strik 'Aspecten van schadevergoeding bij inbreuk op garanties in overnamecontracten', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, 2004, p. 408 en 418. Zie ook R.G.J. de Haan in zijn noot (onder 6) bij Rb. Den Haag 27 juni 2007, JOR 2009/2.
60. Zie Anson's Law of Contract, 29e druk door J. Beatson e.a., Oxford 2010 (Anson/Beale), p. 307.
61. Zie Sycamore Bidco Ltd./Breslin (2012), EWHC 3443 (Ch.). De koper vorderde dat de warranties tevens als representations zouden gelden, zodat hij een hogere schadevergoeding zou kunnen ontvangen op grond van misrepresentation. De rechter ging daar niet in mee.

doi: 10.5553/Contr/156608932015017004003

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor BarentsKrans

wegens *misrepresentation*. Een verkoper zal alleen een 'warranty' willen geven en niet tevens een 'representation'.
Een tweede kwestie is of de koper *schade* heeft geleden als gevolg van de inbreuk op de garanties in geval van een koop van aandelen. Beweerd wordt dat een lagere waarde van de target door de schending van de garantie gecompenseerd kan worden door een financiële meevaller (zoals een belastingvoordeel of een uitkering onder een verzekering), zodat de koper geen schade lijdt.[62] Naar mijn mening snijdt die redenering geen hout als de financiële meevaller niet is veroorzaakt door en als gevolg van de inbreuk op de garantie. Een dergelijk voordeel kan immers alleen in mindering worden gebracht op de schade als schade en voordeel uit dezelfde gebeurtenis voortvloeien (art. 6:100 BW: voordeelstoerekening). Het begrip 'zelfde gebeurtenis' in de zin van artikel 6:100 BW moet blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad eng worden opgevat.[63] Er moet bovendien causaal verband bestaan tussen de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust (de schending van de garantie) en het daardoor opgekomen voordeel.[64]
In geval van schending van een garantie lijdt de doelvennootschap geen schade, althans zij wordt in beginsel niet beschermd door het overnamecontract. Zij is immers geen partij bij de overnameovereenkomst.[65] Alleen de koper is partij bij de overnameovereenkomst.
De bepaling dat de schadevergoeding plaatsvindt aan de koper of, ter keuze van de koper, aan de doelvennootschap, is geen oplossing voor het probleem dat de koper geen schadevergoeding kan krijgen als hij geen schade heeft geleden.[66] Een zodanige bepaling geeft alleen het betaaladres aan indien vaststaat dat door de koper schade is geleden en vergoed moet worden.
Een ander beding is dat koper en verkoper overeenkomen dat bij schending van de garantie de verkoper de doelvennootschap in de toestand moet brengen als ware de garantie juist.[67] Zo geformuleerd is het geen recht op schadevergoeding, maar een recht op nakoming en wordt de vraag of er schade is geleden omzeild.
Indien wordt overeengekomen dat de verkoper de koper in geval van schending van een garantie schadevergoeding verschuldigd is tot voldoening van een bedrag om de doelvennootschap in de positie te brengen als ware de garantie juist, voorkomt de discussies of de koper schade heeft geleden als een garantie ten aanzien van de doelvennootschap is geschonden.[68]

62. Van Uchelen 2003, p. 15; Strik, p. 404.
63. HR 10 juli 2009, RCR 2009/67 (Vos/TSN); HR 11 februari 2000, NJ 2000/275 (De Preter/Van Uitert).
64. HR 1 februari 2002, NJ 2002/122 (Van Straaten/Brandts).
65. Zie Van Uchelen 2003, p. 15; Strik, p. 396; R.G.J. de Haan in zijn noot (onder 3) bij Rb. Den Bosch 28 mei 2008, JOR 2008/224 (Souverein/Lammers).
66. Van Uchelen 2003, p. 15.
67. Zie M. Uijen, Schadeberekening bij overnames, Contracteren 2004, p. 103; R.G.J. de Haan in zijn noot (onder 4) bij Rb. Den Bosch 28 mei 2008, JOR 2008/224 (Souverein/Lammers).
68. Zie Strik, Uijen 2004 en Das 2009, p. 88.

Naar mijn mening houden de twee laatstgenoemde clausules niet zonder meer een derdenbeding in.[69] De clausules scheppen nog niet voor de derde (de doelvennootschap) het recht om schadevergoeding of nakoming van de verkoper te vorderen; dat zal door uitleg moeten worden bepaald (zie art. 6:253 BW).
Veelal wordt bedongen dat in geval van schending van een garantie de verkoper een zodanig bedrag moet vergoeden als nodig is om de koper en de doelwitvennootschap in de vermogenspositie te brengen waarin deze zouden hebben verkeerd als de garantie juist zou zijn geweest. Een voorbeeld:

> 'De aan Verkoper toe te rekenen schade ten gevolge van een Inbreuk of Tekortkoming (hierna: de "Schade") wordt hierbij vastgesteld op het bedrag dat nodig is om Koper of, naar keuze van Koper, de Vennootschap in de positie te brengen die zou hebben bestaan indien geen sprake zou zijn geweest van de desbetreffende Inbreuk of Tekortkoming.'[70]

Waar de koopprijs van aandelen in een vennootschap veelal wordt bepaald door middel van een systeem waarbij de toekomstige kasstromen contant worden gemaakt (de discounted cashflow-methode), rijst de vraag hoe de schade moet worden berekend. De discounted cashflow-methode komt er in de praktijk meestal op neer dat de verwachte EBITDA (Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization) met een factor (multiplier) vermenigvuldigd wordt waarin de rekenrente voor het contant maken van de inkomensstromen is verdisconteerd.[71] De vraag is of in geval van een inbreuk op de garantie waardoor de EBITDA bijvoorbeeld 1 miljoen euro minder is, de schade 1 miljoen euro is (de zogenoemde 'euro voor euro'-benadering) of 1 miljoen euro keer de factor waarmee bij het aangaan van de koopovereenkomst is gerekend (de 'factor-' of 'multiplier'-benadering). Er bestaat een neiging de schadevergoeding wegens inbreuk op een garantie te doen aansluiten bij de wijze waarop de koopprijs is berekend.[72] Het is verstandig als het overnamecontract daarover nadere informatie bevat (in een preambule bijvoorbeeld), zodat daar bij de vaststelling van de schadevergoeding in geval van een garantie-inbreuk rekening mee gehouden kan worden[73]
In overnamecontracten wordt soms een onderscheid gemaakt tussen een inbreuk op de garanties die een eenmalig effect op het resultaat van de onderneming heeft en die volgens de 'euro voor euro'-methode wordt berekend, en een inbreuk op garanties die structurele gevolgen heeft voor het resultaat die volgens de 'multiplier'-methode berekend moet worden.[74] Het is aan partijen om hiervoor desgewenst een regeling te treffen. Een 'euro voor euro'-benadering is voor een verkoper gun-

69. Anders: Strik, p. 405.
70. Ontleend aan Uijen 2004, p. 102-103.
71. Zie over een en ander kort en krachtig Meijer, p. 104 (par. 3.4).
72. Zie naar Engels recht ook Kramer 2014, p. 223 (sub 9.3.B(ii)(a)): discounted cash flow of price/earnings ratio.
73. Raaijmakers & Van der Velden 2009, p. 160.
74. Meijer, p. 104.

doi: 10.5553/Contr/156608932015017004003

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor BarentsKrans

stiger (geen multiplier). Een voorbeeld van een dergelijk beding:

> 'The damages payable by the Seller in respect of any Breach (after taking into account all compensating factors) shall be calculated on a euro-for-euro basis (i.e. without multiplication) and shall be limited to the amount necessary to indemnify the Purchaser for the loss of or costs to them as a result of the facts giving rise to a Breach. The amount of the damages are to be determined on the basis of sections 6:95 and 6:96 of the Dutch Civil Code.'

In de overnamepraktijk wordt een schadevergoeding wegens schending van een garantie veelal gelimiteerd (een 'cap'). In de Nederlandse praktijk zijn claimplafonds (exoneratiebedingen) van 10% of 25% van de koopprijs niet ongebruikelijk.[75] Tevens wordt een minimumbedrag afgesproken waarboven de koper eerst een schadevergoeding wegens inbreuk of één of meer garanties mag vorderen ('treshold' of 'basket' genoemd) om te voorkomen dat de verkoper wordt bestookt met claims die in geen verhouding staan tot de administratieve lasten om ze te behandelen.
Een schending van een onderzoeksplicht door de koper zou aanleiding kunnen geven om eigen schuld (art. 6:101 BW) aan te nemen op grond waarvan de door de verkoper te vergoeden schade wordt verminderd en in een uitzonderlijk geval mogelijk geheel kan komen te vervallen.[76]

6. Slotbeschouwingen

1. De garanties in een SPA en de remedies bij het schenden zijn veelal een afwijking of invulling van de wettelijke regeling. Indien partijen niet duidelijk zijn overeengekomen of een garantie (en de rechtsgevolgen van schending daarvan) een exclusieve afwijking dan wel een invulling daarvan (tot op zekere hoogte), inhoudt, moet dit door uitleg worden vastgesteld.
2. Een garantie is een invulling van artikel 7:17 BW (conformiteit) en een dergelijke invulling sluit de toepasselijkheid van artikel 7:17 BW niet uit. Indien de garantie niet is geschonden, kan derhalve nog steeds sprake zijn van non-conformiteit in de zin van artikel 7:17 BW. Uitsluiting van titel 7.1 (of art. 7:17 BW) kan om die reden voor een verkoper zinvol zijn, zodat als regel alleen een schending van een garantie (of andere verplichting) in de SPA een tekortkoming kan opleveren en niet non-conformiteit in andere zin. Maar bij het antwoord op de vraag of er sprake is van een tekortkoming buiten non-conformiteit, zoals een tekortkoming in de zin van artikel 6:74 BW (schadevergoeding), kunnen verwachtingen van de koper buiten de strikte tekst van de garanties door middel van uitleg van de SPA ook relevant zijn.
3. Een contractuele klachtplichtregeling in de SPA kan een invulling of een afwijking van artikel 7:23 BW inhouden. Een contractuele afwijking van artikel 7:23 lid 1 BW (klagen binnen bekwame tijd) is toegestaan. Een contractuele verlenging van de verjaringstermijn van artikel 7:23 BW (twee jaar na de klacht) is niet toegestaan; een bekorting van die verjaringstermijn is wel geoorloofd. Een garantietermijn kan worden uitgelegd als een contractuele klachtplichtregeling, maar in de rechtspraak wordt ook aangenomen dat de wettelijke klachtplicht (of rechtsverwerking) ook daarbinnen van toepassing is. Tevens is soms onduidelijk wat het rechtsgevolg is van schending van een contractuele klachtplicht: verval van remedies (en zo ja: alle of enkele?) of minder schadevergoeding wegens het niet-voldoen aan de schadebeperkingsplicht (een species van eigen schuld; art. 6:101 BW). Indien dit niet duidelijk is bepaald in de SPA, zal de SPA moeten worden uitgelegd om een antwoord te vinden op de genoemde onduidelijkheden.
4. De uitsluiting van vernietiging en ontbinding van de SPA is gemeengoed en wordt algemeen redelijk geacht (ongedaanmaking na closing wordt – te – moeizaam geacht). Door uitsluiting van vernietiging is ook wijziging op de voet van artikel 6:230 BW, dat de vernietigingsmogelijkheid veronderstelt, uitgesloten, maar beter is dit expliciet te bepalen. De verkoper moet er op bedacht zijn dat nakoming (de verkoper moet de onderneming feitelijk in de situatie brengen die de koper mocht verwachten op grond van de garanties) moet worden uitgesloten. Die remedie kent het Anglo-Amerikaanse recht niet bij schending van garanties en komt daarom niet voor in de standaard-SPA's geschoeid op Anglo-Amerikaanse leest.
5. Schadevergoeding is veelal de enige remedie bij inbreuk op een garantie. Dat de koper de contractspartij is, maar de schade soms geleden wordt door de target, is veelal ondervangen door een daarop ziend beding. Schadevergoeding wegens inbreuk op een garantie (wanprestatie) omvat het positief belang (het verschil in de financiële situatie van de koper nu en de situatie waarin hij verkeerd zou hebben indien de garantie juist was geweest) en niet, zoals door sommigen wordt beweerd, het negatief belang (het verschil in de financiële situatie van de koper nu en indien geen SPA/garantie zou zijn overeengekomen). Een garantie kan tevens geduid worden als een onjuiste mededeling en om die reden onrechtmatig zijn. De schadevergoeding bij onrechtmatige daad bestaat wel uit het negatieve belang. Indien de koper kan aantonen dat indien hij de voorliggende garantie/SPA niet zou hebben gesloten, hij een profijtelijker contract (garantie/SPA) met een derde zou hebben gesloten, dan is het negatief belang groter dan het positief belang. Een verkoper zal daarom de schade wegens inbreuk op een garantie willen beperken tot (maximaal) het positief belang.

75. Meijer, p. 105 (par. 3.5).
76. Zie HR 14 november 1997, NJ 1998/657 (Holvrieka/Brunink), r.o. 3.7.

doi: 10.5553/Contr/156608932015017004003