

# ‘Naar beste weten van verkoper’ in garantiebepalingen

*Mr. G. C. Linse\**

## Inleiding

Bij onderhandelingen over een overnamecontract wordt doorgaans – terecht – lang stilgestaan bij de invulling van de garantiebepalingen. Onderhandelingen over garantiebepalingen zijn niet enkel beperkt tot welke garanties moeten worden gegeven. Evenzo belangrijk is in hoeverre de verkoper zijn aansprakelijkheid kan inperken of de tekst van een enkele garantie wat verder kan afzwakken. Teneinde dat laatste te bereiken worden vaak de termen ‘naar beste weten van verkoper’ of – in Engelstalige contracten – ‘to the best of seller’s knowledge’ en vergelijkbare formuleringen aan garantiebepalingen toegevoegd. Bij bestudering van verschillende overnamecontracten blijkt dat de term soms in weinig voor de hand liggende bepalingen wordt gebruikt, zonder dat partijen goed hebben nagedacht wat het gevolg is van het toevoegen van die term.

## Het gebruik van ‘naar beste weten van verkoper’

In overnamecontracten is de term ‘naar beste weten van verkoper’ bruikbaar voor garanties waarvan het gelegitimeerd is dat de verkoper op het moment dat de garantie wordt gegeven, niet op de hoogte is van een inbreuk daarop.<sup>1</sup>

Zo is het voor te stellen dat een verkoper niet van alle juridische procedures op de hoogte is die dreigen voor een vennootschap. Een garantie dat, naar beste weten van de verkoper, geen juridische procedures dreigen voor de vennootschap, kan daarom acceptabel zijn. Als een dagvaarding een dag na het geven van een dergelijke garantie aan de vennootschap wordt betekend, betekent dit niet per definitie dat de verkoper op het moment dat de garantie werd gegeven, zich niet al realiseerde dat de procedure dreigde. Dat hoeft echter niet altijd het geval te zijn – een dagvaarding kan ook onverwachts worden ontvangen, waardoor de dreiging ook echt niet bekend was.

Een vergelijkbaar voorbeeld kan worden gegeven over inbreuk op intellectuele eigendomsrechten door de vennootschap, die onderwerp is van de transactie. Een verkoper en de vennootschap zullen zich niet altijd bewust zijn dat deze laatste inbreuk maakt op intellectuele eigendomsrechten, en de verkoper is dus niet altijd bereid een daartoe strekkende ongeclausuleerde garantie te verschaffen. De toevoeging ‘naar beste weten’ biedt in dat geval uitkomst.

Er zijn ook situaties denkbaar waarin voornoemde twee voorbeelden (dreigende juridische procedures en inbreuk op intellectuele eigendomsrechten) minder relevant zijn. Men denke bijvoorbeeld aan een management buy-out (MBO): het management gaat zelf investeren in de vennootschap waarvan hij het management uitoefent. In een dergelijk geval weet de verkoper (de aandeelhouder van de vennootschap) doorgaans minder over de vennootschap dan de koper (het management van die vennootschap), want de aandeelhouder zou de informatie over bijvoorbeeld dreigende procedures van het management moeten ontvangen. Het valt te betwisten of het bij een dergelijke transactie zin heeft om als verkoper een garantie ‘naar beste weten’ te geven, omdat het in dat geval het ‘weten’ van de koper (het management) betreft. In dat geval is na de transactie een vordering van de koper dat de verkoper wist dat er procedures dreigden, gedoemd te mislukken, omdat de koper dat dan zelf (ook) al wist op het moment dat de garantie werd gegeven. Overigens is er bij een MBO meestal ook een andere investeerder die mee-investeert, die niet de kennis heeft van het management, waardoor geclausuleerde garanties weer wél zin kunnen hebben. Over de toerekening van kennis aan management later meer.

## Gevolgen

Het gevolg van het toevoegen van de term ‘naar beste weten’ is dat de verkoper niet aansprakelijk is voor problemen waarvan hij niet op de hoogte is. Er is sprake van een risicoverschuiving van de verkoper naar de koper voor problemen waar niemand van weet. Dit kan op zich een acceptabel uitgangspunt zijn, maar dit zou ook consequenties moeten hebben voor de overige voorwaarden van de transactie, bijvoorbeeld voor de koopprijs.

Het is voor een koper van belang dat hij zich realiseert dat hij, als de transactie op een procedure uitloopt, niet alleen zal moeten bewijzen dat er, zoals in het voorbeeld hiervoor, een juridische procedure dreigde, maar ook dat de verkoper daarvan op de hoogte was. Het leveren van bewijs voor dat tweede punt kan een drempel vormen om aansprakelijkheid van de verkoper vast te stellen, omdat ‘wetenschap’ van een bepaald feit bij een ander moeilijk is te bewijzen.<sup>2</sup> Hiertegenover staat dat een koper (in ieder geval bij een aandelentransactie) ook de administratie van

\* Mr. G.C. Linse is werkzaam als advocaat bij Allen & Overy.

1. S.F. Reed & A.R. Lajoux, *The art of M&A. A merger/acquisition/buyout guide*, McGraw-Hill 1998, p. 463.

2. 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, p. 126.

de vennootschap verkrijgt, waaruit kan blijken dat een en ander aan de verkoper bekend was.

### Feitelijke kennis

Indien partijen de term 'naar beste weten' gebruiken, moeten zij er rekening mee houden dat deze term niet steeds op dezelfde wijze door een rechter zal worden uitgelegd. Voor de uitleg van garanties komt het aan op de zin die partijen bij de overeenkomst in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan het begrip in de bepaling waarin het is gehanteerd, mochten toekennen, en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.<sup>3</sup> Hiermee wordt de zogenoemde Haviltex-formule<sup>4</sup> toegepast. In de afgelopen jaren lijkt de Hoge Raad steeds vaker gewicht toe te kennen aan de taalkundige betekenis van de bewoordingen van de overeenkomst.<sup>5</sup> Welke betekenis zal een rechter in welke situatie aan deze term toekennen, en wat betekent dat voor de garantie?

#### *Feitelijke kennis zonder navraag*

In 1986 had de Hoge Raad in het arrest Ernst en Latten/Crombag-Spaai<sup>6</sup> reeds de mogelijkheid enige duidelijkheid te verschaffen over de betekenis van de term 'naar beste weten'. Dit arrest ziet voornamelijk op de dunne lijn tussen de mededelingsplicht van een verkoper en de onderzoeksplicht van een koper bij koop en verkoop, maar is desalniettemin interessant, omdat de Hoge Raad enige richting geeft aan de term 'naar beste weten' in dit verband. Toen Ernst en Latten een huis wilden kopen had (de directeur van) Crombag-Spaai gezegd dat 'bij zijn weten het onroerend goed niet in een bestemmingsplan viel', toen Ernst en Latten naar het bestaan van een bestemmingsplan vroegen. Na het sluiten van de koop bleek dat er wel degelijk een bestemmingsplan was, waaruit bleek dat een deel van de tuin achter het huis bestemd was om ruimte te bieden aan een weg die het huis zou afscheiden van het achtergelegen natuurgebied.

Crombag-Spaai was van mening dat 'bij zijn weten' betekende dat hij het antwoord op de vraag ook niet wist en dat Ernst en Latten maar bij de gemeente moesten informeren, zo blijkt uit het arrest. Ernst en Latten hebben steeds gesteld dat zij de mededeling zo hebben opgevat dat er geen sprake was van een bestemmingsplan, en de mededeling ook als zodanig mochten opvatten. De Hoge Raad noemt zelf een derde mogelijkheid, namelijk dat bedoeld was 'dat zulks bij [weten van Crombag-Spaai] niet het geval was'. De Hoge Raad komt vervolgens niet toe aan wat in dit geval de juiste betekenis is, en legt de bepaling ook niet uit, maar oordeelt dat 'de mededeling zoveel onzekerheid liet dat, gezien het belang dat [Ernst en Latten] aan de kwestie hechten, nadere informatie te bevoegder plaatse geboden was'. Helaas gaf de Hoge Raad destijds dus nog geen nadere invulling van het

begrip 'naar beste weten', maar oordeelde slechts dat in dit geval sprake was van een nadere onderzoeksplicht van de kopers.

Het hof lijkt in Ernst en Latten/Crombag-Spaai te neigen naar een toets of sprake is van 'feitelijke wetenschap' bij Crombag-Spaai, omdat Ernst en Latten worden toegelaten tot het leveren van bewijs dat Crombag-Spaai toen de overeenkomst werd gesloten, *wist* dat het onroerend goed in een bestemmingsplan viel, wat de Hoge Raad overneemt. Er wordt geen aandacht besteed aan de gedachte dat Crombag-Spaai eenvoudig had *kunnen* weten dat het onroerend goed in een bestemmingsplan viel, wat zou hebben gewezen op een normatieve invulling van het begrip.

Uit dit arrest zou kunnen worden afgeleid dat de Hoge Raad in bepaalde gevallen de term 'naar mijn weten' zal uitleggen als feitelijke kennis, zonder dat navraag is gedaan. Alhoewel het hier niet specifiek om een garantiebepaling ging, maar om een mededeling door de verkoper, zou de Hoge Raad deze uitleg ook goed bij garantiebepalingen kunnen toepassen.

#### *Feitelijke kennis na navraag*

Een andere uitleg van de term 'naar beste weten' werd door de Hoge Raad in het arrest Philips/Phoenix<sup>7</sup> aangenomen en komt in het kort neer op een feitelijke kennis van de verkoper, nadat deze navraag heeft gedaan.

In het arrest Philips/Phoenix ging het om een overnamecontract waarin Philips aan Phoenix alle aandelen in BCcomponents Holdings B.V. verkocht. Partijen hadden in september 1998 een voorlopig koopcontract (de *sale and purchase agreement* (SPA)) ondertekend. De inhoud van de definitieve SPA stond wel al vast, maar werd nog niet ondertekend, omdat partijen nog overleg moesten voeren met de betrokken vakbonden en ondernemingsraden. De SPA bepaalde dat levering van de aandelen (*closing*) afhankelijk zou zijn van de vervulling van een aantal voorwaarden. De SPA bevatte voorts een zogenoemde MAC-clausule, die luidde dat 'to the Knowledge of Seller, since December 31, 1997 the Business has been operated in the ordinary course of business and has not suffered a Material Adverse Change', waarbij een *material adverse change* (MAC) volgens de SPA kort gezegd inhield een feit dat een nadelig gevolg heeft voor de onderneming, de financiële staat of resultaten of activiteiten van de onderneming als geheel.

Naar aanleiding van de bekendmaking van de resultaten over de eerste negen maanden van het boekjaar van BCcomponents, maar nog vóór definitieve ondertekening van de SPA, wordt de koopprijs heronderhandeld en uiteindelijk verlaagd (het amendement). Nadat de *closing* heeft plaatsgevonden, stelt Phoenix zich op het standpunt dat in de periode tussen het amendement en de *closing* zich gebeurtenissen hebben voorgedaan die als MAC zijn aan te merken, zonder dat Philips daarvan melding

3. HR 22 december 1995, NJ 1996, 300 (Hoog Catharijne), bevestigd door HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562.

4. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex).

5. HR 17 en 24 september 1993, NJ 1994, 173 en 174, HR 20 februari 2004, NJ 2005, 793 (DSM/Fox), HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575 (Meyer Europe/Pontmeyer) en HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576.

6. HR 18 april 1986, NJ 1986, 747 (Ernst en Latten/Crombag-Spaai).

7. HR 7 september 2007, RvdW 2007, 747 (Philips/Phoenix), waarover ook N. Vles, De toevoeging to the seller's knowledge in commerciële overnamecontracten: een slag om de arm, V&O 2007, p. 203-205.

heeft gemaakt aan Phoenix. Philips stelt zich op het standpunt dat geen sprake was van een MAC en dat zij aan haar contractuele informatieplicht heeft voldaan. De rechtbank wijst de vordering van Phoenix af en het hof bekrachtigt dat vonnis en stelt vast dat niet is vast komen te staan dat Philips 'Knowledge' had van de aanwezigheid van een MAC. Het is gebruikelijk om de term 'knowledge' in een SPA te definiëren. Meestal is 'knowledge' beperkt tot de kennis van een beperkt aantal mensen van wie de namen in een lijstje bij de SPA zijn opgenomen. Helaas is de betreffende passage uit de SPA niet letterlijk in het arrest overgenomen. Uit het arrest is af te leiden dat volgens de SPA onder 'Knowledge' moet worden verstaan de feitelijke kennis van daarvoor in de SPA gespecificeerde personen na het laten uitvoeren van een *reasonable enquiry*.

A-G Keus is van mening dat in de uitleg van het hof (die is overgenomen door de Hoge Raad) ligt besloten dat vereist is dat bij ten minste één van de *Knowledge*-personen een op zichzelf reeds toereikende wetenschap aanwezig zou zijn, wat 'Knowledge' als hypothetische som van op zichzelf ontoereikende fragmenten van bij verschillende *Knowledge*-personen aanwezige wetenschap uitsluit. Met andere woorden, de kennis van verschillende personen gezamenlijk leidt niet tot 'Knowledge', het gaat erom dat minimaal één individu voldoende kennis had, om van 'Knowledge' te kunnen spreken. Het ging in dit geval dus om kennis in individuele en feitelijke zin en niet in cumulatieve en normatieve zin.

Over de *reasonable enquiry* door Philips oordeelt de Hoge Raad als volgt:

'Mede in aanmerking genomen dat het Hof bij zijn oordeel heeft betrokken dat op grond van de SPA aan verklaringen omtrent het begrip "Knowledge" een *reasonable enquiry* vooraf dient te gaan, is zijn oordeel dat dit begrip "Knowledge" uitsluitend feitelijk en niet (mede) normatief moet worden opgevat, niet onbegrijpelijk.'

De Hoge Raad neemt *mede* in aanmerking dat, omdat krachtens de SPA een *reasonable enquiry* vereist was voor 'Knowledge', dit begrip ziet op feitelijke wetenschap. Uit het woord 'mede' kan worden afgeleid dat ook andere omstandigheden zijn meegewogen om tot deze uitleg te komen.<sup>8</sup> Het is niet duidelijk welke omstandigheden *mede* in aanmerking zijn genomen, omdat (vanzelfsprekend) niet de integrale tekst van de SPA in het arrest is opgenomen en niet alle details van de transactie bekend zijn.

Het hof oordeelde in het arrest Philips/Phoenix dat de *Knowledge*-personen ook met een *reasonable enquiry* geen 'Knowledge' hadden kunnen verkrijgen. Het hof gaat daarbij alleen in op het rapportagesysteem waaruit de relevante informatie gehaald kon worden, en tot wanneer die informatie nog aangepast kon worden. Het was interessant geweest als de Hoge Raad een nadere uitleg had gegeven aan wanneer sprake is van een *reaso-*

*nable enquiry*, maar dit blijft onderbelicht in het arrest. Over de invulling van de *reasonable enquiry* hierna meer.

### Normatief element: voldoende navraag

Voornoemde arresten kunnen worden gebruikt als leidraad voor de uitleg van de betekenis van 'naar mijn weten' of 'naar mijn beste weten' maar toch blijft de uitleg van een dergelijke bepaling sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Een rechter zal op basis van voornoemde jurisprudentie bepalen of er sprake is van feitelijke wetenschap bij de verkoper. Hij zal daarbij echter ook kijken of de verkoper voldoende navraag heeft gedaan (tenzij het doen van navraag is uitgesloten in de definitie van 'wetenschap' in het contract). Door de toets toe te passen of voldoende navraag is gedaan, krijgt de feitelijke wetenschap van de verkoper alsnog een normatief element: heeft hij *voldoende* navraag gedaan?

De precieze invulling van het doen van navraag is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Binnen een grote multinational zal bij de verkoop van een bedrijfsonderdeel navraag bij de lokale managers vaak afdoende onderzoek zijn. Naarmate de verkopende partij kleiner is (en de communicatielijnen doorgaans korter zijn), zal navraag op lager niveau meer voor de hand liggen. In het arrest Philip/Phoenix neemt de Hoge Raad genoegen met bestudering van de bestaande financiële rapportagesystemen van Philips. In dat geval ging het ook om een zuiver financiële vraag (is er sprake van een (financiële) MAC?).

Het doen van voldoende navraag kan worden vergeleken met het doen van onderzoek in verband met een zogenaemde *disclosure letter*, die doorgaans wordt opgesteld in verband met de gegeven garanties. In de *disclosure letter* wordt de aansprakelijkheid van de verkoper voor de garanties geclausuleerd, in die zin dat alle inbreuken op de garanties waarvan de verkoper op de hoogte is, aan de koper bekend worden gemaakt voor ondertekening van het contract. Daardoor is de koper daarvan al op de hoogte op het moment dat de garanties worden gegeven, waarmee de aansprakelijkheid van de verkoper wordt beperkt.

Bij het opstellen van de *disclosure letter* zal de verkoper doorgaans navraag doen bij lokale managers om zeker te zijn dat de garanties juist zijn. Een dergelijk onderzoek in verband met de *disclosure letter* zou voldoende moeten zijn om te bewijzen dat een garantie 'naar beste weten' kon worden gegeven, indien een dergelijk onderzoek voor de *disclosure letter* voldoende accuraat wordt uitgevoerd. De lokale managers moeten op de hoogte zijn van de inhoud van de (relevante) garantie, zij moeten enige tijd hebben gekregen om zelf onderzoek of navraag te doen over de juistheid van de garanties, en zij moeten zicht bewust zijn van het belang ervan.

Het onderscheid tussen een garantie die 'naar mijn weten' wordt gegeven of 'naar mijn beste weten', zal worden ingevuld door de mate waarin navraag of onderzoek is gedaan. In het geval van 'naar mijn beste weten' zal meer gewicht worden toegekend aan

8. Zie ook Vles 2007, p. 204.

het normatieve element van navraag doen, tenzij partijen zijn overeengekomen dat het niet vereist is dat navraag wordt gedaan.

### Slot

Bij garantiebepalingen brengt de toevoeging ‘naar beste weten’ een wijziging aan in de risicoverdeling bij garanties: problemen die bij niemand bekend zijn, komen voor rekening en risico van de koper en niet van de verkoper. Daardoor zal de koper voor een vordering onder de betreffende garantie niet alleen moeten bewijzen dat de kern van de garantie onjuist is, maar ook dat de verkoper daarvan kennis had.

De betekenis van de term ‘naar beste weten’ wordt ingevuld aan de hand van de vaste rechtspraak voor de uitleg van contractsbepalingen. Indien partijen in de overeenkomst hebben uitgelegd wat zij bedoelen met ‘naar beste weten’, dient bij die uitleg gezien de recente jurisprudentie veel gewicht toegekend te worden aan de taalkundige betekenis van die bewoordingen.

Bij de uitleg van de term ‘naar beste weten’ zal dit in beperkte gevallen kennis zonder navraag inhouden. Dit zal echter alleen het geval zijn als de term expliciet zo is gedefinieerd of als de relevante informatie zo algemeen van aard is en zo eenvoudig verkrijgbaar, dat van de koper zelf mag worden aangenomen dat deze navraag doet. In de meeste gevallen zal het feitelijke kennis na navraag betekenen. De toets of sprake is van feitelijke kennis, zal alsnog voor een deel normatief worden ingevuld, omdat zal worden vastgesteld of voldoende navraag is gedaan.

Voor de vraag wat wordt verstaan onder ‘voldoende navraag’, kan in beginsel worden aangesloten bij reeds bestaande rapportagesystemen binnen een onderneming. Navraag dat is gebaseerd op onderzoek vanwege de *disclosure letter*, zou in beginsel ook afdoende moeten zijn. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de grootte van de onderneming en de transactie, kan een nadere navraag echter vereist zijn.

Het is in ieder geval aan te raden om goed te overwegen waarom een partij de term ‘naar beste weten’ in een overnamecontract wil gebruiken. Als daarvoor een goede reden is, zorg dan dat de term goed is gedefinieerd en dat ook is vastgelegd wat wordt bedoeld met ‘voldoende navraag’.