
Bepalingen omtrent de invloed van due diligence onderzoek op de afdwingbaarheid van garanties

Inleiding

Bij een overname zijn de door verkopers in het kader van de overname te verstrekken garanties vaak een van de belangrijkste onderhandelingspunten. Een punt dat daarbij dikwijls speelt, is de invloed van het door koper verrichte due diligence onderzoek op de mate waarin koper achteraf zijn schade kan claimen in geval van een inbreuk op de garanties.

Zo zal koper over het algemeen graag een bepaling opgenomen zien die erop neerkomt dat het door koper ingestelde due diligence onderzoek en de door verkoper in dat kader aan koper verschaft informatie op geen enkele wijze afbreuk doen aan de door verkoper verschaft garanties. Wat koper met een dergelijke bepaling wenst te bewerkstelligen, is duidelijk. De informatie die verkoper in het kader van het door koper uitgevoerde due diligence onderzoek aan koper heeft verschaft, zal verkoper niet aan koper mogen tegenwerpen indien koper zich op een inbreuk van de door verkoper afgegeven garanties beroept. De garanties moeten onverkort gelden.

22. Heeft B&P de wil BLG te bevoordelen, dan is sprake van een rechtsgrond ex art. 7:175 BW; M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, Deventer: Kluwer 1997, p. 34.

In deze bijdrage worden aan de hand van relevante jurisprudentie en literatuur het nut, de geldigheid en de beperkingen van dergelijke bepalingen omtrent de invloed van due diligence onderzoek op de afdwingbaarheid van garanties besproken.

Dit artikel uit *Vennootschap & Onderneming* is gepubliceerd door Boom Juridische Uitgeverij en is bestemd voor andere auteurs en redacteuren.

Hoog Catharijne-arrest

De praktijk is begonnen met het opnemen van bepalingen betreffende de verhouding tussen het due diligence onderzoek en de garanties nadat de Hoge Raad het Hoog Catharijne-arrest¹ wees. Voordien werd ervan uitgegaan dat een koper een verkoper zonder meer kon aanspreken uit hoofde van een inbreuk op de door verkoper gegeven garanties, ongeacht het feit dat het een professionele koper betrof die uitvoerig due diligence onderzoek had gedaan.² Het Hoog Catharijne-arrest bracht daarin verandering.

In hoofdzaak kwam de Hoog Catharijne-casus op het volgende neer. Verkoper verkocht het Hoog Catharijne-complex te Utrecht aan koper. Verkoper gaf slechts een tweetal garanties aan koper: een balansgarantie en een 'vangnetgarantie' dat verkoper aan koper alle relevante informatie had verschaft. Achteraf bleek dat koper in zijn due diligence onderzoek een tweetal (kleine) geldleningen over het hoofd had gezien. Koper deed een beroep op de garanties. Vast kwam te staan dat geen sprake was van een inbreuk op de balansgarantie. De zaak spitste zich derhalve toe op de vangnetgarantie. De Hoge Raad overwoog dat deze garantie, net als iedere andere contractsbepaling, moest worden uitgelegd aan de hand van het Haviltex-criterium.³ De Hoge Raad overwoog voorts dat de reikwijdte van de verplichting van verkoper om aan koper alle informatie te verschaffen, mede wordt bepaald door hetgeen verkoper in de gegeven omstandigheden aan onderzoeksinspanningen aan de zijde van koper mocht verwachten. Nu verkoper zijn administratie had opengesteld aan koper, koper door een team van deskundigen een uitgebreid due diligence onderzoek had laten verrichten en verkoper niet wist of kon weten dat daarbij de geldleningen over het hoofd waren gezien, moest koper het risico zelf dragen, aldus de Hoge Raad. Anders gezegd, de onderzoeksplicht van koper was onder de gegeven omstandigheden groter dan de informatieplicht van verkoper.

Als gevolg van het Hoog Catharijne-arrest werd in de literatuur openlijk getwijfeld aan de waarde van garanties. De regel die over het algemeen uit het Hoog Catharijne-arrest werd afgeleid, is dat een koper die de onjuistheid van een garantie op basis van het due diligence onderzoek had kunnen kennen, onder bepaalde omstandigheden geen beroep op de betreffende garantie toekomt. Slagter en De Nijs Bik deden zelfs concrete tekstvoorstellen voor contractsbepa-

lingen om deze eventuele gevolgen van het arrest te beperken.⁴

Het nut van bepalingen omtrent de invloed van due diligence onderzoek op de afdwingbaarheid van garanties

Nadere bestudering van het Hoog Catharijne-arrest geeft aanleiding om de consequenties daarvan voor de praktijk te nuanceren. Dat ook garanties moeten worden uitgelegd aan de hand van het Haviltex-criterium, is niet onbegrijpelijk. Daarbij zal uiteraard gelden dat hoe specifiek de garantie, hoe minder ruimte er is voor discussie over welke uitleg partijen redelijkerwijs aan de garantie mochten geven. In de Hoog Catharijne-casus betrof het echter juist geen specifieke garantie, maar de zeer brede vangnetgarantie dat verkoper aan koper alle relevante informatie had verschaft. Hier was dus – zeker gezien de in de vorige paragraaf genoemde omstandigheden – wel degelijk ruimte voor enige discussie omtrent de uitleg die partijen redelijkerwijs aan de garantie mochten geven. Indien destijds een specifieke garantie was opgenomen in de trant van 'de vennootschap heeft geen geldleningen aangetrokken anders dan de geldleningen x, y en z' en vervolgens blijken er nog andere geldleningen dan x, y en z te zijn, dan was de zaak waarschijnlijk heel anders afgelopen.⁵ De uit het Hoog Catharijne-arrest afgeleide regel dat koper zich onder bepaalde omstandigheden niet op een door verkoper afgegeven garantie kan beroepen omdat hij de onjuistheid daarvan op grond van het due diligence onderzoek had kunnen kennen, zal mijns inziens dan ook alleen een rol kunnen spelen bij niet-specifieke garanties zoals de bewuste informatieggarantie. Anders dan ten tijde van het Hoog Catharijne-arrest is een uitgebreid pakket specifieke garanties tegenwoordig de norm. Het zal dan ook steeds minder vaak voorkomen dat een bepaald gebrek niet gedekt is door een specifieke garantie als gevolg waarvan koper zich uiteindelijk toch zal moeten verlaten op een niet-specifieke vangnetgarantie zoals dat in de Hoog Catharijne-zaak het geval was.

Lagere rechtspraak van na het Hoog Catharijne-arrest lijkt het voorgaande te bevestigen. Zo overwoog de Rechtbank Utrecht op 23 april 1997⁶ dat voorzover verkoper met de stelling dat koper zich in alle administratieve en financiële stukken met betrekking tot de vennootschap had kunnen verdiepen, wilde betogen dat koper onjuistheden dan wel onvolledigheden had kunnen kennen, waardoor verkoper niet aan de door hem gegeven balansgarantie zou zijn gehouden, verkoper miskende dat hij voor de juistheid en volledigheid van de balans had in te staan. Het enkele feit dat koper onjuistheden had kunnen kennen, deed daar niet aan af. Ook de Rechtbank Rotterdam overwoog op 19 november 1998⁷ dat in het algemeen een door koper ver-

1. HR 22 december 1995, NJ 1996, 300.

2. G.T.M.J. Raaijmakers, *Bedrijfsovernames: lijken in kasten en katten in zakken*, Ars Aequi 2003, p. 891.

3. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635.

4. W.J. Slagter, TVVS 1996, p. 327, met naschrift van W.W. de Nijs Bik.

5. Zie ook W.W. de Nijs Bik over G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties bij overnames*, in: *Ondernemingsrecht* 2003, p. 161.

6. Rb. Utrecht 23 april 1997, JOR 1997, 92.

7. Rb. Rotterdam 19 november 1998, JOR 1999, 38.

richt due diligence onderzoek niet kan afdoen aan een door verkoper gegeven balansgarantie.

In het licht van het voorgaande kan dus worden gesteld dat, mits er maar sprake is van voldoende specifieke garanties, het enkele feit dat koper de onjuistheid van de garantie had kunnen kennen op grond van het verrichte due diligence onderzoek, geen afbreuk doet aan de afdwingbaarheid van de door verkoper afgegeven garanties. Bij niet-specifieke garanties kan dat anders liggen; daar kunnen bepalingen die de invloed van het due diligence onderzoek op de afdwingbaarheid van de garanties uitsluiten, dus nuttig zijn.

Wellicht ten overvloede merk ik nog op dat indien koper de onjuistheid van een garantie ten tijde van het sluiten van de overeenkomst *kende* in plaats van *had kunnen kennen*, dat uiteraard wel afbreuk doet aan de afdwingbaarheid van de garantie. De redelijkheid en billijkheid verzet zich ertegen dat koper verkoper garanties laat afgeven waarvan hij weet dat zij onjuist zijn, en hij zich later alsnog op een inbreuk beroept.⁸ Het ligt naar mijn mening ook veel meer in de rede dat koper zijn kennis omtrent de onjuistheid van een garantie met verkoper deelt en terzake een vrijwaring verlangt dan wel dat hij een verlaging van de koopprijs bedingt.

De geldigheid en beperkingen van bepalingen omtrent de invloed van due diligence onderzoek op de afdwingbaarheid van garanties

Hiervoor hebben wij gezien dat een bepaling die de invloed van het due diligence onderzoek op de afdwingbaarheid van garanties uitsluit, nuttig kan zijn indien een bepaald gebrek niet door een specifieke garantie is gedekt en koper zich moet verlaten op een niet-specifieke garantie. In dat kader wordt het dan interessant om te kijken hoe geldig dergelijke bepalingen zijn. Kan koper de invloed van het due diligence onderzoek op de afdwingbaarheid van de garanties uitsluiten? Van Dunné acht de mogelijkheden voor het maken van dergelijke afspraken beperkt.⁹ Hij beschouwt dergelijke bepalingen als vrijtekeningsbedingen en wijst op de jurisprudentie waaruit de betrekkelijkheid van exoneratieclausules en dergelijke afspraken blijkt. De Nijs Bik en Slagter achten het wel mogelijk om dergelijke afspraken te maken en hebben in de literatuur daartoe, zoals hiervoor reeds gesteld, zelfs concrete tekstvoorstellen gedaan. Ook Raaijmakers ziet geen bezwaar in dergelijke bepalingen. Partijen proberen zijns inziens slechts tot uitdrukking te brengen dat zij beogen de risico's voor rekening van verkoper te laten komen *no matter what*, en dat koper slechts onderzoek heeft verricht voor zijn eigen gemoedsrust zonder aan dat principe afbreuk te willen

doen.¹⁰ Met Raaijmakers zie ik geen bezwaar in een dergelijke contractuele risicoverdeling, temeer daar een en ander gewoonlijk ook verdisconteerd zal zijn in de koopprijs.

Raaijmakers ziet, mijns inziens terecht, wel een beperking aan dergelijke bepalingen. Hij stelt dat hij zich moeilijk een situatie kan voorstellen waarin verkoper enerzijds geacht moet worden koper rechtens op adequate wijze van een gebrek op de hoogte gesteld te hebben waardoor koper het gebrek rechtens kende, terwijl anderzijds op basis van een bepaling over informatie-uitwisseling toch moet worden aangenomen dat het desbetreffende gebrek door de garantie gedekt wordt. In dat kader dringt de vraag zich op wat moet worden verstaan onder rechtens op een adequate wijze op de hoogte stellen. Is dat het openstellen van de administratie, het ter beschikking stellen van stukken in een zogenoemde *dataroom*, of is dat onder verwijzing naar de betreffende garantie expliciet aangeven in hoeverre die garantie onjuist is? Onder verwijzing naar het arrest Offringa-Vinck¹¹ is Raaijmakers van mening dat naarmate het gaat om informatie over belangrijke concrete gebreken, verkoper niet kan volstaan met terloopse informatie; hij zal dan expliciet op het gebrek moeten wijzen. Dat lijkt mij juist. Door middel van het verlangen van garanties geeft koper immers te kennen dat hij het van belang acht dat de te kopen onderneming bepaalde eigenschappen bezit. Door het afgeven van de betreffende garanties garandeert verkoper op zijn beurt dat de onderneming de betreffende eigenschappen ook daadwerkelijk bezit. Indien de onderneming een bepaalde door verkoper gegarandeerde eigenschap niet bezit, zal verkoper koper daar dan expliciet op moeten wijzen. In de praktijk gebeurt dit ook vaak door op te nemen dat alleen omstandigheden die vermeld staan in een specifiek voor dat doel bedoeld schrijven, een zogenoemde *disclosure letter*, geacht zullen worden niet onder de door verkoper gegeven garanties te vallen.

Naar mijn weten zijn er geen gepubliceerde uitspraken waarin contractuele afspraken omtrent de invloed van het due diligence onderzoek op de garanties zijn getoetst. Toch kwam een en ander in een recent gepubliceerde uitspraak van 14 januari 2004 van de Rechtbank Breda¹² zijdelings aan de orde. In deze zaak werd in het kader van de verkoop van een bouwonderneming door verkoper een winstgarantie ten behoeve van koper afgegeven. Tevens werd een bepaling overeengekomen waarin stond dat de afgegeven winstgarantie gold onverminderd de resultaten van het door koper uitgevoerde due diligence onderzoek. Na de overname blijkt een van de door de bouwonderneming uitgevoerde

8. Zie in dat verband onder andere ook HR 28 januari 2000, NJ 2000, 575 en het naschrift van W.W. de Nijs Bik bij W.J. Slagter, TVVS 1996, p. 327.

9. J.M. van Dunné, Onderzoeks- en spreekplichten bij bedrijfsvername, Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk Recht, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 413 e.v.

10. G.T.M.J. Raaijmakers, Garanties bij overnames, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 193 e.v.

11. HR 10 april 1998, NJ 1998, 666.

12. Rb. Breda 14 januari 2004, JOR 2004, 70; zie ook M.M. van den Broek, Gedwongen overlegging due diligence rapport, V&O 2004, p. 122 e.v.

de projecten toch verliesgevend te zijn, waardoor koper zich beroept op een inbreuk op de afgegeven winstgarantie. Verkoper beroept zich op zijn beurt op het feit dat een dergelijk verlies in het due diligence onderzoek gesignaleerd had behoren te worden. Op grond van het bepaalde in artikel 843 (oud) Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt verkoper bij incidentele conclusie afgifte van het ten behoeve van verkoper opgestelde due diligence rapport. Koper verweert zich onder andere door te stellen dat, gezien de bepaling dat de winstgarantie zal gelden onverminderd de resultaten van het due diligence onderzoek, verkoper geen rechtmatig belang heeft bij afgifte van het due diligence rapport. De rechtbank gaat aan het verweer van koper voorbij en overweegt dat verkoper met het oog op een nadere onderbouwing van zijn verweer in de hoofdzaak wel degelijk een rechtmatig belang heeft bij de afgifte van het due diligence rapport, en wijst de vordering van verkoper toe. De rechtbank overweegt evenwel dat de vraag in hoeverre verkoper zich op de inhoud van het due diligence rapport kan beroepen gezien voornoemde bepaling, pas in de hoofdzaak aan de orde zal komen.

Alhoewel enige voorzichtigheid is geboden met het trekken van conclusies naar aanleiding van het voorgaande, zou men uit het feit dat de rechtbank de vordering tot overlegging van het due diligence rapport onder verwijzing naar de hiervoor genoemde bepaling in de koopovereenkomst niet meteen heeft afgewezen, kunnen afleiden dat de onverkorte geldigheid daarvan wat de rechtbank betreft niet zonder meer vaststaat. Dat lijkt mij juist en in lijn met de beperking die Raaijmakers in dergelijke bepalingen ziet. Indien uit het due diligence rapport immers zou blijken van een verliesgevende situatie, was koper daarmee ten tijde van het aangaan van de overeenkomst reeds bekend en zou hem in redelijkheid geen beroep toekomen op de bepaling dat het due diligence onderzoek niet van invloed is op de afdwingbaarheid van de winstgarantie. Een dergelijke bepaling zou immers niet zover mogen strekken, dat het een koper beschermt die bekend is met de onjuistheid van een garantie, dat voor verkoper verborgen houdt, en zich alsnog beroept op de garantie.

Conclusie

De uit het Hoog Catharijne-arrest afgeleide regel dat koper zich onder bepaalde omstandigheden niet op een door verkoper afgegeven garantie kan beroepen omdat hij de onjuistheid daarvan op grond van het due diligence onderzoek had kunnen kennen, zal in het algemeen alleen een rol kunnen spelen bij niet-specifieke garanties, zoals een garantie omtrent volledige informatievervalsing. In het geval dat dergelijke niet-specifieke garanties zijn afgegeven, kan het voor koper nuttig zijn om een bepaling op te nemen die de invloed van het due diligence onderzoek op de afdwingbaarheid van de garanties uitsluit. De meeste schrijvers achten dergelijke bepalingen geldig. Het is echter aanneemelijk dat een dergelijke bepaling niet een koper zal beschermen die op grond van het due diligence onderzoek

reeds bekend is met de onjuistheid van de garantie. Een koper die voor het sluiten van de koopovereenkomst bekend raakt met de onjuistheid van een garantie, zal er dan ook beter aan doen om deze kennis met verkoper te delen en terzake een vrijwaring te verlangen of een verlaging van de koopprijs te bedingen, dan om, gewapend met een bepaling die de invloed van het due diligence onderzoek uitsluit, te vertrouwen op de betreffende garantie.

*Mr. E.A. de Best
Loyens & Loeff*