

Garanties en vrijwaringen: handvatten voor het aanscherpen van het onderscheid

*Mr. C. Visser**

Inleiding

Garanties en vrijwaringen in overnamecontracten zijn een veelbesproken onderwerp in de literatuur. Verscheidene juridische auteurs hebben hun licht laten schijnen op de belangrijkste arresten van de Hoge Raad, van het Haviltex-arrest tot en met de laatste belangrijke uitspraak Meyer Europe/Pontmeyer, en hebben daarnaast beschreven hoe garanties en vrijwaringen dienen te worden uitgelegd in overnamecontracten. De status quo is dat garanties niet worden gezien als vastomlijnde begrippen (in tegenstelling tot *warranties and indemnifications* in de Angelsaksische landen),¹ maar als praktijkbegrippen.²

Uitleg contractuele bepalingen: Van Haviltex tot Meyer Europe/Pontmeyer

Volgens de Hoge Raad³ is de betekenis van een garantie geen vastomlijnd begrip, maar een contractuele bepaling waarvan de betekenis moet worden uitgelegd. In de loop der jaren heeft de Hoge Raad diverse arresten gewezen waarin regels zijn gegeven om contractuele bepalingen uit te leggen.⁴ De huidige stand van zaken met betrekking tot de uitleg in overnamecontracten berust bij zijn arrest Meyer Europe/Pontmeyer,⁵ waarin de Hoge Raad bepaalde dat een garantie/vrijwaring grammaticaal mag worden uitgelegd, tenzij de wederpartij tegenbewijs levert voor een andere uitleg. In het arrest formuleerde de Hoge Raad expliciet dan wel impliciet wel een aantal 'omgevingsfactoren' dat in dit verband relevant kan zijn: (1) verschillende tekstuele versies van de Share Purchase Agreement (hierna: SPA), (2) de overige contractdocumenten (*Warranties, Interim accounts*) en (3) andere bepalingen zoals *Entire Agreement Clauses*, die beogen de uitleg te beperken tot

hetgeen in de SPA en aanverwante documenten is opgenomen.⁶ Gezien het feit dat overnamecontracten grotendeels op standaardmodellen zijn gebaseerd en door professionele partijen worden uitonderhandeld, komt dit de rechtszekerheid ten goede. Hierdoor wordt wel in een overnamecontract de nadruk gelegd op de exacte bewoordingen die partijen hebben gebruikt voor een garantie of een vrijwaring. In de praktijk zijn er verschillende garanties te onderscheiden.⁷ Deze zien alle op verschillende eigenschappen van een onderneming of bepaalde activa.

Garanties en vrijwaringen zijn in de praktijk nader geprecieerde risicoverdelingen met een verschillend karakter. Een vrijwaring legt de risicoverdeling in beginsel volledig bij de verkoper met betrekking tot een reeds gesignaleerd (specifiek) probleem.⁸ Dit vereist in elk geval (enige) voorkennis van een (mogelijke) toekomstige omstandigheid die een nadeel voor de koper kan opleveren waarvan de omvang (mogelijk) nog niet bekend is.⁹ In een garantie kan het risico dat een garantie onjuist is, volledig of gedeeltelijk worden neergelegd bij de verkoper, naargelang de voorwaarden van de garantie, waarbij de kennis dat een omstandigheid nadeel voor de koper kan opleveren nog op zijn minst onduidelijk is dan wel ontbreekt.¹⁰ Als voorbeeld tussen uitersten wordt wel eens aangehaald dat een specifieke garantie in beginsel ziet op enerzijds een zo groot mogelijk risico bij de verkoper en anderzijds een bepaling waarin de verkoper 'naar beste weten' heeft verklaard.¹¹

Probleemstelling

Ongeacht de voorgaande beschrijving wordt er in de literatuur geen scherp onderscheid gemaakt tussen garanties en vrijwa-

* Mr. C. Visser is advocaat bij NautaDutilh.

1. HR 22 december 1995, NJ 1996, 300 (Hoog Catherijne) en bevestigd door HR 4 februari 2000, NJ 2000, 562 m.nt. J.B.M. Vranken (Mol/Meijer).
2. G.T.M.J. Raaijmakers, Garanties in het contractenrecht, Rechtsgeleerdheid Magazijn Themis 2005, p. 135.
3. HR 22 december 1995, NJ 1996, 300 (ABP/FGH).
4. Zie over deze arresten: M.M. van Rossum, Beroep op dwaling en bedrog in een overnamecontract, in: A.F.J.A. Leijten, D.J. Oranje & M. Holtzer (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008, Deventer: Kluwer 2008, p. 171 e.v.; J.W. Bitter, Garanties in kaart gebracht, Contracteren 2008, p. 36.
5. HR 19 januari 2007, NJ 2007, 675.

6. M.H. Wissink & T.H.M. van Wechem, Objectieve uitleg van een overnamecontract, Contracteren 2007, p. 21.
7. Voor een overzicht zie G.T.M.J. Raaijmakers & E.A.M. van der Velden, Garanties in de overnamepraktijk, in: B. Wessels & S.Y.Th. Meijer (red.), Bedrijfsvername, Deventer: Kluwer 2009, p. 143.
8. W.W. de Nijs Bik, Het due diligence-onderzoek bij overnames, in: Wessels & Meijer 2009, p.117.
9. E.M. Das, Enkele aspecten van overnamecontracten, Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk 2009, p. 84.
10. Zie als voorbeeld de behandelde uitspraak van het Gerechtshof Leeuwarden hierna.
11. Zie hierover G.C. Linse, 'Naar beste weten van verkoper' in garantiebepalingen, V&O 2009, p. 122-125.

ringen in overnamecontracten. Diverse auteurs stellen dat garanties en vrijwaringen min of meer dezelfde betekenis hebben.¹² Gezien het feit dat de rechtsgevolgen van de twee begrippen significant anders zijn, kan het verkeerd gebruiken van beide begrippen in de praktijk leiden tot een geschil of de bepaling als een vrijwarings- of een garantieclausule moet worden uitgelegd. Op het moment dat de bepaling dient te worden uitgelegd, is het meestal te laat en zijn partijen afhankelijk van de beoordeling van de rechter.

Zonder de illusie te hebben volledig te zijn (de materie is omvangrijk en gedetailleerd),¹³ betoog ik in deze bijdrage dat er een scherper en zuiverder taalkundig en juridisch onderscheid dient te worden gemaakt tussen garanties en vrijwaringen omwille van een duidelijker uitleg van garantie- en vrijwaringsclausules in overnamecontracten.

De jurisprudentielijst ten aanzien van garanties die worden gegeven en verkregen terwijl de koper wist of had moeten weten dat de garantie onjuist was, groeit momenteel gestaag. Reden voor mij om te betogen dat in dergelijke gevallen primair gebruik dient te worden gemaakt van een vrijwaring, ook in gevallen waarin nog niet vaststaat dat er nadeel uit een situatie zal voortvloeien. Deze vorm van vrijwaring lijkt het meest op een garantie, vanwege de onzekere omstandigheid of een bepaald nadeel zich zal voordoen. Aan de hand van (recente) voorbeelden in de praktijk zal ik trachten handvatten te bieden voor koper en verkoper zodat zij een (taalkundige) valkuil kunnen ontlopen.

Waar ik in deze bijdrage spreek over overnamecontracten, bedoel ik contracten waarin bedrijf A de aandelen of de activa/passiva in bedrijf B overneemt. Daarnaast zal ik simpelweg spreken van een koper die een garantie of een vrijwaring bedingt en van een verkoper die een garantie of een vrijwaring afgeeft.

Taalkundige verschillen

Taal in overnamecontracten

Overnamecontracten worden veelal in het Engels opgesteld. Ook Engelstalige overnamecontracten dienen in beginsel grammaticaal (en dus naar Engelse juridische begrippen) te worden uitgelegd, behoudens tegenbewijs.¹⁴ Bij de uitleg van de juridische betekenis zou in dat geval aansluiting moeten worden gezocht bij de Engelse betekenis van garanties en vrij-

waringen, die in Engeland en de Verenigde Staten wel vastomlijnde begrippen zijn.¹⁵ De praktijk wijst echter uit dat in overnamecontracten doorgaans een clausule wordt opgenomen waarin de Engelse taal in de overeenkomst wordt gebruikt om Nederlandse juridische begrippen uit te leggen. Dat ligt ook voor de hand gezien het feit dat Nederlandse advocaten aansprakelijkheidstechnisch alleen mogen adviseren naar Nederlands recht, uitzonderingen daargelaten. Een voordeel is wel dat er in Engelstalige overnamecontracten makkelijker onderscheid kan worden gemaakt tussen de Nederlandse begrippen garanties en vrijwaringen. Ondanks het feit dat de Nederlandse praktijkbegrippen garantie en vrijwaring qua betekenis de lading niet kunnen dekken van hun Angelsaksische equivalenten,¹⁶ wordt er een duidelijker onderscheid zichtbaar wanneer een vrijwaring in het Engels wordt vertaald als 'indemnification' en garantie als 'warranty'.

Grammaticale uitleg noopt tot een consistent gebruik van ondubbelzinnige woorden

Het maken van een taalkundig onderscheid tussen een vrijwaring en een garantie heeft invloed (mede afhankelijk van de gestelde voorwaarden in de betreffende bepaling) op de betekenis van de bepaling en de middelen die een koper heeft om zich op zijn rechten te beroepen.¹⁷ Op grond van het Meyer Europe/Pontmeyer-arrest moet de rechter een garantie- of vrijwaringsclausule in een Nederlandstalig overnamecontract primair grammaticaal uitleggen. De rechter zal de betekenis van beide soorten clausules trachten te achterhalen door onder meer te onderzoeken wat er met de betreffende tekst wordt bedoeld in het normale taalgebruik.¹⁸ De Van Dale geeft aan dat garanderen respectievelijk vrijwaren de volgende betekenissen hebben:

'ga ran de ren -deerde, h gegarandeerd ergens voor instaan; waarborgen'

'vrij wa ren -waarde, h gevrijwaard behoeden, waarborgen'

Ondanks het feit dat de Van Dale onder het begrip 'garantie' ook vrijwaring verstaat, worden er toch twee verschillende betekenissen gegeven aan beide begrippen. Verwarring ontstaat (vooral) bij het gebruik van het woord 'instaan'.¹⁹ 'Instaan voor' kan naar normaal taalgebruik betekenen dat een verkoper instaat voor het feit dat een bepaalde schade niet zal worden geleden (garantie), maar ook dat de verkoper instaat voor de schade zelf (vrijwaring). Gebruik hiervan dient daarom idealiter te worden vermeden in het opstellen van garanties en/of vrijwaringen. Naast het gebruik van betekenissen die zo veel mogelijk eenzijdig kunnen worden uitgelegd, is belangrijk dat bij het opstellen van garanties en/of vrijwaringen con-

12. R.P.J.L. Tjittes, De uitleg van garanties en vrijwaringen in overnamecontracten, in: Leijten, Oranje & Holtzer 2008, p. 149 e.v.; M. Brink, Due diligence; onderzoeks- en mededelingsverplichtingen volgens het Nederlandse recht (diss.), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 327 e.v. en dezelfde auteur in Bedrijfsjuridische berichten 2010, p. 103 e.v. en Raaijmakers 2005, p. 128, noot 38.

13. Zie Das 2009, p. 83, Tjittes 2008, p. 125, Raaijmakers & Van der Velden 2009, p. 143 en Raaijmakers 2005, p. 135. Zie voorts G.T.M.J. Raaijmakers, Garanties bij overnames. Over garanties bij professionele koop, meer in het bijzonder bij bedrijfsovernames (diss.), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002 en Brink 2011.

14. Tjittes 2008, p. 130.

15. Tjittes 2008, par. 4 en Raaijmakers 2002, p. 121 e.v.

16. Raaijmakers & Van der Velden 2009, p. 150.

17. Zie hierna omtrent verschillen in remedies.

18. HR 17 september 2004, NJ 2005, 169 (Wessanen/Nutricia).

19. Zo ook in het Hoog Catherijne-arrest: HR 22 december 1995, NJ 1996, 300, r.o. 3.5.2; Raaijmakers 2002, p. 93.

sistent gebruik wordt gemaakt van de begrippen (dat wil zeggen het gebruik van dezelfde begrippen waar zij hetzelfde bedoelen).

Voorbeelden

In overeenkomsten komt nogal eens voor dat er met betrekking tot dezelfde begrippen verschillende woorden worden gebruikt. Dit dient absoluut te worden vermeden om latere uitlegproblemen te voorkomen. Bijvoorbeeld waar in dezelfde overeenkomst ten opzichte van een garantie wordt gesproken over 'Verkoper staat er voor in (...)' en 'Verkoper garandeert (...)' dient of het een of het ander te worden gebruikt om een garantie te beschrijven.²⁰

Voor een zuivere en ondubbelzinnige uitleg met betrekking tot een vrijwaring zijn naar mijn oordeel de woorden 'vrijwaren voor' en 'behoeden voor' correcte begrippen. Hetzelfde geldt voor garanties ten aanzien van de woorden 'garanderen' en 'zekerheid bieden voor'. Het voorgaande is wel onder het voorbehoud dat de rest van de tekst van de betreffende garantie of vrijwaring aansluit op deze begrippen en op overige bepalingen in dezelfde overeenkomst.

(Juridische) verschillen tussen garanties en vrijwaringen

Tjittes, Brink en Raaijmakers maken allen geen (scherp) onderscheid tussen vrijwaringen en garanties. Raaijmakers ziet een mogelijkheid waarin 'een garantie wordt gebruikt als een soort vrijwaring' waarbij de koper ondanks een bepaalde wetenschap zich contractueel mag beroepen op de verkregen garantie. Brink gaat zover dat hij specifieke garanties ziet als vrijwaringen.²¹ Dit lijkt mij te kort door de bocht en onzuiver gezien het taalkundige verschil in de betekenis, het verschil in betekenis in normaal taalgebruik, de verschillen in remedies, wettelijke vervaltermijnen en mogelijke fiscale en accountancyverschillen. Ondanks dat Tjittes stelt dat hij geen reden ziet tot het maken van een specifiek onderscheid tussen garanties en vrijwaringen in het Nederlandse recht, benoemt hij wel eerst vier verschillen tussen garanties en vrijwaringen:²²

- a. Een vrijwaring ziet op een specifiek en voorzienbaar evenement, anders dan een garantie.
- b. Bij het invoeren van een vrijwaring is het aantonen van een tekortschieten niet vereist en kan koper direct nakoming vorderen onder de vrijwaring.
- c. Op vrijwaringen zijn (meestal) geen beperkingen van toepassing in tijd of bedrag, op garanties meestal wel.
- d. Een *disclosure* doet wel af aan een garantie (door de bekendheid van de koper met bepaalde gebreken), maar doet niet af aan een vrijwaring, omdat het bij een vrijwaring gaat om een voorzienbaar evenement.

Naast de vier verschillen van Tjittes meen ik, zoals hiervoor gesteld, dat ook rekening dient te worden gehouden met de volgende (mogelijke) verschillen:

- e. de beschikbare remedies bij het schenden van een garantie en het invoeren van een vrijwaring;
- f. de vervaltermijnen van garanties en vrijwaringen (ervan uitgaande dat de vervaltermijnen contractueel niet zijn verkort); en
- g. fiscale en accountancyverschillen (ik zal hier verder niet op ingaan; zonder volledig te willen zijn, verwijst ik naar het in de noot genoemde artikel).²³

Ik beperk me tot het bespreken van sub a, sub e en sub f.

Specifiek en voorzienbaar evenement (sub a)

Raaijmakers geeft met zijn opmerking de voorzet dat de garantie kan worden gebruikt als een soort vrijwaring en geeft eigenlijk al aan dat er een spanningsveld bestaat bij (zeer) specifieke garanties die het karakter kunnen verkrijgen van een vrijwaring.²⁴ De garantie is immers niet voor niets dermate specifiek, zodat betoogd kan worden dat er bepaalde kennis (voorzienbaarheid) van de koper voorhanden is. Precies hetgeen waarvan de feitenrechter in de jurisprudentie veelal heeft bepaald dat een op die kennis gebaseerde garantie onjuist is of twijfelachtig, waardoor koper geen beroep op die garantie toekomt. Dit zou wellicht anders door de feitenrechter worden uitgelegd indien de zeer specifieke garantie die het karakter heeft van een vrijwaring wordt benoemd en beschreven als een vrijwaring.

De praktijk is erbij gebaat het begrip 'vrijwaring' op te rekken door ook een vrijwaring te gebruiken bij een 'matige' of 'twijfelachtige' voorzienbaarheid van een evenement. Het voorstel is niet het ei van Columbus, maar bij een consistent en duidelijk omschreven vrijwaring zoals hiervoor bedoeld, zal er minder ruimte zijn voor een andere invulling aan de risicoverdeling; dit komt de rechtszekerheid ten goede.

Verskil in remedies tussen garanties en vrijwaringen (sub e)

In geval van garanties kan een koper in beginsel meer remedies invoeren dan bij een vrijwaring (nakoming, schadevergoeding, ontbinding, gedeeltelijke ontbinding, vernietiging door dwaling), maar bij een vrijwaring zal de *remedy* doorgaans meer specifiek zijn bepaald. Welke actie (*remedy*) een koper in kan stellen na een schending van een garantie of vrijwaring hangt daarnaast af van de concrete bewoordingen van het beding, de mate waarin in de overeenkomst acties worden toegelaten of uitgesloten en de mogelijkheid of onmogelijkheid van nakoming.²⁵ In de praktijk worden wel de meeste remedies zoals ontbinding weggeschreven in de overnamecontracten. Gezegd

20. Zie als voorbeeld: Hof Den Haag 12 oktober 2007, LJN BC0035, c05/1268, r.o. 2.2 en 2.3.

21. Brink 2011, p. 327.

22. Tjittes 2008, p. 149 e.v.

23. Zie bijv. A.N. Krol, Wijzigingen IFRS 3 en IAS 27: verwerking van fusies en overnames en mutaties in belangen in de geconsolideerde jaarrekening, Ondernemingsrecht 2008, p. 151.

24. Zie ook Tjittes 2008, p. 136-137.

25. Bitter 2008, p. 37.

moet worden dat nakoming vorderen bij overnamecontracten vaak complexe situaties oplevert en dat een koper bovendien waarschijnlijk meer gebaat is bij een schadevergoeding of een koopprijsaanpassing. Mijns inziens is het verschil in beschikbare remedies tussen de twee begrippen doorslaggevend om een scherper onderscheid tussen de twee begrippen te rechtvaardigen.²⁶

Het object van het overnamecontract moet aan de overeenkomst beantwoorden volgens artikel 7:17 BW. Tjittes zegt over garanties op kernachtige wijze dat een garantie een contractuele invulling is van artikel 7:17 BW.²⁷ Een vrijwaring hoeft niet te worden getoetst aan het conformiteitscriterium 'Wat mocht de koper van het object van de overname verwachten?' Doorgaans staat dit gespecificeerd in een garantie. Indien de garantie wordt geschonden, leidt dit meestal automatisch tot toerekenbaarheid. Op grond van artikel 7:21 BW kan dan nakoming worden gevorderd. Indien de verkoper niet nakomt, kan de koper hem aanspreken voor schadevergoeding op grond van wanprestatie.

Indien de koper wist of behoorde te weten dat de gegeven garantie onjuist was, kan hij zich moeilijk beroepen op non-conformiteit, tenzij partijen uiteraard de gelding van artikel 7:17 lid 5 BW uitsluiten in de overeenkomst, hetgeen vaak in de praktijk gebeurt wanneer de koper de overeenkomst opstelt. Boek 7 BW is van regeland recht, waardoor er contractueel kan worden afgeweken van de bepalingen. Een voorbeeld van een standaard vergaande uitsluiting die is ingegeven door het Hoog Catherijne-arrest luidt als volgt:

'In the event any fact or situation appears not to be as represented or warranted, the Seller hereby agrees not to argue that in reliance upon any action or omission on the part of the Purchaser or any Person acting for the Purchaser or upon the negotiations between the Parties, it was entitled to assume that the Purchaser would investigate or further investigate such fact or situation prior to concluding this Agreement (or prior to Closing, should such fact or situation arise between the date of this Agreement and Closing). The foregoing shall apply instead of Article 7:17 (5) of the DCC.'

Als derde remedie mag de koper ook een vordering instellen op grond van dwaling.²⁸ Uit de praktijk blijkt dat dwaling wel wordt gebruikt in sommige gevallen, maar dan voornamelijk in extreme gevallen waarin de verkoper hand had in het verstrekken of het juist niet verstrekken van informatie waardoor de koper dwaalde.²⁹

Bij een vrijwaring worden deze stappen, die in een procedure overigens onderhevig zijn aan uitleg van de rechter, overgeslagen. Op grond van een vrijwaring kan de koper direct nakoming vorderen onder de vrijwaring. Indien de verkoper niet nakomt, dat wil zeggen het nadeel van de koper vergoedt, dan dient de koper de verkoper aan te spreken vanwege wanprestatie.

Vervaltermijnen (sub f)

Doordat bij garanties grotendeels andere remedies voorhanden zijn, is er ook een verschil in de termijnen waarbinnen geklaagd dient te worden ten opzichte van de klachttermijn bij vrijwaringen. Bij garanties kan men daarbij contractueel afwijken van de vervaltermijn. De klachttermijn onder garanties is in beginsel twee jaar op grond van artikel 7:23 BW. Bij vrijwaringen dient uit te worden gegaan van de algemene verbintenrechtelijke regels en zal artikel 3:307 BW van toepassing zijn. De verjaring om te klagen is in dat geval vijf jaar.

Recente problemen in de rechtspraak

Hof Leeuwarden 5 oktober 2010³⁰

In deze uitspraak staat de uitleg van garantiebepalingen in de overeenkomst centraal. VDL Bus International B.V. (hierna: VDL) trad eind 1995 in onderhandeling met Handel- en Financiering Maatschappij Haskerland B.V. en Handel- en Financiering Maatschappij Zuid-West-Friesland B.V. (hierna: Haskerland c.s.) over de overname van een carrosseriefabriek. Op 14 februari 1996 sloten partijen een intentieovereenkomst waarin er een basiskoopprijs wordt vastgelegd en een extra koopprijs indien het resultaat in 1997 meer zou bedragen dan NLG 500.000. In de intentieovereenkomst staan onder meer de volgende garanties opgenomen:

- '(...) 3. Verkopers garanderen voorts dat op het moment van ondertekening van deze intentieovereenkomst:
- a. geen andere verplichtingen ten laste van de vennootschap bestonden per 31 december 1995, dan zoals blijken uit de jaarrekening 1995 en dat in de periode van 1 januari 1996 tot datum van levering van de aandelen geen verplichtingen zijn aangegaan of uitgaven zijn gedaan anders dan in het kader van de normale bedrijfsuitoefening; (...)
 - c. de debiteuren van de vennootschap volwaardig zijn en dat de voorziening voor dubieuze debiteuren adequaat is; (...)

Zoals gebruikelijk zijn deze afspraken ook opgenomen in de leveringsakte van de aandelen naast een verklaring van de verkopers over de verstrekte inlichtingen en gegevens met betrekking tot de transactie:

26. Zie ook in dit verband: Brink 2011, p. 328, noot 4.

27. Zie ook Raaijmakers 2005, p. 130.

28. Raaijmakers 2005, p. 131.

29. Zie als voorbeeld: Hof Den Bosch 18 januari 2011, HD 200.072.121, LJN BP1851.

30. Hof Leeuwarden 5 oktober 2010, RCR 2010, 84, p. 559-579.

‘Artikel 2 van de akte van levering luidt aldus:

De verkopers verklaren dat zij aan koper alle inlichtingen en gegevens hebben verstrekt en geen feiten of informatie hebben weggelaten of verzwegen, die de verkopers redelijkerwijs aan koper hadden behoren te verstrekken, zodat koper zich een juist oordeel over de wenselijkheid van de aandelen van de vennootschap en de juistheid van de overeengekomen koopprijs heeft kunnen vormen. (...)’

De accountant van VDL maakt na de vaststelling van de jaarrekening 1996 een schaderapport op in verband met de schendingen van de garantieverplichtingen door Haskerland c.s. Volgens het rapport bedraagt de schade NLG 1.819.817. VDL spreekt daarop Haskerland c.s. aan voor het schadebedrag en wint in dat verband een bankgarantie uit van NLG 1.000.000. Eind 1998 wordt de carrosseriefabriek failliet verklaard. Bij de beoordeling van de grieven geeft het hof eerst aan op welke wijze het de garantiebepalingen uit zal leggen. Aangezien partijen geen grieven hebben gericht tegen de visie van de rechtbank dat de garantiebepalingen dienen te worden uitgelegd aan de hand van de Haviltex-formule, zal het hof ook uitgaan van deze maatstaf:

‘Tegen deze overweging is geen grief gericht, zodat ook in appel van deze maatstaf dient te worden uitgegaan. Voor zover het betoog van VDL in appel er op neerkomt dat, in afwijking van de Haviltexnorm, een strikt taalkundige uitleg van de garantiebepalingen op zijn plaats is, volgt het hof VDL niet in dit betoog.’

Het hof wijkt af van de norm die de Hoge Raad hanteerde in zijn Meyer Europe/Pontmeyer-arrest dat een garantie (en/of vrijwaring) tussen professionele partijen in beginsel grammaticaal dienen te worden uitgelegd, tenzij de wederpartij hiervoor tegenbewijs aanlevert:

‘(...) Nu aan de overname van de aandelen (langdurige) onderhandelingen zijn voorafgegaan, de garantiebepalingen veelal een specifiek karakter hebben – partijen hebben niet volstaan met een algemene balansgarantie – en bij het contract de rechten van derden niet betrokken zijn, kan bij de uitleg van het contract echter niet worden voorbijgegaan aan de vraag wat de bedoeling van partijen met de uit te leggen (garantie)bepalingen is geweest.’

VDL voert aan dat Haskerland c.s. simpelweg het door haar gegarandeerde dient na te komen, ongeacht de informatie die VDL op dat moment had. Maar het hof kijkt naar de beschikbare informatie die VDL ten tijde van het sluiten van de overeenkomst had om de bedoelingen van de partijen bij het opstellen van de garantieverplichtingen te achterhalen:

‘12. Voor het antwoord op de vraag welke bedoeling partijen met een bepaalde garantiebepaling hebben gehad, is – anders dan VDL meent – van belang over welke informatie betreffende het onderwerp van de garantie VDL

beschikte op het moment dat de garantie werd gegeven. Indien VDL op basis van de verstrekte informatie concrete twijfels had over de juistheid van een garantie, of zelfs wist dat die onjuist was, ligt het zonder nadere feiten en omstandigheden niet voor de hand dat beide partijen met de garantie beoogd hebben ook ten aanzien van de juistheid van de betwifelde omstandigheid het risico op Haskerland c.s. te doen rusten.’

Ondanks het feit dat VDL een specifieke garantie had bedongen, geeft het hof aan dat dit nog niet betekent dat de toerekenbaarheid bij schending van de garantieverplichtingen is gegeven. Het hangt ook af van de informatie die de koper op het moment van het sluiten van de overeenkomst had. Het hof stelt dat de garantieverplichting niet geldt indien uit de voor koper beschikbare informatie bleek dat de garantie twijfelachtig of zelfs onjuist was.

VDL had mijns inziens in dit geval geen specifieke garantie op moeten nemen, maar een (specifieke) vrijwaring (zie ook hiervoor).³¹ In de huidige situatie kan het voor de verkoper lonen om bij een voorzienbaarheid van de koper met betrekking tot bepaalde omstandigheden een vrijwaring voor het te verwachten nadeel te weigeren, maar een garantie wel te geven. In een latere procedure mag op basis van de huidige lijn in de jurisprudentie de koper zich niet beroepen op een garantie waarvan hij weet dat deze onjuist is of twijfelachtig.³² Daartegenover staat dat, indien de feitenrechter de uitlegregel van Meyer Europe/Pontmeyer juist hanteert, er voor de wederpartij de mogelijkheid bestaat tegenbewijs aan te voeren. Het tegenbewijs zou in dat geval bijvoorbeeld een schriftelijk stuk (of verklaring van een betrokkene zoals een directeur) kunnen zijn, waaruit blijkt dat de verkoper geen vrijwaring wilde geven, omdat hij wist dat het nadeel zich (waarschijnlijk) zou openbaren. Ik ben benieuwd wat een feitenrechter in een dergelijk geval zal bepalen, want dient de verkoper dan ook niet het verlenen van de garantie te goeder trouw te weigeren? Mijns inziens zou de feitenrechter, in het specifieke geval dat de verkoper een vrijwaring weigert en te kwader trouw wel een garantie verleent waarvan hij weet dat de garantie niet klopt, op grond van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid een (impliciete/stilzwijgende) uitsluiting van artikel 7:17 lid 5 BW kunnen aannemen. Desondanks dient de koper in dergelijke gevallen bij het onderhandelen zekerheidshalve altijd een vrijwaring te verzoeken.

Conclusie

Ondanks het feit dat men uit de literatuur de indruk krijgt dat een onderscheid tussen een garantie enerzijds en een vrijwaring anderzijds niet scherp te trekken valt, kunnen garanties en vrijwaringen in de praktijk wel degelijk verschillend uitwerken. Zoals de recente rechtspraak laat zien, biedt zelfs een zeer specifiek geformuleerde garantie niet altijd dezelfde bescherming voor een koper als een vrijwaring. Het verdient de aan-

31. Zie ook Raaijmakers 2002, p. 21 en Brink 2011, p. 104.

32. Raaijmakers & Van der Velden 2009, p. 156-157.

beveling om hier bij het opstellen van overnamecontracten en bij onderhandelingen tussen partijen rekening mee te houden om te voorkomen dat een garantieclausule die er op papier veelbelovend uitziet door uitlegkwesties en door toerekening van wetenschap haar werking verliest.

Voor een scherper onderscheid tussen vrijwaringen en garanties, omwille van de rechtszekerheid en van de bescherming van de koper bij een (bepaalde) wetenschap dat een garantie (mogelijk) onjuist is, meen ik dat de volgende handvatten nuttig kunnen zijn:

1. Bij het opstellen van een garantie of vrijwaring dient er consistent gebruik te worden gemaakt van ondubbelzinnige woorden, dus woorden die alleen een enkele betekenis in het overnamecontract kunnen hebben. Zo wordt voorkomen dat onduidelijkheid ontstaat over de vraag of een bepaalde clausule een garantie dan wel een vrijwaring bevat. Met name voor wat betreft het verschil in beschikbare remedies is dit onderscheid van belang.
2. Wanneer een koper twijfelt aan de juistheid van een garantie, of behoort te twijfelen aan een garantie, dient de koper in dat geval zekerheidshalve een vrijwaring op te nemen. Zo ook ingeval er sprake is van een 'matige' voorzienbaarheid van het intreden. De vrijwaring moet dus niet worden beperkt tot het vergoeden van enig nadeel uit een volledig bekende omstandigheid, maar dient als begrip te worden opgerekt tot een gedeeltelijk kenbare omstandigheid. Een duidelijk onderscheid tussen de twee begrippen voorkomt ook dat een verkoper die dezelfde wetenschap heeft over een omstandigheid geen vrijwaring wil geven maar wel een garantie, waardoor hij te kwader trouw een garantie af zou geven waarop de koper op grond van de huidige rechtspraak waarschijnlijk geen beroep mag doen.