

Contracten maken

Garanties of vrijwaringen; that's the question

Mr. M.J.E. van den Bergh en mr. P.P.J. Jongen*

1. Inleiding

Vrijwaringen en garanties zijn wel 'het hart van de overnameovereenkomst' genoemd.¹ In dit tijdschrift wordt dan ook met enige regelmaat aandacht besteed aan garanties. Vrijwaringen zijn echter minder vaak het onderwerp van beschouwing. In het onderhavige artikel gaan wij dieper in op enkele aspecten van vrijwaringsbepalingen in overnamecontracten. Wij doelen dan op de bepalingen waarin de ene partij, meestal de verkoper, ermee instemt schade en kosten voortvloeiende uit specifieke, meestal voorzienbare, voorvallen te vergoeden aan de andere partij. Een dergelijke bepaling kan een breder bereik hebben dan alleen het afwentelen van aanspraken van derden door de koper op de verkoper; ook andersoortige schade die de vennootschap onder omstandigheden kan lijden, kan het onderwerp zijn van een vrijwaring. In het navolgende zullen wij tevens onderzoeken in welke gevallen partijen kiezen voor het opnemen van vrijwaringen dan wel garantiebepalingen en welke flankerende bepalingen bij vrijwaringen nuttig kunnen zijn.

Het begrip 'vrijwaring' komt ook in andere (juridische) gedaantes en gevallen voor. Zo kennen we de procesrechtelijke vrijwaring (bijvoorbeeld het vrijwaringsincident ex art. 210 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)), de vrijwaring in het vennootschappelijk aansprakelijkheidsrecht (bijvoorbeeld de vrijwaring van

bestuurders voor persoonlijke aansprakelijkheidsclaims) en vrijwaringen in het bestuurs- en strafrecht. Al deze vormen zijn in meer of mindere mate aan elkaar verwant, maar het onderhavige artikel beperkt zich tot de hiervoor genoemde contractuele vrijwaringsbepalingen bij overnames.

2. Definities, verschillen tussen vrijwaringen en garanties

49

2.1 Definities, eigenschappen

Een zoektocht naar definities van de begrippen 'vrijwaring' en 'vrijwaring' levert weinig resultaten op. Voor wat betreft de civiele wetgeving komen deze termen in het Burgerlijk Wetboek (BW) slechts in Boek 8 een enkele keer voor, in de context van maritieme aansprakelijkheid.² Ook zijn ons twee archaische bepalingen in het Wetboek van Koophandel (WvK) bekend waarin de term 'vrijwaring' voorkomt; deze betreffen de wisselbrief en de cheque.³ In de context van deze beschouwing spelen de genoemde artikelen echter geen rol van betekenis. Van een bruikbare wettelijke definitie van het begrip 'vrijwaring' is dan ook geen sprake. Ook in de jurisprudentie wordt het begrip 'vrijwaring' niet gedefinieerd.

De literatuur beschouwt de vrijwaring, evenals een garantie, als een niet-vastomlijnd juridisch begrip.⁴ Raaijmakers is voor wat betreft de garantie van mening dat geen sprake is van een echte rechtsfiguur, omdat deze geen uitgekristalliseerd karakter heeft en onmis-

* Mr. M.J.E. van den Bergh is medewerker op de sectie ondernemingsrecht bij Höcker Advocaten te Amsterdam. Mr. P.P.J. Jongen is partner en advocaat ondernemingsrecht bij Höcker Advocaten te Amsterdam.

1. E.T. Meijer, Enkele bepalingen van het overnamecontract, in: S.Y.Th. Meijer & B. Wessels (red.), *Bedrijfsvername* (serie Praktijkhandleidingen), Deventer: Kluwer 2009, p. 98.

2. Art. 8:725, 805 en 1062 BW.

3. Art. 152a resp. 217a WvK.

4. Bijv. R.P.J.L. Tjittes, De uitleg van garanties en vrijwaringen in overnamecontracten, in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008*, Deventer: Kluwer 2008.

kenbare rechtsgevolgen mist.⁵ Voor een vrijwaring lijkt hetzelfde te gelden. In de jurisprudentie is herhaaldelijk bepaald dat de inhoud van garanties en vrijwaringen van geval tot geval door uitleg moet worden vastgesteld.⁶

In overnameovereenkomsten komen garanties en vrijwaringen veelal in samenhang voor, nu beide soorten bepalingen een risicoverdeling voor de financiële gevolgen van bepaalde gebeurtenissen behelzen. De manier waarop zij zijn vormgegeven is echter verschillend, al is het verschil tussen garanties en vrijwaringen niet volledig helder.

Men zou kunnen stellen dat vrijwaringen zich een stap verder in het verhaalsproces bevinden dan garanties. Bij garanties moet eerst nog worden vastgesteld, door de koper te stellen en te bewijzen, dat er een inbreuk op de garanties is. Vervolgens komt de koper dan toe aan het vorderen van schadevergoeding. Andere acties bij inbreuk, zoals ontbinding, zijn meestal uitgesloten. Welke schade de koper kan vorderen, en op welke wijze, is meestal gedetailleerd geregeld in de overnameovereenkomst. Vrijwaringen daarentegen geven een risicoverdeling ten aanzien van reeds gebleken feiten en omstandigheden. Er hoeft niet eerst een inbreuk, een wanprestatie te worden bewezen. Daarmee is in principe van tevoren duidelijk wie van de partijen in welk geval de gevolgen van een bepaalde gebeurtenis zal dragen. Voor wat betreft de stelplicht en de bewijslast geldt dan dat de partij die aanspraak wil maken op de vrijwaring, in feite enkel de schade nog dient te stellen onder verwijzing naar de vrijwaring, om daarmee aan te tonen dat de wederpartij de geleden schade dient te dragen. Dat is in overeenstemming met de preventieve risicoverdeling die de vrijwaring beoogt te regelen.

Lastiger kan het zijn indien de wederpartij betwist dat de ingetreden schade onder de vrijwaring valt. Het is dan, in beginsel, aan de gevrijwaarde partij om te stellen en te bewijzen dat de ingetreden omstandigheden juist wel onder de vrijwaring vallen. Dat is in overeenstemming met de basisregels van artikel 150 Rv. Uitgaande van de thans in principe vigerende primair tekstuele uitleg van bepalingen in overnameovereenkomsten⁷ zal het in eerste instantie aankomen op de tekst van de bepaling. Als een partij een andere uitleg voorstaat, rust op haar de bewijslast daarvan.

Een aantal eigenschappen van het begrip ‘vrijwaring’, waaruit het onderscheid met een garantie tot uitdrukking komt, is door Tjittes opgesomd in zijn bijdrage in Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007–2008. Ten eerste stelt Tjittes dat het bij een vrijwaring gaat om een specifiek en ten tijde van het aangaan van het beding voorzienbaar evenement, terwijl een garantie wordt gebruikt voor alles wat ten tijde van

het aangaan van de koopovereenkomst in orde lijkt. Ten tweede wijst hij erop dat voor een aanspraak op een vrijwaring geen tekortschieten van de vrijwarende partij vereist is. Een derde verschil is dat op vrijwaringen meestal geen beperkingen in tijd of omvang van de vergoeding van toepassing zijn. Het vierde verschil dat Tjittes noemt is dat een disclosure, een mededeling omtrent een gebrek, wel afbreuk doet aan de omvang van de garantie maar niet aan een vrijwaring, nu het daarbij immers juist gaat om het afdichten van een voorzienbaar risico.

De conclusie die hij vervolgens trekt is dat er naar Nederlands recht eigenlijk geen reden is voor het maken van een precies onderscheid tussen een garantie en een vrijwaring. Het gaat in beide gevallen om bedingen waarbij het financiële risico voor rekening van de verkoper wordt gebracht.

2.2 Angelsaksische oorsprong

Los van de vraag of *inhoudelijk* werkelijk een scherp onderscheid te maken is tussen garanties en vrijwaringen, is in elk geval goed te verklaren waarom er tussen garanties en vrijwaringen een *terminologisch* onderscheid wordt gemaakt. Dit is het gevolg van de Angelsaksische achtergrond van de onderscheiden begrippen ‘warranties’, in het Nederlands vertaald als garanties, en ‘indemnities’, vertaald als vrijwaringen.

Deze begrippen van Anglo-Amerikaanse oorsprong zijn echter niet een-op-een te transponeren naar het Nederlandse recht. In dit tijdschrift is al eens eerder ingegaan op enkele misverstanden die kunnen voorkomen bij het gebruik van Anglo-Amerikaanse termen in contracten.⁸ Daarbij is onder andere de ‘indemnity’ aan de orde gekomen en is erop gewezen dat een dergelijke bepaling naar Engels recht niet als schadevergoeding wordt gezien, maar als geldschuld. Gevolg hiervan is dat de eis van voorzienbaarheid van de schade niet geldt en dat de crediteur geen schadebeperkingsplicht heeft. Er worden dus verschillende rechtsgevolgen aan de beide begrippen gekoppeld.

3. Verschillen nader beschouwd; onderzoek naar keuze tussen garantie en vrijwaring

3.1 Kennis van probleem/inbreuk

Als, anders dan in Engeland, de verschillen tussen garanties en vrijwaringen op het eerste gezicht gering lijken te zijn, waarom wordt dat onderscheid dan toch gemaakt? Zijn we slechts slaven van Angelsaksische modellen of zijn er niet toch goede redenen waarom in het ene geval voor een garantie wordt gekozen en in het

5. G. Raaijmakers, *Garanties bij overnames*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 164.

6. O.a. NJ 2000, 562 (Mol/Meijer).

7. Zie HR 19 januari 2007, JOR 2007/166 (Meyer Europe B.V./PontMeyer B.V.); vgl. *Contracteren* 2009/1.

8. *Contracteren* 2008/2.

andere geval voor een vrijwaring? Bij nader inzicht blijken garanties en vrijwaringen toch niet zomaar inwisselbaar.

Zoals hiervoor al vermeld, is een eerste belangrijk punt dat garanties vaak algemeen zijn en verklaren dat ‘alles in orde is’. Middels een garantie kan bijvoorbeeld worden verklaard dat de target alle noodzakelijke vergunningen bezit, dat de activa niet verpand zijn, enzovoort. Een dergelijke verklaring is echter niet mogelijk wanneer er een evident risico bestaat dat er nog iets betaald moet worden. Het zou dan bijvoorbeeld kunnen gaan om een nog aan de fiscus te betalen bedrag, waarvan de hoogte nog niet bekend is. Een verkoper kan in dat geval géén garantie afgeven dat al het verschuldigde aan de fiscus is voldaan.

Zou zowel de verschuldigdheid als het bedrag van zo'n verplichting jegens de fiscus al definitief bekend zijn, dan zouden partijen de schade reeds in de koopprijs kunnen verdisconteren. Wanneer dat niet het geval is, kan expliciet de afspraak worden gemaakt dat indien de schade zich voordoet, de verkoper die alsnog voor zijn rekening zal nemen. Dat gebeurt dan middels een vrijwaring.

De kennis van partijen, zowel van de koper als van de verkoper, van mogelijke problemen bij de target speelt dus een grote rol. Het kan kennis van de verkoper betreffen, maar ook kennis van de koper ten gevolge van het due diligence-onderzoek of ten gevolge van een disclosure van de verkoper.

Als een koper bij het aangaan van de overeenkomst kennis draagt van het bestaan van een (mogelijke) inbreuk op een garantie, dan zou dat een later beroep op die garantie in de weg kunnen staan. Artikel 7:17 lid 5 BW bepaalt voor dit geval met zoveel woorden: ‘De koper kan zich er niet op beroepen dat de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt wanneer hem dit ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was of redelijkerwijs bekend kon zijn.’ De vereisten van goede trouw brengen dan immers met zich dat de koper open kaart moet spelen. Volgens de memorie van toelichting (MvT) op dit artikel legt het redelijkerwijs bekend kunnen zijn overigens geen onderzoeksplicht op de koper, maar het voorkomt dat de koper stelt dat het gebrek hem onbekend was terwijl hem dit onmogelijk kon zijn ontgaan. Vaak eist een verkoper ook een expliciete verklaring van de koper in het contract dat hij ten tijde van het aangaan van de overnameovereenkomst geen kennis draagt van feiten of omstandigheden die een inbreuk op een door verkoper af te geven garantie vormen, of voorzienbaar gaan vormen. De verkoper wil vermijden dat hij op deze manier door de koper wordt gebracht tot het afgeven van een garantie waarvan de verkoper meent dat hij juist is en waarbij hij dus naar zijn oordeel geen zeker risico loopt, terwijl de koper al weet dat de garantie onjuist is en zal leiden tot een claim, en daarmee zeker tot een verlaging van de koopprijs. Gesteld zou kunnen worden dat een dergelijk verschil in wetenschap de

gelijkwaardigheid tussen de contractspartijen verstoort bij hun beoordeling of zij de transactie wel op deze voorwaarden willen aangaan. Een andere benadering is dat het hier puur gaat om een risicoverdeling: kennis of de juistheid van de gegarandeerde feiten doet dan niet ter zake.

Aangezien de opvatting over beperking/verval van de garantie bij vooraf al bestaande kennis van de koper van een inbreuk als heersende leer wordt beschouwd, doet een koper van zijn kant er in zo'n geval goed aan om het probleem op tafel te leggen en zijn zekerheid in de vorm van een vrijwaring te bedingen.

Dit is ook de consequentie van disclosures (‘bekendmakingen’): de verkoper doet daarmee mededeling van uitzonderingen op, of kwalificaties van, de af te geven garanties. Een koper moet dan een keuze maken: als hij de disclosure zonder meer accepteert, wordt de garantie op dat punt beperkt en is er geen verhaal voor schade als gevolg van de feiten die als disclosure zijn gemeld. De disclosure beperkt in dat geval dus het verhaal van de koper. Wil de koper deze beperking niet accepteren, dan zal hij, als de schade bekend (of te schatten) is, deze ofwel meteen willen verdisconteren in de koopprijs, ofwel, als de schade niet bekend is, een vrijwaring willen opnemen. Gebruikelijk is immers om in het contract te bepalen dat disclosures wel een uitzondering vormen op de garanties, maar niet op de vrijwaringen.

Hoe kijkt een verkoper hier tegenaan? Die zou in de verleiding kunnen komen om een (mogelijke) inbreuk dan maar niet te melden als disclosure. Daarmee vermijdt hij op korte termijn ofwel een korting op de koopprijs, ofwel een vrijwaringsbepaling. Als achteraf blijkt van een inbreuk op de garanties, kan de verkoper in ieder geval gebruikmaken van de minimum- en maximumclaimbedragen en de vervaltermijn die vaak in het contract worden opgenomen ter zake van garanties, maar niet ter zake van vrijwaringen. De verkoper is tevens in staat om dit claimrisico mee te wegen bij zijn beslissing tot verkoop. Uiteindelijk zal de verkoper echter niet veel opschieten met het bewust afgeven van een onjuiste garantie. Zo al niet de goede trouw een beroep op de aansprakelijkheidsbeperkende bepalingen dat verhindert, wordt in veel overnamecontracten expliciet bepaald dat in geval van een opzettelijk onjuist gegeven garantie er geen beroep mogelijk is op dergelijke beperkingen. Dan zal een verkoper toch beter af zijn met het verlenen van een korting op de koopprijs of met het opnemen van een (zo beperkt mogelijke) vrijwaringsclausule. In beide gevallen geldt dat de verkoper dan tenminste nog enige invloed kan uitoefenen op de risico's die hij loopt.

Bij de koper zou overigens de gedachte kunnen opkomen om in de SPA maar zo veel mogelijk garanties om te werken naar vrijwaringsbepalingen. Er hoeft dan immers geen sprake te zijn van een tekortkoming. Dat de in de vrijwaring genoemde omstandigheid optreedt en dat daaruit schade voortvloeit, is voldoende. Contract-

tuele minimum- en maximumbedragen en vervaltermijnen, zoals vaak ten aanzien van garanties wel overeengekomen, zijn niet van toepassing; ideaal vanuit het oogpunt van de koper. Een verkoper zal echter zijnerzijds steeds moeten beoordelen of hij voor die concrete vrijwaring wel dat ongelimiteerde risico wil lopen. Dit lijkt ook weer te raken aan het verschil tussen beide soorten clausules. Partijen nemen garanties immers juist op ten aanzien van onbekende risico's en daarbij past een evenwichtiger verdeling van de schade, althans een beperking van de mogelijkheden van de koper in tijd en hoogte van de schade.

3.2 Onderscheid naar object tussen garanties en vrijwaringen?

Vaak keren in overnamecontracten vrijwaringen rondom een aantal specifieke zaken terug. Zo worden belastingrisico's en milieuschade meer dan eens door een vrijwaring afgedekt. Ook wordt vaak een vrijwaring voor schade als gevolg van afgegeven garanties ten behoeve van derden of hoofdelijke aansprakelijkheden opgenomen. Toch is het moeilijk om de rechtvaardiging van de keuze tussen garantie en vrijwaring op te hangen aan het object ervan. De vrijwaringen zien in deze gevallen vaak ook op nog niet geïdentificeerde risico's en zijn daarmee algemeen van aard. Ze zouden dan ook in de vorm van een garantie kunnen worden gegoten. De wens om niet te worden beperkt door minimum- en maximumbedragen en contractuele vervaltermijnen lijkt een rol te spelen bij de keuze.

Voorzichtig concluderend lijkt het erop alsof de in overnameovereenkomsten doorgaans opgenomen vrijwaringen, behalve in de gevallen waarin ze zien op een specifieke al geïdentificeerde kwestie, voornamelijk zien op aansprakelijkheden die de target in het geheel niet aangaan (garanties voor derden, hoofdelijkheid) en aansprakelijkheden die rechtstreeks voortvloeien uit bijzondere wetgeving, zoals fiscale verplichtingen.

4. Voorbeelden vrijwaringsbepalingen: in verhouding tot garanties vaak weinig tekst, wat is de reden hiervoor en wat zijn de gevolgen?

Na de voorgaande beschouwingen is het zinvol een concrete vrijwaringsclausule te analyseren. Een eenvoudige vrijwaringsbepaling kan als volgt luiden:

'Verkoper vrijwaart Koper en de Vennootschap op eerste verzoek van Koper voor:

- a. alle aanspraken van derden, die voortvloeien uit de verplichtingen van de Vennootschap uit hoofde van door haar voor de Leveringsdatum afgegeven

garanties of borgtochten ter zake van, of voor de Leveringsdatum door haar aanvaarde of uit de wet voortvloeiende aansprakelijkheden voor, verplichtingen van derden;

- b. alle regresaanspraken van derden uit hoofde van verplichtingen als hiervoor in sub a bedoeld, welke de Vennootschap voor de Leveringsdatum is aangegaan;
- c. alle aanspraken van derden, waaronder de overheid, die voortvloeien uit enige verontreiniging voor de Leveringsdatum, van welke aard dan ook, van het onroerend goed dat toebehoort aan of in gebruik is bij de Vennootschap;
- d. [aanvullende, specifieke vrijwaringen].'

Wat juristen die vaak over garanties onderhandelen meteen opvalt is dat in dit voorbeeld, als dit alle bepalingen zijn die op vrijwaringen van toepassing zijn, de flankerende bepalingen zo beperkt zijn. Bij de garantiebepalingen wordt door partijen meestal uitgebreid stilgestaan bij (onder andere) minimum- en maximumclaimbedragen, klachtplicht, duur waarbinnen een beroep op de garanties kan worden gedaan, de te volgen procedure tussen partijen als het een claim van een derde betreft, en schadebeperkingsplicht. Bij de vrijwaringen vaak niets van dit alles. Waarom is dit zo? En wat zijn hiervan de gevolgen?

4.1 Minimum- en maximumclaimbedragen

Wat betreft minimum- en maximumclaimbedragen zullen partijen zich toch moeten afvragen wat fair is en welk risico zij willen lopen. Als het gaat om specifieke schade/kosten, bijvoorbeeld nog te betalen belasting, lijkt een minimumbedrag bij een vrijwaring niet op zijn plaats. Maar hoe zit het met een maximum? Een verkoper zal ook bij een vrijwaring willen uitsluiten dat hij in de toekomst meer kwijt is dan de ontvangen koopprijs. Principieel lijkt ons er niets op tegen om een maximum af te spreken.

4.2 Klachtplicht

In geval van non-conformiteit bij koop doet zich de problematiek van artikel 6:89 jo. artikel 7:23 BW voor. De koper dient binnen bekwame tijd de verkoper in kennis te stellen van het geconstateerde gebrek, op straffe van het verlies van rechten en bevoegdheden ter zake. De vraag of het geleverde aan de overeenkomst beantwoordt, wordt (mede) ingekleurd door de gegeven garanties, zodat bij een beroep op de overtreding daarvan artikel 7:23 BW een belangrijke rol speelt.⁹ Partijen komen vaak korte contractuele klachttermijnen overeen, die de koper verplichten om binnen enkele weken of dagen bij de verkoper, schriftelijk en onderbouwd, aan de bel te trekken bij de constatering dat enige garantie wordt geschonden.

9. Althans: indien, zoals in overnamecontracten geregeld voorkomt, de toepasselijkheid van Boek 7 titel 1 BW contractueel niet geheel wordt uitgesloten.

Men kan zich afvragen of bij vrijwaringen eenzelfde verplichting geldt, en op grond waarvan. Herhaald zij dat vrijwaringen van garanties afwijken in de zin dat vrijwaringen vooraf specifieke aspecten van het gekochte identificeren waarbij de koper vraagtekens zet, maar waarvan de gevolgen nog onduidelijk zijn. Enerzijds ligt het, ook gezien het eerder genoemde artikel 7:17 lid 5 BW, niet voor de hand om het intreden van een door een vrijwaring afgedekte omstandigheid als niet-nakoming te beschouwen. Het is juist zo dat de in de vrijwaring besloten opschortende voorwaarde intreedt. Volgens die redenering zou artikel 6:89 jo. artikel 7:23 BW buiten beeld blijven; er is immers geen sprake van een gebrek in de prestatie.

Anderzijds lijkt het niet wenselijk dat de gevrijwaarde, wanneer hij weet dat hij een beroep gaat doen op de vrijwaring, de vrijwarende partij daarover onnodig lang in onzekerheid laat. Blijkens de parlementaire geschiedenis is de ratio achter artikel 6:89 BW dat de schuldenaar beschermd moet worden, onder meer in diens mogelijkheid om verhaal te halen op eventuele voorschakels. Dat is ook voor een vrijwarende partij van belang. Wanneer die door de gevrijwaarde onnodig laat wordt geïnformeerd, kan dat de gevrijwaarde partij evenzeer schade berokkenen. Onzeker is echter of de vrijwarende partij met een beroep op artikel 6:89 en/of 7:23 BW,¹⁰ of op rechtsverwerking op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, zal kunnen bewerkstelligen dat de gevrijwaarde bij een late melding zijn rechten verliest. Zeker nu partijen contractueel zijn overeengekomen dat een van hen de (vergaande) bevoegdheid heeft om te worden gevrijwaard, zal zo'n beroep niet gauw worden toegewezen.

Zekerheidshalve is aan te raden om in de overeenkomst op te nemen welke klachttermijn ten aanzien van de vrijwaring tussen partijen geldt, zoals dat bij de garanties (wel) vaak gebeurt. Overigens geldt daarbij dat ook een vrijwaringsclausule niet immuun is voor de verjaringstermijnen uit Boek 3 BW. Het overeenkomen van een vrijwaring met een langere geldingsduur dan de wettelijke verjaringstermijn zal wegens strijd met artikel 3:322 lid 3 BW geen stand houden. Wel is het mogelijk om een kortere termijn overeen te komen. Op een vrijwaringsbepaling als de hiervoor geschetste is de verjaringstermijn van artikel 3:307 BW van toepassing, die een duur heeft van vijf jaar en aanvangt de dag ná het opeisbaar worden van de vordering. Bij de vrijwaring zal deze termijn aanvangen zodra de door de vrijwaring bestreken omstandigheid zich voordoet.

4.3 Schadebeperkingsplicht

De gevrijwaarde weet zich middels een vrijwaring ervan verzekerd dat hij schadeloos wordt gesteld doordat hij zijn eigen schade op een derde kan afwentelen. Dit zou

10. Voor een omschrijving van (o.a.) een gezichtspunten-catalogus rondom het 'tijdig klagen' in geval van toepasselijkheid van art. 6:89 en/of 7:23 BW, en de relevantie van de arresten Ploum/Smeets en Ploum/Smeets II, wordt verwezen naar de bijdrage van mr. drs. J.H.M. Spanjaard elders in dit blad.

de gevrijwaarde partij kunnen verleiden om de gebeurtenis die leidt tot het intreden van de in de vrijwaring besloten opschortende voorwaarde geheel op de vrije loop te laten. Het hebben afgegeven van een vrijwaring leidt er dan toe dat een partij geen controle meer heeft over een omstandigheid die voor die partij wel financiële gevolgen heeft. Er zijn allerlei situaties denkbaar waarin de gevrijwaarde zelf geen direct belang heeft om nadere actie te ondernemen terwijl dat voor de vrijwarende partij wel van belang is.

Het lijkt echter niet redelijk om aan een ongeclausuleerde vrijwaringsbepaling het gevolg te verbinden dat de gevrijwaarde geen enkele verantwoordelijkheid meer heeft om de omvang van de schade, die de vrijwarende partij aan de gevrijwaarde moet vergoeden, te beperken. Wij zouden willen betogen dat een dergelijke verplichting wel degelijk bestaat, ook al voorziet het contract daar niet expliciet in. De juridische grondslag daarvoor kan worden gecreëerd op basis van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Ons inziens dient de gevrijwaarde partij op grond daarvan in elk geval die handelingen te verrichten die in redelijkheid van haar verwacht mogen worden om de schade van de vrijwarende partij te beperken. Welke handelingen dat zijn zal van geval tot geval verschillen, maar in elk geval kan worden gedacht aan het (tijdig) in overleg treden met de vrijwarende partij over de manier waarop tot een doelmatige oplossing kan worden gekomen. Het verrichten van dergelijke handelingen door de gevrijwaarde vormt een door de vrijwarende partij zelfstandig afdwingbare verbintenis. Als de gevrijwaarde daarmee in gebreke blijft, komt de vrijwarende partij een beroep toe op schadevergoeding jegens de gevrijwaarde, welke mogelijk zelfs verrekend zou kunnen worden met de betaling door de vrijwarende partij uit hoofde van de vrijwaring.¹¹

4.4 Aanspraken van derden, gerechtelijke procedure

De hiervoor genoemde problematiek kan onder meer aan de orde komen in geval van een vrijwaring die betrekking heeft op de financiële gevolgen van een lopende of verwachte gerechtelijke procedure. Stel dat het vonnis in eerste aanleg ongunstig is voor de vennootschap, en bepaalt dat die schadeplichtig is. De gevrijwaarde kan dan op grond van de vrijwaringsbepaling aanspraak maken op vergoeding van hetgeen waartoe de vennootschap is veroordeeld. Moet de gevrijwaarde dan in appèl gaan in de hoop op een gunstiger arrest?

Om dergelijke vragen te vermijden is het voor de partij die de vrijwaring verleent ten eerste aan te raden om daar in het contract uitdrukkelijk op in te gaan. Nuttig is om ten aanzien van een lopende gerechtelijke procedure bijvoorbeeld vooraf te bepalen bij welke resultaten een hoger beroep nog aan de orde zal zijn en wie van de par-

11. Aldus wordt gekomen tot een situatie analoog aan de toepasselijkheid van de schadebeperkingsplicht ex art. 6:101 BW.

tijen in de procesvoering leidend is. Ook is het niet ongebruikelijk om ten aanzien van gerechtelijke procedures overeen te komen dat de verkoper in staat wordt gesteld om de procedure materieel te voeren; immers, de benodigde feitelijke kennis is vaak juist bij de verkoper aanwezig. Door de vrijwaringsbepaling op dit vlak uit te breiden kan een groot aantal (mogelijke) discussiepunten al van tevoren worden afgekaart.

5. Conclusies

Garanties en vrijwaringen in overnameovereenkomsten zijn geen gedefinieerde begrippen. Ze voorzien allebei in contractuele regelingen van risico en schade. Toch zijn ze niet geheel inwisselbaar. Ze zijn bedoeld voor verschillende situaties, waarbij met name voorzienbaarheid, kennis van mogelijke problemen bij de target, het onderscheidende kenmerk vormt. In zo'n geval dient, als de koper de schade niet wil dragen, voor een vrijwaring te worden gekozen. Partijen en hun juridische adviseurs zullen zich dan echter wel moeten afvragen of hun belangen voldoende afgedekt zijn met de 'kale' vrijwaringsbepalingen die thans in veel overnameovereenkomsten voorkomen. Het is aan te raden zorg te besteden aan de flankerende bepalingen zoals die nu ook bij garanties worden overeengekomen. Dat geeft duidelijkheid en voorkomt verrassingen bij een beroep op een vrijwaring.