

JURIDISCH UP TO DATE

Vakblad voor de juridische praktijk

Dit artikel wordt u aangeboden door Juridisch up to Date

Juridisch up to Date is hét vakblad voor juristen. Hierin vindt u een breed aanbod van korte maar diepgaande artikelen, voorzien van deskundig en praktijkgericht commentaar. In Juridisch up to Date worden alle rechtsgebieden belicht, maar de focus ligt op ondernemingsrecht in nationaal maar ook zeker Europees en internationaal verband. Juridisch up to Date is daarmee een onmisbare nieuwsbron voor juristen die in korte tijd volledig op de hoogte willen zijn van wat zich afspeelt in het brede juridische vakgebied.

Dit kunt u verwachten van Juridisch up to Date:

- 12x per jaar het digitale vakblad
- maandelijkse nieuwsbrief per e-mail
- toegang tot online database

Kijk voor meer informatie of een (proef)abonnement op <https://www.futd.nl/vakblad/juridisch-up-to-date/abonneren/>

© 2022 Rendement Uitgeverij. Alle rechten voorbehouden.

Niets uit deze uitgave mag, noch geheel, noch gedeeltelijk, worden overgenomen en/of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

Mr. J. (Juliette) Wareman¹ en mr. I.M. (Ilse) Berends²

(Informatie)garantie(s) in overnamecontracten bezien in het licht van mededelings- en onderzoeksverplichtingen

2022-0234

Veel partijen hebben dagelijks te maken met koopovereenkomsten. Bij het overgrote deel van deze overeenkomsten weet je precies wat je koopt. Denk bijvoorbeeld aan het aanschaffen van kantoorartikelen of voorraad voor het bedrijf. Bij een klein deel van de koopovereenkomsten is het vooraf echter niet geheel duidelijk wat er precies wordt gekocht. Op dat moment gaan de mededelingsplicht van de verkoper en de onderzoeksplicht van de koper een rol spelen. Ook wanneer het voorwerp van de koopovereenkomst een onderneming is (ongeacht of deze onderneming wordt gekocht via een aandelentransactie of via een activa/passiva transactie), zijn die mededelings- en onderzoeksplicht belangrijk. Hoe deze plichten zich tot elkaar verhouden, is onderwerp van juridische discussie.

Het uitgangspunt is dat de mededelingsplicht in beginsel voor de onderzoeksplicht gaat, maar dat de omvang van de mededelingsplicht mede kan worden bepaald door wat de verkoper aan onderzoeksplicht van de koper mocht verwachten. De omstandigheden die de mededelings- en onderzoeksplicht nuanceren zijn in de jurisprudentie te vinden. De (reikwijdte van de) mededelings- en onderzoeksplicht kan bovendien tussen partijen in de koopovereenkomst verder worden ingekaderd. Aan de onderzoeksplicht wordt bij de aankoop van een onderneming doorgaans invulling gegeven door het door de koper verrichte due diligence onderzoek en door garanties op te nemen in de koopovereenkomst. Een door de verkoper afgegeven informatiegarantie regelt daarentegen doorgaans de omvang van de mededelingsplicht bij de aankoop van een onderneming. In dit artikel gaan wij in op de aandachtspunten die gelden voor verkopers en kopers bij de onderhandelingen over een informatiegarantie in koopovereenkomsten.

1. Mededelings- versus onderzoeksplicht

De algemene mededelings- en onderzoeksplicht komen met name tot uitdrukking in de dwalingsleer van artikel 6:228 BW, meer specifiek lid 1 onderdeel b van dit artikel. Op grond van dit artikel is een overeenkomst vernietigbaar als de wederpartij in verband

met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten. Voor het ontstaan van een mededelingsplicht van de verkoper op grond van dit artikel gelden drie vereisten: (i) de verkoper kent een bepaald feit dan wel hij moet geacht worden daarvan op de hoogte te zijn; (ii) de verkoper weet of behoort te weten dat het desbetreffende feit voor de koper van belang is; en (iii) de verkoper weet of behoort te weten dat de koper het desbetreffende feit niet kent.³ Volgens vaste jurisprudentie gaat de mededelingsplicht in beginsel boven de onderzoeksplicht.⁴ Om ook bescherming te bieden aan een onvoorzichtige wederpartij, mag men bovendien in beginsel afgaan op de mededelingen gedaan door de verkoper.⁵ Zoals opgemerkt is het beginsel dat de mededelingsplicht voor de onderzoeksplicht gaat, in de jurisprudentie genuanceerd. In bepaalde situaties gaat de onderzoeksplicht van een koper voor op de mededelingsplicht van een verkoper. Hiervoor bestaat echter niet snel aanleiding; een rechter die hiertoe besluit zal op alle bijzondere omstandigheden van het geval moeten ingaan, en deze ook volledig en zo nauwkeurig mogelijk moeten vaststellen.⁶

Specifiek in het kader van de koop van een onderneming

Ook in het kader van de koop van een onderneming spelen de mededelings- en onderzoeksplicht vaak een

belangrijke rol. Hoewel de lijn die uit de jurisprudentie zichtbaar wordt zich lastig in een paar woorden laat uiteen zetten – het zijn namelijk steeds de bijzondere omstandigheden van het geval waarnaar gekeken wordt – zijn er wel een aantal algemene regels te formuleren. De belangrijkste casussen waarin de mededelings- en onderzoeksplicht een rol speelde bij de aankoop van ondernemingen behandelen wij hierna.

Eén van de kernarresten over dit onderwerp is het *Hoog Catharijne*-arrest.⁷ Hierin heeft de Hoge Raad bepaald dat de reikwijdte van de mededelingsplicht van een verkoper mede wordt bepaald door dat wat de verkoper aan onderzoeksinspanningen van de koper mag verwachten. Onder omstandigheden mag een verkoper van de koper verwachten dat deze zich volledig laat informeren over bepaalde voor de koper relevante verplichtingen. Daarbij mag soms verwacht worden dat de koper specifiek aangeeft op welke punten zij behoefte heeft aan nadere informatie. In het *Hoog Catharijne*-arrest had de koper met behulp van een deskundig due diligence team onderzoek gedaan naar de targetvennootschap en een due diligence rapport laten opstellen. De verkoper wist niet dat de koper bepaalde (canon)verplichtingen niet kende en tevens niet hoe belangrijk deze verplichtingen waren voor de koper. Het was bovendien voor de verkoper niet inzichtelijk op welke wijze de koper tot een waardebeoordeling van het onderwerp van de koopovereenkomst was gekomen. Onder die omstandigheden ging – aldus de Hoge Raad – de onderzoeksplicht wel degelijk voor de mededelingsplicht.

Een andere algemene regel die geformuleerd kan worden, volgt uit het *M&M*-arrest.⁸ In dit arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat er voor de verkoper van een onderneming niet de verplichting bestaat om de koper te wijzen op alle omstandigheden en consequenties die voor de prijsbepaling van de onderneming relevant zijn. Met name van de koper die zich professioneel bezighoudt met de in- en verkoop van vennootschappen, mag worden verwacht dat die zich op grond van de verschaft informatie van voldoende expertise voorziet om eventuele risico's in te schatten. Met andere woorden: hoe deskundiger een partij is, hoe meer verantwoordelijkheid er – mede gelet op de overige omstandigheden van het geval – op die partij gelegd kan worden. Zo leidt het inschakelen van (juridische) deskundigen en/of een due diligence team tot een verzwaarde onderzoeksplicht van de koper. Dit zorgt er echter niet voor dat de mededelingsplicht van de verkoper verdwijnt. Wanneer de verkoper uit mededelingen of vragen van de koper had kunnen afleiden dat de koper een verkeerde veronderstelling heeft ten aanzien van de te kopen onderneming, dan ligt het

op de weg van de verkoper om de koper daarop te wijzen.⁹ Hetzelfde geldt voor informatie waarvan de verkoper weet dat deze relevant is. Deze informatie dient zij aan de koper bekend te maken, en de verkoper kan zich er niet op beroepen dat het verzaken van een onderzoeksplicht door de koper haar ontslaat van een mededelingsplicht ten aanzien van die relevante gegevens.¹⁰ Wanneer een koper echter zelf twijfelt over de juistheid van de door verkoper gedane mededelingen, kan er wel een (nadere) onderzoeksplicht voor de koper bestaan.¹¹

Hoewel de omstandigheid dat de koper professioneel is, in beginsel tot gevolg kan hebben dat de onderzoeksplicht zwaarder gaat wegen dan de mededelingsplicht van de (niet-professionele) verkoper, verdwijnt de mededelingsplicht van de verkoper nooit volledig. Als andersom sprake is van een professionele verkoper tegenover een niet-professionele koper, geldt hetzelfde (zij het omgekeerde) principe. Op de professionele verkoper rust in beginsel een verzwaarde mededelingsplicht, maar ook de niet-professionele koper heeft altijd een verplichting naar beste kunnen onderzoek te doen naar de te kopen onderneming. In dergelijke gevallen vallen we terug op de basisregel dat de mededelingsplicht in beginsel zwaarder weegt dan de onderzoeksplicht.

Concluderend bestaat er een glijdende schaal waarin de mededelings- en onderzoeksplicht groter en kleiner kunnen worden al naar gelang de hoedanigheid en de gedragingen van partijen.

2. Mededelings- en onderzoeksplicht bezien vanuit de koopovereenkomst

De mededelings- en onderzoeksplicht, die in het kader van de koop van een onderneming zeer belangrijk zijn, wordt nader ingekaderd door de tussen partijen te sluiten koopovereenkomst. In deze koopovereenkomst kunnen diverse belangrijke en algemene bepalingen opgenomen worden die de koop en verkoop zelf regelen (zoals bijvoorbeeld het koopprijsmechanisme en de bedrijfsvoering in de periode tot de leveringsdatum), maar kunnen door de verkoper ook verschillende garanties afgegeven worden over de staat van de onderneming. De mededelingsplicht van de verkoper kan in de koopovereenkomst invulling krijgen via de informatiegarantie die hij aan de koper afgeeft. De onderzoeksplicht van de koper kan invulling krijgen via het door de koper verrichte due diligence onderzoek en de kwalificatie van de in dat kader aan de koper bekendgemaakte informatie in het licht van de door de verkoper afgegeven garanties. Hieronder gaan wij nader in op de garanties en de kwalificatie van de bekendgemaakte informatie, waarna wij meer specifiek zullen stilstaan bij de door de verkoper afgegeven infor-

matieggarantie. Voor de begrijpelijkheid van de verschillende termen en mechanismen in de koopovereenkomst starten wij echter met de onderzoeksplicht van de koper in het kader van het door haar verrichte due diligence onderzoek.

Het door de koper verrichte due diligence onderzoek

Als een koper geïnteresseerd is in het overnemen van een andere onderneming, wordt vrijwel altijd een due diligence onderzoek uitgevoerd. In dit onderzoek probeert de koper de onderneming en haar risico's zo volledig mogelijk in kaart te brengen door te kijken naar (onder andere) de belangrijke contracten, het businessplan en de omzetten. De koper deelt hiertoe meestal zeer uitgebreide vragenlijsten met de verkoper en zij vraagt door op onderwerpen die voor haar relevant zijn. Zoals eerder aangegeven is dit – vaak met behulp van professionele adviseurs – verrichte due diligence een relevante omstandigheid bij de vraag hoe de mededelings- en onderzoeksplicht zich tot elkaar verhouden.¹² Daarbij is ook van belang hoe diepgaand het onderzoek heeft plaatsgevonden. Wanneer de verkoper de koper in de gelegenheid heeft gesteld boekenonderzoek te doen en in dat kader relevante informatie met de koper heeft gedeeld, heeft de verkoper over het algemeen aan zijn mededelingsplicht voldaan, tenzij de verkoper weet dat een bepaald feit niet of niet eenvoudig uit de boeken is af te leiden.¹³ Stelt de koper die een due diligence onderzoek uitvoert vervolgens geen aanvullende vragen over onderwerpen die voor haar nog niet duidelijk zijn en/of vraagt zij geen extra documenten op over een voor haar relevant onderwerp, dan kan – overeenkomstig het *Hoog Catharijne*-arrest – de verkoper niet worden verweten informatie te hebben achtergehouden.¹⁴ Hoewel een door de koper verricht due diligence onderzoek de verkoper niet ontslaat van zijn mededelingsplicht – de verkoper blijft immers verplicht relevante gegevens met de koper te delen – is het daarom extra belangrijk voor een koper om grondig te zijn in het opvragen van (aanvullende) documenten en het stellen van vragen over onderwerpen die nog onvoldoende duidelijk zijn.

Garanties¹⁵

Wij merken al op dat een koopovereenkomst over het algemeen verschillende garanties bevat. Garanties zijn verklaringen over het verleden of het heden die de verkoper aan de koper geeft over de staat van de onderneming. Garanties bepalen wat de koper van de gekochte onderneming mag verwachten. Van de garanties die de verkoper geeft, wordt verondersteld dat ze juist zijn. Blijkt na levering van de onderneming (ongeacht of dit via een verkoop van aandelen of van activa/passiva gebeurt) dat één of meerdere van de garanties toch niet juist zijn, dan kan de koper de

door haar geleden schade bij de verkoper vorderen wegens een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst. De mogelijkheid om schade te vorderen wordt veelal ingekaderd door de bepalingen van de koopovereenkomst. Zo worden er drempelbedragen overeengekomen waarboven pas een vordering kan worden ingediend (de zogeheten 'individuele claimdrempel' en het 'mandje') en worden beperkingen in tijd overeengekomen.

Garanties worden uitgelegd in het verband van de hele koopovereenkomst. Voor de uitleg van overeenkomsten is het welbekende *Haviltex*-criterium leidend.¹⁶ Het komt aan op de zin die partijen bij de overeenkomst in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan het begrip en de bepaling waarin het is gehanteerd, mochten toekennen, en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Het *Haviltex*-criterium is ook van toepassing verklaard op de uitleg van garanties.¹⁷ In het *DSM/Fox*-arrest¹⁸ is bepaald dat toepassing van de *Haviltex*-maatstaf een voorshands taalkundige uitleg kan meebrengen. In het later gewezen *Meyer Europe/Pontmeyer*-arrest¹⁹ is bepaald dat bij een beding in een (uitgebreid en gedetailleerd) overnamecontract gesloten tussen professionele partijen, die bij de formulering van de tekst van de overeenkomst beide zijn begeleid door juridisch deskundigen, in beginsel beslissend gewicht moet worden toegekend aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis, gelezen in het licht van de overige, voor de uitleg relevante bepalingen van de koopovereenkomst. Uit latere jurisprudentie²⁰ blijkt dat ook commerciële contracten tussen professionele partijen moeten worden uitgelegd volgens het *Haviltex*-criterium, maar dat de rechter wel groot gewicht mag toekennen aan de taalkundige betekenis.²¹

Het due diligence onderzoek dat door de koper is verricht, kwalificeert de garanties. De koper kan geen claim bij de verkoper indienen voor een inbreuk op de garanties wanneer de feiten en omstandigheden die leiden tot die inbreuk bij de koper bekend zijn. Dit is op zichzelf al het geval, want in het algemeen wordt het geacht in strijd te zijn met de goede trouw wanneer de koper een claim indient voor bij haar reeds bekende inbreuken. Toch wordt het in de koopovereenkomst vaak expliciet gemaakt. Er wordt dan een bepaling opgenomen dat aan de koper 'bekendgemaakte informatie' niet kan leiden tot een claim. Een dergelijk *disclosure* mechanisme, waarbij het allemaal afhangt van de definitie van 'bekendgemaakte informatie', kan in de koopovereenkomst op verschillende manieren worden vormgegeven. Allereerst kan overeengekomen worden dat alle informatie die aan de koper bekend is gemaakt (al dan niet via de data room), en die

de koper aldus kende dan wel behoorde te kennen, als bekendgemaakt geldt. Deze brede bepaling heeft veelal de voorkeur van de verkoper. Immers geldt dat hoe meer informatie onder de definitie van 'bekendgemaakte informatie' valt, hoe kleiner de kans voor de koper wordt om succesvol een claim in te dienen onder de garanties. Bovendien wordt hiermee een grotere verantwoordelijkheid op de koper gelegd om uitvoerig en gedetailleerd onderzoek te doen. Veel vaker komen partijen echter overeen dat aan de koper bekendgemaakte informatie op een *prima facie* basis als bekendgemaakt geldt. Dit houdt in dat de inbreuk op de garanties (en eventueel de (financiële) impact daarvan) op het eerste gezicht expliciet, specifiek en eenduidig moet blijken uit de informatie opgenomen in de data room. Staat de informatie in een document waar men het niet zou verwachten (en is het verstopt), dan is die informatie niet *prima facie* bekendgemaakt. Een derde variant is dat informatie alleen geldt als bekendgemaakt als deze in een door de verkoper op te stellen *disclosure letter* (bekendmakingsbrief) is opgenomen.

Door het opnemen van (uitgebreide) garanties – en het daarbij horende *disclosure* mechanisme – wordt de mededelings- en onderzoekspllicht binnen een koopovereenkomst ingekaderd. Er kan zelfs betoogd worden dat de onderzoekspllicht van de koper moet komen te vervallen wanneer een garantie voldoende duidelijk is geformuleerd.²² De koper die garanties voorstelt, doet namelijk een mededeling aan de verkoper over zijn wensen en verwachtingen ten aanzien van de staat van de onderneming.²³ Daardoor wordt de mededelingspllicht van de verkoper versterkt. De verkoper wordt namelijk gedwongen aan zijn mededelingspllicht te voldoen door bij iedere garantie na te gaan of (i) deze wel juist is; en (ii) indien deze niet juist is, of de inbreuk op de garantie voldoende duidelijk uit de data room blijkt.

3. De informatieggarantie

Een van de garanties die vaak wordt opgenomen in een koopovereenkomst is de informatieggarantie. Via deze garantie garandeert de verkoper over het algemeen dat hij aan de koper met betrekking tot de doelvennootschap alle relevante informatie heeft verstrekt. De koper van een onderneming kan er namelijk, ondanks het door haar verrichte due diligence onderzoek, nooit helemaal zeker van zijn dat de verkoper ook daadwerkelijk alle relevante informatie heeft verstrekt. De informatieggarantie wordt ook wel gezien als één van de meest brede garanties die de verkoper kan afgeven. Wanneer een bepaalde inbreuk niet wordt gedekt door één van de specifieke garanties die is gegeven, probeert een koper deze inbreuk veelal onder de algemene informatieggarantie te claimen.²⁴ Waar het *disclo-*

sure mechanisme en de specifieke garanties in de koopovereenkomst contractueel invulling geven aan de onderzoekspllicht van de koper, heeft de informatieggarantie juist betrekking op de mededelingspllicht van de verkoper. Wij zijn, samen met Tjittes²⁵, van mening dat de informatieggarantie zelfs niets anders is dan een contractueel vormgegeven mededelingspllicht van de verkoper jegens de koper. Hierna gaan wij nader in op de wijze waarop de informatieggarantie de omvang van de mededelingspllicht regelt.

De informatieggarantie bezien vanuit de mededelings- en onderzoekspllicht

Ook bij de reikwijdte van de door de verkoper afgegeven informatieggarantie is het uitgangspunt dat de mededelingspllicht van de verkoper voorgaat op de onderzoekspllicht van de koper. Wel geldt ook hier dat gekeken moet worden naar de bijzondere omstandigheden van het geval. Een informatieggarantie moet altijd beoordeeld worden in het licht van het onderzoek dat van een koper voorafgaande aan de koopovereenkomst mocht worden verwacht en van de kennis die zij in verband met het verrichte onderzoek reeds had.²⁶ Dat betekent dat ook de informatieggarantie in het algemeen wordt ingekaderd door het door de koper verrichte due diligence onderzoek en door het *disclosure* mechanisme dat wordt overeengekomen in de koopovereenkomst.²⁷ In die zin zie je ook in de informatieggarantie in de koopovereenkomst de glijdende schaal van de mededelings- en onderzoekspllicht terug. De mechanismen waarmee deze plichten in de koopovereenkomst worden vastgelegd beïnvloeden elkaar. Een informatieggarantie wordt in beginsel niet geschonden wanneer de koper uitvoerig due diligence onderzoek heeft gedaan en de verkoper ervan uit mag gaan dat de koper van de relevante aspecten van de vennootschap op de hoogte is.²⁸ Maar de informatieggarantie wordt niet alleen beperkt door de onderzoeksmogelijkheden die de verkoper de koper heeft geboden en die zijn uitgewerkt in de koopovereenkomst. Deze wordt ook beperkt door de specifieke tussen partijen overeengekomen garanties. De verhouding tussen deze specifieke overeengekomen garanties en de brede informatieggarantie bespreken wij hieronder.

De (algemene) informatieggarantie bezien ten opzichte van de overeengekomen specifieke garanties

De vraag hoe algemene garanties (zoals de informatieggarantie) zich verhouden tot specifieke garanties over een bepaald onderwerp heeft relatief recent voorgelegen bij de Rechtbank Amsterdam²⁹. Uit het vonnis in die zaak wordt nogmaals duidelijk dat deze vraag moet worden beantwoord door uitleg van de overeenkomst overeenkomstig het *Haviltex*-criterium.³⁰ Als er specifieke garanties zijn afgegeven die zien op de kern

van de onderneming en waarin beperkingen zijn opgenomen, is het – aldus de rechtbank – niet aannemelijk dat deze beperkingen op de specifieke garanties hun betekenis zouden verliezen door de algemene garanties die in vrijwel iedere koopovereenkomst voor de koop van een onderneming voorkomen. In beginsel doet de algemene informatieggarantie dan ook geen afbreuk aan de in specifieke garanties opgenomen beperkingen. Wanneer een inbreuk niet alleen gedekt zou zijn door een specifieke garantie, maar ook door een algemene garantie en er geen sprake is van schending van de specifieke garantie, kan door de koper in beginsel ook geen beroep worden gedaan op de algemene garantie. In de zaak die speelde voor de Rechtbank Amsterdam was de specifieke garantie gekwalificeerd *'to the best of Seller's knowledge'*. Daarmee bepaalde de beperking in de specifieke garantie de invulling van de informatieggarantie. Als de informatieggarantie los van deze specifieke garantie kon worden ingeroepen, zou de koper de in de specifieke garantie opgeworpen hogere drempel kunnen omzeilen door een beroep te doen op de algemene informatieggarantie.³¹

Als onderdeel van de informatieggarantie wordt veelal tevens opgenomen dat de informatie die aan koper is verstrekt juist, accuraat en niet misleidend is. Uit de jurisprudentie volgt dat deze 'juistheidgarantie' als meer specifieke garantie naast de algemene informatieggarantie bestaat.³² In tegenstelling tot de algemene informatieggarantie wordt deze garantie echter niet snel beïnvloed door specifieke tussen partijen overeengekomen garanties. Als de door verkoper verstrekte informatie onjuist is, prevaleert de mededelingsplicht van de verkoper boven de verplichting van de koper om de onjuistheid van de informatie vast te stellen. In een dergelijk geval kan de koper de schade die zij daardoor lijdt claimen bij de verkoper, en kan de verkoper niet met succes een beroep doen op de schending van een onderzoeksplicht van de koper.

4. De informatieggarantie in de praktijk

De informatieggarantie in een koopovereenkomst komt in verschillende vormen voor. Een verkoper zal willen proberen deze garantie zo ver mogelijk in te kaderen en zo beperkt mogelijk op te schrijven, waar een koper juist baat heeft bij een zo breed mogelijk geformuleerde informatieggarantie. Een voorbeeld van een kopersvriendelijk geformuleerde informatieggarantie (in het kader van een aandelentransactie) is de volgende:

"Verkoper heeft schriftelijk via de Data Room aan Koper alle informatie verstrekt met betrekking tot de onderneming, activiteiten, bedrijfsuitoefening en activa en passiva van de Venootschap die van belang is of zou kunnen zijn voor een potentiële koper van de Aandelen onder de in deze Overeenkomst opgenomen voorwaarden."

Dit is een zeer breed geformuleerde informatieggarantie op basis waarvan een verkoper een bijna onbegrensde mededelingsplicht heeft. Alle informatie die redelijkerwijs van belang zou kunnen zijn voor een potentiële koper dient verstrekt te worden. De verkoper kan dan ook niet anders dan alle informatie, ook informatie waarvan hij twijfelt of het relevant is, bekend te maken. Door toe te voegen dat deze informatie via de data room (en op *fairly disclosed* basis) bekendgemaakt moet zijn, wordt voorkomen dat bijvoorbeeld ook door de verkoper verstuurd e-mails als bekendgemaakt gelden.

Daartegenover staat de beperkte en meer ingekaderde informatieggarantie zoals een verkoper deze opgenomen zal willen zien:

"Verkoper heeft schriftelijk aan Koper alle informatie verstrekt met betrekking tot de onderneming, activiteiten, bedrijfsuitoefening en activa en passiva van de Venootschap waarom Koper heeft verzocht."

Door op te nemen dat uitsluitend die informatie waarom de koper heeft verzocht verstrekt is, wordt de eigen verantwoordelijkheid van de koper een stuk groter. Immers, wanneer je als koper niet duidelijk hebt gemaakt welke onderwerpen voor jou relevant zijn en welke informatie je graag zou willen ontvangen, komt je geen beroep toe op schending van deze informatieggarantie.

En wat nu als je een contract ontvangt waarin een informatieggarantie is opgenomen? Wanneer je als verkoper een concept informatieggarantie krijgt van de koper, kan deze als volgt aangepast worden:

"Verkoper heeft schriftelijk via de Data Room aan Koper alle materiële (1) informatie verstrekt met betrekking tot de onderneming, activiteiten, bedrijfsuitoefening en activa en passiva van de Venootschap waarvan verkoper weet dat (2) die van belang is of zou kunnen zijn voor een potentiële professionele (3) koper van de Aandelen onder de in deze Overeenkomst opgenomen voorwaarden."

Met de aanpassing onder (1) verklein je het bereik van de mededelingsplicht. Het gaat nog slechts om 'materiële' informatie in plaats van alle informatie die van belang kan zijn. Met de toevoeging onder (2) wordt feitelijk een *knowledge qualifier* toegevoegd. Wanneer de koper een beroep doet op schending van de informatieggarantie, zal zij niet alleen dienen te bewijzen dat de verkoper relevante informatie niet bekend heeft gemaakt, maar ook dat verkoper ervan op de hoogte was dat deze informatie van belang was voor de koper. Door daarnaast bij (3) toe te voegen dat het om een professionele koper moet gaan, waarmee je impliceert dat de koper (ruime) ervaring heeft met het doen van (aandelen)transacties, vergroot je de onderzoeksplicht

van de koper ten opzichte van de mededelingsplicht van de verkoper.

Als koper valt er ook het een en ander aan te passen in de verkopersvriendelijke variant, waardoor je als koper meer bescherming verkrijgt onder de informatiegarantie:

“Verkoper heeft schriftelijk aan Koper alle informatie verstrekt met betrekking tot de onderneming, activiteiten, bedrijfsuitoefening en activa en passiva van de Vennootschap [i] waarom Koper heeft verzocht, en [ii] die relevant is of zou kunnen zijn voor een potentiële koper van de Aandelen.”

Door de toevoeging wordt de mededelingsplicht van de verkoper verruimd. De verkoper garandeert namelijk dat zij alle informatie heeft verstrekt die relevant zou kunnen zijn voor een potentiële koper.

In de praktijk komt men vaak uit bij een tussenvorm van de twee hierboven geformuleerde uitersten. Een voorbeeld van de meer neutrale tussenvorm is de volgende:

“Verkoper heeft Koper alle verzochte inlichtingen en gegevens verstrekt en geen informatie achtergehouden of verzwegen waarvan Verkoper wist of redelijkerwijs had moeten begrijpen dat die voor belang is voor een professionele koper bijgestaan door professionele adviseurs die een getrouw beeld van de Vennootschap wenst te krijgen.”

Wanneer een informatiegarantie is opgenomen in de koopovereenkomst, is het vooral belangrijk om scherp te zijn op de specifieke garanties die zijn opgenomen. Worden de specifieke garanties – met name de garanties die zien op de kern van de onderneming – beperkt, gekwalificeerd of op een andere manier ingekaderd, dan heeft dit mogelijk ook gevolgen voor het doen van een succesvol beroep op de algemene informatiegarantie door de koper. Daarbij geldt dat wanneer de koper een succesvol beroep wil doen op de informatiegarantie, zij dient te bewijzen dat de verkoper de informatie niet heeft verstrekt. Het verweer van de verkoper dat zij de informatie wel heeft verstrekt, is geen bevrijdend verweer waarvan de verkoper de bewijslast draagt.³³

5. Conclusie

Bij de koop van een onderneming zijn de mededelings- en onderzoeksplicht zeer relevant. Deze worden in de koopovereenkomst met betrekking tot de koop van de onderneming nader vormgegeven. Enerzijds wordt de mededelingsplicht van de verkoper ingekaderd door de door de verkoper afgegeven informatiegarantie. Anderzijds kaderen het door de koper verrichte due diligence onderzoek en de bekendgemaakte informatie, gecombineerd met de overige specifieke garanties, de onderzoeksplicht van de koper in. Hoewel het uitgangspunt

blijft dat de mededelingsplicht voor de onderzoeksplicht gaat, heeft de contractuele invulling van deze plichten wel tot gevolg dat een verkoper de onderzoeksplicht van de koper flink kan uitbreiden en zijn eigen mededelingsplicht kan beperken. Andersom geldt hetzelfde voor de koper. Het vormgeven van de afspraken in de koopovereenkomst zorgt ervoor dat de mededelings- en onderzoeksplicht door partijen naar smaak ingericht kunnen worden. In de koopovereenkomst kunnen zij meer concrete invulling geven die duidelijk weergeeft wat de plichten over en weer zijn.

Noten:

1. Mevr. mr. J. Wareman is werkzaam bij Van Benthem & Keulen advocaten en notariaat te Utrecht.
2. Mevr. mr. I.M. Berends is werkzaam bij Van Benthem & Keulen advocaten en notariaat te Utrecht.
3. R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel contractenrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 438.
4. HR 30 november 1973, ECLI:NL:PHR:1973:AC5383, NJ 1974, 97, m.nt. G.J. Scholten (Van der Beek/Van Dartel) en HR 21 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0088, NJ 1991, 251 (Van Geest/Nederlof).
5. HR 21 januari 1966, ECLI:NL:PHR:1966:AC4621, NJ 1966, 183, m.nt. G.J. Scholten (Booy/Wisman). Zie ook HR 30 november 1973, ECLI:NL:PHR:1973:AC5383, NJ 1974, 97, m.nt. G.J. Scholten (Van Beek/Van Dartel), herhaald in HR 10 april 1998, ECLI:NL:PHR:1998:ZC2629, NJ 1998/666, m.nt. W.M. Kleijn (Offringa/Vinck en Van Rosberg).
6. HR 10 april 1998, ECLI:NL:PHR:1988:ZC2629, NJ 1988/666 m.nt. W.M. Kleijn (Offringa/Vinck en Van Rosberg). Zie ook HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541 (Kranendonk en De Vries/A).
7. HR 22 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1930, NJ 1996, 300 (ABP/FGH; Hoog Catharijne).
8. HR 14 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1214, *Ondernemingsrecht* 2004, 131, m.nt. W.W. de Nijs Bik (M&M). Zie ook R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel contractenrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 437.
9. HR 14 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1214, *Ondernemingsrecht* 2004, 131, m.nt. W.W. de Nijs Bik (M&M).
10. HR 16 juni 2000, ECLI:NL:PHR:2000:AA6237 (L.E. Beheermaatschappij/Stijnman). Zie ook HR 14 november 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BF0407 (Van Dalfsen/Gemeente Kampen).
11. HR 14 november 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BF0407 (Van Dalfsen/Gemeente Kampen). Zie ook de noot van W.W. De Nijs Bik bij HR 10 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0306, *Ondernemingsrecht* 2003, 50, m.nt. W.W. de Nijs Bik (VBI/Interchem).
12. Zie bijvoorbeeld het Hoog Catharijne-arrest, waarin een grotere onderzoeksplicht van de koper werd aangenomen door de Hoge Raad, maar ook het VBI/Interchem arrest, waarin de koper een due diligence onderzoek had verricht en wist dat de door verkoper verstrekte informatie niet juist was, maar toch bereid was door te gaan met de transactie.
13. Hof Arnhem-Leeuwarden 29 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8114, RCR 2014/7. Zie ook R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel contractenrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 432.
14. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 24 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3872, r.o. 4.21.
15. Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om ook in te gaan op de non-conformiteitsregeling uit Titel 1 Boek 7 BW, deze zullen wij dan ook buiten beschouwing laten. Deze regeling houdt in dat het gekochte de eigenschappen moet bezitten die de koper mag verwachten bij normaal gebruik van de zaak en aan de aanwezigheid waarvan de koper niet hoefde te twijfelen. Is er sprake van non-conformiteit en kan deze tekortkoming de verkoper worden toegerekend, dan heeft de koper aanspraak op correcte nakoming. Daarbij geldt dat de koper de verkoper op tijd moet waarschuwen, anders verliest hij alle rechten ter zake de tekortkoming wegens non-conformiteit (klachtplicht). De toepasselijkheid van de non-conformiteitsregeling uit Titel 1 Boek 7 BW wordt in een koopovereenkomst vrijwel altijd uitgesloten door partijen.
16. HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981, 635, m.nt. C.J.H. Brunner (Haviltex).
17. HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4728 NJ 2000, 562, m.nt. J.B.M. Vranken (Mol/Meijer).
18. HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, NJ 2005, 493, m.nt. C.E. du Perron (DSM/Fox).
19. HR 19 januari 2007, ECLI:NL:PHR:2007:AZ3178, JOR 2007, 166, m.nt. R.P.J.L. Tjittes (Meyer Europe / Pontmeyer).

20. HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101, NJ 2013, 214 (Lundiform/Mexx). Zie ook HR 7 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:260, NJ 2015, 274, m.nt. Jac. Hijma (Afvalzorg/Slotereind).
21. Zie voor een toepassing bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 24 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3872, r.o. 4.5; Hof Arnhem-Leeuwarden 11 januari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:162; Rb. Amsterdam 31 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5029. Verwezen wordt ook naar de conclusie van S.D. Lindenbergh van 24 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1256.
22. Dit wordt in ieder geval in de literatuur betoogd, zie R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel contractenrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 431.
23. M. Brink, *Due diligence: onderzoeks- en mededelingsverplichtingen volgens het Nederlandse recht*, Den Haag: Boom juridisch 2011, p. 330.
24. Tjittes noemt de informatieggarantie ook wel de 'vangnetgarantie', R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel contractenrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 436.
25. R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel contractenrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2018, p. 437.
26. Hof Arnhem-Leeuwarden 24 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3872, r.o. 4.7.
27. Zie daarover bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 28 november 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BB9319, Daarin overwoog de rechtbank Rotterdam dat nu de koper voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst al twijfels had over de door verkoper verstrekte informatie, haar geen beroep toekwam op de algemene garantie dat de verkoper geen relevante informatie heeft verzwegen.
28. Zie bijvoorbeeld HR 22 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1930, NJ 1996, 300 (ABP/FGH; Hoog Catharijne).
29. Rb. Amsterdam 28 augustus 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6379, JOR 2019, 276, m.nt. N.G. Dolk e.a.
30. Zie de noot N.G. Dolk e.a. bij Rb. Amsterdam 28 augustus 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6379, JOR 2019/276, m.nt. N.G. Dolk e.a.
31. Zie over de juridische implicaties van de knowledge qualifier het artikel van Mr. C.C. Groenhout, 'De juridische implicaties van een knowledge qualifier in garantiebepalingen', *Contracteren* 2022, nr. 2.
32. Hof Den Haag 26 mei 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:985 (Unicum Moerdijk/Moerdijk Paint & Services).
33. Hof Den Bosch 6 september 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:3089.