

# Artikel

## Garanties in kaart gebracht<sup>1</sup>

Mr. J.W. Bitter\*

Contractueel overeengekomen garanties, hun totstandkoming en hun interpretatie vormen gezamenlijk een onderwerp waarover – met name sinds het *Hoog Catharijne*-arrest<sup>2</sup> – veel gedebatteerd en gepubliceerd is. Het debat speelde zich met name af op het gebied van de interpretatie van contractuele garanties die – vooral in overnamecontracten – door verkopers gegeven worden met betrekking tot hun eigen verplichtingen. Belichaamt een garantie een verplichting die vooral letterlijk geïnterpreteerd moet worden, of wordt, zoals in het *Hoog Catharijne*-arrest, de (schijnbaar) letterlijke inhoud van de garantiebepaling door (toepassing van) het *Haviltex*-criterium genuanceerd? Het zal bij (contractuele) garanties meestal gaan om garanties van de kwaliteit van hetgeen door de verkoper geleverd moet worden of, zoals in het *Hoog Catharijne*-arrest, om de verplichting van de verkoper de koper adequaat te informeren over het object van de overname en de daaraan verbonden rechten en plichten. Met garanties wordt beoogd degene te wiens behoefte ze worden gegeven, (een bepaalde mate van) zekerheid te geven dat een bepaald resultaat gerealiseerd zal worden. Hierna wordt achtereenvolgens ingegaan op (1) het gebruik van garanties in de praktijk, (2) de regeling daarvan in het Nederlandse recht, (3) de bestaansvereisten voor garanties, (4) hun functie en (5) hun inhoud en interpretatie. Vervolgens wordt – zonder aanspraak op volledigheid te maken – ingegaan op de volgende punten: (6) de verplichting van de garant, (7) garantie en toerekenbaarheid, (8) onderzoeksplicht en verval van klachtrecht, (9) garanties en exonaties, en (10) worden enige opmerkingen gemaakt naar aanleiding van de jurisprudentie die in verband met garanties kunnen rijzen. In punt 11 volgen enige slotopmerkingen.

\* Mr. J.W. Bitter is advocaat bij Simmons & Simmons te Rotterdam.

1 Met dank aan mr. Charlotte de Vink en mr. David van Kessel, stagiairs bij Simmons & Simmons Rotterdam.

2 HR 22 december 1995, NJ 1996, 300.

### 1. Het gebruik van garanties in de praktijk

Garanties kunnen worden onderverdeeld in twee categorieën:

- 1 de garantie van feiten en omstandigheden, verband houdende met contracten waarbij de garant zelf partij is; en
- 2 de garantie van feiten en omstandigheden in verband met contracten waarbij de garant geen partij is.

Onder de eerste categorie vallen de garanties ter zake de conformiteit van verkochte zaken en op het gebied van feiten en omstandigheden die voor de waarde daarvan van belang zijn. Wie een huis koopt, wil er niet alleen zeker van zijn dat het dak niet lekt, maar ook dat er geen plannen zijn van relevante overheidsinstanties om door de voortuin een vierbaanssnelweg aan te leggen.

Onder de tweede categorie vallen bijvoorbeeld (1) de fabrikantengarantie en (2) garanties door middel waarvan de garant toezegt op een of andere wijze een prestatie te zullen leveren voor zover een contractspartij bij een andere overeenkomst niet mocht nakomen, zoals de bankgarantie, het aval van een wisselbrief en elke andere op een borgtocht lijkende verbintenis. Ten slotte kan een garantie worden gegeven die in het geheel niet of slechts op afstand in verband staat met de nakoming van een contractspartij onder een andere overeenkomst dan die door middel waarvan de garantie tot stand gebracht wordt. Niemand kan garanderen dat het morgen regent.

Garanties, afgegeven door een contractspartij ter zake haar eigen prestaties, leiden tot een versterkte prestatieplicht. Andere garanties kwalificeren als een zelfstandige verbintenis, die in een eng of ver verwijderd verband staan met de prestatieplicht van een van de partijen onder een andere overeenkomst (de '*hoofdovereenkomst*'). Een bankgarantie kan bepalen dat een recht op uitbetaling ontstaat zodra de begunstigde de uitgevende bank ongemotiveerd en zonder afgifte van justificatoire bescheiden mededeelt dat zijn wederpartij niet nakomt. In dat geval is de garantie abstract. Een garantie kan ook bepalen dat een recht op uitbetaling alleen ont-

staat indien en voor zover een rechtbank bij vonnis met kracht van gewijsde heeft geoordeeld dat partij A (een ander dan de garant) een gespecificeerd bedrag aan partij B moet betalen. In dat geval hebben we te maken met een procesgarantie.

Garanties die worden gegeven met betrekking tot de eigen prestatieplicht van een contractspartij, beogen een regeling te geven voor de risicoverdeling tussen de partijen.<sup>3</sup> Een verkoper moet aan de overeenkomst beantwoordende zaken leveren, maar de koper die niet aan zijn onderzoeksplicht voldoet, loopt daardoor het risico zijn recht te verspelen zich op de gestelde non-conformiteit te beroepen. De *bekwame tijd* waarbinnen hij volgens artikel 7:23 BW moet klagen om verlies van rechten te voorkomen, kan verstreken zijn op het moment dat de koper pas klaagt nadat hij de gebreken daadwerkelijk heeft ontdekt, zonder dat hij ten aanzien van het gekochte aan zijn onderzoeksplicht heeft voldaan. Het risico dat de koper, die niet aan zijn onderzoeksplicht voldoan blijkt te hebben, zijn rechten verliest zich op non-conformiteit te beroepen, kan ten gunste van de koper worden verschoven door van de verkoper een garantie te bedingen met betrekking tot één of meer eigenschappen van het gekochte.<sup>4</sup> Is een garantie afgegeven, dan is de koper in het algemeen ontheven van zijn onderzoeksplicht.<sup>5</sup> De koper van een huis die zekerheid wenst omtrent het risico dat een snelweg door zijn voortuin zal worden aangelegd, zal dat risico in beginsel zelf hebben te nemen, tenzij de verkoper ter zake een garantie aan hem afgeeft.

Ook de garanties die worden afgegeven voor of in verband met andermans prestaties hebben te maken met risicoverdeling. Alleen gaat het dan niet om de verdeling van risico's tussen de partijen bij de hoofdovereenkomst, maar om de spreiding van risico's voor een van de partijen daarbij. Een koper van een zaak ten aanzien waarvan een fabrikantegarantie geldt, zal eerder geneigd zijn die zaak te kopen dan wanneer daarvoor geen fabrikantegarantie was afgegeven. Het risico van de verkoper wordt door afgifte van de fabrikantegarantie vergroot noch verkleind, maar het risico van de koper wordt, door de extra rechtsmiddelen die de fabrikantegarantie hem biedt, wel verkleind. Evenzo zal een crediteur bereid zijn een door zijn debiteur getrokken wissel waarop aval gesteld is, als betaling te accepteren, terwijl hij dat zonder het gestelde aval niet had gewild. Wie een wissel waarop aval gesteld is, als betaling accepteert, krijgt daardoor – in vergelijking met zijn positie onder een 'gewone' wissel – meer rechtsmiddelen tot zijn beschikking, en zekerheid van betaling, zonder dat de risico's van de trekker of van de betrokkene daardoor worden vergroot. Hetzelfde geldt

indien de nakoming van iemands verplichting wordt geseceerd door een bankgarantie. De begunstigde krijgt rechten en zekerheid van betaling die hij zonder de bankgarantie niet zou hebben gehad, terwijl de risico's van de debiteur ten opzichte van zijn crediteur onder de hoofdovereenkomst gelijk blijven.

## 2. De regeling van garanties in het Nederlandse recht

Noch in het oude BW, noch in het huidige BW worden garanties met zoveel woorden genoemd, laat staan gedefinieerd. Met betrekking tot garanties ter zake andermans prestatie, die lijken op borgtochtvereenkomsten, bepaalt artikel 7:863 BW dat daarop de bepalingen van titel 14 van Boek 7 BW van overeenkomstige toepassing zijn.<sup>6</sup> Het aval wordt geregeld in de artikelen 129-131 van het Wetboek van Koophandel.<sup>7</sup> Artikel 1352 BW (oud) spreekt over het *zich sterk maken* voor een ander. Betoogd wordt dat artikel 1352 BW (oud) daarmee (ook) een regeling geeft voor de *garantieovereenkomst*.<sup>8</sup> Afgezien van de zojuist genoemde gevallen waarin sprake is van een impliciete regeling van de garantie, zijn in het nieuwe en in het oude BW geen regelingen voor het concept van de garantie te vinden. Voor de volledigheid voeg ik toe dat in EG-richtlijn 1999/44<sup>9</sup> voor de consumentkoop een bepaling over garanties opgenomen is (art. 6). Bespreking daarvan gaat het bestek van dit artikel te buiten. De garantie is geen zelfstandige rechtsfiguur.<sup>10</sup>

Hierna wordt de schijnwerper gericht op de garantie voor en in verband met de eigen prestatie en op de versterkte prestatieplicht die daarvan het gevolg is. De garantie van en in verband met de nakoming van andermans verplichtingen, die veelal als een zelfstandige verplichting van de garant ten opzichte van de begunstigde kwalificeert, leidt tot problemen en rechtsvragen die op andere terreinen liggen dan die, die betrekking hebben op de garantie voor de eigen prestatie, en komt daarom hierna niet (meer) aan de orde.

De bepalingen waarin de garantie voor en in verband met de eigen prestatie worden bedongen, zijn met name te vinden in koop- en overnamecontracten.

3 G.T.M.J. Raaijmakers, 'Garanties in het contractenrecht', RMTh 2005, p. 124 e.v., op p. 124, r.k. en p. 131, r.k.

4 Raaijmakers 2005, p. 128, r.k. sub 1 en noot 34.

5 Zo reeds – voor de verborgen-gebrekenregeling van het oud-BW – Van Opstall in Hofmann/Van Opstall, Het Nederlandse verbintenissenrecht, eerste gedeelte, Groningen: Tjeenk Willink 1959, p. 161. Hieraan kan trouwens worden toegevoegd dat garanties ter zake de conformiteit van gekochte zaken vaak het karakter hebben van een exoneratie. Niet alle aspecten van een gekochte zaak vallen steeds onder de garantie. Zo worden vaak de bewegende delen van een machine van het bereik van garanties uitgesloten. Garanties bevatten ook vaak een uitsluiting voor onoordeelkundig gebruik. In gevallen van non-conformiteit heeft de koper de stelplecht en de bewijslast. Wordt de non-conformiteit gedekt door een garantie, dan hoeft de koper minder te bewijzen en te stellen dan indien geen garantie gegeven was. Voor zover een conformiteitsgarantie alleen slaat op bepaalde aspecten van de gekochte zaak, kan worden betoogd dat voor de overige aspecten een (gedeeltelijke) exoneratie geldt.

6 Castermans & Krans 2007 (T&C BW), art. 7:863, aant. 1; M.A.J.G. Janssen, 'Rechtsgevolgen van een garantie', in: M.M. van Rossum (red.), Garanties in de rechtspraktijk, Deventer: Kluwer 2002, p. 86.

7 T.J. Dorhout Mees (Nederlands handels- en faillissementsrecht, deel III, 1980, Arnhem: Gouda Quint) stelt vast dat het aval de betaling *garandeert* (p. 44, par. 6.129).

8 Asser-Rutten 3-II (1968), p. 192.

9 Official Journal L 171 van 7 juli 1999, p. 12 e.v.

10 Raaijmakers 2005, p. 124 en 125; T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Garantie, nakoming en schadevergoeding', WPNR 2004 (6577), p. 366; M. Bax, 'De rol van garanties in de overnamepraktijk', V&O 2003, p. 94 e.v., op p. 94 en 95; P. Klik, Conformiteit bij koop (diss.), 2008, p. 238, par. 187.

### 3. De garantie voor de eigen prestatie; bestaansvereisten

Dat de term *garantie* geen wettelijk begrip is, is hiervoor al uiteengezet. Tegen die achtergrond ligt het voor de hand dat de vermelding van het woord *garantie* of van het werkwoord *garanderen* in een contractuele verplichting geen noodzakelijke voorwaarde is voor de kwalificering van die verplichting als *garantieplichting*.<sup>11</sup> Voldoende is dat uit de aangegane verplichting blijkt dat het risico met betrekking tot een verplichting van de garant in zijn richting ten gunste van de wederpartij wordt verschoven. Illustratief in dit verband is de opmerking van Van Opstall dat de schuldenaar tot op zekere hoogte (steeds) de nakoming van zijn verbintenis garandeert.<sup>12</sup>

De Hoge Raad heeft vastgesteld dat onder bepaalde omstandigheden sprake kan zijn van impliciete garanties, gegeven door een contractspartij ten gunste van zijn wederpartij.<sup>13</sup> In de zogenoemde *Maassluis*-arresten was sprake van overdracht van vervuilde grond en van een bouwplicht voor de koper. Het gerechtshof te Den Haag oordeelde dat hier sprake was van een door de gemeente gegeven impliciete garantie, inhoudende dat de door haar geleverde grond geschikt was voor bebouwing. Dat oordeel werd door de Hoge Raad *niet onjuist* geacht.<sup>14</sup> De kritiek van Raaijmakers op het gebruik van het concept *impliciete garanties* deel ik niet.<sup>15</sup> Ik zie niet in waarom in een contractuele verplichting niet een versterkte prestatieplicht (en daarmee een impliciete garantie) gelezen mag worden. Per slot van rekening moeten contractuele bepalingen nog steeds worden geïnterpreteerd met inachtneming van de zin die de partijen daaraan over en weer mochten geven.<sup>16</sup> Evenals de expliciete garantie zal de impliciete garantie een verschuiving te wegbrengen van het risico in de richting van de garanderende partij.

Kortom: een garantieplichting kan expliciet of impliciet bij overeenkomst worden aangegaan.<sup>17</sup> Van een expliciete garantie is sprake wanneer een partij met zoveel woorden garandeert dat een verkochte zaak bepaalde eigenschappen heeft (bijvoorbeeld: de fiets die verkocht wordt, is van roestvrij staal; de gekochte vrieskist bereikt een temperatuur van -18 °C bij een buitentemperatuur van 25 °C; enzovoort). Soortgelijke expliciete garanties kunnen worden gegeven met betrekking tot de omstandigheid dat de verkochte onderneming geen andere schulden heeft dan de schulden die genoemd zijn in de overgelegde jaarstukken, of dat van overheidswegen geen plannen zijn gemaakt voor de (gedeeltelijke) onteigening van de verkochte onroerende zaak. Is de garantie impliciet, dan zal uit de bedoelingen van de partijen moeten worden afgeleid dat zij hebben beoogd een regeling te geven voor het risico dat zich

voordoet wanneer een van de partijen niet aan haar contractuele verplichtingen voldoet.

### 4. De functie van de garantie

Waar koopovereenkomsten aan de orde zijn, was tot aan de invoering van het huidige BW, op 1 januari 1992, een belangrijke functie van de garantie van de verkoper gelegen in de ecartering van de regeling inzake verborgen gebreken (art. 1540-1548 BW (oud)).<sup>18</sup> Hoewel zij in de wet was opgenomen ter bescherming van de koper, bleek de regeling inzake verborgen gebreken de koper uiteindelijk ten opzichte van de gewone regeling van wanprestatie (art. 1302-1303 BW (oud)) juist in zijn rechten te beperken. Niet alleen gold voor de koper een uiterst korte vervaltermijn, ook was de koper in zijn acties beperkt tot een vordering tot ontbinding van de koop of een vordering tot vermindering van de koopprijs.<sup>19</sup> Door – in ieder geval bij specieskoop – een garantie te bedingen, konden de partijen de toepasselijkheid van de regeling inzake verborgen gebreken uitsluiten. Dat een dergelijke uitsluiting was toegestaan, werd door de Hoge Raad uitgemaakt in zijn arrest van 10 mei 1963.<sup>20</sup>

De regeling inzake verborgen gebreken maakt sinds 1 januari 1992 geen deel meer uit van ons BW. De wenselijkheid de toepassing van die regeling uit te sluiten, is dan ook geen rechtvaardiging meer voor de opname van een conformiteitsgarantie in een koopovereenkomst.

In ieder geval na de introductie van het conformiteitsbegrip in artikel 7:17 BW,<sup>21</sup> en de daaruit volgende verplichtingen van de koper conforme zaken te leveren, kan men zich afvragen wat voor de koper die wenst te waarborgen dat de verkoper hem aan de overeenkomst beantwoordende zaken levert, de meerwaarde is van een conformiteitsgarantie. Hoe ruimer de conformiteitseis wordt uitgelegd, hoe geringer de behoefte aan een conformiteitsgarantie.<sup>22</sup> In zijn recent verschenen proefschrift concludeert Klik dat de Hoge Raad het conformiteitsbegrip tot nu toe niet *onnodig beperkt* heeft uitgelegd.<sup>23</sup> Bij conformiteit is – aldus Klik in zijn eerste stelling bij zijn proefschrift – ‘*sprake van een op de wet gebaseerde “garantie”*’.

Het enkele waarborgen van de overeengekomen kwaliteit van te leveren zaken is echter niet de enige functie van een (verkopers)garantie. Dergelijke garanties kunnen ook de functie hebben dat zij:

11 Zie onder meer HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 289, r.o. 3.3.

12 Hofmann/Van Opstall 1959, p. 103.

13 Zie bijvoorbeeld HR 25 juni 1993, NJ 1994, 291 (Gerards/Vijverberg).

14 NJ 1994, 289, r.o. 3.3; zie daaromtrent ook: Klik 2008, p. 259 e.v., par. 205 en Raaijmakers 2005, p. 127, par. 3.2.

15 Raaijmakers 2005, p. 127, l.k. en r.k. en p. 133.

16 Het *Haviltex-criterium*, zoals verwoord in HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m.nt. CJHB.

17 Zie daaromtrent ook Klik 2008, p. 248 e.v.

18 Zie onder meer: Klik 2008, p. 240, par. 189 en p. 255, par. 200.

19 Asser/Hijma 2007, par. 365-371.

20 NJ 1963, 288 m.nt. HB (Vouwapparaat).

21 Zie met name art. 7:17 lid 2 BW: ‘Een zaak beantwoordt niet aan de overeenkomst indien zij niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De koper mag verwachten dat de zaak de eigenschappen bezit die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn en waarvan hij de aanwezigheid niet hoefde te betwijfelen, alsmede de eigenschappen die nodig zijn voor en bijzonder gebruik dat bij de overeenkomst is voorzien.’

22 Klik 2008, p. 304 e.v., par. 246.

23 Klik 2008, p. 287, par. 232.

- a een beroep op overmacht door de verkoper uitsluiten;
- b de onderzoeksplicht van de koper beperken of uitsluiten; en
- c een verdeling van de risico's van elk van de partijen tot stand brengen.

Of en in hoeverre de onder a en b genoemde consequenties door een gegeven garantiebeding daadwerkelijk gerealiseerd worden, en in hoeverre een (werkbaar) risicoverdeling werkelijk door een garantiebeding wordt teweeggebracht (c), zal van geval tot geval aan de hand van de ter beoordeling staande concrete garantiebepaling beoordeeld moeten worden.

Aan de interpretatie van de garantieverplichting wordt hierna in paragraaf 5 eerst in algemene zin aandacht gegeven. Vervolgens wordt aan een aantal concrete zich in verband met garanties in de praktijk voordoende onderwerpen (de concrete verplichting(en) van de garant, de eventuele uitsluiting van een beroep op overmacht door de verkoper, de onderzoeksplicht van de koper zoals voorzien in art. 7:23 lid 1 BW, verval en verjaring, exoneratie en ontbinding) aandacht besteed.

## 5. De inhoud van de garantie en haar interpretatie

Garanties, of ze nu expliciet of impliciet gegeven zijn, worden geïnterpreteerd volgens de voor overeenkomsten gangbare interpretatiecriteria. Dat betekent dat in de eerste plaats gelet moet worden op de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan de bepaling in kwestie mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Deze door de Hoge Raad in 1981 in het *Haviltex*-arrest geformuleerde norm is vervolgens genuanceerd in onder meer het arrest van 20 februari 2004 (inzake DSM/Fox),<sup>24</sup> het arrest van 19 januari 2007 (inzake Meyer/Pontmeyer),<sup>25</sup> het arrest van 29 juli 2007 (inzake Derksen/Homburg),<sup>26</sup> en het arrest van 19 oktober 2007 (inzake Vodafone/ETC).<sup>27</sup>

Het is hier niet de plaats om uitgebreid in te gaan op en een analyse te geven van de genoemde arresten. Dat is op andere plaatsen al in ruime mate gedaan.<sup>28</sup> Ik beperk mij hier tot de vaststellingen dat (1) het oude *Haviltex*-criterium nog steeds geldt, (2) er in de jurisprudentie een tendens te bespeuren valt ten faveure van letterlijke interpretatie, en (3) die tendens zich met name manifesteert indien de clausule in kwestie tot stand kwam tussen professionele partijen die zich door raadslieden lieten bijstaan.<sup>29</sup> Zich baserend op het arrest van 20 februari 2004 (DSM/Fox), komt

Raaijmakers tot de conclusie dat de letterlijke tekst van de garantie van groter gewicht is naarmate de partijen professioneler zijn en naarmate de tekst intensiever onderwerp is geweest van onderhandelingen.<sup>30</sup> Waar het aankomt op de letterlijke tekst, zijn duidelijke bewoordingen geboden.

Garanties kunnen verder worden onderscheiden naar (1) de mate waarin een bepaalde eigenschap of een bepaald resultaat specifiek geadresseerd is, en (2) de mate waarin een bepaald resultaat voorwaardelijk dan wel onvoorwaardelijk gegarandeerd wordt.

Hoe minder duidelijk de door de wederpartij van de garant gepretendeerde aanspraak uit de tekst van de garantie blijkt, hoe eerder er aanleiding zal bestaan voor toepassing van (elementen van) de *Haviltex*-maatstaf. Zo oordeelde de Hoge Raad in het zogenoemde *Hoog Catharijne*-arrest<sup>31</sup> dat ook het gedrag van de contractspartijen van invloed kan zijn op de reikwijdte van een afgegeven garantie. In casu ging het om een weinig specifieke bepaling (de verkoper garandeert dat alle relevante informatie is verschaft), en om de klacht van de koper dat aan die garantie niet was voldaan nu het bestaan van twee geldleningen, betrekking hebbende op erfpachtverplichtingen van de verkoper, ondanks haar uitgebreide onderzoek niet aan het licht waren gekomen. Het gerechtshof te Den Bosch oordeelde dat het door de koper gestelde informatiegebrek voor diens risico moest blijven, onder meer omdat de verkoper, die aanvankelijk op diens verzoek uitgebreide inlichtingen aan de koper had verschaft, mocht verwachten dat de koper vervolgens om nadere informatie zou verzoeken, hetgeen de koper vervolgens niet deed.<sup>32</sup> De Hoge Raad voegt daaraan toe dat het hof kennelijk ook van belang heeft geoordeeld dat de verkoper niet wist (1) of en in hoeverre de koper onderzoek had ingesteld naar de situatie rond de erfpacht, en (2) welk belang de koper hechtte aan gedetailleerde kennis van het erfpachtsysteem en in hoeverre die gedetailleerde kennis van invloed zou zijn geweest op de waardebepaling van het gekochte, om vervolgens te oordelen dat 's hofs overwegingen en conclusies niet blijken te geven van een onjuiste rechtsopvatting of van een onbegrijpelijke uitleg.<sup>33</sup>

Garanties zijn sterker of zwakker naarmate een bepaald resultaat al dan niet onvoorwaardelijk gegarandeerd wordt. Een garant die verklaart *naar beste weten* niet op de hoogte te zijn van enige wetgeving die van invloed is op de waarde van de hem te verkopen onderneming, komt nog niet tekort in de nakoming van zijn (garantie)verplichting indien zodanige wetgeving toch mocht blijken te bestaan. Voor zijn aansprakelijkheid zal nodig zijn dat zijn wederpartij aantoont, althans aannemelijk maakt, dat de hem beweerdelijk onbekende feiten hem redelijkerwijze niet onbekend konden zijn.

24 NJ 2005, 493 m.nt. Du Perron.

25 NJ 2007, 575 m.nt. Wissink.

26 NJ 2007, 576 m.nt. Wissink.

27 LJV BA7024, Hoge Raad, C 06/123HR.

28 Zie de noot van Wissink onder de arresten van HR 19 januari 2007 en van HR 29 juni 2007 (NJ 2007, 575, 576); C.E. Drion & T.H.M. van Wechem, 'Kroniek van het vermogensrecht', NJB 2008, p. 933 e.v., op p. 934 e.v.; H.N. Schelhaas 'Pacta sunt servanda bij commerciële contracten. Over redelijkheid & billijkheid en objectieve uitleg bij handelscontracten', NTBR 2008, p. 150 e.v., op p. 157 e.v.; Klik 2008, p. 296, par. 242; R.P.J.L. Tjittes Uitleg van schriftelijke contracten, RMTh 2005, p. 2 e.v.

29 HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575, r.o. 3.7.3.

30 Raaijmakers 2005, p. 128, sub 2; Klik 2008, p. 288 e.v.

31 HR 22 december 1995, NJ 1996, 300.

32 HR 22 december 1995, NJ 1996, 300, r.o. 3.5.1.

33 Ibid., r.o. 3.5.2.

## 6. De verplichting van de garant

Wie een prestatie of kwaliteit garandeert en wie in strijd met de gegeven garantie handelt, pleegt wanprestatie. Die wanprestatie betreft ofwel de nakoming van de garantielijkt zelf<sup>34</sup> of die van de gegarandeerde verplichting.<sup>35</sup>

Conform het systeem van ons BW kan in dat geval de wederpartij de overeenkomst ontbinden, zij kan daarvan nakoming vorderen, en zij kan, eventueel naast nakoming of ontbinding, aanspraak maken op vergoeding van haar schade, alles uiteraard onder de voorwaarde van toerekenbaarheid (waarover meer in par. 7 hierna). Raaijmakers meent dat een geschonden garantie bovendien aanleiding kan geven tot vernietiging van de hoofdovereenkomst wegens dwaling.<sup>36</sup> De garantie kan nakoming van de gegarandeerde eigenschappen of feiten niet afdwingen,<sup>37</sup> maar de waarschijnlijkheid daarvan wel vergroten.

Welke actie de wederpartij van de garant kan instellen, zal afhankelijk zijn van (1) de concrete bewoordingen van het garantiebeding, (2) de mate waarin in de hoofdovereenkomst acties worden toegelaten of uitgesloten, en (3) de mogelijkheid of onmogelijkheid van nakoming.

De garant die aan de koper van aandelen in een vennootschap alle financiële stukken ter beschikking te stellen garandeert en die dat niet blijkt te hebben gedaan, kan die verplichting niet meer (tijdig) nakomen. De koper heeft trouwens niets meer aan nakoming achteraf. Hij is aangewezen op schadevergoeding. Wie de corrosiebestendigheid van gevelbeplating gedurende een bepaalde tijd garandeert, is wel in staat (door middel van herstel) alsnog na te komen, indien binnen de gestelde termijn corrosie geconstateerd wordt.<sup>38</sup> Schadevergoeding kan daarnaast ook worden toegewezen, tenzij op dat punt een exoneratie geldt.<sup>39</sup> Is nakoming niet onmogelijk,<sup>40</sup> dan heeft de crediteur in beginsel de keuze tussen een actie tot nakoming (en schadevergoeding) enerzijds en een actie tot schadevergoeding (al dan niet in combinatie met ontbinding) anderzijds.<sup>41</sup>

In overnameovereenkomsten wordt de mogelijkheid van ontbinding vrijwel altijd uitgesloten. Gelet op het gegeven dat garanties bij uitstek in overnameovereenkomsten worden aangegaan, is derhalve verklaarbaar dat er weinig jurisprudentie is op het gebied van de ontbinding van overeenkomsten wegens de schending van

een garantie. Een bekende uitzondering wordt gevormd door het arrest van de Hoge Raad van 4 februari 2000 (Mol/Meijer).<sup>42</sup>

Een beroep op dwaling door de garant met betrekking tot het aangaan van een garantieverplichting werd door de Hoge Raad in zijn arrest van 28 november 1997<sup>43</sup> gehonoreerd. Het ging om de garantie door de verkoper van een onroerende zaak dat de (bij beide partijen bekende) verontreinigde bodem door middel van een in de overeenkomst vastgelegd procedé zou worden gereinigd. Later bleek dat het procedé waarop de partijen zich hadden vastgelegd, ongeschikt was voor het bereiken van het gewenste resultaat. In deze zaak werd het door de garant gedane beroep op dwaling door de koper betwist. Ik zou menen dat in beginsel ook de koper met succes een beroep op dwaling had kunnen doen. Het door de verkoper toe te passen procedé bleek immers, nadat het door de koper was geaccordeerd, niet te werken. Als de koper dat laatste van tevoren geweten had, zou het wel eens zo kunnen zijn dat hij de overeenkomst niet, althans niet op dezelfde voorwaarden had gesloten.

Bij gebreke van een contractueel vastgelegde schadeberekenningswijze, of van een boetebeding wegens schending van de garantie, zal de schade met inachtneming van de relevante wettelijke bepalingen moeten worden vastgesteld. De schade waarop de crediteur recht heeft, moet in causaal verband staan met de geschonden norm (art. 6:74 en 6:98 BW). Bij overnameovereenkomsten zal een schending van (bijvoorbeeld) een balansgarantie zich veelal vertalen in een waardevermindering van de gekochte onderneming ten opzichte van de waardering daarvan door de koper op grond van de door de verkoper ter beschikking gestelde balans. De schade kan dan worden vastgesteld op het verschil tussen de waarde vóór de ontdekking van de schending van de garantie en die daarna.<sup>44</sup> In die redenering wordt uitgegaan van het bestaan van een causaal verband tussen de schending van de garantie en het verschil tussen de waarde van het gekochte op basis van vóór en na de ontdekking daarvan bekende gegevens. Van Uchelen bepleit voor garanties in overnamecontracten een *beperkte causale toerekening* teneinde daardoor het aantal potentiële schadeoorzaken en daardoor uiteindelijk de hoogte van de totale schade te beperken.<sup>45</sup> Een uitwerking van die gedachte heb ik in de literatuur en de jurisprudentie niet gevonden. Wie de oorzaken van contractuele aansprakelijkheid wil beperken, is er bij de huidige stand van jurisprudentie en literatuur bij gebaat op dat punt adequate bepalingen in zijn contract op te nemen (uitsluiting van aansprakelijkheid voor bepaalde gebeurtenissen, boetebeding in geval van schending van de garantie, enzovoort).

## 7. Garantie en toerekenbaarheid

Door sommige auteurs wordt wel betoogd dat de garantie impliceert dat de garant op dat punt geen beroep op overmacht toe-

34 Dat zou het geval zijn in de visie van Hijma, die van een 'kale resultaatverbintenis' spreekt, Asser-Hijma, 5-I, par. 328.

35 In de visie van Raaijmakers 2005, p. 131, l.k.

36 Raaijmakers 2005, p. 131, l.k. en r.k.

37 Tjong Tjin Tai 2004, p. 367, r.k.

38 Vgl. HR 5 januari 2001, NJ 2001, 79 (Multi Vastgoed/Nethou).

39 Voorbeeld ontleend aan Tjong Tjin Tai 2004, p. 365, r.k.

40 Zie daaromtrent onder meer Tjong Tjin Tai 2004, p. 364.

41 Zie bijvoorbeeld HR 5 januari 201, NJ 2001, 79 (Multi Vastgoed/Nethou), r.o. 3.5.

42 NJ 2000, 562.

43 NJ 1998, 659 m.nt. WMK onder NJ 1998, 657 (Luycks/Kroonenberg).

44 Zie o.m. Bax 2003, p. 94 e.v., op p. 95, r.k.

45 P.J. van Uchelen, 'Art. 7:17 BW en garanties in het overnamecontract', Ondernemingsrecht 2003, p.14-19, op p. 17-18.

komt. Van Rossum stelt dat dat zo is voor garanties, inhoudende dat de garant voor bepaalde feiten en gebeurtenissen instaat.<sup>46</sup> Van Opstall stelt dat het geen toelichting behoeft dat een beroep op overmacht faalt indien de schuldenaar van de prestatie bij het aangaan van de overeenkomst uitdrukkelijk heeft gegarandeerd dat de daarvoor nodige vergunning zal worden verleend.<sup>47</sup> Het mag in veel gevallen zo zijn dat een beroep op overmacht door een garantie geëcarteerd wordt, zekerheid daaromtrent verkrijgen we pas nadat onder toepassing van alle in aanmerking komende criteria door interpretatie van de garantiebepaling is vastgesteld of en in hoeverre de partijen inderdaad de bedoeling hebben gehad een beroep op overmacht te ecarteren.<sup>48</sup> De vraag moet steeds zijn of de partijen een bepaald risico in hun overeenkomst hebben verdisconteerd. Heeft de garant die garandeert binnen een bepaalde termijn een huis te bouwen alleen het oog gehad op de verkrijgbaarheid van bouwmaterialen en op de beschikbaarheid van personeel, of ook op de kwade kans van een aardbeving op de bouwplaats? Ook Klik lijkt de mening toegedaan dat de mate waarin een beroep op overmacht door de garantie wordt geëcarteerd, afhankelijk is van de betekenis van de garantiebepaling in kwestie.<sup>49</sup>

## 8. Onderzoeksplicht en verval van klachtrecht

Bij koopovereenkomsten wordt aangenomen dat de koper een onderzoeksplicht heeft na aflevering van het gekochte (art. 7:23 BW). Na de ontdekking van enig defect aan het gekochte moet de koper daarover *binnen bekwame tijd* klagen. Een soortgelijke bepaling is te vinden in artikel 6:89 BW voor andere overeenkomsten dan koopovereenkomsten.

Dat de omstandigheid dat de kwaliteit van gekochte zaken of goederen gegarandeerd is, de koper doorgaans ontheft van zijn onderzoeksplicht, lijkt – voor zover die plicht relevant wordt geacht<sup>50</sup> – door de meeste auteurs wel geaccepteerd te worden.<sup>51</sup>

In zijn arrest van 5 januari 2001<sup>52</sup> overwoog de Hoge Raad dat:

*‘(E)en garantieverplichting als hier aan de orde is [d.w.z. een garantieverplichting betreffende de kwaliteit van de aluminium pui van het Plaza-gebouw te Rotterdam; toevoeging JWB] brengt mee dat achterwege blijven van gegarandeerde eigenschappen van een geleverde zaak – hier, kort gezegd, de deugdelijkheid van de gevelbeplating – zonder meer een tekortkoming oplevert van de debiteur.’ (r.o. 3.5)*

46 M.M. van Rossum, *Garanties in de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2002, p. 34-35.

47 Van Opstall: in Hoffman/Van Opstall 1959, p. 379.

48 Tjong Tjin Tai 2004, p. 367.

49 Klik 2008, p. 252 e.v., par. 198 en 199.

50 G.T.M.J. Raaijmakers, ‘Bedrijfsovernames: lijken in kasten en katten in zakken’, AA 2003, p. 892-893, op p. 892.

51 Zie bijvoorbeeld N.W.A. Tollenaar, ‘Beschouwingen over de artikelen 6:89 en 7:23 BW in het bijzonder bij aandelenkoop’, NTBR 2005, p. 435 e.v., op p. 439; Janssen 2002, p. 51 e.v., op p. 81 e.v.

52 NJ 2001, 79 (Multi Vastgoed/Nethou).

Een andere vraag is of de wederpartij van de garant ook *binnen bekwame tijd* nadat zij het gebrek heeft ontdekt (dus niet: *had kunnen ontdekken*), over dat gebrek bij de garant moet klagen om te voorkomen dat hij zijn rechten om dat te doen verspeelt. In zijn arrest van 17 december 2002 werd dat door het hof te Den Bosch bevestigd.<sup>53</sup> In casu stond vast dat de crediteur tweeënhalf jaar na de ontdekking van het gestelde gebrek de garant in verband daarmee in rechte betrok. Het hof oordeelde dat de klacht tardief was en dat het recht van eiser zich op het gebrek te beroepen, was vervallen.<sup>54</sup>

In een arbitraal vonnis van 22 december 1999<sup>55</sup> was sprake van een contractueel overeengekomen klachttermijn van twee jaar. De verweerder stelde dat de klacht (die kort voor het verstrijken van de termijn van twee jaar aan de wederpartij ter kennis was gebracht) niet tijdig aan hem ter kennis was gebracht nu de eiser daar al geruime tijd van op de hoogte was. Het scheidsrecht meende dat het geoorloofd was de *bekwame tijd* van artikel 7:23 BW contractueel te definiëren. Of dat oordeel de toets der kritiek kan doorstaan, is op zijn minst genomen voor discussie vatbaar. Verdedigbaar is dat de termijnen van de artikelen 7:23 en 6:89 BW vervaltermijnen zijn. Als dat zo is, dan kunnen die termijnen wél verkort maar niet verlengd worden.<sup>56</sup> Het is dan de vraag of de vaststelling van de klachttermijn op twee jaar niet gelijkstaat aan een verlenging van de *bekwame tijd* van artikel 7:23 BW, zodat die contractsbepaling mogelijk effect ontbeert. Natuurlijk is het zo dat er praktische redenen zijn voor de fixering van een klachttermijn met betrekking tot garanties,<sup>57</sup> maar niet kan worden uitgesloten dat daardoor inbreuk wordt gemaakt op het dwingendrechtelijk voorschrift dat dergelijke termijnen niet verlengd mogen worden. Voorlopig is de stand van zaken dat de indiening van een klacht die niet *binnen bekwame tijd* na de ontdekking van een gebrek geschiedt,<sup>58</sup> aanleiding kan geven tot verval van rechten van de klager. Raaijmakers meent dat rechtsverwerking niet te snel moet worden aangenomen,<sup>59</sup> maar het is mij niet geheel duidelijk of het hier gaat om een wens van de auteur of om een vaststelling van een praktijk. Ik zou menen dat ook hier voorzichtigheid de moeder van de porseleinkast is.

## 9. Garantie en exoneratie

Bevat een contract een algemene exoneratie, dan wordt die exoneratie door een specifieke garantie in beginsel terzijde gesteld.<sup>60</sup> In lijn met het voorgaande oordeelde de Hoge Raad in zijn arrest van 28 januari 2000<sup>61</sup> dat een in algemene termen gestelde onbekendheidsclausule (aan verkoper is niet bekend dat de onroerende zaak enige verontreiniging bevat) niet kan afdoen aan de door de

53 JOR 2003, 54.

54 Zie daaromtrent ook: C.J. Mulder & N. de Vos, ‘De toepassing van artikel 7:23 BW op garanties bij de koop van aandelen’, V&O 2003, p. 47 e.v.

55 SAIT/Nedlloyd, JOR 2000, 139.

56 Mulder en De Vos 2003, p. 49; zie verder Tollenaar 2005, p. 440 e.v.

57 Van Uchelen 2003, p. 16.

58 Voor consumenten bedraagt die termijn twee maanden: zie art. 7:23 lid 1 BW.

59 Raaijmakers 2005, p. 129, punt 14.

60 Raaijmakers 2005, p. 129, punt 12.

61 NJ 2000, 575 (Christiaanse/Van Dijk).

Hoge Raad als *garantie* gekenschetste bepaling waarin de verplichting van de verkoper was neergelegd om – kort gezegd – een onroerende zaak te leveren die geschikt is om als woonboerderij gebruikt te worden.<sup>62</sup> Een vergelijkbare uitspraak deed het hof te Den Bosch op 6 december 2006. Ook daar werd uitgemaakt dat een in algemene termen geformuleerde onbekendheidsclausule niet kan afdoen aan een als garantiebeding gekenschetste conformiteitsbepaling.<sup>63</sup> Omgekeerd kan een garantie *a contrario* als exoneratie gelden, namelijk een exoneratie voor al datgene wat niet gegarandeerd is.<sup>64</sup>

## 10. Na Hoog Catharijne

Het *Hoog Catharijne*-arrest is door velen bekritiseerd,<sup>65</sup> met name omdat het onzekerheid in de overnamepraktijk teweeg zou brengen. Raaijmakers is aanzienlijk milder in zijn oordeel. Hij vestigt er de aandacht op dat de ingeroepen garantie weinig specifiek was en dat – in tegenstelling daarmee – de beweerdelijke schending daarvan twee – in het licht van de gehele transactie – vrij belangrijke geldleningen betrof, terwijl de koper bovendien op de voor die transacties gebruikelijke wijze een indringend onderzoek had gedaan naar alle voor hem van belang zijnde financiële gegevens.

Naar aanleiding van het *Hoog Catharijne*-arrest zijn stemmen opgegaan om in overnamecontracten bepalingen op te nemen, inhoudende dat uit de omstandigheid dat door de koper zelfstandig onderzoek wordt gedaan naar gegarandeerde eigenschappen, niet mag worden afgeleid dat de verkoper is ontheven van enige garantieverplichting op het terrein waarop de koper onderzoek deed.<sup>66</sup>

Een aantal schrijvers, onder wie De Nijs Bik, Slagter, Raaijmakers en De Best, acht het opnemen van bepalingen als zo-even bedoeld in (overname)contracten geoorloofd en nuttig.<sup>67</sup> Ook aangenomen dat dergelijke bepalingen het effect kunnen sorteren dat ermee beoogd wordt, is het wat mij betreft hoogst twijfelachtig of de koper die op basis van door hem gedaan onderzoek ten tijde van het aangaan van de overeenkomst kennis had van een gebrek waarvan de afwezigheid gegarandeerd is, nog steeds met succes

een beroep op de garantie kan doen. Dat standpunt vindt steun in de uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 20 september 2006. In die uitspraak werd, niettegenstaande een garantie door de verkoper, een vordering van de koper wegens houtwormaantastingen van de gekochte woning afgewezen, omdat het gebrek in kwestie al ten tijde van de koop bij de koper bekend was.<sup>68</sup>

Jurisprudentie over het gebruik van bepalingen zoals hiervoor bedoeld, is er niet of nauwelijks. De Best<sup>69</sup> maakt melding van één uitspraak van de rechtbank te Breda, waar sprake was van een koper die een beroep deed op een garantie, en van een verkoper die, om te bewijzen dat de koper ten tijde van het aangaan van de overeenkomst van het gestelde gebrek op de hoogte was, in een incident ex artikel 843a Rv om afgifte van het in opdracht van de koper uitgebrachte *due diligence*-rapport vroeg. De koopovereenkomst bepaalde dat een onderzoek van de koper geen afbreuk deed aan de garantieverplichting van de verkoper. De vordering tot afgifte van het *due diligence*-rapport werd toegewezen, maar de vraag of de inhoud daarvan op de reikwijdte van de garantie van invloed zou kunnen zijn, werd onbeantwoord gelaten.<sup>70</sup>

Uit de lagere rechtspraak na het *Hoog Catharijne*-arrest<sup>71</sup> lijkt te volgen dat de rechtbanken eerder geporteerd zijn voor een letterlijke interpretatie van garanties dan voor een interpretatie aan de hand van het *Haviltex*-criterium.<sup>72</sup>

## 11. Afsluitende opmerkingen

Garanties, zo meent Tjong Tjin Tai, zijn juridisch gezien overbodig. Zij gaan op in toerekeningsbedingen en zorgvuldigheidsbedingen.<sup>73</sup> Dezelfde auteur merkt vervolgens meteen op dat de garantie in de praktijk een onvermijdelijk concept is, dat zich in de populaire beleving heeft vastgezet. Cliënten vragen, zo vervolgt de auteur, om garanties in overeenkomsten.

Garanties voegen niet altijd iets toe aan de verplichtingen die een verkoper toch al heeft jegens zijn koper. De handelaar die een aan hem geleverd, en naderhand gebrekkig gebleken, meststof aan een rozenkweker geleverd had, was ook zonder garantie aansprakelijk voor de schade die van dat gebrekkige product het gevolg was.<sup>74</sup>

62 Zie het in de vorige noot genoemde arrest, r.o. 3.4.

63 NJF 2006, 271.

64 Van Uchelen 2003, p. 19.

65 W.W. de Nijs Bik, '(Due) diligence', TVVS 1996, p. 222 e.v.; W.J. Slagter, TVVS 1996, p. 327, met naschrift De Nijs Bik; W.W. de Nijs Bik, 'Het due diligence onderzoek', in: Meijer e.a. (red.), *Bedrijfsvername*, Deventer: Kluwer 2005, p. 66; W.J. Slagter, in: *Compendium ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2005, nr. 134.

66 E.A. de Best, 'Bepalingen omtrent de invloed van due diligence onderzoek op de afdwingbaarheid van garanties', V&O 2004, p. 152-155, op p. 154.

67 S.C.J.J. Slagter 1996, p. 327 en het naschrift daarbij van De Nijs Bik, G.T.M.C. Raaijmakers, *Garanties bij overnames*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 193 e.v., De Best V&O 2004, p. 154; zie ook M.J. van Joolingen, 'Garantie bij bedrijfsvername', in: Van Rossum 2002, p. 183 e.v., op p. 213. Van Dunné, die dergelijke bedingen als vrijtekeningen kwalificeert, is minder zeker van de effectiviteit van bedingen waarmee beoogd wordt te voorkomen dat de reikwijdte van een garantie door daadwerkelijk onderzoek van de koper beïnvloed wordt. Zie: J.M. van Dunné, 'Onderzoeks- en spreekplichten bij bedrijfsvername', in: Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 399 e.v., op p. 412-414.

68 NJF 2006, 566; een enigszins vergelijkbaar geval betreft het in noot 60 genoemde arrest; in dat arrest was sprake van een koper die op 30 maart het voorstel van de verkoper voor overdracht van de gekochte onroerende zaak op 19 april aanvaardde, hoewel hij op 30 maart al wist dat de bodem waarop de gekochte boerderij stond, verontreinigd was. Die wetenschap stond niet in de weg aan een beroep op de garantie dat de grond niet verontreinigd was, maar leidde wel tot toewijzing van een vordering tot vergoeding van schade die de verkoper leed doordat de koper hem pas 18 april mededeelde op 19 april niet bij de notaris te zullen verschijnen.

69 De Best 2004, p. 154, r.k.

70 Rb. Breda 14 januari 2004, JOR 2004, 70.

71 Zie o.m. Rb. Utrecht 23 april 1997, JOR 1997, 92, Rb. Rotterdam 17 september 1998, JOR 1999, 4 en Rb. Rotterdam 19 november 1998, JOR 1999, 31.

72 Zie onder meer De Best 2004, p. 153, r.k., en p. 154, l.k. en Van Joolingen 2002, p. 201 e.v.

73 Tjong Tjin Tai 2004, p. 367, sub 4.

74 LJN AB1338, Hoge Raad, C99/275HR.

Garanties brengen niet altijd het resultaat dat erdoor beoogd wordt, teweeg. Dat kunnen ze ook niet. Ze kunnen hoogstens teweegbrengen dat een partij nakomt hetgeen gegarandeerd is om de nadelige consequenties van haar nalaten te voorkomen.

Een garantie is geen juridisch concept. Een garantiebepaling heeft dus uitsluitend de betekenis die daaraan volgens gangbare interpretatietechnieken toekomt. Voor een optimaal werkende garantiebepaling is het zaak de bepaling, haar beoogde consequenties en de gevallen waarin er een beroep op kan worden gedaan, zo specifiek mogelijk te formuleren. Wat vergeten wordt, kan naderhand alleen worden ingevuld aan de hand van de – steeds aan veranderingen onderhevige – jurisprudentie; niet aan de hand van enig concreet op garanties betrekking hebbend wetsartikel.

Hoe waar het vorenstaande ook mag zijn, de garanties zijn een vast onderdeel van elk overnamecontract en ze zijn in menig ander contract te vinden. Dat maakt de garantie tot een (ook) in juridische zin interessant fenomeen dat het verdient bestudeerd te worden. Het mag zo zijn dat de juridische kaart waarmee we de werkelijkheid bekijken en duiden, het fenomeen garanties niet nodig heeft; indien daaraan in de werkelijkheid behoefte blijkt te bestaan, is het zaak de kaart aan de werkelijkheid aan te passen. Het aanpassen van de werkelijkheid aan de kaart is geen optie.