

# Sluit een verbod op ontbinding de mogelijkheid van gedeeltelijke ontbinding uit?

## Inleiding

Over algehele ontbinding en gedeeltelijke ontbinding is de afgelopen jaren uitvoerig geschreven. Reden hiervoor is de totstandkoming van de ontbindingsregeling in de gelaagde structuur van het Burgerlijk Wetboek (BW), waarover hierna meer, en de lijn waaraan de Hoge Raad, ondanks afwijkende lagere rechtspraak, tot op heden vasthoudt in zaken waarin de reikwijdte van de ontbindingsmogelijkheid een rol speelt.

In deze bijdrage bespreek ik algehele ontbinding en gedeeltelijke ontbinding in het overnamecontract. Ik zet deze rechtsfiguren tegen elkaar af, waarbij ik inga op de vraag in hoeverre partijen bij een overnamecontract de mogelijkheid hebben tot gedeeltelijke ontbinding indien zij – zonder verdere specificaties – de mogelijkheid tot algehele ontbinding contractueel hebben uitgesloten. Aan het onderscheid dat wordt gemaakt tussen beide rechtsfiguren, ontleen ik een argument om te stellen dat gedeeltelijke ontbinding van het overnamecontract in een dergelijk geval mogelijk is. Daarnaast noem ik enkele andere argumenten die deze stelling onderbouwen, waarbij ik met name aandacht besteed aan het arrest Mol/Meijer van de Hoge Raad.<sup>1</sup> Kort gezegd, kom ik tot de conclusie dat indien partijen niet alleen algehele, maar ook gedeeltelijke ontbinding in de vorm van vermindering van de koopprijs willen uitsluiten, zij dat uitdrukkelijk moeten bepalen in het overnamecontract. Laten partijen dit na, dan blijft naar mijn mening de mogelijkheid tot gedeeltelijke ontbinding voor de koper openstaan, mits de tekortkoming de gedeeltelijke ontbinding rechtvaardigt.

## Ontbinding in context van Nederlandse overnamepraktijk

In tegenstelling tot het oude BW kent het nieuwe BW een regeling voor zowel algehele ontbinding als gedeeltelijke ontbinding. Volgens de wetgever bestond bij de totstandkoming van het nieuwe BW, in het bijzonder bij de zogenoemde duurovereenkomsten (zoals bijvoorbeeld huur) en leverantiecontracten, maar ook bij andere overeenkomsten, behoefte aan een ontbinding die de gevolgen van de overeenkomst slechts gedeeltelijk ongedaan maakt.<sup>2</sup> Dit is de reden waarom de mogelijkheid tot gedeeltelijke ontbinding is neergelegd in de artikelen 6:265 en 6:270 BW, naast de mogelijkheid tot algehele ontbinding in artikel 6:265 BW.

Waar de mogelijkheid en reikwijdte van algehele en gedeeltelijke ontbinding uitvoerig aandacht heeft gekregen, is

aan ontbinding in de context van de Nederlandse overnamepraktijk in de literatuur betrekkelijk weinig aandacht besteed. Een voor de hand liggende reden is wellicht gelegen in het feit dat partijen de mogelijkheid tot ontbinding vaak contractueel uitsluiten in het overnamecontract.<sup>3</sup> Onder een overnamecontract versta ik de overeenkomst waarmee de verkoper, tevens enig aandeelhouder, het volledige aandelenkapitaal of alle activa en passiva van een besloten vennootschap *going concern* overdraagt en levert aan de koper.<sup>4</sup> De reden voor het contractueel uitsluiten van ontbinding in het overnamecontract is gelegen in de aan ontbinding gekoppelde ongedaanmakingsverbintenissen<sup>5</sup> of waardevergoeding (zie art. 6:272 BW) die door partijen als kostbaar, tijdrovend, praktisch moeilijk uit te voeren, maar vooral als onwenselijk worden beschouwd. De verkoper moet immers de prijs terugbetalen en de koper dient (de aandelen van) de onderneming waarop het overnamecontract betrekking heeft, terug te leveren. Deze onderneming verandert echter constant en deze weer in de staat brengen van vóór de overname is ondoenlijk, althans bezwaarlijk: ‘one cannot unscramble a scrambled egg’.<sup>6</sup>

## Dogmatisch kader ontbinding en gedeeltelijke ontbinding

Indien sprake is van een tekortkoming in de nakoming van verbintenissen, heeft de schuldeiser in beginsel de bevoegdheid te kiezen tussen (combinaties van) nakoming, ontbinding en schadevergoeding.<sup>7</sup> Ik ga niet in op de vraag in hoeverre naast ontbinding ook nog op andere sancties – zoals het recht op schadevergoeding, dat geen onderdeel vormt van het recht op ontbinding – aanspraak kan worden gemaakt. Ook de relatie tussen ontbinding en nakoming laat ik buiten beschouwing.

Als gezegd, wordt in artikel 6:265 lid 1 BW zowel de algehele als de gedeeltelijke ontbinding genoemd. De gedeeltelijke ontbinding is nader geregeld in artikel 6:270 BW. Hierna volgt een korte beschrijving van beide rechtsfiguren.

3. Vgl. noot A.S. Hartkamp onder HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 (Mol/Meijer).

4. Zie ook G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties bij overnames*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 2.

5. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1003. Zie ook o.m. T. Hartlief, *Ontbinding*, Deventer: Kluwer 1994, p. 25 en 33 e.v.

6. Zie ook G.T.M.J. Raaijmakers, *Ontbinding van aandelentransacties*, O&F 2003, p. 13, en W.J. Oostwouder, *Ontbinding van een overeenkomst tot koop van de aandelen in een besloten vennootschap*, Dossier 2000-44, p. 13.

7. Asser/Hartkamp *Verbintenissenrecht: De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 380.

1. HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562.

2. Parl. Gesch. Boek 6, Deventer: Kluwer, p. 1001.

## *Ontbinding*

Artikel 6:265 lid 1 BW luidt:

‘Iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen geeft aan de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt.’

Naast de hiervoor genoemde wettelijke verplichting tot ongedaanmaking heeft ontbinding tot gevolg dat beide partijen van hun verbintenissen worden bevrijd (zie art. 6:271 BW, eerste zin).<sup>8</sup> In tegenstelling tot ontbinding onder het oude BW, heeft ontbinding onder huidig recht geen terugwerkende kracht (zie art. 6:269 BW). Het rechtsgevolg van ontbinding onderscheidt zich hierin van vernietiging, omdat ontbinding wordt gebaseerd op een tekortkoming in de uitvoeringsfase van de overeenkomst en niet op eventuele gebreken in de overeenkomst.<sup>9</sup> Deze scheidslijn is overigens niet altijd eenvoudig te trekken, omdat de tekortkoming in de overeenkomst mede wordt bepaald door hetgeen de eisende partij mocht verwachten op grond van datgene wat is voorgevallen bij het sluiten van de overeenkomst.<sup>10</sup> Anders dan naar oud recht is voor ontbinding niet langer een rechterlijke uitspraak noodzakelijk. Ontbinding kan op grond van artikel 6:267 BW behalve door een rechterlijk vonnis ook geschieden door een buitengerechtelijke verklaring.

De ontbindingsbevoegdheid ontstaat bij partijen niet alleen op grond van een tekortkoming in de nakoming van de hoofdverbintenis (een verbintenis die de overeenkomst waaruit zij voortvloeit, bestempelt tot een wederkerige), maar ook in geval van een tekortkoming in de nakoming van een nevenverbintenis. Daarbij is het wettelijk uitgangspunt dat iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit wederkerige overeenkomst de crediteur de bevoegdheid geeft om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden. Het maakt in beginsel geen verschil of de niet-nakoming totaal is, dan wel gedeeltelijk, of kwalitatief van aard en – bij onmogelijkheid van nakoming – of deze reeds bij het sluiten van de overeenkomst bestond dan wel eerst later is opgekomen.<sup>11</sup> Tevens is de gedachte van de wetgever dat ontbinding ook in geval van niet-toerekenbare tekortkoming mogelijk moet zijn.<sup>12</sup>

8. Zie hierover o.m. Hartlief 1994, p. 26 en G.J.P. de Vries, *Recht op nakoming en op schadevergoeding en ontbinding wegens tekortkoming*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 129.

9. F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 1993, p. 78.

10. Zie hiervoor in de context van overnamecontracten de reikwijdte van mededelings- en onderzoeksplichten o.a. HR 16 juni 2000, NJ 2001, 559 (L.E. Beheer/Stijnman), HR 10 oktober 2003, LJN AI0306, (VBICM/Interchem) en HR 14 mei 2004, NJ 2004, 361 (M&M Beheer).

11. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1004.

12. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1004. Zie o.a. ook De Vries 1997, p. 142, en recent de conclusie van P-G Huydecoper bij HR 11 januari 2008, LJN BB7195.

Voor zover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, ontstaat de bevoegdheid tot ontbinding pas, wanneer de schuldenaar in verzuim is (zie art. 6:265 lid 2 BW).

Alleen in het geval de tekortkoming, gezien haar geringe betekenis, ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt, kan van de bevoegdheid tot ontbinding geen gebruik gemaakt worden (zie art. 6:265 lid 1 BW, slotzinsnede). In de literatuur is uitgebreid aandacht besteed aan de reikwijdte van de ontbindingsbevoegdheid.<sup>13</sup> Bij de vraag of er sprake is van een uitzondering op de bevoegdheid tot ontbinding, besliste de Hoge Raad dat de bijzondere aard van een bepaalde tekortkoming en de uitzonderlijk ingrijpende gevolgen van een concrete ontbinding factoren zijn die invloed hebben op het oordeel dat de tekortkoming gerechtvaardigd is.<sup>14</sup> Het is goed denkbaar dat deze afweging leidt tot de conclusie dat een algehele ontbinding niet, maar een vorm van gedeeltelijke ontbinding wel door de tekortkoming gerechtvaardigd wordt.<sup>15</sup> Naar mijn mening kan deze afweging er ook toe leiden dat zelfs gedeeltelijke ontbinding niet door de tekortkoming gerechtvaardigd wordt. In de literatuur is door sommige auteurs bepleit dat het recht op ontbinding onderworpen is aan nadere eisen.<sup>16</sup> Ondanks druk vanuit de literatuur weigert de Hoge Raad tot op heden het recht op ontbinding te toetsen aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit en houdt hij vast aan het hiervoor genoemde wettelijk uitgangspunt dat recht op ontbinding vooropstaat en dat zodra de wederpartij tekortschiet, de schuldeiser kan ontbinden.<sup>17</sup>

### *Gedeeltelijke ontbinding*

De mogelijkheid tot gedeeltelijke ontbinding houdt een vermindering van wederkerige prestaties in en wel een evenredige vermindering in hoeveelheid of hoedanigheid (zie art. 6:270 BW). Vormen van gedeeltelijke ontbinding zijn

13. Zie o.a. L. Reurich, *Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van redelijkheid en billijkheid*, Deventer: Kluwer 2005, p. 101, Hartlief 1994, p. 204 e.v. en Bakels 1993, p. 260 e.v.

14. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1004 en 1005. Zie tevens o.a. HR 19 januari 1959, NJ 1960, 46, HR 10 augustus 1992, NJ 1992, 715 (Lensink/Van Koppenhagen), HR 31 december 1993, NJ 1994, 317 en HR 27 november 1998, NJ 1999, 197 (De Bruin c.s./Meijling).

15. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1005.

16. Zie noot Brunner onder HR 26 maart 1982, NJ 1982, 626, en verder o.a. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming, de remedies voor wanprestatie in het licht van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit*, Deventer: Kluwer 2007, p. 5, Bakels 1993, p. 226 e.v., Hartlief 1994, p. 204 e.v., J.H. Nieuwenhuis, *Vernietigen, ontbinden of aanpassen*, WPNR 1995 (6164), p. 39 e.v., P. Abas, *De vordering tot ontbinding wegens wanprestatie aan redelijkheid getoetst?* WPNR 1996 (6217), p. 217-218 en boekbesprekingen van F.B. Bakels, WPNR 1994 (6552), p. 660-663 en T. Hartlief, WPNR 1995 (6165), p. 42-43.

17. Zie bijv. HR 24 november 1995, NJ 1996, 160 (Tromp/Regency), HR 24 april 1996, NJ 1996, 489 (Van der Wal-Junior), HR 27 november 1998, NJ 1999, 197 (De Bruijn c.s./Meijling), HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 en HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 (Mol/Meijer). Zie tevens o.a. Asser/Hartkamp 4-II, Deventer: Kluwer 2005, nr. 517, De Vries 1997, p. 147 e.v. en W.L. Valk, *Het recht op ontbinding in de praktijk van de rechtspraak*, NTBR 2003, nr. 3.

de kwantitatieve gedeeltelijke ontbinding (ontbinding naar hoeveelheid), de kwalitatieve gedeeltelijke ontbinding (ontbinding naar hoedanigheid) en de temporele ontbinding (ontbinding naar tijd).<sup>18</sup>

De wettelijke hoofdregel is, gelijk aan algehele ontbinding, dat iedere tekortkoming van koper of verkoper in de nakoming van een van zijn verbintenissen aan de wederpartij de bevoegdheid geeft om de overeenkomst gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze (gedeeltelijke) ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt (zie art. 6:265 lid 1 BW). Tevens kent de bevoegdheid om de overeenkomst gedeeltelijk te ontbinden dezelfde voorwaarden als gehele ontbinding.<sup>19</sup>

### *Verhouding algehele en gedeeltelijke ontbinding*

Uit de wetsgeschiedenis van artikel 6:265 lid 1 BW blijkt dat de schuldeiser, wanneer een tekortkoming in de nakoming betrekking heeft op een gedeelte van de verschuldigde prestatie dan wel een niet-behoorlijke nakoming, de keuze heeft tussen algehele en gedeeltelijke ontbinding.<sup>20</sup> De mogelijkheid die de schuldeiser heeft om een overeenkomst te ontbinden, wordt beheerst door evenredigheid. Uit de redactie van artikel 6:265 lid 1 BW kan worden afgeleid dat het een schuldeiser, wiens wederpartij tekortschiet, niet vrijstaat de overeenkomst geheel te ontbinden, indien hij redelijkerwijs met een gedeeltelijke ontbinding kan volstaan. In de literatuur is bepleit dat gedeeltelijke ontbinding de voorkeur verdient boven algehele ontbinding wanneer de gedeeltelijke prestatie bruikbaar is voor de ontvanger.<sup>21</sup> Bakels stelt dat gedeeltelijke ontbinding en algehele ontbinding onderling worden verbonden door billijkheid.<sup>22</sup> Als vuistregel kan worden aanvaard dat een tekortkoming ten aanzien van slechts een gedeelte van een contractueel verschuldigde deelbare prestatie, alleen ontbinding rechtvaardigt ten aanzien van het daarmee onmiddellijk samenhangende of daaraan evenredige gedeelte van de tegenprestatie.<sup>23</sup> Gedeeltelijke ontbinding wordt door de wetgever, in rechtspraak en in de literatuur, beschouwd als het mindere van algehele ontbinding,<sup>24</sup> waarbij het uiteindelijk aan de rechter is om te beslissen wanneer een gedeeltelijke tekortkoming een algehele ontbinding toestaat.<sup>25</sup> Hoewel er ook buitengerechtelijke ontbinding mogelijk is, verdient ontbinding door de rechter voorkeur. Buitengerechtelijke ontbinding levert meer onzekerheid op, aangezien de met ontbinding van een onder-

neming gepaard gaande waarderingskwesties snel tot discussie zullen leiden.<sup>26</sup>

### **Het overnamecontract en ontbinding**

Een overnamecontract is in wezen niets anders dan een koopovereenkomst waarbij een onderneming wordt verkocht (zie art. 7:1 jo. 7:47 en 3:6 BW).<sup>27</sup> In het overnamecontract heeft de verkoper de verplichting (de aandelen van) de onderneming over te dragen. Daartegenover staat de verplichting van de koper om de afgesproken prijs te betalen. Bij het overnamecontract dient er onderscheid te worden gemaakt tussen de uitvoering en de nakoming van de overeenkomst. Na de levering van de aandelen, of van de activa en passiva, en betaling van de koopprijs is de overeenkomst in beginsel uitgevoerd. Dit betekent niet dat de overeenkomst ook behoorlijk is nagekomen. Vaak is nog niet aan alle hoofdverplichtingen van het overnamecontract voldaan, deze lopen nog door na de overdrachtsdatum (datum van de levering en betaling koopprijs). Als voorbeeld noem ik verplichtingen die voortvloeien uit door de verkoper afgegeven garanties in het overnamecontract. Dit impliceert dat ook na de overdrachtsdatum ontbinding van het overnamecontract mogelijk is. Een andersluidende opvatting zou de mogelijkheid om de ontbinding in te roepen te zeer beperken, aangezien in het algemeen de meeste tekortkomingen plaats zullen vinden na de overdrachtsdatum.<sup>28</sup>

### *Gedeeltelijke ontbinding in het overnamecontract*

Gedeeltelijke ontbinding zal in het kader van overnamecontracten veelal de vorm hebben van een koopprijsvermindering. De koper zal in geval van een tekortkoming door gedeeltelijke ontbinding zijn betalingsverplichting evenredig willen verminderen. Deze tekortkoming ontstaat bijvoorbeeld indien de onderneming na het sluiten van het overnamecontract niet de door partijen vastgestelde waarde of door de verkoper gegarandeerde waarde heeft, zoals bleek uit de balans die door de verkoper aan de koper in het kader van de transactie is verstrekt. De mogelijkheid van gedeeltelijke ontbinding ligt bij inbreuken op garanties voor de hand,<sup>29</sup> aangezien een koopprijsvermindering in de regel een adequaat herstel oplevert van het door partijen beoogde evenwicht tussen de waarde van prestaties van partijen.<sup>30</sup> Daarbij ga ik ervan uit, in overeenstemming met jurisprudentie en literatuur, dat een inbreuk op garanties in het overnamecontract gelijkgesteld kan worden met een toerekenbare tekortkoming.<sup>31</sup>

18. Zie o.m. Hartlief 1994, p. 26, Bakels 1993, p. 305 en Stolp 2007, p. 153.

19. Asser/Hijma 5-I, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2007, nr. 529.

20. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1008, MvA II, p. 1011 en 1012.

21. Zie bijv. Hartlief 1994, p. 96.

22. Bakels 1993, p. 314.

23. Bakels 1993, p. 318.

24. Stolp 2007, p. 153 en Hartlief 1994, p. 122.

25. MvT Parl. Gesch. (Inv.) Boek 7, p. 274.

26. Vgl. Raaijmakers 2002, p. 52.

27. Zie ook Raaijmakers 2002, p. 44.

28. Vgl. Oostwouder 2000, p. 13.

29. G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties in het contractenrecht*, Themis 2005-3, p. 128.

30. Raaijmakers 2002, p. 51. Voor kritiek zie bijv. Brunner in zijn noot bij HR 12 mei 1989, NJ 1990, 235 (Terwisga-Schreven).

31. HR 4 mei 1951, NJ 1952, 129 en G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties in de overnamepraktijk*, in: S.Y.Th. Meijer (red.), *Bedrijfsvername*, Deventer: Kluwer 2005, p. 82.

Vaak voorziet het overnamecontract in de mogelijkheid van een aanpassing van de koopprijs. Partijen nemen dan in het overnamecontract een zogenoemd koopprijsaanpassingsmechanisme op dat ertoe dient partijen de mogelijkheid te geven om de koopprijs aan te passen, vaak op basis van werkkapitaal of eigen vermogen gecombineerd met de afspraak dat de transactie *cash free + debt free* tot stand wordt gebracht. De koper voorkomt met het opnemen van een koopprijsaanpassingsmechanisme dat hij te veel geld moet investeren in de onderneming.<sup>32</sup>

Een koopprijsaanpassingsmechanisme dient te worden onderscheiden van gedeeltelijke ontbinding in de vorm van een prijsvermindering. Bij dit laatste gaat het immers om een aanpassing van de koopprijs wegens een tekortkoming in de nakoming van het overnamecontract, terwijl het koopprijsaanpassingsmechanisme op basis van *closing accounts* dient om de hoogte van het eigen vermogen of het werkkapitaal per *closing* te bepalen. Wel zou in het overnamecontract kunnen worden opgenomen dat een koopprijsvermindering wegens een tekortkoming in de nakoming wordt verminderd met ieder bedrag dat al is vergoed als onderdeel van de koopprijsaanpassing op grond van de *closing accounts*.<sup>33</sup>

#### *Uitsluiting van ontbinding in het overnamecontract*

Als gezegd, doen partijen in overnamecontracten vaak contractueel afstand van het recht op ontbinding. De Hoge Raad bevestigde reeds in 1866 dat partijen deze mogelijkheid hebben.<sup>34</sup> Voor gedeeltelijke ontbinding geldt mijns inziens hetzelfde, aangezien gedeeltelijke ontbinding als het mindere van algehele ontbinding beschouwd moet worden. Partijen kunnen hiertoe in het overnamecontract vrij algemene bepalingen hebben opgenomen, waarbij de mogelijkheid tot ontbinding – zonder verdere specificatie – wordt uitgesloten. Dergelijke bepalingen noem ik hierna uitsluitingsclausules. Het risico voor partijen om geconfronteerd te worden met ongedaanmakingsverbintenissen bij ontbinding van het overnamecontract wegens een tekortkoming wordt weggenomen door het opnemen van een uitsluitingsclausule. Een uitsluitingsclausule dient nauwkeurig te worden geformuleerd, aangezien overnamecontracten, waar partijen worden bijgestaan door juristen, accountants en eventuele andere adviseurs, nopen tot een in beginsel taalkundige uitleg.<sup>35</sup>

#### *Is gedeeltelijke ontbinding mogelijk indien algehele ontbinding is uitgesloten?*

Ik heb hiervoor aangegeven dat het in de overnamepraktijk van groot belang is om een uitsluitingsclausule in het over-

namecontract op te nemen, aangezien de uit de ontbinding voortvloeiende ongedaanmakingsverbintenissen kunnen leiden tot grote moeilijkheden voor partijen. De ratio van een uitsluitingsclausule is niet gelegen in de wens tot bescherming van derden, maar in de wens tot bescherming van partijen zelf. Uitsluiting van ontbinding vloeit dan immers voort uit de onzekerheid die voor partijen zelf aan de uitoefening van het ontbindingsrecht is verbonden.<sup>36</sup>

Brengt deze ratio, alsmede het feit dat gedeeltelijke ontbinding gezien moet worden als het mindere van algehele ontbinding, mee dat partijen bij een overnamecontract geen mogelijkheid hebben om het overnamecontract gedeeltelijk te ontbinden, als zij slechts algehele ontbinding expliciet hebben uitgesloten? Ik meen dat dit niet het geval is.<sup>37</sup> Ten eerste betreft gedeeltelijke ontbinding, zoals hiervoor is gebleken, een wezenlijk andere rechtsfiguur dan algehele ontbinding. Bij gedeeltelijke ontbinding spelen de voor de praktijk zeer onaangename ongedaanmakingsverbintenissen over het algemeen niet, waarmee een belangrijk argument om gedeeltelijke ontbinding uit te sluiten naar mijn mening komt te vervallen. Ten tweede blijkt uit de wetgeschiedenis van artikel 6:265 BW dat de schuldeiser de keuze heeft tussen algehele en gedeeltelijke ontbinding. Indien partijen algehele ontbinding hebben uitgesloten, maar gedeeltelijke ontbinding niet, volgt naar mijn mening uit het systeem van de wet dat de mogelijkheid tot gedeeltelijke ontbinding open blijft staan. Ook in de literatuur is deze opvatting terug te vinden. Zo gaat bijvoorbeeld Olthof, in het kader van uitsluiting van algehele ontbinding in overeenkomsten die zien op de verkoop van onroerend goed, uit van de mogelijkheid dat er nog ruimte is voor de koper om de overeenkomst gedeeltelijk te ontbinden (in de vorm van prijsvermindering) indien partijen algehele ontbinding hebben uitgesloten.<sup>38</sup> Een derde argument kan worden ontleend aan het arrest Mol/Meijer van de Hoge Raad.<sup>39</sup> Het Hof verwerpt, in lijn met eerdere rechtspraak, het standpunt dat de aard van een overnamecontract meebrengt dat een vordering op ontbinding afgewezen zou moeten worden. De Hoge Raad bevestigt dit oordeel en stelt dat de aard van het overnamecontract, mits er een beroep op wordt gedaan, wel meeweegt bij het oordeel of de tekortkoming voldoende ernstig is om de ontbinding te rechtvaardigen.<sup>40</sup> Het voor partijen feitelijk ingrijpende feit als het terugdraaien van een aandelenoverdracht is op zichzelf dus niet voldoende om een beroep op ontbinding af te wijzen, maar zal van

32. A. Grimme, Koopprijsaanpassingen, TOP 2007-4, p. 170.

33. Grimme 2007, p. 171.

34. HR 27 april 1866, W 2794.

35. Vgl. conclusie A-G Timmerman onder HR 19 januari 2007, JOR 2007, 166 (Meyer/Pontmeyer). Zie ook Hof Arnhem 28 juni 2005, JOR 2005, 232.

36. A.I.M. van Mierlo, Overdracht van goederen en de uitsluiting van ontbinding en het beroep op vernietiging wegens wilsgebreken, in: *Onderneming en nieuw burgerlijk recht: opstellenbundel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 123 e.v.

37. Zie ook: Raaijmakers 2003, p. 15.

38. M.M. Olthof, Uitsluiting van ontbinding in de transportakte, WPNR 1991 (6006), p. 331.

39. Zie ook uitvoerig over dit arrest: Oostwouder 2000, nr. 44 en Valk 2003, nr. 3.

40. Zie ook: HR 27 november 1998, NJ 1999, 197 en Stolp 2007, p. 210, Raaijmakers 2003, p. 14 en Oostwouder 2000, p. 12.

geval tot geval beoordeeld dienen te worden. Daarbij kan mijns inziens veel gewicht worden toegekend aan het feit dat, gezien de aanzienlijke implicaties van ontbinding van de overnameovereenkomst (zie hiervoor), hoge eisen gesteld zouden moeten worden in de ernst van de tekortkoming.<sup>41</sup> Voorts verwerpt de Hoge Raad de stelling van verkopers dat, kort gezegd, van de mogelijkheid van ontbinding van het overnamecontract wegens een tekortkoming een terughoudend gebruik moet worden gemaakt.

Vranken stelt in zijn noot onder het arrest dat niet expliciet uit de tekst van het arrest blijkt in hoeverre het niet uitsluiten van de ontbinding een rol heeft gespeeld bij de beslissing van het hof en de Hoge Raad, maar stelt vervolgens dat hij zich zeer goed kan verplaatsen in de redenering dat indien professionele partijen een gebruikelijke voorziening niet treffen (het opnemen van een uitsluitingsclausule in een overnamecontract), zij niet van de rechter kunnen verlangen dat die later voor hun doet wat zij zelf hebben nagelaten, namelijk alsnog de mogelijkheid van ontbinding aan een van de partijen onthouden. Grosheide heeft hierop kritiek geuit en meent dat indien professionele partijen ontbinding niet hebben uitgesloten in het overnamecontract, deze leemte door de rechter naar redelijkheid kan worden ingevuld.<sup>42</sup> Ik ben het met Raaijmakers eens, die betwijfelt of deze mogelijkheid in het geval van een uitsluitingsclausule opgaat. De Hoge Raad is immers waarschijnlijk niet bereid te aanvaarden dat een uitsluitingsclausule zo gebruikelijk is in overnamecontracten dat ook bij afwezigheid daarvan die uitsluiting mag worden aangenomen, als de Hoge Raad niet bereid is in absolute zin de reden te aanvaarden waarom dat zo gebruikelijk is, namelijk dat het later terugdraaien van een aandelentransactie onevenredig bezwarend en daarom onwenselijk is.<sup>43</sup>

In lijn met de redenering van Vranken kan worden gesteld dat indien professionele partijen alleen algehele ontbinding hebben uitgesloten in hun overnamecontract, de verkoper zich in beginsel niet kan verweren tegen een vordering tot gedeeltelijke ontbinding. In de praktijk zal het dus van groot belang zijn voor partijen dat zij zich bewust zijn van het feit dat zij, ook wanneer zij algehele ontbinding – zonder verdere specificaties – hebben uitgesloten, de mogelijkheid tot gedeeltelijke ontbinding dienen uit te sluiten, indien zij dit beogen. Laten partijen dit na, dan blijft de mogelijkheid van gedeeltelijke ontbinding als een zwaard van Damocles hangen boven de transactie waarop het overnamecontract ziet.<sup>44</sup>

---

41. Vgl. Raaijmakers 2003, p. 14.

42. F.W. Grosheide, Lees maar, er staat wat er staat, WPNR 2001 (6248), p. 12.

43. Raaijmakers 2003, p. 15.

44. Vgl. noot A-G Bakels onder HR 13 april 2001, NJ 2001, 326 (Braat/Ros). Zie ook: A.A. van Velten, De clausule van uitsluiting van ontbinding en vernietiging bij een koopovereenkomst is geen gebruikelijk beding (meer), WPNR 1992 (6063), p. 677 en A.A. van Velten, Dienen partijen wel of geen afstand te doen van hun bevoegdheid om ontbinding te vorderen?, WPNR 2001 (6458), p. 793.

Uiteraard kunnen er ook goede redenen zijn voor de koper om de mogelijkheid van gedeeltelijke ontbinding bewust open te laten om zich zo te wapenen tegen eventuele 'lijken uit de kast'. Uit een overzicht van lagere rechtspraak volgt dat de redelijkheid en billijkheid zich onder omstandigheden kunnen verzetten tegen een beroep op gedeeltelijke ontbinding, namelijk indien de tekortkoming in de nakoming dermate gering is dat gedeeltelijke ontbinding niet gerechtvaardigd is.<sup>45</sup> Daarbij dienen alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en de betekenis van het beding in de naleving waarvan tekort is geschoten, de aard van de overeenkomst en de wederzijdse belangen, te worden meegenomen.<sup>46</sup> De Hoge Raad heeft echter meerdere malen aangegeven dat een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ter afwering van de (gedeeltelijke) ontbinding niet snel gehonoreerd zal worden. Dat neemt niet weg dat een concrete toets zal moeten plaatsvinden, waarbij tot op heden onvoldoende duidelijkheid bestaat hoe deze toets gehanteerd moet worden door de rechter.<sup>47</sup>

### Conclusie

Indien partijen niet alleen algehele, maar ook gedeeltelijke ontbinding in de vorm van vermindering van de koopprijs willen uitsluiten, zullen zij dat uitdrukkelijk moeten bepalen in het overnamecontract. Laten partijen dit na, dan blijft naar mijn mening de mogelijkheid tot gedeeltelijke ontbinding voor de koper openstaan, mits de tekortkoming de gedeeltelijke ontbinding rechtvaardigt. Gedeeltelijke ontbinding blijft dan voor partijen als een zwaard van Damocles boven de transactie hangen.

*Mr. H.K. Strikwerda  
NautaDutilh*

---

45. Zie Stolp 2007, p. 212.

46. Zie o.a. HR 6 juni 1997, NJ 1998, 128 (Van Bommel/Ruijgrok), HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 (Mol/Meijer), HR 27 november 1998, NJ 1999, 197 en P-G Hartkamp in zijn conclusie onder HR 29 oktober 2004, NJ 2005, 79.

47. Asser/Hijma, Bijzondere overeenkomsten, deel I: koop en ruil, 5-I, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2007, nr. 534 en Raaijmakers 2002, p. 51.