

‘Garanties bij de bedrijfsoverdracht’

De meest voorkomende inbreuken of tekortkomingen aan garanties

De garanties bij een bedrijfsoverdracht zijn van groot belang. De verkopende en kopende partij beogen met de garanties een risicoverdeling. De verkoper staat er voor in, dat bepaalde zaken zijn gegarandeerd en risico's worden uitgesloten. Is dat anders, dan pleegt de verkoper een toerekenbare tekortkoming (artikel 6:74 Burgerlijk Wetboek) en dient hij de schade aan de koper te vergoeden. Een helder verhaal; helaas blijkt dat in de praktijk anders te zijn...

De inbreuken op garanties

Als een partij zijn contractuele verplichtingen niet nakomt, is er sprake van een inbreuk op een garantie. In dit artikel worden de meest voorkomende inbreuken beschreven, die uit onderzoek zijn gebleken.

De balansgarantie

De balansgarantie garandeert een getrouw beeld van de werkelijke cijfers met betrekking tot onderneming. De verkoper een onjuiste weergave heeft gegeven van de historische dan wel actuele cijfers over de onderneming. Het gevolg: er ontstaan conflicten over niet nagekomen, maar wel gegarandeerde cijfers omtrent balansposities alsmede omzet- en winstcijfers. Ook de koper kan de cijfers manipuleren door toekomstige cijfers anders weer te geven, om hierdoor onder toekomstige verplichtingen uit te komen (bv. bij een earn-out).

De bankgarantie

De bankgarantie kan gezien worden als een belangrijke contractuele zekerheidsgarantie. Het is een contract waarin een bank garandeert om op eerste verzoek van de crediteur (koper) een bedrag aan te betalen. Het is moeilijk om een veelvoorkomende inbreuk te benoemen; het is afhankelijk waarvoor de bankgarantie verleent wordt. Uit een arrest van de Hoge Raad blijkt dat het niet mogelijk is op ieder onderwerp een bankgarantie te verlangen, dit kan ook (in-) direct tot een inbreuk leiden.

Het gevolg: als er sprake is van een inbreuk op een bankgarantie, kan het verzekerde bedrag worden vrijgegeven zonder tussenkomst van de debiteur (verkoper). De bank heeft als derde partij geen inhoudelijke rol bij een eventuele discussie tussen verkoper en koper omtrent de inhoud en formulering.

De ‘disclosure’-bepaling

De ‘disclosure-bepaling’ is een contractueel vormgegeven garantie over de onderzoeksplicht tussen koper jegens de verkoper. Het komt regelmatig voor dat koper en verkoper van mening verschillen

over de werking en strekking van deze bepaling. Daarnaast speelt regelmatig de vraag, of deze bepaling wel is opgenomen in de koopovereenkomst. Het gevolg: de partijen raken in conflict over de invulling van de garantie. De grenzen en reikwijdte van de onderzoek- en mededelingsplicht staan hierbij centraal.

De informatiegarantie

De informatiegarantie is een contractueel vormgegeven garantie over de mededelingsplicht tussen verkoper jegens de koper. Er is sprake van een inbreuk op de informatiegarantie, als blijkt dat de verkoper verkeerde gegevens verstrekt of bepaalde informatie niet mededeelt. Het gevolg: er ontstaat een claim op de verkopende partij, waarbij beide partijen zullen moeten bewijzen dat er sprake is van een daadwerkelijke inbreuk.

Soms gaan partijen ervan uit, zeker in het geval van een vertrouwensrelatie, dat de mededelingsplicht automatisch bij de verkoper ligt. Het gevolg: het is moeilijk een claim in te dienen, vanwege het ontbreken van de informatiegarantie.

De material adverse change clause

De material adverse change clause (hierna: MAC clause) beoogt de koper te beschermen tegen het risico dat zich tussen de ondertekeningdatum van het overnamecontract en de datum van overdracht omstandigheden voordoen met een aanzienlijk nadelig effect op de (financiële) positie van de onderneming. Een inbreuk kan ontstaan als de MAC clause niet voldoende gedetailleerd is geformuleerd. De koper dient rekening te houden met specifiek geformuleerde wijzigingen van omstandigheden en daarnaast dient er ook een algemeen vangnet overeengekomen te worden. Het gevolg: de benadeelde partij wil geen medewerking meer verlenen aan de definitieve bedrijfsoverdracht. De koper zal hierbij moeten bewijzen dat deze effecten van wezenlijke nadelige invloed zijn op de positie van de onderneming.

De non-embarrassment clause

'Embarrassment' betekent letterlijk 'verlegenheid'. Er kan sprake zijn van een inbreuk op deze clause, als een onderneming snel wordt doorverkocht voor een veel hoger bedrag of aan een concurrerende partij. Het gevolg: het is een normale gang van zaken dat een koper de onderneming later weer verkoopt. Als er in een koopovereenkomst een non-embarrassment clause wordt opgenomen, dient duidelijk geformuleerd te worden wat wordt verstaan onder 'termijn' en 'concurrerende partij'.

De klachttermijn

Deze klachttermijn is een wettelijke garantie die is bepaald in artikel 7:23 Burgerlijk Wetboek. Tenzij partijen deze bepaling expliciet hebben uitgesloten in de koopovereenkomst. Indien dit het geval is, is het verstandig dat partijen contractueel een meldingsbepaling overeenkomen. Een inbreuk op de klachttermijn kan zijn het niet tijdig melden van een klacht bij de verkoper. Het gevolg: De koper heeft geen grond meer om een schadevergoeding te vorderen. Bij deze inbreuk staat de verkoper sterk. Door de klachttermijn kan hij te allen tijde betwisten dat de inbreuk tijdig is gemeld. De koper dient zich altijd te verdedigen. De nadruk van de procedure ligt daarbij op termijnen en niet op de vraag of er daadwerkelijk een inbreuk gepleegd is en wie daarvoor aansprakelijk is.

De tekortkomingen aan garanties

Met het tekortkomen aan garanties wordt bedoeld het niet of onvolledig formuleren van de garanties in een koopovereenkomst van een bedrijfsoverdracht. Er zijn uit onderzoek meerdere oorzaken gebleken die de tekortkomingen aan garanties veroorzaken.

Niet of te laat inschakelen van een jurist

Een ondernemer is zich onvoldoende bewust van het belang van gespecificeerde garanties. Soms gaat de ondernemer ervan uit, dat de conformiteitsregeling (artikel 7:17 Burgerlijk Wetboek) voldoende is voor de risicoverdeling tussen verkopende en kopende partij. Een ondernemer is niet altijd overtuigd van de noodzaak tot professionele juridische ondersteuning. Het gevolg: onvolledig geformuleerde garanties, waardoor vrijwel altijd discussie ontstaat omtrent de doelstelling, inhoud en reikwijdte van de garantie.

Teveel betrokken deskundigen

Bij een bedrijfsoverdracht kunnen teveel deskundigen betrokken zijn. Het gevolg: het aantal expertises per 'vakgebied' en inefficiënte samenwerking tussen partijen, leiden niet tot een heldere formulering van de garanties. Opnieuw lopen partijen hier het risico tot een discussie omtrent de doelstelling, inhoud en reikwijdte van de overeengekomen garantie.

Natuurlijk tegengesteld belang verkoper en koper

Meestal bestaat er een natuurlijk tegengesteld belang tussen de verkopende en kopende partij. Deze kan versterkt worden door het due diligence onderzoek. De verkopende partij zal, hoe meer informatie hij geeft, minder garanties willen verstrekken. De koper zal juist bij de gevonden gebreken, aanvullende garanties verlangen. Het gevolg: er ontstaat een spanningsveld tussen de verkoper en koper, zodat de onderhandelingen niet meer vlot verlopen. Indien partijen niet tot overeenstemming kunnen komen, kan er een tekort ontstaan aan garanties of kan de gehele overdracht zelfs stagneren.

Ongeduld vanuit de (ver)kopende partij

Met name bij strategische overnames is geconstateerd, dat de verkoper vaak belangrijke stappen over het hoofd ziet. Het due diligence wordt vaak (te) beperkt uitgevoerd (quick scan) waardoor bepaalde risico's niet worden opgemerkt. Het gevolg: er kan een tekortkoming aan gespecificeerde garanties in de koopovereenkomst ontstaan.

Kredietcrisis

De kredietcrisis is geen directe aanleiding voor een tekortkoming aan garanties. Wel voert de bank een extra intensieve bedrijfskundige analyse uit, met name in de (nog) risicovolle sectoren. Het gevolg: de ondernemer moet ervoor waken, dat zijn aandacht niet alleen is gericht op het verkrijgen van de financiering. Hij zal ook risico's met garanties moeten ondervangen. Met name het formuleren van een bankgarantie en balansgarantie op de overdrachtprijs, zijn van essentieel belang bij een onderneming, die minder presteert ten tijde van de kredietcrisis.

Schadevergoeding

Er zijn veel factoren die de uiteindelijke schadevergoeding van een inbreuk op of tekortkoming aan een garantie bepalen. Er moet gekeken worden naar de afspraken omtrent de aansprakelijkheid, is deze contractueel vastgelegd of vloeien deze voort uit de wet (art. 6:96 BW)? Daarnaast is het mogelijk om via een toerekenbare tekortkoming (wanprestatie, artikel 6:74 BW) of via de wettelijke conformiteit (artikel 7:17 BW) een claim te vorderen. Is er sprake van een wilsgebrek? Dan is het gevolg (vernietiging, ontbinding of schadevergoeding) afhankelijk van het type wilsgebrek.

Tot slot

Uit het onderzoek is gebleken, dat er diverse inbreuken op garanties bestaan. Daarnaast zijn er meerdere oorzaken, die kunnen leiden tot tekortkomingen aan garanties. Om deze risico's uit te sluiten, is er een checklist opgesteld, die de ondernemer, dan wel ter zake deskundige, bewust maakt van bovenstaande risico's.