

Boilerplates etc.

Uitsluiten van ontbinding en vernietiging in overnamecontracten

Mr. M.J.E. Van den Bergh*

1. Inleiding

Advocaten gebruiken in de overnamepraktijk het liefst hun eigen model voor de koopovereenkomst. Sommige bedingen komen echter vrijwel altijd terug. De bepaling dat in geval van een tekortkoming in de nakoming een beroep op ontbinding van de overeenkomst voor partijen wordt uitgesloten, komt zodanig vaak voor dat wel van een *boilerplate* gesproken kan worden. Datzelfde geldt voor uitsluiting van de mogelijkheid van vernietiging van de overeenkomst in geval van dwaling.

In deze bijdrage wordt allereerst kort ingegaan op de achtergrond van ontbinding en vernietiging en op de werking en toelaatbaarheid van uitsluitingsbedingen. Daarna komt aan de orde waarom ontbinding en vernietiging juist in de sfeer van een bedrijfsovername onwenselijk is, wat de aanwezigheid van deze *boilerplates* in het contract verklaart.

2. Ontbinding en vernietiging

2.1 Ontbinding als remedie bij tekortkoming

Ontbinding is een van de wettelijke remedies in geval van een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst, als alternatief voor een beroep op nakoming van die overeenkomst. Ontbinding ex artikel 6:265 Burgerlijk Wetboek (BW) kan aan de orde zijn, tenzij de tekortkoming, vanwege haar bijzondere aard of geringe

betekenis, de ontbinding en haar gevolgen niet rechtvaardigt.¹

Het is voor het invoeren van ontbinding niet noodzakelijk dat de tekortkoming aan de wederpartij toerekenbaar is, zodat ontbinding ook in overmachtssituaties aan de orde kan zijn. Een beroep op ontbinding van de overeenkomst laat overigens onverlet het recht van de benadeelde om schadevergoeding te vorderen onder artikel 6:74 BW, mits de tekortkoming toerekenbaar is aan de tekortschietende partij. Ontbinding kan zowel in als buiten rechte en geheel of gedeeltelijk plaatsvinden.

Het gevolg van ontbinding is op grond van artikel 6:271 BW dat de partijen voor de toekomst worden bevrijd van hun wederzijdse rechten en verplichtingen. Bovendien blijven reeds op grond van het contract uitgevoerde handelingen weliswaar in stand, maar ontstaat voor partijen de verplichting om deze ongedaan te maken. Juist dat kan vaak tot praktische problemen leiden.

De ontbindingsbepaling in de wet is van regeland recht, zodat uitsluiting ervan in beginsel toegestaan is. De algemene opvatting in de literatuur is dan ook dat een dergelijke uitsluiting rechtsgeldig is, maar dat een beroep op de bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn op de voet van artikel 6:248 lid 2 BW. In algemene voorwaarden die jegens consumenten worden gebruikt, dient een beding dat ontbinding uitsluit echter niet te worden opgenomen, aangezien een dergelijk beding op grond van arti-

1. Alhoewel de rechtvaardiging van de tekortkoming door de bank genomen snel in de tekortkoming besloten ligt, heeft deze 'tenzij' in specifieke rechtsgebieden zoals het huurrecht een grote vlucht genomen. Zo vereisen veel kantonrechters dat de huurachterstand drie maanden moet zijn of dat er herhaalde wanbetaling moet bestaan, wil de ontbinding uitgesproken worden.

* M.J.E. van den Bergh is werkzaam bij Höcker advocaten.

kel 6:236 sub b BW als onredelijk bezwarend wordt aangemerkt. Gelet op de plaatsing op de zwarte lijst moet de rechter in een voorkomend geval het beding in consumentenovereenkomsten ambtshalve toetsen.

2.2 Gehele of gedeeltelijke ontbinding

Artikel 6:270 BW bepaalt dat ontbinding ook gedeeltelijk kan plaatsvinden, met als gevolg een evenredige vermindering van wederkerige prestaties in hoeveelheid of hoedanigheid. Deze partiële ontbinding kan ook louter betrekking hebben op toekomstige prestaties. Er kan discussie zijn over de vraag of uitsluiting van de mogelijkheid om de overeenkomst te ontbinden zonder meer ook de partiële ontbinding omvat. Raaijmakers stelt dat dit niet het geval is.² Strikwerda meent dat indien partijen nalaten om gedeeltelijke ontbinding nadrukkelijk uit te sluiten, de mogelijkheid tot gedeeltelijke ontbinding openstaat, mits de tekortkoming een gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst rechtvaardigt.³ Mijns inziens is de drempel voor een gedeeltelijke ontbinding overigens niet lager dan die voor een volledige. In mijn ogen zou in een niet nader gespecificeerde uitsluiting van ontbinding als bedoeling van partijen moeten worden gelezen dat een beroep op ontbinding in welke vorm dan ook niet mogelijk is. Om elke twijfel weg te nemen is voor de opstellers van het contract echter aan te raden om duidelijk te vermelden dat de uitsluiting ook gedeeltelijke ontbinding omvat.

2.3 Vernietiging in geval van wilsgebreken

Vernietiging van de overeenkomst kan onder meer aan de orde zijn indien bij de totstandkoming sprake is van een wilsgebrek. De vier wettelijk omschreven wilsgebreken zijn bedreiging, bedrog, dwaling en misbruik van omstandigheden. Ook vernietiging kan zowel in als buiten rechte plaatsvinden. Anders dan ontbinding werkt vernietiging met terugwerkende kracht; de overeenkomst wordt dan geacht niet te hebben bestaan. Het verschil tussen de obligatoire verbintenis tot ongedaanmaking bij ontbinding en het goederenrechtelijk karakter van de vernietiging kan met name in faillissementssituaties van belang zijn.

In de rechtspraak en literatuur wordt aangenomen dat het uitsluiten van vernietiging wegens dwaling geldig is, tenzij dit in strijd is met de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid.⁴ Het uitsluitingsbeding wordt geldig geacht als product van het aan partijen toegekende zelfbeschikkingsrecht.⁵ Hijma pleit voor een 'casuïstische aanpak', waarin 'wordt uitgegaan van gelidigheid en aan de hand van redelijkheid en billijkheid wordt uitgemaakt in hoeverre de wederpartij zich erop

kan beroepen'.⁶ De uitsluiting van vernietiging bij bedreiging of bedrog wordt niet toelaatbaar geacht en is over het algemeen in strijd met de openbare orde of de goede zeden ex artikel 3:40 lid 1 BW.⁷

2.4 Wijziging in plaats van vernietiging

Artikel 6:230 BW bepaalt dat indien een afdoende wijziging aan de overeenkomst wordt voorgesteld, de bevoegdheid tot vernietiging vervalt. Het is de vraag of die weg openstaat wanneer de mogelijkheid om te vernietigen wegens dwaling wordt uitgesloten. Ook hierover lopen de meningen in de literatuur uiteen. Zo betogen enkele schrijvers dat in geval van een beroep op vernietiging wegens dwaling, dit de mogelijkheid openlaat om een beroep op de wijzigingsbevoegdheid van artikel 6:230 BW te doen.⁸ Anderen, onder wie Schelhaas, zijn van mening dat vanwege de rechtszekerheid het van belang is dat de inhoud van het contract niet op een later moment wordt gewijzigd.⁹ Ook zou nog betoogd kunnen worden dat wijziging als sequeel van dwaling moet worden beschouwd, zodat de afspraak om vernietiging wegens dwaling uit te sluiten met zich meebrengt dat wijziging impliciet is uitgesloten.

Partijen doen er in dit licht verstandig aan om het uitsluitingsbeding in een overnamecontract zodanig te formuleren dat ook deze optie van wijziging duidelijk, ondubbelzinnig en alomvattend wordt uitgesloten.¹⁰

Overigens laat artikel 7:21 lid 1 BW in geval van koop nog specifiek de mogelijkheid open dat een vordering tot herstel van een niet aan de overeenkomst beantwoordende zaak wordt ingesteld; in feite betreft dit een vordering tot nakoming. Die titel is via de schakelbepaling van artikel 7:47 BW ook van toepassing op de koop van vermogensrechten, zoals aandelen in een vennootschap. Het is partijen toegestaan om de toepassing van titel 7.1 van het Burgerlijk Wetboek geheel uit te sluiten. Tjittes is hierop in dit tijdschrift al eens nader ingegaan¹¹ en eerder ook Van Wechem en Spanjaard, met een meer contrair geluid.¹² Met een dergelijke uitsluiting komt ook een mogelijk beroep op de specifieke herstelvordering ex artikel 7:21 lid 1 BW te vervallen.

2. Raaijmakers, Ontbinding van aandelentransactie, O&F 2003, september, p. 15.

3. H.K. Strikwerda, Sluit een verbod op ontbinding de mogelijkheid van gedeeltelijke ontbinding uit?, V&O 2008/7-8, p. 142.

4. Du Perron & Van Wechem, 'Het uitsluiten van het beroep op dwaling in overnameovereenkomsten: een acceptabele of een onacceptabele boilerplate?', VvA 2004, p. 17-18; Raaijmakers & Wessels, 'Fiscale garanties civielrechtelijk beschouwd', WPNR 2007/6695, p. 98.

5. J. Hijma, Boekbesprekingen: M.M. van Rossum, Dwaling, in het bijzonder bij de koop van onroerend goed, NRBR 1992, p. 134.

6. Asser/Hijma 7-1* 2013/244.

7. Du Perron & Van Wechem, a.w., p. 5.

8. E.M. Das, Enkele aspecten van overnamecontracten, TOP 2009, p. 86.

9. H.N. Schelhaas, Pacta sunt servanda bij commerciële contracten. Over de redelijkheid & billijkheid en objectieve uitleg bij handelscontracten, NTBR 2008, p. 151.

10. Vgl. M.B. Krestin, Is er bij uitsluiting van beroep op vernietiging wegens dwaling in overnamecontracten nog ruimte voor wijziging ex artikel 6:230 BW?, V&O 2010/7-8, p. 148.

11. R.J. Tjittes, Remedies bij inbreuken op garanties in overnamecontracten, Contracteren 2015/4, p. 106 e.v.

12. T.H.M. van Wechem & J.H.M. Spanjaard, Kan de kooptitel worden weggecontracteerd? Contracteren 2012/3, p. 92 e.v.

3. Het overnamecontract

3.1 De overname

Doel van een overname is dat de koper de vennootschap of de door verkoper gedreven onderneming in handen krijgt. De eigendom van de aandelen in een vennootschap, of de eigendom van de activa, gaat over van verkoper op koper tegen betaling van de koopsom. Bij de overdracht van aandelen kan ook worden afgesproken dat deze al per een eerdere datum (bijvoorbeeld al vanaf het begin van het boekjaar) voor rekening en risico van de koper zullen zijn.

Partijen geven bij de voorgenomen koop uitvoering aan hun onderzoeks- en mededelingsplichten door het uitvoeren en faciliteren van een due diligence-onderzoek. De koper kan zich met behulp daarvan een goed beeld vormen van de stand van zaken binnen de onderneming en de bijbehorende (mogelijke) risico's. Op grond van diens bevindingen wordt in de koopovereenkomst na onderhandeling een stelsel van garanties en vrijwaringen opgenomen. Aan inbreuken op die garanties wordt in de overeenkomst een mechanisme gekoppeld dat de koper en/of de vennootschap toegang geeft tot schadevergoeding; de verstrekte garanties maken dat een tekortkoming zonder meer aan de verkoper toerekenbaar is. Onderdeel van dat mechanisme is doorgaans een beperking van de totale aansprakelijkheid, uitgedrukt als percentage van de koopprijs of als vastgesteld bedrag, en vermelding van minimale claimbedragen om een drempel tegen claims op te werpen bij (te) kleine tegenvallers.

3.2 Uitsluiten van ontbinding en vernietiging in het overnamecontract

Het gaat te ver om te zeggen dat partijen erop rekenen dat zich tekortkomingen in de nakoming van het overnamecontract zullen voordoen, maar zij zijn zich wel terdege van de mogelijkheid bewust. Daaraan passen zij in het koopcontract al bij voorbaat een mouw door een specifieke remedie overeen te komen: schadevergoeding volgens het overeengekomen systeem van garanties en vrijwaringen. Daarmee verhoudt zich niet dat zij (daarnaast) de wettelijke mogelijkheid om de overeenkomst te ontbinden in geval van een tekortkoming openlaten.

De gedachte achter de uitsluiting van ontbinding en vernietiging is dat er na overdracht allerlei veranderingen in de onderneming plaatsvinden onder leiding en voor rekening en risico van de nieuwe eigenaar. Hierbij zijn veelal ook (de belangen van) derde partijen betrokken geraakt, zoals kredietverstrekkers die financiering hebben verleend of extra personeel dat is aangetrokken. Ook is de vennootschapsstructuur vaak ingrijpend gewijzigd. Dat maakt dat het buitengewoon moeilijk is, of zelfs helemaal niet mogelijk, om aan de vernietiging of ontbinding het noodzakelijke juridische gevolg te geven. Zoals Tjittes het onder verwijzing naar een

Engels gezegde uitdrukt: 'you cannot unscramble scrambled eggs'.¹³

Dat ontbinding, wanneer die mogelijkheid contractueel *niet* is uitgesloten, in geval van een overname ondanks de genoemde ernstige gevolgen wel openstaat, werd in 2000 door de Hoge Raad bevestigd in het Mol/Meijer-arrest.¹⁴ Daaraan was de situatie aan de orde dat de koper naderhand ontdekte dat de vennootschap een illegale bron had geëxploiteerd en illegaal afvalwater heeft geloosd. Dat vormde een inbreuk op de verleende garanties. In het overnamecontract was geen uitsluiting van ontbinding opgenomen en de koper vorderde onder meer ontbinding van de overeenkomst. De betrokken vennootschap was ondertussen echter al in staat van faillissement verklaard en verkopers betoogden dan ook dat zij aan een ontbinding bezwaarlijk gevolg zouden kunnen geven. De Hoge Raad achtte de zwaarwegendheid van de gevolgen bij ontbinding echter geen op voorhand beslissend gezichtspunt en oordeelde dat het de schuldeiser vrijstond om te kiezen voor ontbinding, ook wanneer aan hem een voor de schuldenaar minder bezwaarlijke mogelijkheid van redres ter beschikking staat, zodat voor de werking van de redelijkheid en billijkheid slechts een beperkte ruimte is opengelaten. Al met al is het dus geenszins een overbodige luxe om de mogelijkheid van ontbinding in het contract expliciet uit te sluiten, aangezien de rechter een 'ongeschreven' uitsluiting vermoedelijk niet zal aannemen.

Indien ze wel zijn opgenomen, dan houden dergelijke bepalingen in overnamecontracten veelal ook stand. Als argument daarvoor geldt mede dat een koper die contractueel afstand doet van zijn ontbindingsrechten, immers alternatieve mogelijkheden behoudt om zijn (financiële) belangen te beschermen. De Rechtbank Rotterdam wijst er in een situatie waarin partijen de mogelijkheid van ontbinding hadden uitgesloten, maar gevorderd werd om een beroep op dat beding op grond van artikel 6:248 lid 2 BW onaanvaardbaar te achten, op dat uitsluiting van de mogelijkheid van ontbinding niet snel tot onaanvaardbaar te achten gevolgen zou leiden in gevallen waar 'een beslissend belang in rechtspersonen waarin ondernemingen worden uitgeoefend is overgedragen, waarna die ondernemingen geruime tijd zijn voortgezet en geleid onder verantwoordelijkheid van de overnemende partij'. De rechtbank toont ook begrip voor het doel dat met de uitsluiting van een dergelijke ontbinding wordt nagestreefd, namelijk de onwenselijkheid dat ongedaanmakingsverbintenissen ontstaan. Zij merkt op dat '(...) het gevolg van ontbinding (...) immers [zou] zijn dat ongedaanmakingsverbintenissen zouden ontstaan, terwijl ongedaanmaking van de verrichte prestaties feitelijk niet meer mogelijk is. Het na geruime tijd vernietigen van dergelijke overeenkomsten zou vergelijkbare complicaties opleveren.' De eerder door Tjittes genoemde 'omelettheorie' dus. Zelfs het feit dat de verkoper aan de koper informatie had onthouden

13. Tjittes 2015, p. 110.

14. HR 4 februari 2000, NJ 2000/562, m.nt. J.B.M. Vranken.

die hij had behoren te verstrekken, achtte de rechter onvoldoende om ontbinding alsnog mogelijk te maken.¹⁵

De gevolgen van vernietiging zijn vanwege de terugwerkende kracht daarvan nog ingrijpender dan die van ontbinding. Evenals bij de uitsluiting van ontbinding wordt het terugdraaien naar een situatie van voor de transactie in de praktijk onwenselijk en lastig geacht. Om die reden wordt ook vernietiging in geval van dwaling doorgaans uitgesloten. Met het oog op het door partijen gefaciliteerde en verrichte due diligence-onderzoek hebben partijen immers uitgebreid de gelegenheid gekregen om zich een goed beeld te vormen van de ‘target’. Om dan desondanks de mogelijkheid open te laten dat een partij die stelt zich te hebben vergist de transactie terugdraait, wordt door partijen niet redelijk geacht. Dat vertaalt zich in de uitsluiting van een beroep op vernietiging wegens dwaling, waarbij eveneens de mogelijkheid tot wijziging van de overeenkomst wordt uitgesloten.

4. Conclusie

Het uitsluiten van de mogelijkheid tot ontbinding en vernietiging wegens dwaling gebeurt in overnamecontracten zeer regelmatig en wordt in het algemeen als rechtsgeldig beschouwd. Indien partijen ontbinding en haar gevolgen geheel willen uitsluiten, dan is het van belang om zowel de gerechtelijke als buitengerechtelijke ontbinding daaronder te scharen, en zowel de gehele als de gedeeltelijke. Bij vernietiging dient de uitsluiting beperkt te blijven tot dwalingssituaties, aangezien het uitsluiten van vernietiging bij andere wilsgebreken (bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden) in strijd met de goede zeden ex artikel 3:40 BW of naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht. Bij het uitsluiten van vernietiging dient eveneens aandacht te worden besteed aan de vordering tot wijziging in de overeenkomst op grond van artikel 6:230 BW. Tot slot dient aandacht te worden besteed aan de in titel 7.1 van het Burgerlijk Wetboek voorkomende remedies, zoals artikel 7:21 BW.

15. Rb. Rotterdam 22 oktober 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:8660.