
Gedwongen overlegging due diligence rapport

Inleiding

Op 14 januari 2004 heeft de Rechtbank Breda (hierna: de Rechtbank)¹ een voor de overnamepraktijk interessante uitspraak gedaan over de vraag of een verkoper van aandelen op grond van het bepaalde in artikel 843a (oud) Rv de koper kan dwingen de in opdracht van hem opgestelde due diligence rapporten met betrekking tot de doelwitvennootschappen over te leggen aan verkoper teneinde vast te stellen of de koper over bepaalde informatie heeft beschikt. Ondanks het feit dat de uitspraak is gewezen onder artikel 843a (oud) Rv, is de uitspraak ook van belang voor het recht dat vanaf 1 januari 2002 geldt.

Feiten

Op 21 oktober 1997 zijn NV Holding BVR-Groep (hierna:

1. Rb. Breda 14 januari 2004, JOR 2004, 70.

koper) en Ho-Cla Beheer B.V. (hierna: verkoper) een intentieovereenkomst aangegaan met betrekking tot de mogelijke overname van de aandelen in Hofbouwrij B.V. en Hofbouw Management B.V. (hierna: de vennootschappen). Op basis van deze intentieovereenkomst heeft verkoper koper in de gelegenheid gesteld om een due diligence onderzoek uit te voeren naar de vennootschappen en de door die vennootschappen gedreven ondernemingen. Het due diligence onderzoek is uitgevoerd door het accountantskantoor BDO CampsObers (hierna: BDO). In de intentieovereenkomst was een bepaling opgenomen dat verkoper een winstgarantie zou afgeven indien in het kader van het due diligence onderzoek door koper geen verliesgevende onderhanden projecten zouden worden gesignaleerd. Indien dergelijke verliesgevende activiteiten wél zouden worden ontdekt, dan zou er nader overleg tussen partijen plaatsvinden.

In de uiteindelijke koopovereenkomst van 6 januari 1998 is een dergelijke winstgarantie opgenomen. Partijen zijn voorts overeengekomen dat deze winstgarantie geldt onverminderd de resultaten van het due diligence onderzoek. Met andere woorden: het feit dat er een due diligence onderzoek naar de projecten heeft plaatsgevonden, kan niet aan koper worden tegengeworpen.

Na de overdracht van de aandelen in de vennootschappen blijkt – zo maak ik op uit de summiere feiten in de uitspraak van de Rechtbank – dat het project ‘De Poort van Breda’ verliesgevend is. Koper beroept zich in dat verband op de winstgarantie zoals deze in de koopovereenkomst is opgenomen en vordert – naar alle waarschijnlijkheid – de terzake door de vennootschappen geleden schade. Verkoper pareert deze vordering met de stelling dat indien er destijds van enig voorzienbaar verlies op het project ‘De Poort van Breda’ sprake zou zijn geweest, een dergelijk verlies in het due diligence onderzoek gesignaleerd had behoren te worden.

Bij incidentele conclusie vordert verkoper op grond van het bepaalde in artikel 843a (oud) Rv een afschrift van de resultaten van het onderzoek, zoals uitgevoerd door BDO in de periode van 21 oktober 1997 tot 6 januari 1998 met inbegrip van de door BDO aan haar onderzoek verbonden en aan koper ter kennis gebrachte conclusies en/of aanbevelingen, voorzien van de door BDO daarop te verstrekken verklaring dat dit afschrift identiek is aan het aan koper uitgebrachte due diligence rapport. Volgens verkoper zou uit dat rapport exact blijken wat BDO heeft onderzocht en welke informatie zij heeft gekregen. Bovendien zou uit dat rapport moeten blijken dat er geen sprake is geweest van verzwijging van feiten door verkoper.

Uitspraak Rechtbank

Koper verweert zich tegen de vordering tot overlegging van het due diligence rapport van BDO en betoogt onder andere dat verkoper geen rechtmatig belang heeft bij de overlegging van het rapport. Dit verweer wordt door de Rechtbank

verworpen. De Rechtbank acht het aannemelijk dat het rapport expliciet melding maakt van de verkregen en onderzochte informatie en bescheiden, alsmede de mondeling verkregen informatie. Het feit dat in de procedure reeds een lijst van de door BDO onderzochte documenten is overgelegd, wordt daarom niet voldoende geacht. De Rechtbank acht het namelijk niet uitgesloten dat het due diligence rapport van BDO zelf nadere aanwijzingen bevat ter zake van de door koper gestelde feiten met betrekking tot verzwijging van relevante informatie door verkoper. Om verkoper in staat te stellen zijn verweer nader te onderbouwen en zo mogelijk tegenbewijs te leveren, heeft hij een rechtmatig belang bij de afgifte van het rapport, aldus de Rechtbank.

Het verweer van koper dat de koopovereenkomst uitdrukkelijk bepaalt dat het door hem uitgevoerde onderzoek hem niet kan worden tegengeworpen, wordt vooralsnog door de Rechtbank niet relevant geacht. Het belang van verkoper om zijn verweer nader te onderbouwen en tegenbewijs te leveren van de stellingen van koper, wegen volgens de Rechtbank zwaarder. De Rechtbank overweegt wel dat de vraag in hoeverre verkoper zich op het rapport van BDO kan beroepen, gezien de bewuste bepaling in de koopovereenkomst, pas in de hoofdzaak aan de orde zal komen.

Koper voert vervolgens nog aan dat het due diligence rapport een adviesrapport is waarvan de verspreiding niet is toegestaan zonder de uitdrukkelijke toestemming van de opsteller. De Rechtbank overweegt dat niet is gesteld noch is gebleken dat BDO een rechtens te respecteren belang heeft bij het onthouden van zijn toestemming. Bovendien stelt de Rechtbank dat een due diligence rapport zich in eerste instantie toespitst op de feiten en omstandigheden en reeds daarom niet louter van adviserende aard kan zijn.

Niet onbelangrijk is de overweging van de Rechtbank dat het due diligence rapport onderdeel uitmaakt van de *rechtsbetrekking* tussen koper en verkoper, omdat dit rapport is opgesteld naar aanleiding van de intentieovereenkomst en mede ten grondslag ligt aan de koopovereenkomst. De Rechtbank ziet dan ook geen reden om afgifte van de adviserende passages uit het onderzoeksrapport te verbieden omdat deze geen onderdeel zouden uitmaken van de rechtsbetrekking tussen koper en verkoper, zoals artikel 843a (oud) Rv voorschrijft. Volgens de Rechtbank maken deze adviserende passages onlosmakelijk onderdeel uit van het rapport en komt aldus die omstandigheid voor rekening en risico van koper.

De Rechtbank veroordeelt koper dan ook om het onderzoeksrapport van BDO te deponeren ter griffie van de Rechtbank.

Commentaar

Deze uitspraak is geweest onder vigeur van artikel 843a (oud) Rv. Dit artikel luidde tot en met 31 december 2001 als volgt:

‘1. Hij die daarbij rechtmatig belang heeft, kan op zijn kosten inzage, afschrift of uittreksel vorderen van een onderhandse akte aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn, van degene die deze akte te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft.

2. De rechter bepaalt zo nodig de wijze waarop inzage, afschrift of uittreksel zal worden verschaft.’

Uit dit artikel, alsmede uit de uitspraak van de Hoge Raad van 18 februari 2000 inzake *News International e.a./ABN AMRO Bank*,² volgt dat voor toewijsbaarheid van een vordering uit hoofde van artikel 843a (oud) Rv moet zijn voldaan aan drie cumulatieve vereisten: (1) de eiser of verzoeker dient een rechtmatig belang te hebben bij de vordering, (2) het moet gaan om een onderhandse akte (3) aangaande een rechtsbetrekking waarin eiser of verzoeker of zijn rechtsvoorganger partij is. Het eerste en derde vereiste gelden ook op grond van het huidige artikel 843a Rv.

Rechtmatig belang

Volgens de Rechtbank heeft verkoper een rechtmatig belang bij afgifte van het rapport van BDO, omdat zij dit nodig heeft ‘met het oog op een nadere onderbouwing van haar verweer respectievelijk mogelijk (tegen)bewijs op dit punt’. Volgens Van der Wiel³ ontbreekt een rechtmatig belang indien ‘de inhoud van het document zoals gesteld door eisers niet geschikt is om bij te dragen aan het bewijs van de door eisers ingenomen stellingen of wanneer het bewijs van deze stellingen niet kan leiden tot toewijzing van de door eisers ingestelde of in te stellen vordering’. Rechtmatig belang wordt in dit kader uitgelegd als bewijsbelang. Door Rutgers⁴ wordt betoogd dat er geen goede grond bestaat voor een exhibitieplicht, indien productie van bewijsmiddelen uit een oogpunt van een behoorlijke rechtsbedeling kan worden gemist. Volgens Linsen⁵ komt de eis van het hebben van een rechtmatig belang erop neer dat de vordering tot het verstrekken van informatie er niet op mag zijn gericht om bescheiden te verkrijgen ter onderbouwing van een vorderingsrecht waarvan men überhaupt niet (of niet met voldoende zekerheid) weet of men dit geldend kan maken. In gelijke zin de Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag,⁶ die een vordering tot overlegging van bepaalde bescheiden mede afwees omdat er onzekerheid heerste over de reikwijdte van een vaststellingsovereenkomst.

In de onderhavige casus lijkt mij dat ook het geval. Koper heeft de Rechtbank gewezen op het bestaan van een bepaling in de overnameovereenkomst die zegt (naar ik aanneem

2. HR 18 februari 2000, NJ 2001, 259.

3. B.T.M. van der Wiel, *De exhibitieplicht (te) terughoudend opgevat*, NbbW 2004, p. 59.

4. *Burgerlijk Procesrecht* (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 843a-13.

5. Zie zijn noot bij de uitspraak van de Rechtbank Zutphen van 7 mei 2003, JBPR 2003, 66.

6. Voorzieningenrechter Rb. Den Haag 23 oktober 2003, KG 2003, 1127.

en afleid uit de feiten, de exacte bewoordingen van de bepaling kan niet uit de uitspraak worden afgeleid) dat de winstgarantie door verkoper wordt afgegeven, ongeacht de resultaten van het due diligence onderzoek dat door koper en haar adviseurs naar de betreffende projecten is gedaan. Met deze bepaling hebben koper en verkoper willen aangeven dat het risico van eventueel verliesgevende projecten geheel bij verkoper ligt en dat verkoper koper niet kan tegenwerpen dat koper de projecten zelf heeft onderzocht. Een due diligence onderzoek kent nu eenmaal ook zijn beperkingen. Uit het feitenrelaas maak ik bovendien op dat uit het due diligence onderzoek niet is gebleken van verliesgevende projecten, omdat anders de winstgarantie niet zou zijn opgenomen.

Een dergelijke bepaling waarbij het risico van een bepaald(e) project of gebeurtenis bij één der contractspartijen wordt neergelegd, komt veelvuldig in overnameovereenkomsten voor en is dan ook geenszins ongebruikelijk. De Rechtbank had mijns inziens de vordering tot overlegging van het rapport van BDO kunnen (of wellicht zelfs moeten) afwijzen wegens het ontbreken van een rechtmatig belang onder verwijzing naar deze bepaling in de overnameovereenkomst. Voor de vraag of verkoper aansprakelijk is voor de eventuele schade, lijkt het rapport van BDO niet van belang, nu koper bewust het risico voor verliesgevende projecten heeft aanvaard door akkoord te gaan met de opname van een winstgarantie in de overnameovereenkomst.

De Rechtbank heeft echter voor een andere weg gekozen en de vordering tot overlegging van het onderzoeksrapport toegewezen, met de kanttekening dat in hoeverre koper zich op de onderzoeksrapporten mag beroepen in het licht van de bewuste bepaling in de koopovereenkomst, in de hoofdzaak moet worden vastgesteld. Dit zou te maken kunnen hebben met het beroep dat koper, zo maak ik op uit rechtsoverwegingen 3.3 en 3.5, heeft gedaan op verzwijging van relevante feiten door verkoper voorzover daaraan gekoppeld zou zijn een beroep op vernietiging van de koopovereenkomst wegens dwaling. Dit laatste blijkt echter niet uit de gepubliceerde uitspraak.

Onderhandse akte

Op het tweede vereiste, dat er sprake moet zijn van een onderhandse akte, ga ik niet dieper in omdat onder het huidige recht dit vereiste is vervangen door het veel ruimere begrip 'bescheiden', waaronder tevens moeten worden verstaan foto's, geluidsbanden en computerbestanden. Overigens kan de vraag worden gesteld of een due diligence rapport een onderhandse akte is in de zin van artikel 183 lid 1 (oud) Rv.

Rechtsbetrekking

Het derde vereiste waaraan moet zijn voldaan, wil een vordering op artikel 843a (oud) Rv slagen, bepaalt dat er sprake moet zijn van 'een onderhandse akte aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij

zijn'. De Rechtbank oordeelt dat het due diligence rapport van BDO onderdeel uitmaakt van de rechtsbetrekking tussen koper en verkoper, omdat dit rapport een uitvloeisel is van de intentieovereenkomst en ten grondslag heeft gelegen aan de overnameovereenkomst. De vraag is echter bij welke rechtsbetrekking verkoper partij moet zijn, wil een vordering uit hoofde van artikel 843a (oud) Rv slagen. In het onderhavige geval heeft koper aan BDO opdracht gegeven een due diligence onderzoek uit te voeren naar de vennootschappen, meer in het bijzonder de onroerend-goed-projecten van deze vennootschappen. De rechtsbetrekking tussen BDO en koper wordt gevormd door een overeenkomst van opdracht. Bij deze overeenkomst is verkoper in ieder geval geen partij. Een andere relatie tussen BDO en verkoper bestaat evenmin. De Rechtbank lijkt echter een andere rechtsbetrekking voor ogen te hebben, namelijk de rechtsbetrekking die wordt gevormd door de intentieovereenkomst en overnameovereenkomst. Dit lijkt aanvechtbaar.

In de hiervoor reeds aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad vorderden News International c.s., die in Engeland een vordering tot vergoeding van schade aanhangig hadden gemaakt tegen Clinger en anderen uit hoofde van onrechtmatige daad (Clinger en de zijnen zouden op frauduleuze wijze gelden van News International c.s. hebben toegeëigend), van de ABN AMRO Bank afgifte van bankafschriften van bepaalde rekeninghouders. News International c.s. wilden verifiëren of Clinger en de zijnen inderdaad betalingen van deze rekeninghouders hadden ontvangen. De Hoge Raad oordeelde echter dat er geen sprake was van een rechtsbetrekking tussen News International c.s. en de ABN AMRO Bank en wees de vordering tot overlegging van deze bankafschriften daarom af. Von Schmidt auf Altenstadt⁷ heeft naar aanleiding van deze uitspraak betoogd dat een andere, ruimere uitleg van 'partij zijn bij een rechtsbetrekking' ook mogelijk was geweest. Volgens Von Schmidt auf Altenstadt zou een vordering tot overlegging van stukken ook moeten worden toegewezen indien deze stukken betekenis hebben voor de rechtsbetrekking tussen, in dit geval, News International c.s. en Clinger. In gelijke zin oordelen Barendrecht en Van den Reek,⁸ die spreken over stukken die verband houden met een rechtsbetrekking waarbij eiser partij is. Het lijkt erop dat de Rechtbank voor deze ruime benadering heeft gekozen.

Ook de lagere rechters worstelen met de uitleg van het vereiste dat men partij moet zijn bij de rechtsbetrekking. In de hiervoor reeds kort aangehaalde uitspraak van de rechtbank Zutphen lijkt te worden gekozen voor dezelfde (ruime) benadering als de Rechtbank heeft gedaan. In deze procedure vorderde Leisureplan van de Rabobank afgifte van

7. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, Opening van zaken, TCR 2002, p. 12.

8. J.M. Barendrecht & W.A.J.P. van den Reek, Exhibitieplicht en bewijsbeslag, WPNR (1994) 6155, p. 739.

onder andere een schriftelijke nota waarin tussen de Rabobank en derden afspraken zouden zijn gemaakt omtrent een door de Rabobank in te leiden formele executie van de activa van het Avonturenpark Helledoorn. Deze afspraken zouden moeten bewijzen dat voor Avonturenpark Helledoorn een te laag bedrag zou zijn ontvangen, waardoor niet alle schulden van Avonturenpark Helledoorn konden worden afbetaald, welke restschuld Rabobank in de hoofdprocedure vorderde van Leisureplan als hoofdelijk medeschuldenaar. De vordering tot afgifte werd door de Rechtbank Zutphen toegewezen, ook al was Leisureplan zelf geen 'partij bij' die schriftelijke nota. De Rechtbank Groningen oordeelde in haar uitspraak van 22 november 2002⁹ dat aannemersbedrijf Dekker, die uit hoofde van onrechtmatige daad door het pluimveebedrijf van Jonkman werd aangesproken, recht had op overlegging van overeenkomsten tussen Jonkman en derden, ondanks het feit dat aannemersbedrijf Dekker geen partij was bij die overeenkomsten. Anders oordeelde de Rechtbank Amsterdam in een zaak aangespannen door Walmaro tegen Uni-Invest.¹⁰ Walmaro vorderde als minderheidsaandeelhouder op grond van het bepaalde in artikel 843a (oud) Rv (ter staving van haar stelling dat er sprake was van ongelijke behandeling van aandeelhouders in de zin van art. 2:92 BW) overlegging van een overeenkomst die Uni-Invest was aangegaan met een grootaandeelhouder. De rechtbank oordeelde echter dat zowel onder het oude recht als het huidige recht de vordering niet kon worden toegewezen, omdat Walmaro geen partij was bij de overeenkomst tussen Uni-Invest en die grootaandeelhouder. In dezelfde lijn ligt ook de uitspraak van de president van de Rechtbank Amsterdam,¹¹ waarin Ernst & Young afgifte vorderde van Internationale Nederlanden Verzekering NV (hierna: INV) en KPMG van een rapport dat KPMG in opdracht van INV had opgesteld. Een dochteronderneming van INV vorderde schadevergoeding van onder andere Ernst & Young, omdat zij tekort zou hebben geschoten in de advisering omtrent een overname. INV heeft na deze overname KPMG de opdracht gegeven om een onderzoek uit te voeren naar de gang van zaken rondom de transactie. De vordering van Ernst & Young werd afgewezen, omdat volgens de rechter het rapport van KPMG niet kon worden beschouwd als een onderhandse akte aangaande een rechtsbetrekking waarin Ernst & Young partij is.¹²

Op grond van voormeld arrest van de Hoge Raad zou ik willen betogen dat verkoper geen recht op overlegging van het BDO rapport geldend kan maken, omdat zij eenvoudigweg geen partij is bij de rechtsbetrekking tussen BDO en koper.

Conclusie

De zienswijze van de Rechtbank impliceert een verruiming van de exhibitieplicht, zeker onder vigeur van het huidige artikel 843a Rv, waarin het begrip onderhandse akte is vervangen door bescheiden. Alle bescheiden die ook maar enigszins van belang (kunnen) zijn voor de rechtsbetrekking tussen eiser en gedaagde in een artikel 843a Rv-procedure, zou gedaagde verplicht kunnen worden over te leggen, ongeacht of eiser partij is bij de in dat stuk opgenomen rechtsbetrekking. Bij een overnametransactie zou men dan kunnen denken aan (interne en externe) rapporten, zoals waarderingen en bedrijfseconomische modellen die ten grondslag hebben gelegen aan het besluit om een bepaalde onderneming te kopen. Bij een dergelijke ruime interpretatie van artikel 843a Rv (oud en nieuw) kunnen mijns inziens vraagtekens worden geplaatst, gezien onder meer het arrest van de Hoge Raad inzake News International c.s./ABN AMRO. Het gevaar bestaat dat artikel 843a Rv steeds meer een algemene exhibitieplicht gaat inhouden, hetgeen niet lijkt te stroken met de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever dat de exhibitieplicht ziet op de situatie dat de inhoud van een bewijsmiddel wel bekend is bij eiser, maar niet in zijn bezit is.¹³

Ik heb begrepen dat koper in hoger beroep is gegaan tegen de uitspraak van de Rechtbank. Het is dus nog even afwachten of het hof dezelfde gedachtegang zal volgen als de Rechtbank.

*Mr. M.M. van den Broek
Stibbe*

13. Parlementaire Geschiedenis van de Nieuwe Regeling van het Bewijsrecht in Burgerlijke Zaken, Deventer: Kluwer 1988, p. 417.

9. Rb. Groningen 22 november 2002, NJ 2003, 102.

10. Rb. Amsterdam 4 september 2002, JOR 2002, 176.

11. Pres. Rb. Amsterdam 23 februari 1995, KG 1995, 136.

12. Zie ook A.A.M. Menken, Exhibitieplicht ex art. 843a Rv, V&O 1998, p. 53 e.v.