***JURIDISCHE STAPPEN OM TE KOMEN TOT EEN OVERNAMECONTRACT(deel 2)***

In een eerder bijdrage is door mij gesproken over een aantal zaken die geregeld dienen te worden in een koopovereenkomst. In deze bijdrage staan we stil bij een aantal andere punten, waaronder garanties en vrijwaringen die een koper en een verkoper overeen kunnen komen.

Een ander punt van aandacht bij het opmaken van de overeenkomst betreft de contractuele regeling van aansprakelijkheid en schadevergoeding. Punten die de verkoper zoveel mogelijk wenst te beperken in duur en in omvang. Qua duur wordt een periode van twee jaar als gangbaar gezien, uitgezonderd fiscale en milieu-claims die een langere termijn kennen.

Een van de belangrijkste zaken binnen het overnamecontract betreffen de garanties en vrijwaringen. Een vrijwaring wordt bedongen met betrekking tot feiten en omstandigheden waarover op het moment van aangaan van het contract al vaststaat dat ze aanleiding kunnen geven tot schadevergoeding. Als voorbeeld moge dienen vervuilde grond/asbest. Men weet dat de grond vervuild is, maar niet in welke mate en of er bijv gesaneerd dient te worden. Of men weet dat een derde-partij een juridische procedure tegen de onderneming is gestart, doch men weet nog niet of de vordering wordt toegewezen, dan wel hoe hoog de uiteindelijke vordering zal zijn. Een koper zal de kosten en schade willen neerleggen bij de verkoper en de verkoper zal deze zoveel mogelijk willen beperken en maximeren.

Van garanties spreken we indien bepaalde feiten en omstandigheden tussen partijen worden beschreven en door partijen als vaststaand worden beschouwd. Door een garantie af te geven aanvaardt de verkoper de aansprakelijkheid dat, indien bepaalde feiten en omstandigheden waarop de garanties betrekking hebben niet juist zijn, de daaruit voortvloeiende schade voor zijn rekening komt. Ook hier zal de verkoper ernaar streven om alle informatie die de koper gezien heeft of had kunnen inzien als geopenbaard te beschouwen, zodat de garanties beperkt worden door die informatie en tot hetgeen de verkoper “naar beste weten” bekend was.

Twee kerngaranties in overnamecontracten die betrekking hebben op de financiële positie van de aan te kopen vennootschap, zijn de Balansgarantie en de Material Adverse Change-garantie (MAC-garantie). In de balansgarantie wordt kortgezegd verklaard dat een bepaalde Balans of Winst & Verliesrekening van de vennootschap getrouw, duidelijk en stelselmatig de grootte en samenstelling van het vermogen, het resultaat, liquiditeit en solvabiliteit van de vennootschap weergeven in overeenstemming met de toepasselijke wet- en regelgeving.

Bij de Material Adverse Change-garantie (MAC-garantie) garandeert de verkoper dat er na de balansdatum tot de verkoopdatum geen feiten of omstandigheden hebben plaatsgevonden die een materieel nadelig (voorzienbaar) gevolg hebben voor de financiële positie, activa en passiva of onderneming van de vennootschap. In het verlengde is het niet ongebruikelijk dat de verkoper verplicht wordt om de koper te informeren indien er sprake is van een *MAC* voor de leveringsdatum en de koper daaraan gekoppeld de mogelijkheid krijgt om af te zien van de transactie zonder daarvoor schadeplichtig te zijn. In de praktijk worden reeds gesloten contracten zo volledig opengebroken en wordt er heronderhandeld over o.a. de koopprijs.

Geschillen over garanties blijken in de praktijk een veelvoorkomende bron van juridische procedures. De berekening van geleden schade blijkt in het verlengde hiervan ook vaak een probleem op te leveren. Gelet op het voorgaande wordt in de praktijk dan ook vaak in het overnamecontract een regeling opgenomen die beschrijft tot welke betalingen de verkoper gehouden is indien er inbreuk is op een garantie. Nuances die hierin aangebracht worden hebben soms de strekking dat enerzijds drempelbedragen voor vorderingen tot schadevergoeding worden ingebouwd en anderzijds er een verrekening plaatsvindt van voordelen die de financiële gevolgen van afwijkingen geheel of gedeeltelijk tenietdoen. Oftewel een “plus” bij de ene post wordt verrekend met een “min” van een andere post.

Ten aanzien van de omvang van de schadeclaim wordt zoals reeds beschreven vaak gecontracteerd dat deze alleen in aanmerking komt indien een bepaald minimumbedrag is overschreden. De gedachte is dat partijen niet voor elk wissewasje elkaar met juridische procedures zullen bestoken. Net zo goed als er een minimum bedrag bestaat, komen partijen veelal ook een maximumbedrag overeen (een *liability cap* genoemd), bijv tot een deel van de koopprijs dan wel dat een inbreuk op een garantie nimmer kan leiden tot een negatieve koopprijs.

Vanuit de positie van de koper gezien blijft dan vervolgens het vraagstuk liggen welke zekerheid de koper heeft dat hij een aanspraak op schadevergoeding ook daadwerkelijk zal kunnen verhalen. Een veel gebruikte methode betreft het gebruik van een *escrow-regeling*. Bij een escrow-regeling wordt een deel van de koopsom gestald bij de *escrow-agent,* (een bank en soms een notaris) die ten laste van de escrow uitbetaalt als de koper een toewijzend (arbitraal of gerechtelijk) vonnis overlegt. Partijen dienen de voorwaarden van de escrow-regeling goed met elkaar dienen overeen te komen.

Mr Drs W.J.M. Strijk Fb