

# De rol van garanties in de overnamepraktijk

## Inleiding

Men zou het proces van een overname van een onderneming veelal kunnen onderverdelen in twee fasen: een periode waarin de koper onderzoek doet naar de over te nemen onderneming, waarbij tegenover die onderzoeksplicht van de koper de mededelingsplicht van de verkoper zal staan, en vervolgens de fase waarin koper en verkoper de zaak uitonderhandelen en de afspraken in een koopcontract vastleggen. Hoewel deze trajecten in de praktijk dikwijls overlappen, is het mijns inziens nuttig om een onderscheid te maken. De contractsonderhandelingen worden immers veelal mede op basis van het door de koper verrichte onderzoek gevoerd.

Indien partijen tot een uitgewerkte overeenkomst komen, zal het contract veelal een lijst van garanties van de verkoper bevatten (mogelijke garanties van de koper laat ik buiten beschouwing). Als de verkochte onderneming achteraf een gebrek blijkt te hebben, is het de vraag voor wiens rekening en risico dat gebrek dient te komen. Tegen die achtergrond beoogt dit artikel de rol van garanties in het overnamecontract nader te belichten. Om hier een beeld van te krijgen moet allereerst nader worden ingegaan op het begrip 'garantie', waarbij aandacht zal worden besteed aan enkele opvattingen uit de literatuur en aan relevante jurisprudentie.

Vervolgens zal worden bekeken welke juridische stappen een koper kan nemen, indien hij van mening is dat hij niet de onderneming heeft gekregen die hij had verwacht geleverd te krijgen. Meer in het bijzonder zal daarbij worden ingegaan op de vraag hoe de wettelijke conformiteitsregeling zich verhoudt tot de mogelijkheid een claim in te dienen op grond van schending van garanties uit het koopcontract. Bij de beantwoording van deze vraag zal de functie van garanties in een koopovereenkomst nader worden belicht.

Tot slot zal worden gekeken wat het nut van contractuele garanties voor de overnamepraktijk kan zijn.

## Het begrip 'garantie'

Door de jaren heen is veel over het begrip 'garantie' geschreven. Hoewel dikwijls is gepoogd het garantiebegrip als rechtsfiguur onder te brengen in het verbintenissenrecht, heeft dit niet tot een eenduidige opvatting in de literatuur geleid.

Artikel 1270 oud BW verdeelde verbintenissen onder in een geven, een doen of een niet doen (tegenwoordig zou men dit kunnen afleiden uit art. 3:29 BW). Bij de kwalificatie van garanties maakten diverse

auteurs aanvankelijk een streng onderscheid tussen een prestatieplicht en de gehoudenheid om ook het daadwerkelijke resultaat te bereiken (zie voor een uitgebreide uiteenzetting van diverse opvattingen uit de literatuur G. Raaijmakers, *Garanties bij overnames*, Den Haag 2002, p. 95-111, waarover recentelijk W.W. de Nijs Bik in *Ondernemingsrecht* 2003, p. 160-162). Hijma kwalificeert de garantieverbintenis als een 'kale resultaatverbintenis', waarbij een prestatieplicht ontbreekt (zie Asser/Hijma 5-I, 2001, nr. 328). De garantieverbintenis vereist volgens hem geen actie van de verkoper, maar is puur een constatering dat de zaak aan de overeenkomst moet beantwoorden. Ook de auteurs die geen strak onderscheid maken tussen prestatie en resultaat, kunnen het garantiebegrip geen duidelijke plaats geven in het privaatrecht. Volgens Hartkamp is de garantieverbintenis een afzonderlijke verbintenis: 'de toezegging om in te staan voor het voorvallen of uitblijven van bepaalde feiten of gebeurtenissen', met als sanctie toerekenbare niet-nakoming van de verbintenis met alle gevolgen van dien (Asser/Hartkamp I, 2000, nr. 20-22).

Van Dunné geeft aan dat de garantie als rechtsfiguur ergens tussen wanprestatie en borgtocht in zou moeten komen, maar eigenlijk bij beide niet echt onder te brengen is (J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht*, Deel I, Deventer 2001, p. 450).

In de literatuur van voor het Hoog Catharijne-arrest (HR 22 december 1995, NJ 1996, 300) is men over het algemeen van oordeel dat de verkoper door middel van een garantie instaat voor een bepaalde eigenschap van de geleverde zaak, en het daarom voor hem bijzonder lastig zal zijn om zich te verweren tegen een koper die zich op die garantie beroept.

Raaijmakers kiest voor een meer praktische benadering mede op basis van de jurisprudentie. Men moet de prestatieplicht volgens hem niet los willen maken van de resultaatverbintenis; de vraag *of* de schuldenaar presteert, hangt immers direct af van *hoe* hij presteert (Raaijmakers, a.w., p. 165). In navolging van de jurisprudentie concludeert hij dat aan garanties in het algemeen geen vaststaande betekenis toekomt, maar dat iedere garantie moet worden beoordeeld in het licht van de specifieke omstandigheden van het geval.

In het Hoog Catharijne-arrest overwoog de Hoge Raad immers dat het begrip 'instaan voor' niet zuiver taalkundig uitgelegd moet worden en dat hieraan dus niet steeds eenzelfde door 'vast juridisch spraakgebruik'

bepaalde betekenis toekomt. De Hoge Raad oordeelde dat ook garanties in een overnamecontract aan de hand van het Haviltex-criterium moesten worden uitgelegd; men moest kijken naar de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de garantie mochten toekennen met inachtneming van hetgeen zij daaromtrent redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (zie ook HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562, Mol-Meijer II). In deze casus nam de Hoge Raad een onderzoeksplicht van de koper aan die niet alleen belangrijker was dan de mededelingsplicht van de verkoper, maar ook nog voorbijging aan de door de verkoper gegeven garantie.

Het Hoog Catharijne-arrest leek daarmee een gewijzigde benadering van het garantiebegrif in de literatuur te hebben veroorzaakt. Met deze onduidelijkheid omtrent de uitleg van garanties werd ook de waarde ervan voor de koper ter discussie gesteld. Zo leek met dit arrest een einde te zijn gekomen aan de veronderstelling dat garanties de koper beschermden tegen mogelijke risico's en dat hij er dus niet zonder meer van uit kon gaan dat de verkoper geen verweer zou hebben indien een garantie voor dit risico was gegeven. Was dit nu allemaal veranderd, en wat was nog het nut van garanties in een overnamecontract?

Alvorens deze vragen te beantwoorden moet men eerst een stap terug nemen en de garanties bezien in het licht van de mogelijke acties van de benadeelde koper.

#### **Acties van de koper van een 'gebrekkige' onderneming**

Wat zijn de mogelijkheden voor een koper die een onderneming heeft gekocht die naderhand niet blijkt te voldoen aan zijn verwachtingen? Raaijmakers oordeelt terecht dat de benadeelde koper van een onderneming in beginsel dezelfde rechten heeft als iedere koper van een 'gebrekkige' zaak in het algemeen (Raaijmakers, a.w., p. 41). Zo zal hij vernietiging van de koopovereenkomst wegens dwaling kunnen vorderen, of ontbinding van de overeenkomst, of schadevergoeding wegens wanprestatie, maar daarnaast staan bovendien ook de rechten op grond van het kooprecht tot zijn beschikking.

Daar partijen in de overnamepraktijk veelal de mogelijkheid tot vernietiging (voorzover mogelijk) en ontbinding in de koopovereenkomst uitsluiten, beperk ik mij hier tot twee specifieke mogelijkheden: een claim op grond van contractuele garanties en een claim op grond van de conformiteitsregeling in Boek 7 BW.

In de praktijk wordt een onderneming veelal verkocht door de aandelen in de vennootschap te verkopen. Omdat aandelen vermogensrechten zijn in de zin van artikel 3:6 BW, is de conformiteitsregeling op grond van

de schakelbepaling van artikel 7:47 BW van toepassing voorzover dit in overeenstemming is met de aard van het recht (in HR 2 december 1994, NJ 1995, 288 (Poot/ABP)) heeft de Hoge Raad aandelen immers als vermogensrechten aangemerkt; zie ook Asser/Hijma 5-I, 2001, nr. 129). Omdat het voorwerp van koop in feite de onderliggende onderneming is en niet slechts de aandelen, lijkt het voor de hand te liggen dat de koper in beginsel op grond van artikel 7:17 BW recht heeft op aflevering van de onderneming conform de koopovereenkomst.

Wessels is op dit punt terughoudender (Arbitraal vonnis 22 december 1999, JOR 2000, 139 m.nt. Wessels (SAIT/Nedlloyd)). Hij meent dat artikel 7:4 BW is geschreven voor zaken, niet voor de koop van een onderneming of van aandelen. Hij beargumenteert voorts echter dat 'artikel 7:17 BW mogelijk wel grondslag kan bieden om "materiële gebreken" aan het recht te beoordelen', maar maakt de kanttekening dat het daarbij in hoge mate zal aankomen op de uitleg van de overeenkomst (zie B. Wessels, *Koop: algemeen*, Monografieën Nieuw BW B65a, Deventer 1997, nr. 83). Hij stelt vervolgens wel dat de koper zich wel op artikel 7:17 BW zal kunnen beroepen, indien het gaat om verkoop van aandelen die de normale eigenschappen van gewone aandelen hebben (i.e. stemrecht en recht op dividend), maar waarbij achteraf blijkt dat de onderliggende onderneming – en de verkoper wist dat het de koper hierom ging – niet de financiële staat is die de koper had verwacht. De koper zou in zo'n geval kunnen aanvoeren dat het recht (lees: de aandelen) niet de eigenschappen bezit die hij op grond van de overeenkomst mocht verwachten.

Volgens de letter van de wet kan de benadeelde koper op grond van artikel 7:17 juncto 7:21 BW kiezen uit (a) aflevering van het ontbrekende, (b) herstel van de afgeleverde zaak, of (c) vervanging van de afgeleverde zaak. In de overnamepraktijk zal bij de koop van een onderneming de koper veelal een op geld waardeerbare mate van non-conformiteit vaststellen (zie ook Raaijmakers, a.w., p. 47). Het ontbreken of niet goed functioneren van een bepaald onderdeel van de onderneming zal zich immers vertalen in een waardeverschil, doordat de non-conformiteit haar weerslag zal hebben op bijvoorbeeld het eigen vermogen of de winstcapaciteit van de onderneming.

Om te bepalen wat het waardeverschil ofwel de geleden schade is, zou men moeten kijken naar wat de waarde (en dus de prijs) van de onderneming zou zijn geweest op het moment van risico-overgang, indien men toen bekend zou zijn geweest met het gebrek. Hierbij zou rekening kunnen worden gehouden met de (door koper) voor de koop gehanteerde waarderingsmethode.

### Functies van de garantie

Feitelijk bezien kan de benadeelde koper dus een soort schadevergoeding of prijswijziging vorderen, omdat hij een onderneming geleverd heeft gekregen die niet de eigenschappen bezat die hij mocht verwachten. Op dit punt wordt de verhouding tussen de conformiteitseis en de garanties in het overnamecontract duidelijk; zij zorgen voor een invulling en verdere uitwerking van hetgeen partijen zijn overeengekomen (zo ook P.J. van Uchelen, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 16). Zij vullen de conformiteit in zodat men achteraf kan zien welke eigenschappen men van de onderneming mocht verwachten. Zo bezien zou men een claim onder de garanties ook niet los moeten zien van een vordering op grond van non-conformiteit; op grond van beide acties zal men een waardeverschil kunnen vorderen bij de verkoper (zie ook Raaijmakers, a.w., p. 47).

Men kan zich vervolgens afvragen of de benadeelde koper een vordering tot vergoeding van het waardeverschil op grond van non-conformiteit zou kunnen instellen, wanneer een claim onder de garanties niet mogelijk is omdat geen specifieke garantie is opgenomen ten aanzien van een bepaald onderwerp. In een dergelijke situatie zal de rechter bij de beoordeling van de vraag of de onderneming de eigenschappen bezat die de koper ervan mocht verwachten, naar mijn mening dienen te kijken naar de gegeven garanties en de omstandigheden van het concrete geval. Indien in het genoemde voorbeeld van Wessels de verkoper slechts garanties heeft gegeven omtrent het stemrecht en het recht op dividend, zal de koper mijns inziens moeten aantonen dat de aandelen en daarmee de onderneming niet voldoen aan een bepaalde verwachte financiële situatie. Het ligt voor de hand dat partijen anders bijvoorbeeld wel een minimaal eigen vermogen hadden afgesproken als de koopprijs aan de hand daarvan zou zijn bepaald.

Zo zien we dat garanties aan de ene kant de mogelijkheid tot verweer van de verkoper beperken en daarmee de bewijslast bij de verkoper leggen, indien deze een bepaalde gegarandeerde eigenschap wil betwisten, terwijl aan de andere kant de koper de bewijslast krijgt voor hetgeen niet gegarandeerd is, omdat hij die eigenschappen dan maar als garantie had moeten laten opnemen in het koopcontract. Daarmee komt het risico dus bij de koper te liggen.

Men zou dan wellicht kunnen aanvoeren dat de benadeelde koper zich zou kunnen beroepen op een zogenoemde stilzwijgende garantie (zie in dit verband HR 14 juni 2002, RvdW 2002, 102, Gem. Boarnsterhim-Heideveld/Meinders, en tevens de Maassluis-arres-

ten). Een stilzwijgende garantie zal naar mijn mening slechts worden aangenomen wanneer het gebrek een essentieel onderdeel van de zaak betreft; te denken valt hierbij bijvoorbeeld aan een 'gebrekkelig' octrooi of een milieuvergunning zonder welke de onderneming niet gevoerd kan worden. Men zou zich echter kunnen afvragen hoe vaak een professionele koper in de praktijk onvoldoende onderzoek zal doen naar de essentiële onderdelen van de onderneming en daarom een gebrek over het hoofd zal zien.

Om een duidelijker beeld te krijgen wat nu precies de rol van de garanties in een overnamecontract is, moeten we tot slot kijken naar de dagelijkse praktijk.

### De praktijk

We zagen reeds dat in de overnamepraktijk twee fasen kunnen worden onderscheiden: de onderzoeksfase, waarbij er een *fine line* tussen de onderzoeksplicht van de koper en de mededelingsplicht van de verkoper is, en de fase waarin de onderhandelingen over het contract plaatsvinden. De beslissing van de koper om een overeenkomst aan te gaan en de bepaling van de prijs zullen afhankelijk zijn van de uitkomst van het due-diligence-onderzoek.

Omdat het in de overnamepraktijk veelal gaat om professionele partijen en grote belangen, zal een onderzoek van de koper meestal vanzelfsprekend zijn. Dit neemt natuurlijk niet weg dat de verkoper daarbij een mededelingsplicht zal hebben. Hij zal zich moeten inspannen om de voor koper relevante informatie beschikbaar te stellen, zodat deze de mogelijkheid heeft om een goed beeld van de onderneming te krijgen. Indien de verkoper tijdens de transactie duidelijk wordt dat bepaalde informatie van groot belang zal zijn voor de koper, zal er uiteraard een zwaardere mededelingsplicht op hem rusten dan wanneer dit voor de verkoper niet kenbaar zal zijn. Bij het doen van onderzoek mag de koper vertrouwen op de mededelingen van de verkoper voorzover deze van feitelijke aard zijn; de koper mag echter veelal niet afgaan op aanprijzingen of de mening van de verkoper.

Tijdens de due-diligence-fase zal de koper proberen in kaart te brengen wat voor hem de risico's zijn die met de koop van de onderneming gepaard gaan. Hij zal deze vervolgens in de onderhandelingsfase naar voren brengen, zodat partijen hieromtrent een verdeling kunnen maken. Raaijmakers stelt echter dat de onderzoeksplicht het resultaat is van een risicoverdeling tussen partijen en niet de oorzaak daarvan (Raaijmakers, a.w., p. 79 en 188). Hiermee ben ik het niet geheel eens. Hoewel het wellicht een kip/ei-discussie lijkt ('wat was er eerder: de

onderzoeksplicht of de risicoverdeling?'), moet dit mijns inziens als een doorlopend proces worden gezien en niet als een eenvoudige oorzaak-gevolg-relatie.

Indien de koper geen onderzoek verricht, is het onduidelijk voor wiens risico een bepaald gebrek zal komen; dit zal onder meer afhangen van de aard van het gebrek. Van de professionele koper wordt verwacht dat hij onderzoek doet en hij heeft derhalve een onderzoeksplicht. Aan de hand van de uitkomst van zijn onderzoek gaan partijen de geïdentificeerde risico's verdelen. Indien achteraf toch een gebrek opduikt, zal men aan de hand van de garanties moeten kijken of dat risico door partijen geïdentificeerd was. Is dat niet het geval, dan zal men aan de hand van de omstandigheden van het geval moeten kijken voor wiens risico het gebrek had moeten komen. Het feit dat men achteraf terugkijkt om te zien hoe de risico's gedurende het proces tussen koper en verkoper zijn verdeeld, wil mijns inziens nog niet zeggen dat men achteraf daarmee een onderzoeksplicht *creëert*.

Zoals gezegd zal bij het onderhandelen worden uitgemakt wie welk risico gaat dragen, hetgeen mogelijk zijn weerslag zal hebben op de prijs. In deze fase komen de garanties dan ook aan de orde. De koper zal zo veel mogelijk alle risico's op tafel zien te krijgen en aan de hand daarvan ofwel proberen de koopprijs te verminderen, ofwel zijn risico door middel van een adequate garantie afgedekt willen zien. Op deze manier is de garantie dan ook het resultaat van de onderhandeling.

Indien de verkoper een expliciete garantie geeft omtrent een specifieke eigenschap van de onderneming, zal de koper hiermee nog steeds genoeg kunnen nemen en zal het voor de verkoper waarschijnlijk erg moeilijk zijn om aan te tonen dat de koper hier niet op mocht vertrouwen. Mijns inziens kan het ook niet de bedoeling van de Hoge Raad zijn geweest om hieromtrent in het algemeen twijfel te zaaien.

Het Hoog Catharijne-arrest bracht in die specifieke zaak een nuance aan op een algemene vangnetgarantie. De garantie in casu dat de verkoper de koper volledige gegevens en alle informatie had verschaft die voor koper van belang waren om de onderneming te waarderen, werd gezien als te algemeen en te breed. Raaijmakers stelt te dien aanzien dat door zo'n vangnetgarantie 'het karakter van de garantie verschuift van een contractuele risicoverdeling naar een afspraak over informatiever-schaffing' (Raaijmakers, a.w., p. 196-197). Met een dergelijke afspraak zal men niet volledig zijn onderzoeksplicht kunnen uitsluiten en de risico's bij de verkoper neerleggen.

### Conclusie

Concluderend zou men kunnen zeggen dat garanties in het overnamecontract enerzijds een verdergaande gebondenheid van de verkoper uitdrukken, maar anderzijds kunnen ze werken als exoneratie voor de verkoper. Ze zijn het resultaat van een risicoverdeling tussen koper en verkoper, maar dienen wel steeds te worden gezien in het licht van de omstandigheden van het geval. Men zal dus per specifieke garantiebepaling moeten kijken naar de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze garantie mochten toekennen met inachtneming van hetgeen zij daaromtrent redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan men soms tot de conclusie komen dat een garantie-bepaling moet worden gezien als een algemene plicht tot informatiever-schaffing in plaats van een specifieke prestatie die voor risico en rekening van de verkoper komt.

*Mr. M. Bax  
Allen & Overy*

---