



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Bedrijfsovername bij (dreigende) insolventie

Pool, J.M.W.; Buuren, M.P.P. van; Koster, H.

Citation

Pool, J. M. W. (2023). Bedrijfsovername bij (dreigende) insolventie. In M. P. P. van Buuren & H. Koster (Eds.), *Bedrijfsovername* (pp. 365-376). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3728339>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3728339>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

van (een deel van) de draaiende onderneming (*going concern*), zoals voorbereid in de pre-pack-procedure en verwezenlijkt na de faillissementsprocedure, het mogelijk maakt dit primaire doel te bereiken. Het uitvoeren van een pre-packprocedure in verband met de liquidatie van een vennootschap heeft aldus tot doel om de curator en de rechter-commissaris die de rechter na de uitspraak van het faillissement van de vennootschap aanstelt, in staat te stellen de kans te vergroten dat de schuldeisers worden uitbetaald" (r.o. 53),

maar met – als belangrijke toevoegingen in r.o. 55 respectievelijk 54 – “mits een dergelijke pre-packprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen” en niet “uitsluitend is geregeld in de rechtspraak en door de verschillende nationale rechterlijke instanties niet uniform wordt toegepast, hetgeen leidt tot rechtsonzekerheid”.

Het Hof van Justitie overwoog nog wel:

“Aangezien de ‘beoogd curator’ en de ‘beoogd rechter-commissaris’ door de bevoegde rechter worden benoemd voor de pre-packprocedure en deze rechter niet alleen hun taken omschrijft, maar ook bij de latere inleiding van de faillissementsprocedure toezicht uitoefent op de uitvoering van die taken, door te besluiten al dan niet diezelfde personen in de faillissementsprocedure tot curator en rechter-commissaris te benoemen, is er dus reeds sprake van toezicht op de “beoogd curator” en de “beoogd rechter-commissaris” door een bevoegde overheidsinstantie” (r.o. 62).

Al met al lijkt de *Heiploeg*-uitspraak en nadere uitwerking te geven aan de *Small-steps*-uitspraak. Het Hof van Justitie wijst een *pre-pack* niet langer zonder meer af, maar eist nog wel een wettelijke of bestuursrechtelijk basis.

Bedrijfsovername bij (dreigende) insolventie

Jessie Pool¹

1. Inleiding

Niet zelden vindt een bedrijfsovername plaats wanneer de koper of de verkoper in financiële moeilijkheden verkeert. Dit soort overnames wordt ook aangeduid met de term *Distressed M&A*. Het verschil tussen overnametransacties bij (dreigende) insolventie en ‘reguliere’ overnametransacties zit niet in de gebruikte technieken – bij *distressed M&A* wordt veelal gebruikgemaakt van dezelfde (juridische) vormen als bij reguliere overnames (zie voorgaande hoofdstukken) – maar des te meer in de omstandigheden waaronder de transactie moet geschieden. Financiële moeilijkheden geven een extra dimensie aan de bedrijfsovername, waarbij het juridische speelveld en de *stakeholders* waarmee rekening gehouden moet worden, uitgebreider en anders zijn. Zo komt (afhankelijk van de ernst van de financiële problemen) een grotere rol toe aan de belangen van de schuldeisers van het bedrijf. Bovendien kan het bedrijf in een insolventieprocedure zijn ontwikkeld, waardoor rekening moet worden gehouden met andere actoren en een andere set aan regels.

In deze bijdrage bespreek ik enkele aandachtspunten die relevant kunnen zijn voor bedrijfsovernames bij (dreigende) insolventie. Ik ga eerst kort in op de aandachtspunten voor het opereren bij financiële moeilijkheden, waarbij ik aandacht besteed aan regels die de bewegingsvrijheid van het bestuur beperken, zoals selectieve betalingen en het *Beklamel*-leerstuk (par. 2). Vervolgens bespreek ik de verschillende insolventieprocedures en de bijzonderheden die deze insolventieprocedures met zich meebrengen (par. 3). Ik sluit af met een samenvatting in paragraaf 4.

¹ Jessie Pool is universitair docent ondernemings- en insolventierecht aan de Universiteit Leiden.

2. Valkuilen voor het opereren in financiële moeilijkheden

2.1 Beperkingen in de bewegingsvrijheid van het bestuur

Het bestuur heeft in Nederland een grote mate van beleidsvrijheid.² Om die reden is het wettelijk kader over normen voor bestuurders voor een groot deel gebaseerd op open normen. Dat betekent niet dat de bewegingsvrijheid van bestuurders onbegrensd is. De bewegingsvrijheid van het bestuur kan worden ingeperkt door de financiële staat van de onderneming. Hoe slechter de financiële situatie van de onderneming en hoe dichter het faillissement nadert, hoe meer het bestuur de belangen van de schuldeisers voorrang moet geven, waardoor de taak van het bestuur als het ware 'van kleur verschiet'.³ Het is voor zowel koper als verkoper van belang om rekening te houden met de beperkingen in de bewegingsvrijheid van het bestuur die een slechte financiële situatie meebrengt.

2.2 Beklaml-norm aansprakelijkheid

Het eerste aandachtspunt bij het opereren bij (dreigende) insolventie is het aangaan van nieuwe verplichtingen. Het aangaan van nieuwe verplichtingen kan noodzakelijk zijn om een overname te realiseren, maar is niet zonder risico's. Uit het *Beklaml*-arrest⁴ kan worden geconcludeerd dat de vrijheid die bestuurders hebben om verplichtingen aan te gaan namens de vennootschap niet onbegrensd is. De *Beklaml*-norm houdt in dat het bestuur aansprakelijk kan worden gesteld indien:

'[het bestuur] bij het aangaan van de overeenkomst [...] wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de wederpartij ten gevolge van die wanprestatie zou lijden'.⁵

De *Beklaml*-norm kent twee criteria, te weten het liquiditeitscriterium (de vennootschap kan niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen voldoen) en het solvabiliteitscriterium (de vennootschap biedt geen verhaal voor eventuele schade).⁶ Het liquiditeitscriterium ziet op de mate waarin de onderneming zijn (korte termijn)verplichtingen kan voldoen. Het solvabiliteitscriterium, daarentegen, gaat over de financiële gezondheid van de onderneming op de lange termijn en ziet op de het antwoord op de vraag of de onderneming in staat is (ook) op de lange termijn haar schulden te betalen.

² B.F. Assink & W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (Deel I), Deventer: Kluwer 2013, p. 903; HR 13 juli 2007, NJ 2007/434 (*ABN Amro*); HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (*ASMI*).

³ HR 23 mei 2014, JOR 2014/229, m.nt. J. van Bakkum. Zie ook Th.P.J. Hanssen, 'De taak, verantwoordelijkheid en persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder van een kapitaalvennootschap in financieel zwaar weer jegens een crediteur', *TvOB* 2015/6, p. 186-198; B.F. Assink & W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (Deel I), Deventer: Kluwer 2013, p. 955-956; L.J. van Eeghen, *Het schemergebied vóór faillissement. Een onderzoek naar de wenselijke verdeling van verhaalsrisico's van de onderneming vóór faillissement*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers (2006), p. 34; M.B.F. Canisius & P.L. Hezer, 'Bestuurlijk ingrijpen bij onzekere toekomstige verplichtingen', *TvOB* 2016/3.

⁴ HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286, m.nt. Macijer (*Beklaml*).

⁵ HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286, m.nt. Macijer (*Beklaml*), r.o. 3.2-3.3.

⁶ Zie ook: A.P.G. Gielen & C. Bijl, 'Pompen of verzuipen? Bestuurder in de gevarenzone: ken uw getallen', *Onderneming en Financiering* 2011/19, p. 81.

Of er sprake is van een *Beklaml*-toestand, is niet gemakkelijk te bepalen. De beoordeling gebeurt aan de hand van de omstandigheden van de specifieke casus. Het uitblijven van salarisspecificaties en loonbetalingen, het structureel uitblijven van aan- en giften omzetbelasting en onvoldoende zicht op (externe) financiering zijn omstandigheden die volgens de jurisprudentie blijken kunnen geven van een *Beklaml*-toestand.⁷

In de rechtspraak wordt niet snel aangenomen dat sprake is van een *Beklaml*-toestand, met name om te voorkomen dat bestuurders zich te veel zouden laten leiden door risicomijdende overwegingen.⁸ Om te spreken van een *Beklaml*-toestand moet de financiële gezondheid van de onderneming ernstig verslechterd zijn. Niet zelden wordt zelfs bij negatieve financiële cijfers aan het bestuur het voordeel van de twijfel gegeven.⁹ Twee recente arresten illustreren de bewegingsvrijheid die aan het bestuur wordt gegeven in de gevarenzone. Zo oordeelde het hof Arnhem-Leeuwarden begin 2021 dat het bestuur de *Beklaml*-norm niet had geschonden door een verplichting aan te gaan terwijl er sprake was van grote liquiditeitskrapte, de betalingsverplichtingen niet meer volledig kon nakomen en er werd gewerkt aan een betalingsregeling.¹⁰ Doorslaggevend was dat er volgens het hof op het moment van contracteren nog wel enig perspectief bestond en er 'nog vertrouwen was in het kunnen voortbestaan' van de vennootschap. Het hof Amsterdam overwoog begin 2021 op vergelijkbare wijze dat het bestuur de *Beklaml*-norm niet heeft geschonden door een verplichting aan te gaan op het moment dat de vennootschap 'in ernstige financiële problemen verkeerde en dat die problemen werden vergroot door de aankondiging dat het krediet zou worden bevroren'.¹¹ De zaak was volgens het hof weliswaar 'op het randje' maar 'de hoge drempel wordt niet niet gehaald'. Het feit dat 'het redelijkerwijze te betwijfelen viel' dat de vennootschap de verplichtingen zou kunnen nakomen is volgens het hof onvoldoende om tot de conclusie te komen dat de *Beklaml*-norm is geschonden. Doorslaggevend in deze casus was volgens het hof dat de situatie weliswaar 'ernstig was, maar niet hopeloos' omdat de bank en de Belastingdienst de vennootschap nog het voordeel van de twijfel wilden geven.

Het is dus van belang om bij het sluiten van overeenkomsten en het aangaan van verplichtingen stil te staan bij de financiële gezondheid van de onderneming en te onderzoeken of sprake is van een *Beklaml*-toestand. Als de bestuurder immers wist (of redelijkerwijze had moeten begrijpen) dat de vennootschap de verplichting niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden, kan het bestuur aansprakelijk gesteld worden op grond van de *Beklaml*-norm. Door expliciet stil te staan bij de vraag of er (al) sprake is van een *Beklaml*-toestand en van deze exercitie melding te maken in notulen van bestuursvergaderingen, kan bij een eventuele procedure worden verwezen naar deze overwegingen.

⁷ A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen (recht en Praktijk nr. InsR11)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 206.

⁸ Zie daarover ook Tjittes in hoofdstuk 18 'Remedies van de koper bij een inbreuk door de verkoper op een garantie in de SPA', par. 5.

⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 21 augustus 2018, JOR 2018/27; Rb. Midden-Nederland 15 maart 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:1102; Hof 's-Hertogenbosch 13 juni 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:2660. Voorbeelden ontleend aan Verboom, zie: Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2021, JOR 2021/86.

¹⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 12 januari 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:248, JOR 2021/86, m.nt. Verboom.

¹¹ Hof Amsterdam 2 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:338.

Bij twijfel over het wel of niet hebben bereikt van de *Beklamel*-toestand, kan het bovendien nuttig zijn om de wederpartij te informeren over de financiële situatie van de onderneming. Aangezien het doel van de *Beklamel*-norm is om te voorkomen dat het bestuur van een vennootschap misbruik maakt van de informatievoorsprong ten opzichte van een schuldeiser, kan het bestuur die informatie-asymmetrie opheffen door bij de wederpartij openheid van zaken te geven.¹²

2.3 Aansprakelijkheid voor het doen van selectieve betalingen

Een tweede aandachtspunt wanneer er sprake is van financiële moeilijkheden is het betalen van schuldeisers. Ook het betalen van schuldeisers kan noodzakelijk zijn om een overname te realiseren. In principe staat het het bestuur vrij om naar eigen inzicht te bepalen welke schuldeisers bij zwaar weer zullen worden voldaan. De Hoge Raad zegt daarover het volgende:

“Een bestuurder van een vennootschap is niet persoonlijk aansprakelijk jegens een vennootschapsschuldeiser die is benadeeld wegens het onbetaald en onverhaalbaar blijven van zijn vordering, op de enkele grond dat die bestuurder het faillissement van de vennootschap heeft aangevraagd en daarna heeft bewerkstelligd of toegelaten dat de vennootschap een of meer andere schuldeisers heeft betaald met voorrang boven die vennootschapsschuldeiser. De betrokken bestuurder kan ter zake van deze benadeling persoonlijk aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.”¹³

Ook indien het faillissement is aangevraagd, blijft de betaalautonomie van het bestuur dus het uitgangspunt. Bestuurders kunnen slechts aansprakelijk worden gesteld indien sprake is van een persoonlijk ernstig verwijt:

“Van een ernstig verwijt zal in ieder geval sprake kunnen zijn als vast komt te staan dat de bestuurder wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de door hem bewerkstelligde of toegelaten handelwijze van de vennootschap tot gevolg zou hebben dat deze haar verplichtingen niet zou nakomen en ook geen verhaal zou bieden voor de als gevolg daarvan optredende schade. Er kunnen zich echter ook andere omstandigheden voordoen.”¹⁴

Deze norm toont gelijkenis met de hierboven beschreven *Beklamel*-norm. Voor de vaststelling van onrechtmatigheid van selectieve betalingen lijkt (net als bij de *Beklamel*-norm) pas sprake te zijn als de financiële moeilijkheden zeer ver gevorderd zijn en het faillissement onafwendbaar is.¹⁵

Voor een (selectieve) betaling aan bepaalde soorten schuldeisers, geldt een andere norm:

12 M. Mussche, ‘Het informeren van crediteuren als verweer tegen Beklamel-aansprakelijkheid’, *MvO* 2015/2, p. 35 e.v.

13 HR 17 januari 2020, *JOR* 2020/55, r.o. 3.2.

14 HR 23 mei 2014, *JOR* 2014/229 (*Kok/Maas q.q.*).

15 Zie ook A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 8.3.3.2.

“In het geval van een vennootschap die tot een groep van vennootschappen behoort, kan niet de regel worden aanvaard dat deze vennootschap, wanneer zij heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en niet over voldoende middelen beschikt om al haar schuldeisers te voldoen, in beginsel de vrijheid zou hebben om de tot haar groep behorende crediteuren – anders dan op grond van door de wet erkende redenen van voorrang – te voldoen met voorrang boven niet tot haar groep behorende crediteuren. In het hier omschreven geval handelt die vennootschap slechts dan niet onrechtmatig indien de voorkeursbehandeling van tot de groep behorende crediteuren op grond van bijzondere, door de vennootschap te stellen en bij betwisting te bewijzen omstandigheden kan worden gerechtvaardigd.”¹⁶

De vrijheid om schuldeisers te betalen is dus beperkter als de vennootschap heeft besloten haar activiteiten te beëindigen en niet over voldoende middelen beschikt om alle schuldeisers te voldoen. In dat geval heeft het bestuur niet meer de vrijheid om aan de vennootschap gelieerde partijen of partijen waarbij een persoonlijk belang bestaat te betalen, tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden.¹⁷ Karapetian concludeert op basis van jurisprudentieonderzoek dat uit lagere rechtspraak lijkt te kunnen worden afgeleid dat selectieve betaling aan gelieerde schuldeisers als onzorgvuldig kan worden beschouwd indien ‘ten tijde van de betalingen de vennootschap in ernstige financiële moeilijkheden verkeerde en de bestuurder dit wist’.¹⁸ Deze drempel is lager dan de drempel voor aansprakelijkheid wegens voldoening van niet-gelieerde schuldeisers. Daar ligt het peilmoment immers bij de onafwendbaarheid van het faillissement, welk moment later intreedt dan het moment dat sprake is van ‘ernstige financiële moeilijkheden’.¹⁹

In sommige situaties kan het (toch) noodzakelijk zijn om betalingen te verrichten aan gelieerde partijen. De Hoge Raad overwoog (zoals hiervoor al is besproken) dat een voorkeursbehandeling niet onrechtmatig is, als sprake is van bijzondere omstandigheden die die voorkeursbehandeling rechtvaardigen.²⁰ Het jurisprudentieonderzoek van Karapetian laat zien dat betalingen die in het kader van een reddingspoging zijn verricht en noodzakelijk waren voor het slagen van een reddingspoging, enkele malen zijn aangenomen als rechtvaardiging.²¹

In de literatuur is bepleit om bij het beoordelen van (selectieve) betalingen onderscheid te maken tussen betalingen die zijn gedaan in de reddingsfase en betalingen die zijn gedaan in de (feitelijke) liquidatiefase. In de reddingsfase heeft de onderneming nog overlevingskansen en mag de bestuurder betalingen verrichten om zo te proberen het financiële tij te keren, terwijl bij de (feitelijke) liquidatiefase het faillissement al onafwendbaar is geworden. In de liquidatiefase wordt soms wel voorgesteld om een soort ‘pre-faillissements-paritas’ in acht te

16 Rb. Rotterdam 20 januari 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:627. Zie ook HR 12 juni 1998, *JOR* 1998/107, m.nt. Van den Ingh (*Coral/Stalt*).

17 Zie ook de conclusie van A-G Van Peursum bij HR 17 januari 2020, *JOR* 2020/55.

18 A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 361-362.

19 Zie ook A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 371.

20 HR 12 juni 1998, *JOR* 1998/107, m.nt. Van den Ingh (*Coral/Stalt*).

21 A. Karapetian, *Bestuurdersaansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: Civielrechtelijke en strafrechtelijke normen voor bestuurders van noodlijdende ondernemingen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 369.

nemen, waarbij het bestuur geen betalingen meer mag doen die niet in lijn zijn met de wettelijke rangorde.²² De Hoge Raad heeft zich (nog) niet laten verleiden om deze 'nec-tenzij' regel te aanvaarden.²³

2.4 De faillissementspauliana

Soms zijn bepaalde rechtshandelingen – zoals de verkoop van bepaalde bedrijfs-activa of het afsluiten van een krediet – noodzakelijk in het kader van een (beoogde) overname. In beginsel staat het de rechtspersoon en diens bestuurders vrij om (ook in het zicht van het faillissement) rechtshandelingen te verrichten. Wanneer uiteindelijk onverhoopt een faillissement volgt, kunnen rechtshandelingen onder omstandigheden worden vernietigd op grond van de faillissementspauliana.

Bij de faillissementspauliana wordt een onderscheid gemaakt tussen onverplicht en verplicht verrichte rechtshandelingen. Onverplichte rechtshandelingen zijn rechtshandelingen waaraan geen wettelijke of contractuele verplichting aan ten grondslag ligt en die dus niet van de schuldenaar kunnen worden afgedwongen.²⁴ Voor onverplichte rechtshandelingen geldt dat deze ingevolge art. 42 Fw kunnen worden vernietigd indien de rechtshandeling door de schuldenaar is verricht voor faillietverklaring en de schuldenaar wist of behoorde te weten dat dat daarvan benadeling van schuldeisers het gevolg zou zijn.

Wetenschap van benadeling van schuldeisers is een belangrijke voorwaarde voor een geslaagd beroep op de faillissementspauliana. De Hoge Raad heeft bepaald dat de vraag of er sprake is van benadeling moet worden beantwoord 'door de hypothetische situatie waarin de schuldeisers zouden hebben verkeerd zonder de gewraakte rechtshandeling, te vergelijken met de situatie waarin zij zouden verkeren indien de handeling onaangetast blijft'.²⁵ De benadeling kan gelegen zijn in een vermindering van het beschikbare vermogen, maar ook in bijvoorbeeld een doorbreking van de 'paritas creditorum'.²⁶ Zekerheidsstelling is vrijwel altijd een benadeling van de andere schuldeisers. Het is lastig in te schatten of een bepaalde rechtshandeling zorgt voor benadeling van schuldeisers. Zo kan een rechtshandeling waarbij voor bepaalde activa een redelijke prijs is betaald, achteraf zorgen voor benadeling van schuldeisers wanneer dat bedrag niet beschikbaar is voor de gezamenlijke schuldeisers. Een bekend voorbeeld van die situatie is te vinden in het zogeheten *Montana*-arrest, waarbij weliswaar een reële prijs was overeengekomen en overgemaakt, maar de verkoopprijs door verrekening door de bank niet beschikbaar was voor de gezamenlijke schuldeisers. Zonder deze rechtshandeling zou de opbrengst van de geleverde zaken beschikbaar zijn geweest voor de gezamenlijke schuldeisers.²⁷

²² Zie daarover uitgebreider: J.E.P.A. van Hooff, 'Selectieve betaling', *TvI* 2021/40.

²³ HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:73, *JOR* 2020/55, m.nt. T. Salemink.

²⁴ Zie R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 185.

²⁵ HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001/654 (*Diepstraten Gilhuis q.q.*).

²⁶ R.J. de Weij, *Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolventies*, Deventer: Kluwer 2010, p. 241.

²⁷ HR 22 mei 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0615 (*Bosselaar q.q./Interniber*).

Voor een geslaagd beroep op de faillissementspauliana op grond van art. 42 Fw is tevens vereist dat de schuldenaar wist of behoorde te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg van zijn handelen zou zijn. Indien het gaat om rechtshandelingen anders dan om niet, dient ook de wederpartij wetenschap van benadeling te hebben.²⁸ Van wetenschap van benadeling is sprake indien 'ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien'.²⁹ Het wetenschaps criterium is niet eenvoudig in te vullen. Aangezien er altijd een (minimale) kans op een faillissement bestaat, is een kans op benadeling niet voldoende om wetenschap van benadeling aan te nemen.³⁰ Er is echter ook geen volledige zekerheid dat een faillissement zal volgen noodzakelijk om wetenschap van benadeling aan te nemen. Als ondergrens geldt dat de kans op een faillissement ten tijde van de faillietverklaring minimaal 50% moet zijn geweest.³¹

Bij een poging om het financiële tij te keren, kan het wetenschaps criterium voor problemen zorgen. Zo kan het zo zijn dat de onderneming op een faillissement afstevent en het bestuur besluit om in het kader van een reddingspoging een overwaarde-arrangement overeen te komen. Het gaat dan om onverplicht verrichte rechtshandelingen, de andere schuldeisers worden benadeeld (hetgeen inherent is aan iedere zekerheidsstelling) en het is ook reëel om aan te nemen dat het faillissement en een tekort daarin met redelijke mate van waarschijnlijkheid is te voorzien. Mocht de reddingspoging onverhoopt niet slagen, dan is de kans aanwezig dat een curator na het uitspreken van een faillissement de faillissementspauliana gebruikt om de gevolgen van het overwaarde-arrangement terug te draaien. Het kan dus zo zijn dat een voor een herstructurering noodzakelijke zekerheidsstelling achteraf wordt gekwalificeerd als paulianeus. Om te voorkomen dat het financieren van een herstructureringspoging te risicovol zou worden, is ook wel geprobeerd om de maatstaf voor wetenschap van benadeling bij reddingspogingen te veranderen. Bij die nieuwe maatstaf voor reddingspogingen zou een rechtshandeling alleen kunnen worden vernietigd als 'de reorganisatie gedoemd was te mislukken en het faillissement onafwendbaar was'. Hoewel het Hof Amsterdam zich heeft laten verleiden tot toepassing van deze maatstaf, is de Hoge Raad hier niet in mee gegaan. Het wetenschaps criterium ('ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien') geldt tevens voor situaties waarbij er sprake is van een herstructurering of een reorganisatie.³² Onder omstandigheden kunnen partijen met de WHOA bescherming krijgen voor vernietiging op grond van de faillissementspauliana (zie par. 3.2).

Art. 43 Fw voorziet in enkele (zeer beperkte)³³ gevallen waarin de wetenschap van benadeling wordt vermoed aanwezig te zijn. Het gaat om rechtshandelingen die zijn verricht in het jaar voorafgaand aan het faillissement en die naar hun aard

²⁸ Vgl. art. 45 Fw.

²⁹ HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493, *NJ* 2010/

273, m.nt. P. van Schilfgaarde (*ABN AMRO/Van Dooren III*); HR 7 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:365 (*Jongepier q.q./Driekker c.s.*), r.o. 3.3.2.

³⁰ HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8357 (*Bakker q.q./Katco*).

³¹ R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 219.

³² HR 7 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:635 (*Jongepier q.q./Driekker c.s.*), r.o. 3.3.2.

³³ HR 29 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3762 (*Roefen q.q./Jaya*).

mag doen die niet in lijn zijn
zich (nog) niet laten verleiden

verkoop van bepaalde bedrijfs-
ijk in het kader van een (beoog-
on en diens bestuurders vrij om
elingen te verrichten. Wanneer
nnen rechtshandelingen onder
de faillissementspauliana.

eid gemaakt tussen onverplicht
plichte rechtshandelingen zijn
ntractuele verplichting aan ten
unnen worden afgedwongen.²⁴
e ingevolge art. 42 Fw kunnen
de schuldenaar is verricht voor
orde te weten dat dat daarvan

n belangrijke voorwaarde voor
. De Hoge Raad heeft bepaald
t worden beantwoord 'door de
den hebben verkeerdt zonder de
situatie waarin zij zouden ver-
de benadeling kan gelegen zijn
n, maar ook in bijvoorbeeld een
eidsstelling is vrijwel altijd een
g in te schatten of een bepaalde
deisers. Zo kan een rechtshan-
prijs is betaald, achteraf zorgen
drag niet beschikbaar is voor de
van die situatie is te vinden in
r een reële prijs was overeen-
door verrekening door de bank
deisers. Zonder deze rechtshan-
beschikbaar zijn geweest voor

Voor een geslaagd beroep op de faillissementspauliana op grond van art. 42 Fw is tevens vereist dat de schuldenaar wist of behoorde te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg van zijn handelen zou zijn. Indien het gaat om rechtshandelingen anders dan om niet, dient ook de wederpartij wetenschap van benadeling te hebben.²⁸ Van wetenschap van benadeling is sprake indien 'ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien'.²⁹ Het wetenschapscriterium is niet eenvoudig in te vullen. Aangezien er altijd een (minimale) kans op een faillissement bestaat, is een kans op benadeling niet voldoende om wetenschap van benadeling aan te nemen.³⁰ Er is echter ook geen volledige zekerheid dat een faillissement zal volgen noodzakelijk om wetenschap van benadeling aan te nemen. Als ondergrens geldt dat de kans op een faillissement ten tijde van de faillietverklaring minimaal 50% moet zijn geweest.³¹

Bij een poging om het financiële tij te keren, kan het wetenschapscriterium voor problemen zorgen. Zo kan het zo zijn dat de onderneming op een faillissement afstevent en het bestuur besluit om in het kader van een reddingspoging een overwaarde-arrangement overeen te komen. Het gaat dan om onverplicht verrichte rechtshandelingen, de andere schuldeisers worden benadeeld (hetgeen inherent is aan iedere zekerheidstelling) en het is ook reëel om aan te nemen dat het faillissement en een tekort daarin met redelijke mate van waarschijnlijkheid is te voorzien. Mocht de reddingspoging onverhoopt niet slagen, dan is de kans aanwezig dat een curator na het uitspreken van een faillissement de faillissementspauliana gebruikt om de gevolgen van het overwaarde-arrangement terug te draaien. Het kan dus zo zijn dat een voor een herstructurering noodzakelijke zekerheidstelling achteraf wordt gekwalificeerd als paulianeus. Om te voorkomen dat het financieren van een herstructureringspoging te risicovol zou worden, is ook wel geprobeerd om de maatstaf voor wetenschap van benadeling bij reddingspogingen te veranderen. Bij die nieuwe maatstaf voor reddingspogingen zou een rechtshandeling alleen kunnen worden vernietigd als 'de reorganisatie gedoemd was te mislukken en het faillissement onafwendbaar was'. Hoewel het Hof Amsterdam zich heeft laten verleiden tot toepassing van deze maatstaf, is de Hoge Raad hier niet in mee gegaan. Het wetenschapscriterium ('ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien') geldt tevens voor situaties waarbij er sprake is van een herstructurering of een reorganisatie.³² Onder omstandigheden kunnen partijen met de WHOA bescherming krijgen voor vernietiging op grond van de faillissementspauliana (zie par. 3.2).

Art. 43 Fw voorziet in enkele (zeer beperkte)³³ gevallen waarin de wetenschap van benadeling wordt vermoed aanwezig te zijn. Het gaat om rechtshandelingen die zijn verricht in het jaar voorafgaand aan het faillissement en die naar hun aard

²⁸ Vgl. art. 45 Fw.

²⁹ HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493, NJ 2010/273, m.nt. P. van Schilfgaarde (ABN AMRO/Van Dooren III); HR 7 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:365 (Jongepier q.q./Drieakker c.s.), r.o. 3.3.2.

³⁰ HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8357 (Bakker q.q./Katco).

³¹ R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 219.

³² HR 7 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:635 (Jongepier q.q./Drieakker c.s.), r.o. 3.3.2.

³³ HR 29 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3762 (Roeflen q.q./Jaya).

²⁴ Tvl 2021/40.

F. Saleminck.

2021, p. 185.

nsaction Avoidance in Insolvencies, Deventer:

erniber).

of op basis van de hoedanigheid van de wederpartij verdacht zijn. Denk bijvoorbeeld aan zekerheidstelling voor of betaling van een opeisbare schuld of rechtshandelingen met aan de schuldenaar gerelateerde partijen. Omdat het gaat om een bewijsvermoeden, kan de schuldenaar of de wederpartij tegenbewijs leveren.

De mogelijkheden om verplichte rechtshandelingen (waaraan dus wel een wettelijke of contractuele verplichting aan ten grondslag ligt) te vernietigen, zijn beperkt. Art. 47 Fw voorziet in twee nauwkeurig geformuleerde mogelijkheden om voldoening van een opeisbare schuld te vernietigen. Een beroep op art. 47 Fw kan alleen slagen indien degene die de betaling ontving op de hoogte was van de faillissementsaanvraag of indien de betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser, dat als doel had de ontvanger boven de andere schuldeisers te begunstigen. Het moet bij deze tweede mogelijkheid gaan om samenspanning tussen de schuldenaar en de schuldeiser.³⁴

Gevolg van een succesvolle vernietiging door de curator is dat de rechtshandeling (met terugwerkende kracht) wordt vernietigd en dus nooit heeft plaatsgevonden.

2.5 Afsluitend

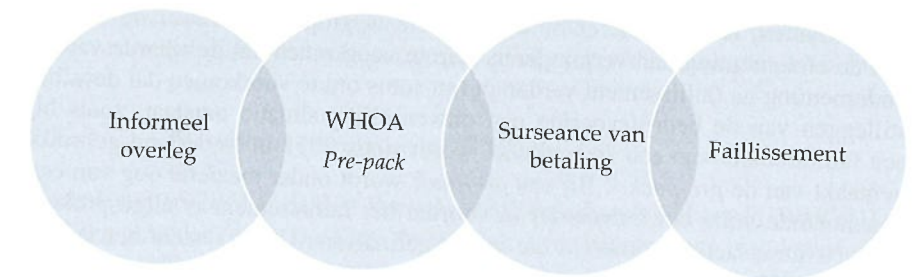
Financiële moeilijkheden beperken de bewegingsvrijheid van het bestuur. Bij de voorbereiding van een overname is het van belang om rekening te houden met de beperkingen die voortvloeien uit de hiervoor besproken jurisprudentie. Zo is het essentieel dat bij het aangaan van verplichtingen die noodzakelijk zijn voor een overname, wordt gekeken naar de financiële situatie van de onderneming om te onderzoeken of de *Beklamel*-toestand al is bereikt. Mocht als onderdeel van de overnametransactie worden besloten dat de activiteiten van een bepaalde vennootschap worden gestaakt, dan is bovendien van belang dat waakzaam wordt omgegaan met het betalen van gelieerde partijen. Indien immers is besloten om de activiteiten te beëindigen en de vennootschap niet over voldoende middelen beschikt om al haar schuldeisers te voldoen, dan heeft het bestuur in beginsel niet de vrijheid om gelieerde schuldeisers te voldoen.

3. Insolventieprocedures

3.1 Soorten insolventieprocedures

Als een overnametransactie plaatsvindt terwijl een van de partijen zich in financiële problemen bevindt, dan kan het zo zijn dat die partij al is verwickeld in een insolventieprocedure. In Nederland kennen we verschillende insolventieprocedures, waarbij een indeling kan worden gemaakt van informele naar formele mogelijkheden om met financiële problemen om te gaan (zie Figuur 1).

³⁴ HR 24 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1676 (*Gispen q-q/IFN*).



Figuur 1: Het continuüm van mogelijkheden om om te gaan met financiële problemen³⁵

Aan de linkerkzijde van het spectrum bestaat de mogelijkheid voor schuldenaren om met schuldeisers om de tafel te gaan om te onderzoeken of onderling tot een oplossing voor de financiële problemen kan worden gekomen. Schuldeisers zijn in principe vrij om een voorgesteld akkoord wel of niet te accepteren en in principe is geen rechterlijke betrokkenheid noodzakelijk bij dit proces.³⁶ De in 2021 in werking getreden Wet homologatie onderhands akkoord maakt het mogelijk om onder bepaalde voorwaarden ook schuldeisers die niet achter een akkoord staan, via rechterlijke interventie te binden aan dat akkoord. Bij een akkoord dat in overleg met schuldeisers wordt overeengekomen of via de WHOA wordt gehomologeerd, blijft de schuldenaar zelf bevoegd om maatregelen te nemen om zijn financiële problemen af te wenden. Dat is anders bij de formelere procedures zoals de surseance van betaling en het faillissement (eventueel voorafgegaan door een *pre-pack*) waarbij het doel soms niet meer is om te herstructureren maar om het vermogen te gelde te maken. Bij de formele insolventieprocedures neemt een insolventiefunctionaris (zoals een bewindvoerder of een curator) de beheer- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar (gedeeltelijk) over.

In de volgende paragrafen belicht ik enkele bijzonderheden in Nederlandse insolventieprocedures die relevant (kunnen) zijn voor overnames in insolventiesituaties, namelijk doorstart in faillissement (par. 3.2) en bescherming voor noodfinanciering in de WHOA (par. 3.3).

3.2 Doorstart in faillissement

Ook tijdens een faillissement kan de onderneming van de gefailleerde worden overgenomen. De curator kan immers besluiten de onderneming *going concern* te verkopen. In dat geval worden de activa die nodig zijn voor de doorstart door middel van een activa transactie verkocht. De passiva blijven achter en de schuldeisers van de gefailleerde kunnen zich in principe niet op de koper verhalen.

Voor een succesvolle doorstart is snelheid van groot belang. Als te veel tijd verstrijkt tussen de faillietverklaring en de doorstart, bestaat de kans dat bijvoor-

³⁵ Dit figuur is vrij gebaseerd op J.M. Garrido, *Out-of-Court Restructuring (A World Bank Study)*, Washington: The World Bank 2012, p. 3 en op onderwijsmateriaal van het mastervak insolventierecht van de Universiteit Leiden.

³⁶ Tenzij sprake is van misbruik van recht. Zie daarover HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:485 (*Mondial Curatoren V&D*) en HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7799 (*Payroll*).

beeld klanten, leveranciers en/of werknemers wegllopen, waardoor de waarde van de onderneming kan verminderen. Om te voorkomen dat de waarde van de onderneming na faillissement verdampt (en soms om te voorkomen dat door het stilleggen van de bedrijfsvoering een onwenselijke situatie ontstaat, zoals bij een faillissement van een ziekenhuis), wordt sinds 2011 in Nederland gebruikgemaakt van de *pre-pack*.³⁷ Bij een *pre-pack* wordt onder toezicht van een zogenoemde stille bewindvoerder al voordat het faillissement is uitgesproken, een activatransactie voorbereid die wordt gefinaliseerd (kort) nadat het faillissement wordt uitgesproken.

De *pre-pack* is niet onomstreden, bijvoorbeeld omdat er volgens critici onvoldoende transparantie is bij de transactie en een wettelijke basis voor aanstelling van de stille bewindvoerder ontbreekt.³⁸

De afgelopen jaren is bovendien discussie ontstaan over de positie van werknemers bij doorstart die is voorbereid middels een *pre-pack*. In een niet-insolventiesituatie genieten werknemers bij een bedrijfsovername bescherming, in die zin dat de koper van de onderneming van rechtswege werkgever wordt van de werknemers van de overgenomen onderneming.³⁹ Bij een 'reguliere' doorstart in een faillissement geldt deze werknemersbescherming niet.⁴⁰ De werknemersbescherming bij een overgang van onderneming is volgens de zogenoemde faillissementsuitsluiting niet van toepassing indien 'de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort'. De discussie zag op de vraag of de werknemersbescherming ook geldt bij een doorstart in faillissement die is voorbereid middels een *pre-pack*. In het bekende *Smallsteps*-arrest overwoog het Hof van Justitie dat de faillissementsuitsluiting in dat geval niet van toepassing was omdat de faillissementsprocedure niet was ingeleid met het oog op continuïteit van de onderneming (en dus niet op liquidatie van het vermogen), en omdat de procedure niet onder toezicht van een bevoegde overheidsfunctionaris staat. Het lijkt erop dat voor het Hof van Justitie doorslaggevend was dat de doorstart al volledig was voorbereid voorafgaand aan het faillissement en de transactie is gerealiseerd met partijen die al betrokken waren bij *Smallsteps*.⁴¹ De reikwijdte van het *Smallsteps*-arrest lijkt inmiddels beperkt nu het Hof van Justitie in het *Heiploeg*-arrest heeft geoordeeld dat een *pre-pack* niet per definitie buiten de faillissementsuitsluiting valt, en werknemersbescherming dus niet altijd geldt bij een *pre-pack*.⁴² Door de discussie over de reikwijdte van de faillis-

37 N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack!', *TvI* 2011/23.

38 Zie bijvoorbeeld M.H.F. van Vugt, 'De Nederlandse pre-pack: time-out please', *FIP* 2014, p. 26-29.

39 Art. 7:663 BW. Zie ook art. 3 en 4 Richtlijn 2001/23/EG. Zie ook De Groot, *Bedrijfsovername en werknemersrechten: het adviesrecht van de ondernemingsraad en de regeling over het behoud van werknemersrechten bij de overgang van een onderneming*, hoofdstuk 17, par. 3.

40 Art. 7:666 BW. Zie ook art. 5 Richtlijn 2001/23/EG.

41 HvJ EU 22 juni 2017, *JOR* 2017/217 (*Smallsteps*), m.nt. L.G. Verburg.

42 HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321 (*Heiploeg*). Zie ook Rb. Gelderland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447 (*Tuante*) en Rb. Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (*Bogra*). Het is aannemelijk dat het voorstel voor de Wet Continuïteit Ondernemingen I (inclusief de WOVOF) nieuw leven ingeblazen zal worden.

sementsuitsluiting is de *pre-pack* een stuk minder aantrekkelijk geworden,⁴³ al is de verwachting dat de wetgever de *pre-pack* op korte termijn nieuw leven zal inblazen.⁴⁴

3.3 Noodfinanciering en de WHOA

Sinds 1 januari 2021 is de Wet Homologatie Onderhands Akkoord ('WHOA') in werking getreden.⁴⁵ Het doel van de WHOA is om het reorganiserend vermogen van levensvatbare ondernemingen die dreigen te bezwijken aan een te zware schuldenlast, te versterken.⁴⁶ In het kort voorziet de WHOA in een regeling 'op basis waarvan de rechtbank kan overgaan tot homologatie van een onderhands akkoord betreffende de herstructurering van de schulden van een schuldenaar, zodat de schuldeisers of aandeelhouders die niet met het akkoord hebben ingestemd toch aan het akkoord kunnen worden gebonden'.⁴⁷

Bij een herstructurering is vaak een noodfinanciering nodig om de onderneming draaiende te houden en de herstructureringskosten te voldoen. Het is niet ongebruikelijk dat de financier voor het verstrekken van een dergelijke noodfinanciering zekerheden bedingt. Aan het verschaffen van zekerheden kleef een evident paulianarisco (zie par. 2.4).⁴⁸ Het gaat immers om een onverplichte rechtshandeling, die schuldeisers benadeelt en bij een herstructurering kan ook worden beargumenteerd dat een faillissement en een tekort daarin redelijkerwijs te voorzien waren.

Om te voorkomen dat financiers door dit paulianarisco geen noodfinanciering meer zouden willen verstrekken, biedt de WHOA de mogelijkheid om het paulianarisco met machtiging van de rechter weg te nemen. De schuldenaar kan, nadat een startverklaring is gedeponeerd of door de rechtbank een herstructureringsdeskundige is aangewezen, de rechter verzoeken een machtiging te geven voor het verrichten van een bepaalde rechtshandeling. De rechter honoreert dit verzoek als "a. het verrichten van de rechtshandeling noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord als bedoeld in de genoemde artikelen te kunnen blijven voortzetten, en b. op het moment dat de machtiging wordt verstrekt redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar bij deze rechtshandeling gediend zijn, terwijl geen van de individuele schuldeisers daardoor

43 Zie onder meer J.M.W. Pool, 'De eerste toepassingen van Smallsteps in Nederland. Annotatie bij Rb. Gelderland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447 (*Tuante*) en Rb. Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (*Bogra*)', *TvI* 2018/39. Zie onder meer F.M.J. Verstijlen onder HvJ EU 22 juni 2017, *NJ* 2017/369 (*Smallsteps*); Ph.W. Schreurs, 'Smallsteps en de grote stappen die nu gezet moeten worden', *ArA* 2017 (11) 3; F.M.J. Verstijlen, 'De dubbele natuur van de doorstart', *TvI* 2017/20; P.R.W. Schaik, 'Het arrest van het Hof van Justitie inzake FNV c.s./Smallsteps', *TvI* 2017/22; J.R. Hurenkamp, 'Ondergang van onderneming door de pre-pack?', *TvI* 2017/21; P.R.W. Schaik onder HvJ EU, conclusie A-G 29 maart 2017, *JOR* 2017/184; N.W.A. Tollenaar, 'De implicaties van Estro voor de pre-pack en WCO I', *TvI* 2018/6 en J.F. Flik & F.M.J. Verstijlen, 'De eerste stappen voorbij Estro', *TvI* 2018/7.

44 Het is aannemelijk dat het voorstel voor de Wet Continuïteit Ondernemingen I (inclusief de WOVOF) nieuw leven ingeblazen zal worden.

45 *Srb.* 2020, 414 en 415 en J.J. van Hees, 'Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?', *Ondernemingsrecht* 2014/79.

46 *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 1.

47 *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 4.

48 Zie ook F. van der Drift & K.B.G. Durlinger, 'De positie van de noodfinancier onder de WHOA – voldoende comfortabel?', *TvI* 2020/43.

wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad.”⁴⁹ Geeft de rechter de machtiging af, dan kan de rechtshandeling niet worden vernietigd op grond van de faillissementspauliana.

De machtiging kan bijdragen aan het realiseren van een noodfinanciering omdat de machtiging het risico op vernietiging wegneemt. Dit kan dan weer bijdragen aan een succesvolle herstructurering met mogelijk participatie van nieuwe aandeelhouders.

4. Afsluitend

Het succesvol realiseren van een bedrijfsovername bij (dreigende) insolventie is een uitdaging. Niet alleen wordt de bewegingsvrijheid van het bestuur van de target beperkt als de financiële situatie verslechtert, ook kunnen financiële problemen verkoopbelemmerend werken. Bovendien kan de verkopende partij in insolventieprocedures zijn verwikkeld waardoor rekening gehouden moet worden met andere actoren zoals een curator, een herstructureringsdeskundige of een bewindvoerder. Het is van belang om de financiële situatie van de onderneming continue te monitoren, zodat de risico's op aansprakelijkheid wegens het doen van selectieve betalingen of schending van de Beklamel-norm worden beperkt.

⁴⁹ Art. 42a Fw.

18 Remedies van de koper bij een inbreuk door de verkoper op een garantie in de SPA

Rieme-Jan Tjittes¹

1. Inleiding

In hoofdstuk 10 van dit boek hebben Maarten van Buuren en Yorick van Benteen aandacht besteed aan de inhoud van garanties in SPA's. In deze bijdrage bespreek ik welke remedies de teleurgestelde koper ter beschikking staan indien de verkoper een inbreuk maakt op een garantie in de SPA. In geval van schending van een garantie door de verkoper, kan de koper in beginsel een beroep doen op alle wettelijke remedies wegens een tekortkoming in de nakoming (wanprestatie), zoals nakoming, ontbinding en schadevergoeding, tenzij deze geheel of gedeeltelijk zijn uitgesloten in de SPA (zoals meestal het geval is bij vernietiging en ontbinding). Indien partijen exclusief een procedure zijn overeengekomen tot aanpassing van de koopprijs in geval van schending van een garantie, moet die weg worden gevolgd, tenzij dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.²

Als een garantie tevens wordt opgevat als een mededeling van de verkoper in de zin van art. 6:228 lid 1 sub a BW, dan kan de teleurgestelde koper tevens een beroep doen op vernietiging of wijziging van de overeenkomst op grond van dwaling. De praktijk is echter dat dwaling of vernietiging contractueel is uitgesloten in de SPA.

In het navolgende bespreek ik een aantal juridische aspecten indien de verkoper een inbreuk op een garantie in de SPA heeft gemaakt.³

Ten eerste dat in geval van schending van een garantie de koper daarover tijdig moet klagen bij de verkoper op straffe van verlies van al zijn rechten uit wanprestatie (en vergelijkbare rechten) (par. 2). Ten tweede ga ik in op de uitsluiting van

¹ Rieme-Jan Tjittes is advocaat en partner bij BarentsKrans, arbiter, deeltijd-hoogleraar Privaatrecht aan de VU en rechter-plv. in de Netherlands Commercial Court.

² Hof Amsterdam 27 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BW4117, r.o. 3,14.

³ Delen van deze bijdrage zijn ontleend aan R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel Contractenrecht, deel 1: Totstandkoming en inhoud*, 2018, hoofdstuk 6.