
De toevoeging *to the seller's knowledge* in commerciële overnamecontracten: een slag om de arm

Inleiding

Bij overnamecontracten wordt vaak lang onderhandeld over de omvang en de bewoordingen van de garanties. Veelal zal de verkoper daarbij proberen de woorden *to the seller's knowledge* of *to the seller's best knowledge* op te nemen. Hiermee beoogt de verkoper te bereiken dat de garantie alleen van toepassing is indien hij feitelijke wetenschap bezit. De koper zal daarentegen in een dergelijke bepaling willen lezen, en in het bijzonder indien het gaat om 'naar beste weten', dat de verkoper in zekere mate de juistheid van de garantie zal moeten nagaan.¹ De Hoge Raad heeft de waarde van deze toevoeging verduidelijkt in zijn arrest van 7 september 2007.²

Hierna zal ik eerst het arrest van 7 september 2007 bespreken. Vervolgens zal ik ingaan op de vraag of dit arrest als bevestiging kan worden gezien van de door de Hoge Raad ingeslagen weg om commerciële overnamecontracten objectief uit te leggen.

HR 7 september 2007, JOL 2007, 556

In dit recent gewezen arrest heeft de Hoge Raad uitleg gegeven aan een zogenoemd *material adverse change*-beding in een overnamecontract. Hierbij is groot belang toegekend aan de risicobeperkende werking die uitgaat van de toevoeging 'to the seller's knowledge'.

Feiten

In september 1998 hebben Koninklijke Philips Electronics N.V. (hierna: Philips) en Phoenix Acquisition Company Sarl (hierna: Phoenix) overeenstemming bereikt over een concept koopovereenkomst (hierna: SPA) strekkende tot de verkoop en levering door Philips van alle aandelen in BCcomponents Holdings B.V. (hierna: BCC) aan Phoenix. De SPA is destijds niet getekend, aangezien partijen nog overleg moesten voeren met de vakbonden en ondernemingsraden.

Kern van het geschil vormt een door Philips in de SPA afgegeven garantie. De garantie en de daarbij relevante definities luiden als volgt:

'(...) to the Knowledge of Seller [Philips], since December 31, 1997 the Business has been operated in the ordinary course of business and has not suffered a Material Adverse Change (...).

1. G.T.M.J. Raaijmakers, *Garanties in het contractenrecht*, RM Themis 2005-3, p. 136.
2. HR 7 september 2007, JOL 2007, 556.

“Material Adverse Change” shall mean an occurrence or event or combination thereof that would reasonably be expected to have a Material Adverse Effect.

“Material Adverse Effect” shall mean an effect that is materially adverse to the business, financial condition or result of operations of the Business taken as a whole.’

Op grond van de SPA is Philips, indien de hiervoor omschreven garantie geschonden wordt, verplicht daar melding van te maken aan Phoenix.

Op 20 oktober 1998 heeft Philips aan Phoenix een overzicht gestuurd van de resultaten van BCC over de eerste negen maanden van dat jaar. Als gevolg van de Azië-crisis waren de cijfers lager uitgevallen dan verwacht, hetgeen heeft geleid tot een aanpassing van de koopprijs. Vervolgens heeft Philips op 16 december 1998 een notitie aan Phoenix toegezonden betreffende de resultaten van BCC over november 1998. Op 15 januari 1999 is de overeenkomst definitief tot stand gekomen door ondertekening van de SPA en overdracht van de aandelen.

Phoenix meent achteraf dat zich in de periode tussen het verlagen van de koopprijs en ondertekening van de SPA met betrekking tot BCC gebeurtenissen hebben voorgedaan die als *Material Adverse Change* (MAC) zijn aan te merken. In strijd met de SPA heeft Philips daarvan echter geen melding gemaakt aan Phoenix. Zij daagt Philips voor de rechtbank en vordert primair betaling van schadevergoeding en subsidiair verlaging van de koopprijs. Philips bestrijdt onder meer dat van een MAC sprake is en betoogt dat zij haar contractuele informatieplicht niet heeft geschonden.

Procesverloop

De rechtbank te Amsterdam wijst de vordering van Phoenix af. De rechtbank meent dat de verslechtering van de bedrijfsresultaten op zich moet worden aangemerkt als een MAC en dat de koper daarover dient te worden geïnformeerd. Echter, aangezien de resultaten ten tijde van ondertekening van de SPA niet bij Philips bekend waren, kon van Philips niet worden verlangd dat zij op dat moment daarvan melding deed. Phoenix gaat in hoger beroep, waarin zij onder meer aanvoert dat Philips op of voor de datum van ondertekening bekend was met de gerealiseerde bedrijfsresultaten over 1998. Ook de omstandigheid dat de prognose van de cijfers voor het jaar 1999 in aanzienlijke mate werd bijgesteld, dient volgens Phoenix tot deze conclusie te leiden. Het hof te Amsterdam bekrachtigt het vonnis van de rechtbank. Het hof oordeelt dat de tussentijdse cijfers voor Philips aanleiding hadden moeten vormen om de aanwezigheid van een MAC te veronderstellen. Echter, voor aansprakelijkheid onder de SPA is nodig dat Philips daadwerkelijk wetenschap van de MAC had. Bij het beantwoorden van deze vraag zoekt het hof aansluiting bij de *Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization* (EBITDA) over 1998, aangezien hierbij, door verwijdering van de incidentele kosten, een getrouw beeld van de resultaten kan

worden verkregen. Vervolgens stelt het hof vast dat Philips geen wetenschap had over de omvang van de incidentele kosten in december 1998, waardoor de EBITDA niet kon worden berekend en wetenschap ter zake van de bedrijfsresultaten over het gehele jaar ontbrak. Evenmin kan naar de mening van het hof worden gezegd dat Philips deze wetenschap wel zou hebben verkregen, wanneer zij een *reasonable enquiry* had laten uitvoeren.

In cassatie voert Phoenix aan dat met het ‘*Knowledge-criterium*’ niet alleen op feitelijke wetenschap van de desbetreffende functionarissen van Philips wordt gedoeld, maar ook op de normatieve wetenschap dat de functionarissen de verslechterde resultaten hadden behoren te kennen nadat zij een van hun redelijkerwijs te verwachten onderzoek hadden verricht. De Hoge Raad maakt korte metten met dit normatieve element:

‘Het onderdeel kan niet tot cassatie leiden omdat het hof de door Phoenix aan het contractuele begrip *Knowledge* gegeven uitleg heeft verworpen, nu het (...) onder *Knowledge* uitsluitend feitelijke wetenschap van de desbetreffende Philips-functionarissen verstaat. Voor zover (...) wordt geklaagd dat het hof die uitleg onvoldoende heeft gemotiveerd, faalt dat onderdeel eveneens. Mede in aanmerking genomen dat het hof bij zijn oordeel heeft betrokken dat op grond van de SPA aan verklaringen omtrent het begrip *Knowledge* een *reasonable enquiry* vooraf dient te gaan, is zijn oordeel dat dit begrip *Knowledge* uitsluitend feitelijk en niet (mede) normatief moet worden opgevat, niet onbegrijpelijk.’

Stilgestaan dient te worden bij de woordkeuze van de Hoge Raad omtrent de *reasonable enquiry*. Op grond hiervan kan niet met zekerheid worden gesteld dat de verplichting tot een *reasonable enquiry* als zodanig is opgenomen in de SPA. Immers, ‘op grond van de SPA’ kan ook als oordeel van het hof worden gelezen. In het vervolg van dit artikel ga ik hier evenwel niet van uit, onder meer omdat de keuze om de onderzoeksplicht in de Engelse taal te verwoorden, mij dan onlogisch lijkt.

Commentaar

Uitgaande van de veronderstelling dat de verplichting tot *reasonable enquiry* als zodanig in de SPA is opgenomen, is de vraag interessant of het hof en de Hoge Raad *Knowledge* ook zonder deze verplichting zouden hebben uitgelegd als te zijn beperkt tot feitelijke wetenschap. Op het eerste oog lijkt de afzonderlijke onderzoeksplicht bepalend voor de door de Hoge Raad gegeven uitleg aan het begrip *Knowledge*. Echter, uit de woorden van de Hoge Raad ‘mede in aanmerking genomen’ dient, mijns inziens, te worden afgeleid dat de Hoge Raad zijn oordeel niet alleen op de *reasonable enquiry* baseert, maar dat ook andere argumenten tot feitelijke uitleg van de wetenschap hebben genoopt.

Wat blijkt uit het hiervoor besproken arrest? Af te leiden valt dat, indien de omstandigheden aanleiding vormen om schending van een garantie te veronderstellen, en voor aan-

sprakelijkheid onder die garantie *Knowledge* van de verkoper is vereist, feitelijke wetenschap bepalend is. De Hoge Raad blijft hiermee dicht bij de tekst van de overeenkomst en hecht weinig waarde aan de overige omstandigheden buiten die tekst. Wat dit betreft past dit arrest binnen de onlangs door de Hoge Raad ingeslagen weg om commerciële contracten objectief uit te leggen. Hierna zal hier nader op worden ingegaan en zal worden getracht te bepalen of dit arrest als bevestiging van deze ontwikkeling dient te worden gezien.

Een bevestiging van de objectieve uitleg van commerciële overnamecontracten?

Met het Haviltex-arrest³ uit 1981 is de Hoge Raad overeenkomsten subjectief uit gaan leggen. Vanuit de centrale rol die de redelijkheid en billijkheid in Nederland speelt, komt het hierbij neer op wat partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs van elkaar mogen verwachten. Deze (zuiver) subjectieve leer brengt een zekere mate van onzekerheid met zich ten opzichte van de risicobeperkende werking die met de toevoeging 'to the seller's knowledge' wordt getracht te bewerkstelligen. Zo is het voor te stellen dat onder bepaalde omstandigheden de redelijke verwachting van de koper ertoe zal leiden dat de garantie wordt uitgebreid tot wat de verkoper behoort te weten.

Langzaam maar zeker lijkt de heersende leer van de Hoge Raad steeds meer objectieve toetsnormen te bevatten.⁴ Met betrekking tot de uitleg van commerciële overnamecontracten lijkt de Hoge Raad recentelijk vaste rechtspraak te ontwikkelen waarin weinig ruimte wordt geboden voor een andere uitleg dan de tekstuele. Dit heeft zijn grondslag gevonden in het PontMeyer-arrest.⁵ De Hoge Raad oordeelde in dit arrest kort gezegd dat een door juristen opgesteld en intensief uitonderhandeld, omvangrijk commercieel contract moet worden uitgelegd naar de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis die daaraan gegeven kan worden. De gedachte is dat professionele partijen veel waarde hechten aan zekerheid met betrekking tot de inhoud van het contract om zodoende de overeengekomen contractuele risicoverdeling te handhaven. Van veelgebruikte modelbepalingen en andere door juristen met zorgvuldigheid opgestelde bepalingen mag worden uitgegaan dat de tekst van de bepaling de bedoeling van partijen juist weergeeft.⁶ Uiteraard staat wel de mogelijkheid van tegenbewijs open. De Hoge Raad heeft deze uitleg bevestigd in het Uni-Invest-arrest.⁷

Het arrest van 7 september 2007 betreft eveneens professionele partijen en een door juristen geformuleerd en uitonderhandeld, ruim omvattend overnamecontract. Daarnaast blijft, doordat aan het begrip 'knowledge' een feitelijke betekenis is toebedeeld, de risicoverdeling zoals opgenomen in de SPA overeind. Vandaar dat dit arrest mijns inziens bevestigt, ondanks dat in het arrest niet verwezen wordt naar de arresten PontMeyer en Uni-Invest (of de hieruit volgende rechtsregel), dat de Hoge Raad de weg is ingeslagen om commerciële overnamecontracten objectief uit te leggen.

Een laatste opmerking over het verschil tussen 'to the knowledge' en 'to the best knowledge'. Het moge duidelijk zijn dat 'naar zijn beste weten' verder gaat dan 'naar zijn weten'. Echter, op basis van de hiervoor genoemde argumenten lijkt verdedigbaar dat ook bij 'to the best knowledge', gebaseerd op een taalkundige uitleg, geen onderzoeksplicht voor de verkoper valt af te leiden. In ieder geval zie ik geen reden om bij deze bewoordingen wel tot een normatieve uitleg over te gaan.

Mr. N. Vles
Stibbe

3. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m.nt. CJHB (Ermes/Haviltex).

4. Zo volgt bijv. uit de in HR 17 en 24 september 1993, NJ 1993, 173 en 174 ontwikkelde 'cao-norm', en uit HR 20 februari 2004, JOR 2004, 5 m.nt. SCJJK (Pensioenfonds DSM-Chemie/Fox), dat indien met een overeenkomst wordt getracht een (groot) aantal derden te binden, een objectieve uitleg van de overeenkomst voor de hand ligt.

5. HR 19 januari 2007, JOR 2007, 166 m.nt. R.P.J.L. Tjittes (Meyer Europe/PontMeyer).

6. R.P.J.L. Tjittus, Terug naar de tekst – Een herwaardering van de tekstuele uitleg van contracten, WPNR (2007) 6709, p. 421.

7. HR 29 juni 2007, JOL 2007, 480 (Uni-Invest).