

Enkele juridische aspecten van due diligence

Mr. M. Brink, drs. S. Martis , datum 22-07-2010

Datum

22-07-2010

Auteur

Mr. M. Brink, drs. S. Martis

Auteursprofiel

[mr. dr. M. Brink](#)

[drs. S.C.C. Martis](#)

Vakgebied(en)

Verbintenissenrecht (V)

Mr. M. Brink, drs. S. Martis

1. Inleiding

De term 'due diligence', zoals die heden ten dage in de transactiepraktijk wordt gekend, is de uitdrukking van een activiteit ter vermijding van aansprakelijkheid, welke is voortgekomen uit de Amerikaanse financiële praktijk (M. Brink, *Due diligence. Een beschouwing over het due diligence onderzoek volgens het Nederlands recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009). Het begrip 'due diligence' laat zich niet goed naar het Nederlands vertalen. Er is geen Nederlands equivalent voor deze term, of het zou 'gepaste voorzichtigheid' dan wel 'verschuldigde oplettendheid' moeten zijn. Met due diligence wordt in ons land (ook) het onderzoek bedoeld dat plaatsvindt als er sprake is van een wijziging in de zeggenschap in een rechtspersoon, in de eigendom van een onderneming of als er een (andere) financiële transactie van betekenis aan de orde is zoals bij voorgenomen beursintroductions, fusies, overnames, joint ventures of een andere belangrijke investering. Nu het bij dergelijke transacties voor degenen die de investeringen doen of de beslissingen moeten nemen, 'van buitenaf' niet te zien is of er in de doelwitvennootschap problemen te verwachten zijn of onwelgevallige verplichtingen zijn aangegaan, dan wel voor de doelwitvennootschap aansprakelijkheden aan de orde (kunnen) zijn, wordt een due diligence onderzoek uitgevoerd om zo veel mogelijk duidelijkheid te verkrijgen over het voorwerp van de transactie en/of over de partij waarmee een transactie wordt aangegaan. Bij een regulier due diligence onderzoek, binnen het kader van een commerciële transactie tussen ondernemingen, zal het onderzoek verschillende gebieden betreffen zoals: financiële en accountancy aspecten, fiscale aspecten, juridische aspecten, milieuaspecten, technologieaspecten en ook synergie en integratievoordelen (cultuuraspecten). Hierna worden enkele juridische aspecten van het due diligence onderzoek aangesproken. Met name due diligence in relatie tot garanties/vrijwaringen en de vraag of er een verplichting kan worden aangenomen om gebreken - die tijdens het uitvoeren van een due diligence onderzoek zijn ontdekt - te melden aan de andere partij bij de voorgenomen transactie, zullen worden belicht. Ook zal worden ingaan op due diligence als input voor het formuleren van een voorbehoud in een overnameovereenkomst.

2. Garanties en vrijwaringen

Een due diligence onderzoek is een belangrijke opmaat naar het bespreken en het voorwerp van onderhandeling maken van garanties en vrijwaringen in de transactedocumentatie. De uitkomst van het due diligence onderzoek is mede bepalend voor de vraag welke garanties en/of vrijwaringen er verlangd (dienen te) worden in een overnameovereenkomst. Een scherp onderscheid tussen beide begrippen wordt overigens niet altijd gemaakt (Voor een ampele bespreking van garanties en vrijwaringen verwijzen wij naar G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties bij overnames*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002 en R.P.J.L. Tjittes, 'De uitleg van garanties en vrijwaringen in overnamecontracten', in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008*, p. 113 e.v.). Grofweg gezegd zou het onderscheid kunnen worden uitgedrukt door te spreken over 'generieke' of 'niet-specifieke' garanties enerzijds ('garanties') en specifieke garanties anderzijds ('vrijwaringen'). Een voorbeeld van een generieke garantie is een balansgarantie of de garantie dat door de doelwitvennootschap over alle nodige vergunningen wordt beschikt. Een vrijwaring is dan een specifieke garantie, een verzekering welke de ene partij aan de andere partij geeft van het bestaan van een feit waarop de andere partij zich mag verlaten. Een vrijwaring geeft de koper er recht op om gevrijwaard te blijven van nadelige gevolgen van het niet bestaan van een geïdentificeerd probleem.

In de overnamepraktijk is het regelmatig een voorwerp van discussie tussen de bij de onderhandeling betrokken partijen of

de uitvoering van een due diligence onderzoek beperkingen moet meebrengen waar het de te verschaffen garanties betreft. De verkoper wil zich bij voorkeur zo weinig mogelijk gecommiteerd weten aan garanties en zal de informatie welke uit het due diligence onderzoek verkregen kan worden, aanvoeren als reden om minder garanties te hoeven verlenen. De koper zal betogen dat hij weliswaar een onderzoek heeft ingesteld, maar desondanks niet weet of er dubbele bodems zijn, waartussen zich toch nog verrassingen kunnen bevinden. De verkoper zal zich willen vrijwaren van dwalingacties en proberen zoveel mogelijk de tijdens een due diligence onderzoek opgedane kennis in de tekst van een overeenkomst te verwerken als bevestiging dat deze de koper naar behoren heeft ingelicht. Ons standpunt is dat een due diligence onderzoek wordt uitgevoerd ter informatie van de koper. Weliswaar voldoet de verkoper mede aan een plicht tot het verschaffen van inlichtingen door het bieden van de gelegenheid om een onderzoek in te stellen maar daarmee is voor de koper op geen manier zekerheid verkregen dat de getoonde informatie ook volledig is.

De rechtspraak van dit moment laat zien dat de afspraken tussen partijen bepalend zijn omtrent de vraag in hoeverre een uitgevoerd due diligence afbreuk kan doen aan gegeven garanties. Dit komt ook tot uitdrukking in een uitspraak van de rechtbank te Rotterdam (Rb. Rotterdam 19 november 1998, *JOR* 1999/31):

'In het algemeen kan een door de koper verricht due diligence onderzoek niet afdoen aan een door de verkoper gegeven balansgarantie. Gedaagde heeft echter gesteld dat eiser bij de uitsluitingen van de gegeven garantie uitdrukkelijk heeft bepaald (...) dat de garantie niet gold voor feiten die in het due diligence onderzoek naar voren waren gekomen. Derhalve is van belang in hoeverre dat onderzoek zich (mede) heeft uitgestrekt tot de problematiek omtrent de fiscaal compensabele verliezen'.

Volgens De Best zou de uit het Hoog Catharijne-arrest (HR 22 december 1995, *NJ* 1996, 300) afgeleide regel dat de koper zich onder bepaalde omstandigheden niet op een door de verkoper afgegeven garantie kan beroepen omdat hij de onjuistheid daarvan op grond van het due diligence onderzoek had kunnen kennen, alleen een rol mogen spelen bij niet-specifieke garanties, zoals een garantie omtrent volledige informatieverschaffing. In andere gevallen zou daar dan wel ruimte voor bestaan (E.A. de Best, 'Bepalingen omtrent de invloed van due diligence onderzoek op de afdwingbaarheid van garanties', *V&O* september 2004 (9), p. 155).

Rechters zijn niet gauw bereid om bekendheid met gebreken te vergeven wanneer er een beroep op een garantie wordt gedaan. Een bevestiging hiervan wordt gevonden in een uitspraak van de rechtbank te Rotterdam (Rb. Rotterdam 28 november 2007, *LJN* BB9319). Het geschil ging over de vermeende schending van een balansgarantie, welke luidde dat de balans een getrouw en duidelijk beeld gaf van de grootte van het vermogen van de vennootschap per de overnamedatum en van de verdeling van actief- en passiefposten. Na de koop bleek er verschil te bestaan in de omvang van de voorraden. De rechtbank overwoog:

'Wat de schending van garanties betreft die de koper mede aan zijn vordering ten grondslag legt, geldt het volgende. Voor de koop was al duidelijk dat er een verschil van inzicht bestond omtrent de waarde, althans de in de balans opgenomen waarde van de handelsvoorraad, waarbij men zich van de zijde van de koper op het standpunt heeft gesteld dat de voorraad (zo goed als) niets waard was. Onder deze omstandigheden komt de koper geen beroep toe op de in de leveringsakte opgenomen algemene garantie dat de balans een getrouw en duidelijk beeld geeft van de grootte van het vermogen van de vennootschap noch op het bepaalde in artikel 2:249 BW, en hem komt in dit verband evenmin een beroep toe op de in de koopovereenkomst opgenomen garantie dat de verkoper geen relevante informatie heeft verzwegen, omdat hij al gereede twijfel koesterde omtrent het verschil tussen de vermelde historische kostprijs van de voorraad en de actuele waarde daarvan. Een en ander zou mogelijk anders kunnen zijn indien afzonderlijk 'de waarde' van de voorraad was gegarandeerd, maar daarvan is geen sprake'.

Kennis van de koper als resultaat van een ingesteld due diligence onderzoek of als gevolg van de bekendgeving van feiten of gebeurtenissen door de verkoper, zullen over het algemeen in de weg staan aan het inroepen van een garantie door de koper. Een niet ongebruikelijke clausule in transactiedocumentatie teneinde om te gaan met de hiervoor bedoelde problematiek, luidt daarom wel als volgt:

'Partijen komen expliciet overeen dat: (i) een beroep van de koper op garanties door de verkoper niet kan worden afgeweerd met een beroep op enige kennis die de koper bij het aangaan van deze overeenkomst had of zou kunnen hebben, met dien verstande dat geen inbreuk op de garanties geacht zal worden te bestaan voor zover de feiten of omstandigheden die een garantie onjuist of onvolledig doen zijn, bij de koper op de datum van ondertekening van deze overeenkomst bekend waren of hadden moeten zijn op basis van een eerste zorgvuldige lezing van de due diligence informatie omdat zij daar ondubbelzinnig en zonder nader onderzoek uit blijken; en (ii) met de garantie een risicoverdeling is beoogd die is verdisconteerd in de transactie en die inhoudt dat (de schadelijke gevolgen van) inbreuken, uitzonderingen en afwijkingen op de garanties met inachtneming van de overige bepalingen in deze overeenkomst steeds geheel en uitsluitend voor rekening van de verkoper komen'. (Het laat zich denken dat de verkoper daarom goedschiks of kwaadschiks kennis zal willen nemen van de inhoud van een due diligence rapport - bijvoorbeeld met gebruikmaking van artikel 843a Rv - om aan te tonen dat er bekendheid was met bepaalde gegevens.)'

3. Meldplicht

Een in de praktijk voorkomend vraagstuk is of tijdens het uitvoeren van een due diligence onderzoek er melding dient te worden gemaakt van de ontdekking van gebreken. Nu zal melding onder omstandigheden wel gebeuren, omdat bevindingen tijdens een due diligence onderzoek aanleiding kunnen zijn tot het vragen van garanties of vrijwaringen of tot het doen bijstellen van de prijs maar wettelijk verplicht is het niet. Noodzakelijk echter wel. Het is in het eigen belang van de onderzoeker en diens opdrachtgever, dat er wel melding wordt gemaakt van geconstateerde gebreken.

Volgens art. 7:17 lid 5 kan een koper zich niet op een gebrek in een zaak beroepen - wanneer de zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt - wanneer dit gebrek hem ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bekend was. In art. 6:228 lid 1 sub 2 krijgt (ook) de verkoper het recht een overeenkomst te vernietigen wanneer de koper heeft nagelaten om de verkoper in te lichten waar het aangelegenheden betreft waarvan de koper wist of behoorde te weten dat dit bij de verkoper ter gelegenheid van het aangaan van de overeenkomst welke de transactie tot stand bracht een onjuiste veronderstelling in het leven riep of liet bestaan, al naar gelang het geval. Daarnaast kan het niet melden door de koper van een aanleiding voor een onjuiste veronderstelling aan de zijde van de verkoper (bijvoorbeeld dat een tijdens een due diligence onderzoek op te merken gebrek niet als bezwaar wordt gezien) meebrengen dat er onder omstandigheden aan de zijde van de koper niet van dwaling kan worden gesproken. Duidelijk zal zijn, dat er relevante bewijsrechtelijke vragen worden opgeroepen wanneer er geen melding heeft plaatsgevonden door de koper van door deze in de voorfase van een transactie geconstateerde gebreken.

Zowel tijdens als na afloop van een due diligence onderzoek kan het belangrijk zijn om geconstateerde gebreken te melden. Wanneer dit wordt nagelaten, wordt het risico aanvaard dat men in een voorkomend geval tegengeworpen krijgt, te hebben ingestemd met het bestaan van de desbetreffende gebreken, dan wel geacht te worden de gevolgen daarvan te hebben verdisconteerd in de afgesproken prijs (Zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem 9 januari 2008, *LJN BC3247* (Laurus/Vomar)). De waarde van het argument dat in een overeenkomst, waarop een transactie is gebaseerd, de bij de koper bestaande kennis verondersteld kan worden te zijn verdisconteerd, blijkt ook uit het arrest van de Hoge Raad in de zaak van Dutch Paint and Chemical Company B.V. (HR 10 oktober 2003, *LJN AI0306*). Het betrof een kwestie waarin een beroep werd gedaan op dwaling, dan wel bedrog, nu de verkoper van aandelen er door de koper van werd beticht op diverse punten essentiële informatie te hebben verzwegen voorafgaand aan het tot stand komen van de koopovereenkomst. Men nam aan dat er sprake was van het opzettelijk verzwijgen van informatie. Op voet van art. 6:228 lid 2 en de omstandigheden van het geval was naar het oordeel van de Hoge Raad terecht geoordeeld dat de koper, wetende dat de verkoper haar onvolledig informeerde, bewust heeft afgezien van het verlangen van het krijgen van volledige informatie of van (verdere) garanties. De koper had in plaats daarvan een substantiële korting op de koopprijs bedongen en aldus bewust het risico genomen dat de waarde van de doelwitvennootschap kon tegenvallen. Hij had de goede en kwade kansen van de gesloten koopovereenkomst aanvaard:

'In dit oordeel ligt besloten dat de koper de kans op dwaling in de overeenkomst heeft verdisconteerd in die zin dat die dwaling op grond van de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende behoort te blijven.'

Het melden van gebreken is eveneens belangrijk met het oog op termijnen waar dit rechtsovereenkomsten tot vernietiging van rechtshandelingen betreft. Te denken valt aan vernietiging van een overeenkomst op grond van een beroep op dwaling, maar ook wanneer het vermeende non-conformiteit betreft. De vernietiging of aanpassing van een overeenkomst op grond van dwaling kan worden gevorderd gedurende drie jaar nadat de bevoegdheid om de vernietigingsgrond in te roepen, ten dienste is komen te staan aan degene aan wie deze bevoegdheid toekomt. Met een beroep op art. 3:55 lid 1 kan de wederpartij stellen dat de bevoegdheid om een beroep op vernietiging van een rechtshandeling te doen, vervallen is wanneer degene aan wie die bevoegdheid toekomt, de rechtshandeling heeft bevestigd nadat de verjaringstermijn een aanvang heeft genomen. Kennis van een gebrek en het onvermeld laten daarvan, kan derhalve leiden tot de aanname dat de overeenkomst is bevestigd. De wil tot bevestiging kan uitdrukkelijk (mondeling of schriftelijk) aan de wederpartij kenbaar worden gemaakt, maar kan ook stilzwijgend geschieden. Uit gedragingen kan ook een verklaring worden afgeleid (art. 3:37 lid 1). In het geval van dwaling, vangt de verjaringstermijn van drie jaar aan nadat de dwaling is ontdekt (HR 8 februari 2008, *LJN BC3880*). Hetzelfde geldt ter zake van de rechtsovereenkomsten tot vernietiging van rechtshandelingen op grond van bedrog of misbruik van omstandigheden. Wanneer het non-conformiteit betreft speelt vernietiging niet, maar vindt art. 7:21 toepassing (recht op nakoming). Onder omstandigheden zal een verkoper met succes kunnen stellen, te hebben gemeend dat de koper het gebrek heeft geaccepteerd, dan wel deze geacht moest worden dit te hebben verdisconteerd in de koopprijs, wanneer het duidelijk is dat de koper voorafgaand aan tot stand komen van de transactie van het gebrek kennis droeg.

Art. 6:89 bepaalt dat op een gebrek in de prestatie geen beroep meer kan worden gedaan, indien niet binnen bekwame tijd nadat het gebrek is ontdekt of redelijkerwijze ontdekt had moeten zijn, geprotesteerd is. Met andere woorden: rechtsverlies door het niet protesteren. Een vaste termijn waarbinnen geprotesteerd moet zijn, geeft de wet niet; ook niet als uitgangspunt. Volgens de parlementaire geschiedenis zou een dergelijk termijn vastgesteld moeten worden aan de hand van de aard van de overeenkomst en de gebruiken (*Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981, p. 316-317). Ook art. 7:23 legt de koper een

klachtplicht op (Bij consumentenkoop is een tijdig termijn voor het klagen twee maanden. Bij niet-consumentenkoop wordt de vraag of binnen bekwame tijd is geklaagd beantwoord door het afwegen van alle betrokken belangen en met inachtneming van alle relevante omstandigheden). Een vordering op grond van art. 7:23 verjaart na twee jaren. Aangezien art. 7:23 een *lex specialis* is, prevaleert de termijn van twee jaren boven het termijn van drie jaar van art. 6:228. Op 23 november 2007 schied de Hoge Raad duidelijkheid in de discussie over de vraag of een op art. 6:89 en 7:23 gestoeld verweer van een verkoper alleen kan opgaan, voor zover de vorderingen van de wederpartij (uitsluitend) zijn gebaseerd op een contractuele relatie tussen partijen (toerekenbare tekortkoming en dwaling), maar niet voor zover de (desbetreffende) vorderingen zijn gebaseerd op onrechtmatige daad (HR 23 november 2007, *LJN* BB3733). De Hoge Raad overwoog:

'In de context van artikel 7:23 lid 2 BW heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 21 april 2006, nummer C05/04.J, *NJ* 2006, 272 geoordeeld dat de hier bedoelde bepalingen gelden voor iedere rechtsvordering van de koper die - en ieder verweer van de koper dat - feitelijk gegrond is op het niet beantwoorden van de afgeleverde zaak aan de overeenkomst, ook indien door de koper op deze grondslag een rechtsvordering uit onrechtmatige daad wordt gebaseerd. Hetzelfde moet worden aangenomen voor de regel van artikel 7:23 lid 1 en voor artikel 6:89, waarvan artikel 7:23 een precisering vormt'.

De relevantie van het voldoen aan een klachtplicht kan niet wordt onderschat. De Hoge Raad heeft volstrekt duidelijk gemaakt dat de bepaling van art. 6:89 en 7:23 lid 1 ertoe strekt dat de schuldenaar die een prestatie heeft verricht, zal worden beschermd, omdat deze erop moet kunnen rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en dat de laatstgenoemde - indien dit niet het geval blijkt te zijn - zulks eveneens met spoed aan de schuldenaar mededeelt (HR 23 maart 2007, *LJN* AZ3531 en HR 23 november 2007, *LJN* BB3733).

4. Opschortende of ontbindende voorwaarde

Een due diligence onderzoek zal vrijwel steeds bedoeld zijn als een waarborg tegen teleurstellingen; zowel wat het voorwerp van koop als waar het de prijs betreft. Dit betekent dat er veelal al in de eerste afspraken opgenomen zal zijn dat de uitslag van een due diligence onderzoek bepalend zal zijn voor de vraag of de onderzoekende partij gebonden wil zijn aan een transactie. De onderzoekende partij zal daarom als opschortende of ontbindende voorwaarde in een *letter of intent*, *term sheet*, andere documentatie of overeenkomst met betrekking tot de transactie zelf, opnemen dat gebondenheid aan de gemaakte afspraken eerst zal gelden (bij een opschortende voorwaarde) of niet langer zal gelden (bij een ontbindende voorwaarde) wanneer de uitslag van het due diligence onderzoek niet tot tevredenheid stemt. Het zo formuleren van een voorwaarde zodat deze voorwaarde degene die het bedingt ook de door diegene gewenste bescherming zal bieden, is nog niet eenvoudig. Ter illustratie hiervan is het arrest in de zaak van Fair Play Centers B.V. (FPC) tegen Geveke Bouw B.V. (HR 5 maart 2010, *LJN* BL0011). In geschil was met name de betekenis van een aanvankelijk door FPC gemaakt voorbehoud ter zake van de financiële haalbaarheid van het plan waar partijen over spraken. Vaststond dat FPC een voorbehoud had gemaakt voor de juridische en economische haalbaarheid van het project. Weliswaar was dat voorbehoud, nadat het aanvankelijk was gemaakt, vervolgens niet bij ieder contact herhaald, maar daaruit kon volgens het hof niet zonder meer worden afgeleid dat het voorbehoud daarom was vervallen. Op grond van de verklaringen van de getuigen die bij de totstandkoming van de overeenkomst aangaande het project betrokken waren, bleek naar het oordeel van het hof dat er wel degelijk overeenstemming was bereikt en dat er dus een definitieve en onvoorwaardelijke overeenkomst tot stand was gekomen tussen Geveke en FPC zonder dat er nog een voorbehouden van toepassing was. FPC gaat in cassatie. In cassatie stelt de procureur-generaal de vraag aan de orde of een concreet voorbehoud moet worden aangemerkt als een voorwaarde. Zo ja, dan is de vraag of die voorwaarde als opschortend dan wel als ontbindend bedoeld is, een kwestie is van uitleg aan de hand van de Haviltex-maatstaf. Het gaat volgens de P-G om een oordeel van feitelijke aard, dat voorbehouden is aan de rechter die over de feiten oordeelt en waarvan de juistheid niet in cassatie kan worden onderzocht. Het beroep in cassatie van FPC werd dan ook verworpen nu de klachten niet noopten tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

Wanneer - hetgeen vaak het geval is - het antwoord op de vraag of er wel of niet sprake is van de vervulling van de voorwaarde te zeer wordt overgelaten aan de discretie van degene die de voorwaarde heeft bedongen, kan deze te maken krijgen met een beroep op art. 6:23. Men kan zich afvragen of een opschortende of ontbindende voorwaarde eigenlijk niet een zogenaamde potestatieve voorwaarde is (art. 6:23). Men spreekt van een potestatieve voorwaarde als de partij die bij de niet-ervulling van een voorwaarde belang heeft, belet of teweegbrengt dat deze wordt vervuld. In het geval dat het de uitoefening van het recht om de overeenkomst wel of niet te ontbinden afhankelijk is gesteld van de inhoud van het due diligence rapport of de (niet) vervulling van een opschortende voorwaarde, is het aan de koper om in de beoordeling van het wel of niet vervuld zijn van deze voorwaarde te treden. Afhankelijk van de wijze waarop een voorwaarde is geformuleerd, zou derhalve een opdrachtgever van het onderzoek een overeenkomst kunnen ontbinden of de ontbinding kunnen veroorzaken of het (niet) in vervulling gaan van een opschortende voorwaarde door vervulling van de voorwaarde te beletten of teweeg te brengen (M.R. Ruygvoorn, *Afgebroken onderhandelingen en het gebruik van voorbehouden*, Deventer: Kluwer 2009).

Het meer objectiveren van de normen waaraan wel of niet voldaan dient te zijn, blijkt in de praktijk niet zelden aanleiding te

geven tot procedures. Het is niet ongebruikelijk om een objectivering te zoeken in het noemen van een bedrag waarmee een negatieve afwijking niet mag worden overtroffen. Wanneer er uit een due diligence onderzoek een afwijking blijkt ten opzichte van de eerder gepresenteerde gegevens van een hoger bedrag, dan treedt een voorwaarde wel of niet in vervulling. Waarderingskwesties geven dan evenwel gemakkelijk aanleiding tot een dispuut. Een voorbeeld is te vinden in een uitspraak van de rechtbank te Arnhem van 19 maart 2008 (*LJN BC8052*, r.o. 4.16). In die zaak was het de koper volgens de gemaakte afspraak toegestaan de overeenkomst te ontbinden indien de uitkomsten van het due diligence onderzoek in belangrijke mate afweken van de voorafgaand aan de ondertekening van de overeenkomst aan de koper verstrekte informatie. Onder 'in belangrijke mate afwijken' werd in dat verband verstaan verschillen welke gezamenlijk of individueel (een belang vertegenwoordigen dat) een bedrag van € 75 000 te boven zou gaan. Uiteindelijk bleek er van een verschil sprake te zijn van € 74 000. Nu daar weer andere factoren tegenover leken te staan blijkt het due diligence rapport, ontstond een discussie over de vraag of er sprake was van een verschil in visie op de betekenis van bepaalde factoren. Ook bij de toepassing van een clause met een ontbindende of een opschortende voorwaarde in de vorm van een in een bedrag of anderszins geobjectiverde norm geldt dat een beroep daarop naar redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar mag zijn.

5. Conclusie

Problemen naar aanleiding van de vraag in hoeverre het uitvoeren van een vorm van due diligence onderzoek afbreuk kan doen aan gegeven garanties, laten zich het beste voorkomen door het maken van heldere afspraken. Ondanks het maken van afspraken over de betekenis welke bekendheid van gegevens naar aanleiding van een due diligence onderzoek mag worden toegekend, zal een verkoper zich tegen een eventuele vordering achteraf willen verweren door te stellen dat een koper zich naar redelijkheid en billijkheid niet mag beroepen op de gevolgen van gebreken, waarvan deze het bestaan voorafgaand aan het aangaan van de transactie kende. Bezien in dit licht oogt het achterwege laten van een due diligence onderzoek - om zodoende ten allen tijde aanspraak te kunnen doen op garanties - aantrekkelijk. Echter, indien er helemaal geen onderzoek is uitgevoerd, kan dat op zich zelf als een verweer - zeker waar het een professionele partij betreft - aan de koper worden tegen geworpen. Op degene die weet of behoort te weten dat er bij het voltooien van een transactie sprake zal zijn van een gebrek in de prestatie, zal bij een gemotiveerde betwisting hebben te bewijzen dat er op een voor de wederpartij kenbare wijze tijdig is geklaagd over de desbetreffende tekortkoming. Uitgangspunt is dat bij een due diligence onderzoek geen algemene meldplicht kan worden aangenomen. De (potentiële) koper is niet wettelijk verplicht om melding te maken van gebreken welke deze tijdens een due diligence onderzoek in het voorwerp van de transactie ontwaart. Echter, de (potentiële) koper heeft wel een klachtplicht wil diens vorderingsrecht niet teloor gaan. Bij het aangaan van een overeenkomst zal de bij de koper bestaande kennis worden verondersteld te zijn verdisconteerd. Kennis van een gebrek op de voorhand zou immers tot de conclusie moeten leiden dat de transactie niet zou moeten worden aangegaan dan wel tot een aanpassing van de prijs zou hebben moeten leiden. Indien geen van beiden heeft plaatsgevonden en achteraf door de koper een beroep wordt gedaan op een gebrek, dat deze kende of behoorde te kennen, zal als regel een vordering van een koper stranden op de derogerende werking van de redelijkheid en de billijkheid.

Voetnoten



Martin Brink is advocaat en Soleanie Martis is paralegal. Beiden zijn werkzaam bij Van Benthem & Keulen N.V. te Utrecht.