

Contracten maken

Pitfalls in de overnamepraktijk

Enige regelmatig voorkomende valkuilen in koopcontracten

Mr. P.P.J. Jongen en mr. M.J.E. van den Bergh*

Inleiding

In deze bijdrage snijden we enkele kwesties aan die bij het opstellen van een overnameovereenkomst valkuilen kunnen vormen. Valkuilen waar, blijkens de jurisprudentie, nu en dan ook daadwerkelijk een onvoorzichtige jurist in valt. Ons artikel behelst een selectie van aandachtspunten. Wij pretenderen zeker niet volledig te zijn: het zijn praktijkvoorbeelden, rijp en groen door elkaar. Waar dat niet strikt noodzakelijk is, maken we geen onderscheid tussen koop van aandelen en een activa-passivatransactie. Bij de bespreking volgen wij enigszins de opbouw van het overnamecontract zelf, beginnend bij de contractspartijen en eindigend bij de 'boilerplates'.

Vermijd B.V.i.o. als contractspartij

We beginnen met het waarschuwen voor het gebruiken van een bijzonder soort contractspartij, namelijk de besloten vennootschap (B.V.) in oprichting (i.o.). In de haast van een transactie blijkt soms op het allerlaatste moment nog een koopvehikel gewenst en/of blijken de oprichtingsformaliteiten meer tijd te kosten dan men dacht. Een B.V. i.o. lijkt dan praktisch. Die kan weliswaar aan het rechtsverkeer deelnemen, maar ingevolge

artikel 2:203 BW zijn degenen die namens de B.V. i.o. handelen tot het moment van bekrachtiging door deze rechtshandelingen hoofdelijk verbonden. Let op: het betreft dus niet alleen de oprichters, maar eenieder die de B.V. i.o. vertegenwoordigt. Ook advocaten kunnen binnen de reikwijdte van artikel 2:203 BW vallen als zij voor een B.V. i.o. optreden.

Pas door bekrachtiging na oprichting raakt de vennootschap zelf gebonden. Die bekrachtiging moet dan wel plaatsvinden en niet worden vergeten.¹ Bovendien dient de bekrachtiging in verband met artikel 2:180 lid 2 BW pas na inschrijving van de kersverse B.V. in het handelsregister plaats te vinden, anders ligt weer andere aansprakelijkheid voor het bestuur op de loer. Komt de vennootschap haar verplichtingen vervolgens niet na, dan zijn de handelende personen hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die de contractspartij als gevolg hiervan lijdt, indien zij wisten of redelijkerwijs konden weten dat de vennootschap haar verplichtingen niet zou kunnen nakomen. De adder die hier onder het gras ligt is dat in geval van faillissement binnen één jaar na oprichting van de B.V., die wetenschap volgens de wet vermoed wordt aanwezig te zijn. Dat kan tot nare verrassingen leiden als de onderneming niet succesvol blijkt.

Bekrachtigende bestuurders, en dit hoeven niet dezelfde personen te zijn als degenen die handelden voor de B.V. i.o., kunnen overigens eveneens op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk zijn als de verplichtingen niet worden nagekomen door de B.V.. Ook hier geldt het cri-

99

* Mr. P.P.J. Jongen en mr. M.J.E. van den Bergh zijn advocaat bij Höcker Advocaten.

1. Daarnaast moet de opgerichte vennootschap wel de bv zijn die partijen bij het handelen namens de bv i.o. 'op het oog hadden' (en niet een andere); zie Gerechtshof Arnhem 11 mei 2010, JOR 2010/259 en Gerechtshof Den Bosch 21 december 2010, JOR 2011/111.

terium van weten of redelijkerwijs behoren te weten dat de vennootschap haar verplichtingen niet kan nakomen.² Handelen namens een B.V. i.o. én de bekrachtiging van deze handelingen kunnen daarmee een risicovolle onderneming zijn en vallen zeker af te raden. Met het afschaffen van de verklaring van geen bezwaar in 2011 en het afschaffen – met de invoering van de Flex B.V. per 1 oktober 2012 – van verdere tijdrovende vereisten voor oprichting, zoals een bankverklaring en een accountantsverklaring op inbreng in natura, zal het hopelijk voor partijen minder vaak noodzakelijk worden om bij de transactie gebruik te maken van een B.V. i.o. als contractspartij.

Voorkom onduidelijkheden rondom de koopprijs

De koopprijs kan simpelweg het resultaat zijn van onderhandelingen, van handjeklap, maar meestal ligt aan de koopprijs toch een gecalculerde waardering ten grondslag, een formule. Die formule kan gebaseerd zijn op de contante waarde van toekomstige kasstromen, of op in het verleden behaalde winsten (EBIT of EBIT-DA) maal een bepaalde multiple. Partijen kunnen vervolgens afrekenen op basis van het *locked box*-principe: de prijs is gebaseerd op een recente jaarrekening/balans en de sedertdien gemaakte winsten en verliezen zijn voor de koper. De koper kan in dat geval bij de bepaling van de koopprijs rekening houden met op die balans aanwezig eigen vermogen/werkkapitaal. Er vindt dan geen aanpassing van de koopprijs plaats op of na closing. Maken partijen echter andere afspraken, bijvoorbeeld dat het resultaat tot closing nog voor verkoper is, dan zullen koopprijsaanpassingen nodig zijn.³ De koper zal dan aanpassingen wensen, met als ijkpunt bijvoorbeeld een bepaald minimum eigen vermogen/*net asset value* of een bepaald werkkapitaal dat aanwezig dient te zijn. Bij een aanpassing aan werkkapitaal wordt dit nog aangevuld met de bepaling dat de onderneming ‘cash and debt free’ zal zijn. Definities worden dan heel belangrijk. Wat hebben partijen bedoeld?

Equity value

Als een wat ouder voorbeeld geldt een geschil over de betekenis van de term ‘equity value’. Partijen hadden dat begrip in een ‘letter of intent’ opgenomen ter bepaling van de prijs van de vennootschap.⁴ Zij konden het er later echter niet over eens worden of daaronder de intrinsieke waarde van het eigen vermogen, inclusief de stille reserves, moest worden verstaan, of het zichtbaar eigen vermogen als blijktend uit de commerciële balans.

Rechtbank Breda moest er aan te pas komen om in kort geding de knoop (voorlopig) door te hakken.⁵

Werkkapitaal

Wat hoort wel of niet tot de definitie van werkkapitaal? Vlottende activa (voorraden, debiteuren) minus vlottende passiva (crediteuren) is het uitgangspunt. Partijen doen er goed aan niet te volstaan met het noemen van het normbedrag dat als ijkpunt zal worden gebruikt, maar ook overeenstemming te bereiken over de onderliggende posten die tot dat bedrag hebben geleid.

Cash and debt free

Eenzelfde discussie kan zich voordoen met betrekking tot de formule ‘cash and debt free’, die veelvuldig in overnamecontracten voorkomt. Daaronder lijkt in beginsel te worden verstaan dat de koopprijs mede gebaseerd is op een (fictieve) situatie waarin er op het tijdstip van de overdracht geen liquiditeiten in de vennootschap meer aanwezig zijn en dat alle rentedragende leningen zijn afgelost. Partijen moeten desondanks nagaan of zij hetzelfde idee hebben over de definitie en de verdere effecten daarvan. Moeten bijvoorbeeld de schulden daadwerkelijk worden afgelost? Of vindt er gewoon verrekening plaats? In dit soort gevallen kunnen problemen worden voorkomen door de gebruikte term en zijn gevolgen nader te definiëren.

Earn out: dubbel gepakt?

Afhankelijk van de formulering die in een contract is gebruikt, kunnen zich gevallen voordoen waarin één omstandigheid ertoe leidt dat een partij tweemaal nadeel ondervindt. Bijvoorbeeld: in de situatie waarin de koopprijs (deels) als *earn out*⁶ wordt voldaan, in de vorm van een multiplier op toekomstige resultaten, kan een inbreuk op een garantie leiden tot een claim tot schadevergoeding, maar kan die inbreuk tegelijkertijd leiden tot vermindering van het resultaat en dus tot verlaging van de uit te keren *earn out*. Daardoor is de verkoper tweemaal het haasje. Nu kan dan wel bepaald worden dat eenmaal betaalde schadevergoeding onder de garanties weer meetelt als omzet bij bepaling van de *earn out*, maar – afhankelijk van de aard van de garantie-inbreuk – zal een koper waarschijnlijk geen multiplier willen betalen over een resultaat dat er niet was. Slechts bij inbreuken op garanties die van incidentele aard zijn en geen invloed hebben op de structurele resultaat/winstgevendheid van de onderneming, zal hij daarmee willen instemmen. Bij een koopprijs gebaseerd op een *earn out* lijkt in ieder geval minder plaats voor garanties die zich richten op de aanwezigheid van een bepaalde omzet of winstgevendheid. Dat wordt immers al verdisconteerd in de *earn out*-regeling.

2. HR 28 maart 1997, NJ 1997, 582; HR 7 juli 2010, JOR 2010/260; Hof Arnhem 8 december 1998, JOR 1999/116; Hof Amsterdam 7 juli 1988, NJ 1989, 582.

3. Zie over koopprijsaanpassingen ook TOP 2007, 4.

4. Rb. Breda (pres.) 19 februari 1996, KG 1996, 114.

5. In dit geval achtte de rechtbank aannemelijk dat het om zichtbaar eigen vermogen ging.

6. Zie over *earn outs* ook: Contracteren 2010/4.

Omvang van de schade bij garantie-inbreuken

De door de verkoper verstrekte garanties zijn een essentieel onderdeel van de koopovereenkomst. De bedoeling is gewoonlijk dat bij schending daarvan de koper recht heeft op schadevergoeding. Maar hoe wordt de geleden schade bepaald?⁷

In geval van een aandelentransactie is van belang te beseffen dat de koper-aandeelhouder niet per definitie schade lijdt door de inbreuk. Alweer een flink aantal jaren terug heeft de Rechtbank Rotterdam bepaald dat wanneer sprake is van garanties inzake hoedanigheden van de vennootschap, in geval van niet-nakoming van die garanties pas sprake kan zijn van schadevergoeding aan de koper wanneer laatstgenoemde door deze niet-nakoming in zijn eigen vermogen is geschaad⁸ – en dat is weer alleen het geval wanneer de waarde van de aandelen zelf door de inbreuk is aangetast. Aangezien de waarde van aandelen echter door allerlei factoren wordt beïnvloed, in positieve dan wel negatieve zin, kan het lastig zijn om vast te stellen of de aandelen als gevolg van de inbreuk per saldo inderdaad minder waard zijn geworden. Met andere woorden: de omvang van door een inbreuk door de koper geleden schade is cijfermatig niet zonder meer gelijk te stellen aan het door de afwijking van de garantie bij de target vertegenwoordigde bedrag.

Het is dan ook niet alleen noodzakelijk om aan de formulering van de garanties zelf de nodige aandacht te besteden, maar ook om in het contract expliciet te regelen welke schade de verkoper in geval van een inbreuk dient te vergoeden. Omdat de vennootschap in geval van een garantie-inbreuk juridisch gezien zelf géén verhaalbare schade lijdt, is het nuttig om bij het formuleren van de aan de koper te vergoeden schade aan te haken bij het verschil voor de vennootschap tussen de gegarandeerde toestand en de werkelijke toestand. De specifieke afspraak dat de verkoper de vennootschap in geval van een garantie-inbreuk in de positie zal brengen waarin zij zou zijn geweest wanneer die inbreuk niet had plaatsgevonden, zal in veel gevallen namelijk wel tot een bevredigende oplossing leiden. De volgende clause kan daarbij behulpzaam zijn:

‘In geval van een inbreuk op een Garantie is Verkoper gehouden om aan Koper op eerste verzoek een zodanig bedrag te voldoen als nodig is om Koper of, naar keuze van Koper, de Vennootschap, in de positie te brengen waarin zij zou hebben verkeerd indien geen sprake was geweest van de betreffende inbreuk of tekortkoming, een en ander onverminderd de overigens aan Koper toekomende wettelijke rechten.’

7. Zie over schadeberekening bij overnames ook: Contracteren 2004/4.
8. Rb. Rotterdam 30 september 1999, JOR 2000/2.

Titel 1 Boek 7 BW

Of de transactie nu de verkoop van zaken betreft (activa/passiva) of van aandelen in een vennootschap, de bepalingen met betrekking tot koop van titel 1 van Boek 7 BW zullen, mits niet uitgesloten, van toepassing zijn (zie schakelbepaling art. 7:47 BW en jurisprudentie⁹). Artikel 7:17 BW betreffende conformiteit wordt vaak specifiek uitgesloten, omdat partijen met de overeengekomen garanties en vrijwaringen een exclusieve regeling willen treffen.

Ook de toepasselijkheid van artikel 7:23 BW kan in de praktijk voor problemen zorgen. Dit artikel behelst een regeling van de klachtplicht van de koper. De koper kan er geen beroep meer op doen dat hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt, indien hij de verkoper daarvan niet binnen bekwame tijd nadat hij dit heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken, kennis heeft gegeven. De onderzoeksplicht die hierin is opgenomen, is niet van toepassing indien aan de zaak een eigenschap blijkt te ontbreken die deze volgens de verkoper wel bezat, of wanneer de afwijking betrekking heeft op feiten die hij kende of behoorde te kennen, hetgeen bij garanties het geval zal zijn. Dan moet er binnen bekwame tijd na de ontdekking worden gemeld. Bij consumentenkoop is op grond van de wet een kennisgeving binnen een termijn van twee maanden na ontdekking tijdig. Bij een niet-consumentenkoop geldt deze termijn volgens de Hoge Raad niet, zelfs niet als uitgangspunt.¹⁰ Er moet dan naar alle relevante omstandigheden van het geval worden gekeken, waaronder het nadeel van de verkoper als gevolg van het verstrijken van de tijd totdat tegen de afwijking is geprotesteerd, de aard en waarneembaarheid van het gebrek, de deskundigheid van partijen, hun onderlinge verhouding, de aanwezigheid van juridische kennis en de behoefte aan voorafgaand deskundig advies.¹¹ Is er geen duur voor de garanties afgesproken, dan geldt artikel 7:23 lid 1 BW.¹²

In koopovereenkomsten wordt echter meestal wel aandacht besteed aan de duur van de garanties. Vaak wordt bepaald dat die garanties één tot vijf jaar geldig zijn, afhankelijk van de aard van de garantie. Minder aandacht is er daarnaast voor een expliciete regeling van een separate klachtplicht. Dat partijen zelf de klachttermijn kunnen vaststellen, is inmiddels in literatuur en lagere rechtspraak wel aangenomen.¹³ Als er behalve de bepaling van de maximale duur van de garantie niets is afgesproken over een plicht van de koper om tijdig te klagen, dan wordt in de jurisprudentie aangenomen dat de klachttermijn gelijk is aan de garantietermijn. Dit is toch iets om bij stil te staan, omdat het voor een verkoper zeer nadelig kan zijn als de koper gerechtigd is om tot

9. O.a. Rb. Utrecht 14 juni 2006, JOR 2006/228.
10. HR 29 juni 2007, JOR 2007/260 (Pouw/Visser).
11. HR 8 oktober 2010, NJ 2010/545 (Lafranca/Chipshol Forward) en HR 25 maart 2011, RvdW 2011/419 (Ploum/Smeets II).
12. Hof Den Bosch 17 december 2002, JOR 2003/54.
13. Zie JOR 2011/173 (Krämer) A-G, noot 12.

het laatste moment – het verstrijken van de garantiëduur – te wachten met het indienen van zijn claim/vordering. Het is daarom aan te raden specifieke aanvullende bepalingen op te nemen over een klachtplicht binnen een bepaalde termijn na ontdekking van het gebrek, onverlet de duur van de garanties. Wat de sanctie op niet-nakoming van deze verplichting betreft, in plaats van een algeheel verval van alle rechten, hetgeen voor een koper doorgaans niet aanvaardbaar is, zou als tussengeweg bepaald kunnen worden dat dit verval slechts plaatsvindt indien en voor zover de verkoper door de te late melding benadeeld is.

Let op particuliere beschermingsbepalingen

Het Burgerlijk Wetboek bevat vele bepalingen die gericht zijn op de bijzondere bescherming van particulieren. Ondanks het zakelijke karakter van het overnamecontract kunnen deze bepalingen toch relevant zijn. Indien de verkoper c.q. de echtgenoot van een bij de verkoper betrokken natuurlijk persoon een beroep op deze bepalingen toekomt, kan dat verstrekkinge gevolgen hebben voor de verhaalsmogelijkheden van de koper. Bij het opstellen van een overnamecontract dient aan deze bepalingen dan ook bijzondere aandacht te worden besteed.

Achtereenvolgens komen aan de orde de speciale positie van echtgenoten ingevolge artikel 1:88 BW en die van de particuliere borg ingevolge artikel 7:857 BW.

Echtgenoten

Artikel 1:88 BW vereist voor bepaalde in het artikel omschreven rechtshandelingen de goedkeuring van de andere echtgenoot.¹⁴ De bepaling beschermt gezin en echtgenoot tegen risico's die uit het handelen van de andere echtgenoot voortvloeien. Goedkeuring van de desbetreffende rechtshandeling door de andere echtgenoot is vereist, op straffe van vernietigbaarheid ingevolge artikel 1:89 BW.

De in artikel 1:88 lid 1 sub c BW genoemde 'overeenkomsten die ertoe strekken dat hij, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt, of zich tot zekerheidstelling voor een schuld van de derde verbindt', vormen in transacties een risico. Een koper zal vaak juist van privépersonen die op de achtergrond staan extra zekerheid willen bedingen, bijvoorbeeld in de vorm van een borgtocht. Dat degene die de zekerheid stelt daarbij 'in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf' handelt, komt erg zelden voor; wanneer de desbetreffende persoon een dergelijke verplichting aangaat, zal die rechtshandeling dan ook veelal onder de reikwijdte van artikel 1:88 BW vallen. Indien de benodigde toestemming van de echtgenoot is

uitgebleven, ligt het gevaar van vernietiging op de loer.¹⁵

Artikel 1:88 BW bevat in lid 5 echter een specifieke uitzonderingsbepaling. Toestemming is niet noodzakelijk indien de desbetreffende rechtshandeling door de echtgenoot is verricht als bestuurder-meerderheidsaandeelhouder van een nv of bv ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap. De formulering 'ten behoeve van ...' is ruimer dan de formulering 'in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf' die in lid 1 sub c wordt gebruikt. Vaak wordt een directeur-groootaandeelhouder (DGA) die via zijn holding aandelen verkoopt, verzocht om de garanties in privé mee te tekenen. Of die situatie steeds onder de uitzondering van artikel 1:88 lid 5 BW valt, is geen uitgemaakte zaak.¹⁶ De simpele aanbeveling luidt dan ook om, indien het een particuliere partij betreft, *in beginsel* uit te gaan van het bestaan van een echtgenoot of geregistreerd partner (M/V) en deze voor goedkeuring te laten tekenen.

Particuliere borg

Artikel 7:857 BW biedt bescherming aan een particuliere borg en vormt daarmee een tweede particuliere beschermingsbepaling van belang. Er is ook een direct verband met artikel 1:88 BW: 'de borg op wie artikel 7:857 BW van toepassing is, sluit geen onaantastbare overeenkomst van borgtocht als zijn/haar echtgenoot niet zijn/haar toestemming voor de overeenkomst heeft verleend'.¹⁷ Voor de beoordeling of sprake is van een particuliere borg worden vergelijkbare maatstaven aangelegd als bij het hiervoor besproken artikel 1:88 BW: buiten het geval van professionele borgstelling is van belang of de borg is gesteld ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap waarvan de borg bestuurder-meerderheidsaandeelhouder is. Het criterium is of de handeling waarvoor de borgtocht wordt verstrekt hiertoe behoort.¹⁸

In de rechtspraak wordt geen belang gehecht aan de vraag of partijen de borg zelf al dan niet als particulier betitelen (of juist niet),¹⁹ zodat altijd rekening gehouden moet worden met de mogelijkheid dat de borg als particulier beschouwd wordt. Wat is nu het gevolg daarvan? Aan de particuliere borgstelling wordt ingevolge artikel 7:858 BW, indien de omvang van de verbintenis niet op voorhand vaststaat, de vermelding van een maximumbedrag als voorwaarde voor geldigheid gesteld. Veelal zal dit probleem ondervangen zijn doordat het aan de verbintenis van de hoofdschuldenaar verbonden maximumbedrag reeds in het contract is opgenomen.

14. Onder echtgenoot moet tevens worden verstaan: geregistreerd partner.

15. Aan de toepasselijkheid van art. 1:88 BW gaat overigens nog wel de vraag vooraf of werkelijk sprake is van zekerheidstelling voor de schuld van een derde in plaats van een schuld op eigen naam. Zie daarover o.a. Gerechtshof Amsterdam 7 februari 2012, JOR 2012/238 en Rechtbank Zutphen 16 mei 2012, JOR 2012/239 m.nt. Bertrams.

16. Gerechtshof Amsterdam 2 maart 2006, 727/03, JOR 2007/99 m.nt. Verdaas.

17. Asser/Van Schaick 7-VIII* (2012), nr.109.

18. Zie Rb. Haarlem 16 december 2009, JOR 2012/52 m.nt. Verdaas.

19. Zie Rb. Arnhem 12 maart 2008, JOR 2008/215 en Rb. Utrecht 16 april 2008, JOR 2009/48.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt namelijk dat voor dat ver- eiste ten aanzien van de borgstelling kan worden aange- sloten bij een gemaximeerde verbintenis van de hoofd- schuldenaar (tenzij daarvoor specifiek een ander maxi- mum is overeengekomen). Nuttig is om voor ogen te houden dat het opnemen van een maximumaansprake- lijkheid in het contract niet alleen de verkoper, maar onder deze omstandigheden ook de koper baat. Volle- digheidshalve kan nog worden gewezen op het verbod om ten aanzien van de particuliere borg meer bezwaren- de omstandigheden op te nemen dan voor de hoofd- schuldenaar gelden (art. 7:860 BW). Ten slotte is arti- kel 7:861 BW van groot belang. Daarin wordt de moge- lijkheid gegeven om een borg die is gesteld voor toe- komstige verbintenissen, ofwel te allen tijde, indien deze voor onbepaalde tijd is aangegaan, ofwel na verloop van vijf jaar, indien de borg voor bepaalde tijd is aangegaan, op te zeggen.

Ook als in het overnamecontract de term '(particuliere) borg' niet wordt gehanteerd, maar bijvoorbeeld van een lening of hoofdelijke aansprakelijkheid wordt gesproken, blijft het geschetste aandachtspunt niet per definitie buiten beeld. Via de band van artikel 7:863 BW zijn de bepalingen omtrent particuliere borg steeds van toepas- sing als een partij zich jegens een ander verbindt tot een bepaalde prestatie voor het geval een derde een verbintenis met die ander niet nakomt. In de jurisprudentie is een voorbeeld bekend waarin de rechter over een lening oordeelde dat deze feitelijk het karakter van een borg- tocht had.²⁰ Beoordeeld werd daarbij of dezelfde mate van afhankelijkheid en subsidiariteit was beoogd als bij borgtocht. Voorstelbaar is dat hetzelfde wordt geoor- deeld over een hoofdelijke aansprakelijkheid indien de partij die de hoofdelijke aansprakelijkheid op zich neemt in werkelijkheid slechts als aanvullend verhaal is aange- trokken, als ware het een borg.

Non-concurrentiebepalingen

Bij overnames zal de koper vaak willen bedingen dat de verkoper voor een bepaalde periode geen met de ver- kochte onderneming concurrerende activiteiten ver- richt. De vrijheid om dergelijke afspraken te maken wordt echter beperkt door het mededingingsrecht. Arti- kel 6 Mededingingswet (Mw) verbiedt afspraken tussen ondernemingen die de mededinging beperken. De sanc- tie is nietigheid van die desbetreffende afspraak. Arti- kel 10 Mw geeft een beperkte uitzondering op dit ver- bod. Dergelijke concurrentiebeperkende bepalingen, 'nevenrestricties', zijn toegelaten indien zij rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de tot- standkoming van de concentratie.

20. In rechte zijn overeenkomsten gekwalificeerd als particuliere borgtocht indien: (1) de overeenkomst de voor borgtocht kenmerkende eigen- schappen van subsidiariteit en accessoriteit bezat, en (2) de borg kvali- ficieerde als particulier in de hierboven aangeduide zin. Zie Rb. Arnhem 12 maart 2008, JOR 2008/215.

Regelmatig komen wij in de praktijk clausules tegen die te ruim zijn geformuleerd. Meestal gaat het mis bij het bepalen van de duur en de geografische reikwijdte van het concurrentiebeding. Er wordt bijvoorbeeld een te lange duur gekozen, vijf of tien jaar, en een niet omschreven of te ruim geografisch gebied, de 'wereld', waarop de beperking van toepassing is. Het mededin- gingsrecht is dan onverbiddelijk: zoals door de Hoge Raad nog vrij recent is bevestigd, is de hele bepaling dan nietig; er vindt geen conversie plaats naar een kortere periode of kleiner gebied.²¹ De ratio hiervan is dat het verbod om de mededinging te beperken een afschrik- wekkende werking dient te hebben. De Europese Com- missie heeft in haar *Bekendmaking van de Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van concentra- ties* uit 2005 richtsnoeren voor de beoordeling gegeven. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) volgt deze richtsnoeren. Kort gezegd komt het qua duur erop neer dat er een maximum is van drie jaar wanneer er bij de transactie sprake is van overdracht van zowel good- will als knowhow, en van maximum twee jaar als het alleen om goodwill gaat. Wat betreft geografische reik- wijdte geldt dat die beperkt moet zijn tot het gebied waarin de overgedragen onderneming actief was of waarin zij plannen had om actief te worden.

Let daarom goed op bij het afspreken van non-concur- rentiebedingen; het adagium 'baat het niet, het schaadt ook niet' gaat bij te ruime bedingen niet op! De enige ontsnapping kan zijn dat de betrokken partijen zo gering van omvang zijn, of hun marktaandeel zo klein is, dat op grond van artikel 7 Mw het mededingingsrecht er zich niet om bekreunt: ofwel (lid 1) er moeten niet meer dan acht ondernemingen bij betrokken zijn én de gezamen- lijke omzet mag bij levering van goederen niet meer bedragen dan 5,5 miljoen euro en in alle andere gevallen niet meer dan 1,1 miljoen euro, ofwel (lid 2, gewijzigd op 3 december 2011) – bij horizontale afspraken – het gezamenlijk aandeel op de relevante markten mag niet meer dan 10% bedragen en er mag geen sprake zijn van interstatelijke beïnvloeding.

Fiscale eenheid

Door het beruchte arrest PontMeyer²² is de problema- tiek van het afwikkelen van een fiscale eenheid duidelijk voor het voetlicht gebracht. Het betrof een geval van uitleg, maar aanleiding was een regresvordering uit hoofde van de fiscale eenheid.

Wanneer verkoper en target een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting of omzetbelasting (BTW) vorm- men, dient bij de ontvlechting stil te worden gestaan bij de afwikkeling van die eenheid. Wat betreft de vennoot- schapsbelasting wordt de fiscale eenheid overigens ver- broken door het niet meer voldoen aan alle voorwaar-

21. HR 18 dec 2009, LJN BJ39.

22. HR 19 januari 2007, JOR 2007/166.

den, in dit geval het zijn van groepsvennootschap, of door het melden van de wens tot beëindiging aan de fiscus. Bij de BTW is melding aan de fiscus uitdrukkelijk vereist voor de beëindiging. Alle deelnemers zijn in de fiscale eenheid hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van de desbetreffende belasting. In de normale situatie rekt het hoofd van de fiscale eenheid af met de fiscus. Als de dochter uit de groep treedt, zullen in de overeenkomst duidelijke bepalingen/vrijwaringen moeten worden opgenomen over de afwikkeling van het verleden. Het hoofd van de fiscale eenheid heeft vaak een regresvordering voor de door haar betaalde/nog te betalen belasting die op de verkochte dochter betrekking heeft. Andersom kan natuurlijk ook. Garanties en vrijwaringen dienen zodanig te worden geformuleerd dat deze niet aan een regresvordering in de weg staan. Denk daarbij aan de veelvoorkomende algemene bepaling dat de verkoper niets meer te vorderen heeft van de doelwitvennootschap. Daar moet dan een uitzondering op worden gemaakt. Het komt dan aan op zorgvuldige formulering en uitleg van de desbetreffende bepalingen en daar ging het in PontMeyer voor de verkoper mis.

Ook recent is er weer een uitspraak gepubliceerd waarin onduidelijke afspraken waren gemaakt over de afwikkeling van de fiscale eenheid. Het betreft het arrest My Point/IPG.²³ Hier was in de koopovereenkomst bepaald:

‘5.2.3 Prior and as a condition precedent to Completion:

Parties shall cause the Company and any member of the IPG Group to have settled all inter-company balances’

De overeenkomst bevatte voorts een *entire agreement clause*:

‘8.1 This Agreement and the documents referred to in it set out the entire agreement and understanding between Parties in respect of the subject matter of this Agreement.

8.2 This Agreement and the documents referred to in it shall supersede all previous discussions, understandings or letters of intent which shall cease to have any further force or effect.’

Probleem voor de koper/target was hier dat de target nog vorderingen over 2007 en 2008 had op het hoofd van de fiscale eenheid, die echter niet vóór closing werden betaald. Na closing wilde de koper de claim van de verkoper op het tweede deel van de koopprijs met deze intercompany-vordering verrekenen. Maar die vlieger ging niet op.

Het hof neemt de Haviltex-formule als uitgangspunt en concludeert vervolgens met herhaling van de letterlijke bewoordingen van PontMeyer dat in het onderhavige geval beslissende betekenis dient te worden toegekend aan de meest voor de hand liggende taalkundige beteke-

nis van desbetreffende bewoordingen, gelezen in samenhang met de overige voor de uitleg relevante bepalingen van de koopovereenkomst. De grond daarvoor is volgens het hof dat het gaat om een commerciële overeenkomst die strekt tot de overdracht van aandelen, die is gesloten tussen professionele partijen en die een zogenaemde *entire agreement clause* bevat (zie met betrekking tot deze clause verderop in dit artikel). Het hof is van oordeel dat uit de hiervoor geciteerde artikelen volgt dat alle intercompany-vorderingen dienden te zijn afgewikkeld vóór de overdracht van de aandelen en dat daarna ter zake tussen koper, verkoper en de vennootschap niets meer zou zijn af te wikkelen. Er was daarmee afstand gedaan van eventuele intercompany-vorderingen na closing. Als men het anders had gewild, dan had men het anders moeten opschrijven.

De uitspraak past in de lijn van vooreerst taalkundige interpretatie van commerciële contracten, maar het is opmerkelijk dat nu al in een aantal gepubliceerde zaken het juist de afwikkeling van de fiscale eenheid is die de aanleiding vormt. Het is dus zaak, tezamen met een fiscalist, duidelijke afspraken te maken over de afwikkeling van de fiscale eenheid en de daaruit voortvloeiende intercompany-vorderingen. Begin met de verkoper te vragen naar de stand van zaken en welke vorderingen er over en weer met de target over het tijdperk vóór closing nog moeten worden afgewikkeld.

Intrekken aansprakelijkheidsstelling ex artikel 2:403 BW

In concerns wordt vaak volstaan met een geconsolideerde jaarrekening. De financiële gegevens van een targetvennootschap zijn dan op groepsniveau geconsolideerd. De eisen aan de eigen jaarrekening van de targetvennootschap zijn in dat geval zeer beperkt en zij hoeft deze niet te publiceren. Een van de voorwaarden voor het verkrijgen van de concernvrijstelling voor het opmaken van de jaarrekening is dat een andere, consoliderende, groepsmaatschappij zich aansprakelijk heeft gesteld voor de ‘uit rechtshandelingen voortvloeiende schulden’ van de rechtspersoon (art. 2:403 BW). Deze verklaring moet worden neergelegd ten kantore van het handelsregister waar de rechtspersoon is ingeschreven. De verklaring wordt meestal afgelegd door het hoofd van de groep en bij verkoop van de desbetreffende (klein)dochter zal die aansprakelijkheid beëindigd moeten worden. Dit kan door nederlegging van een intrekingsverklaring ten kantore van het handelsregister (art. 2:404 BW).

Ondanks de voormelde beëindiging resteert op grond van artikel 2:404 lid 2 BW de zogenaemde ‘overblijvende’ aansprakelijkheid voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen welke zijn verricht voordat jegens de schuldeiser een beroep op de intrekking kan worden gedaan. Om ook van deze overblijvende aansprakelijkheid af te komen moet de rechtspersoon niet meer tot de

23. Hof Arnhem 14 februari 2012, JOR 2012/138.

groep behoren, dient een mededeling van voorgenomen intrekking bij het handelsregister te worden neergelegd, en een aankondiging in een landelijk dagblad van het voornemen te worden gedaan. Als dan gedurende twee maanden nadien geen crediteur in verzet is gegaan bij verzoekschrift gericht aan de rechtbank van de woonplaats van de rechtspersoon die hoofdschuldenaar is, vervalt ook de resterende aansprakelijkheid.

Beëindiging van de aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 2:403 BW zou standaard in de checklist bij afwikkeling van een overname dienen te zitten. Dat dit nog steeds wel eens misgaat blijkt echter uit een uitspraak van Rechtbank Rotterdam,²⁴ waarin met een beroep op de rechtszekerheid de voormalige moeder bij gebreke van intrekking van de op artikel 2:403 BW gebaseerde aansprakelijkheidsverklaring aansprakelijk werd geacht voor de schulden van haar enige jaren geleden verkochte dochter.

Zie ook Hof Amsterdam (OK) 30 september 2010, JOR 2010/306 en Hof Amsterdam (OK) 12 januari 2010, JOR 2010/94, waarbij de Ondernemingskamer in de recentere uitspraak de voormalige moeder wel te hulp schoot, maar in het oudere geval niet. Het betrof hier overigens in beide gevallen artikel 403-vorderingen op de ex-moeder, gebaseerd op intercompany-vorderingen van nieuwe zustervenootschappen op de uitgevaren dochter. Dat was dus nogal kras, omdat de nieuwe zusters en de hierbij betrokken uiteindelijke leidinggevers zonder meer geacht moesten zijn op de hoogte te zijn van de nieuwe verhoudingen en van het feit dat het niet intrekken van de 403-verklaring na de overname enige jaren terug een omissie van de voormalige moeder was.

Boilerplates

Eind vorig jaar heeft Martijn Uijen in dit blad een uitvoerig betoog gehouden over nut en noodzaak van *boilerplate*-clausules:²⁵ standaardbepalingen rondom onderwerpen als contractsuitleg, geheimhouding, rechtskeuze enzovoort. De overwegingen van de auteur zullen wij niet herhalen, maar zijn conclusie wel. Samengevat: boilerplates zijn, ondanks dat ze het karakter van een standaardbepaling hebben, niet geschikt om lukraak in elk contract op te nemen. Steeds moet een bewuste keuze worden gemaakt of het beoogde resultaat door een boilerplate beter wordt bereikt dan wanneer de standaardregeling naar Nederlands recht wordt aangehouden. Elke boilerplate moet dan ook zowel bij het opstellen als bij het beoordelen van een overnamecontract afzonderlijk tegen het licht worden gehouden en zeker niet worden beschouwd als bepaling van gering belang.

Ter illustratie verwijzen wij naar het gewicht dat de Hoge Raad in het reeds aangehaalde arrest PontMeyer²⁶ toedicht aan de in het contract aanwezige ‘entire agree-

ment clause’. In die bepaling komt tot uitdrukking dat het contract bedoeld is als een integrale weergave van wat partijen zijn overeengekomen. De Hoge Raad geeft deze bekende boilerplate in PontMeyer een prominente rol. Hij betreft de entire agreement clause uitdrukkelijk bij zijn goedkeuring van de wijze waarop het hof tot de uitleg van koopovereenkomst is gekomen:

‘Het hof heeft (...) tot uitdrukking gebracht dat in de door het hof in rov. 8.1 genoemde omstandigheden, waaronder de aard van de transactie, de omvang en gedetailleerdheid van het contract, de wijze van totstandkoming ervan en in het bijzonder de hierboven (...) geciteerde “entire agreement clause” (...), als uitgangspunt beslissend gewicht dient te worden toegekend aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van die woorden, gelezen in het licht van de overige, voor de uitleg relevante bepalingen van de SPA. Een en ander geeft niet blijk van een onjuiste opvatting aangaande de wijze waarop in een zaak als deze de Haviltex-maatstaf dient te worden toegepast.’

Het is de vraag of partijen hierbij gedurende het opstellen van de overeenkomst hebben stilgestaan en zich bij het sluiten van het contract een dergelijke hoofdrol voor de entire agreement clause hadden voorgesteld.

Weens Koopverdrag: uitsluiten of niet?

In een internationale context dient in het geval van een activaovername waarbij roerende zaken worden overgedragen, bij de rechtskeuze voor Nederlands recht in het contract stilgestaan te worden bij het al dan niet uitsluiten van het Weens Koopverdrag (CISG). Als er louter naar Nederlands recht wordt verwezen, zal dit verdrag van toepassing zijn. Gevolg hiervan is onder andere dat in vergelijking met het Nederlandse recht beperktere bepalingen ten aanzien van bijvoorbeeld de bevoegdheid om te ontbinden (als die al niet is uitgesloten) van kracht zijn. Ook de klachtplicht is strikter. De bepalingen betreffende overmacht zijn daarentegen weer ruimer. Dit alles kan in het voordeel van een verkoper zijn. Het lijkt er overigens op dat onbekendheid met de bepalingen van het Weens Koopverdrag de voornaamste reden is dat toepasselijkheid vrij standaard wordt uitgesloten. Een probleem bij de keuze voor het verdrag kan wel ontstaan als er naast de roerende zaken ook vermogensrechten worden verkocht. Daarop is het verdrag niet van toepassing. Je zou dan binnen één contract met twee verschillende rechtsstelsels kunnen worden geconfronteerd.

24. Rb. Rotterdam 15 april 1999, JOR 1999/119.

25. Contracteren 2010/4.

26. HR 19 januari 2007, JOR 2007/166.

Ten slotte, indien voor internationale arbitrage zou worden gekozen, kan een keuze voor toepasselijkheid van het CISG aan te raden zijn.²⁷

Conclusie

Wij hebben een aantal valkuilen besproken en de conclusies willen we hier nogmaals samenvatten:

1. Vermijd zo mogelijk gebruik van een B.V. i.o. als koopvehikel; als het toch gebeurt, let op (de vereisten voor) bekrachtiging.
2. Beschrijf zo duidelijk mogelijk het mechanisme van de koopprijsbepaling en definieer termen zorgvuldig.
3. Definieer wat als te vergoeden schade geldt bij inbreuken op garanties.
4. Regel de termijn van de klachtplicht bij inbreuken op de garanties en de sanctie op niet-nakoming daarvan.
5. Let op particuliere beschermingsbepalingen van artikel 1:88 BW en artikel 7:857 BW: laat echtgenoten/partners meetekenen en denk aan de vereisten die de wet aan een particuliere borg stelt.
6. Non-concurrentiebepalingen: houd de beperkingen op maximaal twee (als slechts goodwill wordt overgedragen) tot drie jaar (als zowel knowhow als goodwill wordt overgedragen).
7. Verbreken van fiscale eenheid: analyseer zorgvuldig tezamen met de fiscale adviseur de consequenties en schrijf een bepaling op maat met duidelijke afspraken over afrekening en regres.
8. Intrekken aansprakelijkheidsstelling ex artikel 2:403 BW: zou op geen enkele checklist mogen ontbreken; let op vereisten voor intrekken (overblijvende) aansprakelijkheid.
9. Boilerplates: blijf kritisch nadenken en neem clausules niet klakkeloos over.
10. Weens Koopverdrag: (bij overname activa) uitsluiten van het verdrag is standaard, maar denk na of het in het concrete geval van nut kan zijn.

Voor een deel lijken de hiervoor besproken valkuilen evident; toch blijkt uit de jurisprudentie dat dit niet steeds het geval is. Wellicht wordt dat nu minder.

27. Voor een uitgebreide vergelijking zie mr. M.A.W. van Maanen, Praktische ervaringen met en enige valkuilen in het Weens Koopverdrag, NTHR 2012/2, p 70 e.v.