

RECHTSPRAAK

HOF VAN BEROEP TE GENT

27 oktober 2008 - 7de Kamer

Voorzitter : H. Debucquoy

Raadsheren : G. Vanderstichele en G. De la Ruelle

Advocaten : B. De Winter, W. De Brabandere en J. Flamme

OVERDRACHT VAN AANDELEN - OVERNEMER - ZORGVULDIGHEIDSP LICHT

Bij een overeenkomst tot overdracht van aandelen wordt de overnemer minstens verondersteld om zelf zorgvuldig te handelen en de overeenkomsten die hij aangaat goed te overwegen. Eigen tekortkomingen en onachtzaamheden kan hij niet op zijn medecontractant verhalen.

Cempa VOF t./ L.B., M.-L. C. en Overnamebemiddeling & Advies NV

[...]

1. GEGEVENS VAN DE ZAAK IN BEROEP

1.1. *CEMPA VOF* stelde op 7 februari 2005 tegenover de *echtgenoten B.-C.* hoger beroep in tegen het vonnis van 15 december 2004 van de eerste kamer van de rechtbank van eerste aanleg te Gent.

De *echtgenoten B.-C.* betwisten de ontvankelijkheid en gegrondheid van het hoger beroep van *CEMPA VOF*. Zij stelden in conclusie neergelegd op 28 oktober 2005 incidenteel hoger beroep in en hernamen de tusseneis die zij voor de eerste rechter tegenover *OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV* hadden ingesteld, om hen te vrijwaren voor elke mogelijke veroordeling.

OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV betwist de ontvankelijkheid en gegrondheid van het hoger beroep dat *CEMPA VOF* heeft ingesteld. Zij betwist ook de gegrondheid van de tusseneis in vrijwaring die de *echtgenoten B.-C.* tegenover haar hebben ingesteld en vordert de bevestiging van het vonnis.

Partijen werden gehoord in openbare terechtzitting van 4 februari 2008 en de stukken werden ingezien.

1.2. Voor het Hof voeren de partijen nog volgende betwistingen :

1.2.1. De *echtgenoten B.-C.* en *OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV* stellen vooreerst dat de beroepsakte bij toepassing van artikel 1057, 7° van het gerechtelijk wetboek nietig is, waar zij alleen de syntheseconclusie herneemt die voor de eerste rechter werd neergelegd op 29 oktober 2004. Een herneming die geen enkel nieuw element bevat tegenover de voor de eerste rechter gevoerde argumentatie en evenmin enige weerlegging van de door de voor de eerste rechter ingenomen standpunten.

1.2.2. De blijvende bodembetwistingen betreffen de aandelenoverdrachtsovereenkomst, waarbij *CEMPA VOF* door bemiddeling van *OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV* op 5 juni 2002 de aandelen van de *echtgenoten B.-C.* in *PUBLICITEITS- EN MARKETING ADVISEURS BVBA* overnam tegen betaling van 200.000 EUR;

- *CEMPA VOF* stelt dat de *echtgenoten B.-C.* in strijd met het niet-concurrentiebeding uit de aandelenoverdrachtsovereenkomst een concurrentiële vennootschap hebben opgericht en het cliënteel van *PUBLICITEITS- EN MARKETING ADVISEURS BVBA* heeft benaderd. Bij toepassing van artikel 4.19 van de aandelenoverdrachtsovereenkomst vordert zij de betaling door de *echtgenoten B.-C.* van een forfaitaire schadevergoeding van 25.000 EUR, vermeerderd met de gerechtelijke intresten aan de wettelijke intrestvoet vanaf 5 december 2002.

- *CEMPA VOF* stelt verder dat de *echtgenoten B.-C.* haar gebrekkige en bewust foutieve informatie heeft verschaft over *PUBLICITEITS- EN MARKETING ADVISEURS BVBA* en aldus met voorbedachten rade kunstmatig de overnameprijs van de aandelen van deze vennootschap heeft opgedreven. Zij stelt meer in het bijzonder :

- dat de *echtgenoten B.-C.* een omzet van 102.751,87 EUR aan te verwachten opdrachten hebben voorgehouden, waarvan achteraf werd gesteld dat maar 53.475,30 EUR realiseerbaar was.
- dat de overgelegde jaarrekeningen per 21 december 2002 absoluut niet correct waren en bewust verzwegen, dat bepaalde activa geen eigendom waren van *PUBLICITEITS- EN MARKETING ADVISEURS BVBA*.
- dat haar was verzekerd dat de klanten 30 dagen einde maand betaalden en de leveranciers op 60 dagen na factuurdatum werden betaald, waar zij achteraf moest vaststellen dat diverse klanten veel later betaalden en veel leveranciers binnen de 30 dagen moesten betaald worden.

Zij stelt dat de *echtgenoten B.-C.* haar - bij toepassing van artikel 4.24 van de aandelenoverdrachtsovereenkomst en wegens de culpa in contrahendo en/of bedrog - de betaling verschuldigd zijn van een provisie van 50.000 EUR, vermeerderd met de gerechtelijke intresten aan de wettelijke intrestvoet vanaf 5 juni 2002; verder vordert zij de aanstelling van een gerechtelijk deskundige met de opdracht de waarde van de aandelen van *PUBLICITEITS- EN*

MARKETING ADVISEURS BVBA op 5 juni 2002 te bepalen.

- De echtgenoten B.-C. handhaven in onderschikte orde hun eis in vrijwaring tegenover OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV, die zij de opdracht gaven een ondernemer voor hun aandelen te zoeken en hen actief te begeleiden en fiscaal en juridisch advies te verstrekken bij het opmaken van de aandelenoverdrachtsovereenkomst, waarvoor zij 12.100 EUR hebben betaald.

1.2.3. Het incidenteel hoger beroep van de echtgenoten B.-C. strekt tot het bekomen van tweemaal een schadevergoeding van 7.500 EUR voor het tergend en roekeloos voeren van een procedure in eerste aanleg en in hoger beroep.

1.3. De eerste rechter vatte de relevante feiten op correcte wijze samen :

- 'Het echtpaar B.-C. richtte op 28 juni 1988 PUBLICITEITS- EN MARKETING ADVISEURS BVBA (...) op. Zij was actief in de publiciteitssector en maakte grafische ontwerpen (naamkaartjes, brochures, ...).

- 'Op 11 maart 2002 sloten zij met OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV een exclusieve bemiddelingsovereenkomst. OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV moest kandidaat-overnemers opsporen en met hen in contact brengen. OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV verbond zich er ook toe hen te begeleiden bij de onderhandelingen, hen fiscaal en juridisch advies te verlenen en de overnameovereenkomst op te maken of daarbij hulp te verlenen.

- 'Ingevolge deze overeenkomst meldde OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV de overname van een klein erkend reclamebureau in haar 'Overname-Nieuwsbrief' van maart 2002. Op verzoek van (...) FISKAMBO (nu CEMPA VOF) stuurde zij op 19 maart 2002 een 'geheimhoudingsverbintenis m.b.t. een over te nemen klein erkend reclamebureau'. (...) Na ondertekening maakte zij op 12 april 2002 het volledige overnamedossier, inclusief bepaalde boekhoudkundige stukken, over aan FISKAMBO.

- 'Naar aanleiding van een bespreking op 24 april 2002 bedankte FISKAMBO/CEMPA VOF per fax van 28 april 2002 OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV voor het goede onthaal en de vlotte bespreking. Bovendien werd als bijlage een gedetailleerde vragenlijst gevoegd.

- 'Op 2 mei 2002 faxte FISKAMBO/CEMPA VOF een bijkomende lijst van 6 vragen aan OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV. OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV antwoordde diezelfde dag per e-mail dat deze vragen rechtstreeks besproken zouden worden met L.B. in een volgend gesprek.

- 'Per fax van 11 mei 2002 stuurde L.B. aan OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV de antwoorden op de vragenlijst van FISKAMBO/CEMPA VOF. Hij voegde eraan toe dat een aantal documenten per post opgestuurd werden.

- 'Bij fax van 13 mei 2002 aan OBA bevestigde FISKAMBO/CEMPA VOF de afspraak bij OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV op 17 mei 2002. Hoewel zij intussen antwoord gekregen had op een reeks vra-

gen, drong zij aan op het bekomen van de ontbrekende antwoorden en werden opnieuw bijkomende vragen gesteld. Op 21 mei 2002 stuurde zij een fax aan OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV over de aangename bespreking van 17 mei 2002. Gezien de vraagprijs van 250.000 euro te hoog was, deed FISKAMBO/CEMPA VOF na toepassing van een aantal waarderingsregels en rekening houdend met een aantal correcties, een bod van 200.000 euro.

- 'Per e-mail van 27 mei 2002 maakte OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV een eerste ontwerp van overnameovereenkomst over aan FISKAMBO/CEMPA VOF. 's Anderendaags stuurde FISKAMBO/CEMPA VOF een e-mail met haar bemerkingsen op dit ontwerp. Bij e-mails van 30 mei en 3 juni 2002 stuurde FISKAMBO/CEMPA VOF opnieuw bemerkingsen op respectievelijk het tweede en derde ontwerp van overnameovereenkomst aan OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV.

- 'Op 5 juni 2002 tekenden enerzijds FISKAMBO/CEMPA VOF en anderzijds de echtgenoten B.-C. de overnameovereenkomst. Gelet op het welslagen van de overname door de ondertekening van de overnameovereenkomst factureerde OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV op 26 juni 2002 een succesvergoeding van 12.100 euro aan de echtgenoten B.-C.

- 'Bij notariële akte van 5 december 2002 verleden door notaris Christine Callens richtten de echtgenoten B.-C. de commanditaire vennootschap L.B. op. Overeenkomstig artikel 4.22 van de overnameovereenkomst factureerde deze vennootschap op 15 december 2002, 31 december 2002 en 3 februari 2003 de geleverde opleidingsdiensten.

- 'Op 19 december 2002 stuurde FISKAMBO/CEMPA VOF een aangetekende brief (gedateerd 18 december 2002) aan de echtgenoten B.-C. Zij deelde erin mee dat de toepassing van de overnameovereenkomst geëvalueerd werd en maakte zij overeenkomstig artikel 5.3 van de overnameovereenkomst schriftelijk haar aanspraken kenbaar. Als bijlage werd een lijst met artikelsgewijze bemerkingsen gevoegd en werd de verschuldigde vergoeding becijferd op 11.454,89 euro. Op 23 december 2002 werd daarover een bespreking gevoerd bij OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV tussen FISKAMBO/CEMPA VOF en L.B.

- 'Over deze bijeenkomst maakte L.B. een nota op, die hij op 3 januari 2003 aangetekend verstuurd aan OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV. Hij stelde in dit document de regeling van de claim van FISKAMBO/CEMPA VOF in het vooruitzicht tegen 15 januari 2003. FISKAMBO/CEMPA VOF bedankte bij brief van 22 januari 2003 de echtgenoten B.-C. voor de zeer stipite regeling, namelijk de betaling van 12.605,44 euro.

- 'Op 21 november 2003 richtten de echtgenoten B.-C. een officieel schrijven aan FISKAMBO/CEMPA VOF, waarin zij de volledige inhoud betwisten van de ingebrekestelling die op 23 oktober 2003 aan hen gericht werd. Op haar beurt betwistte FISKAMBO/CEMPA VOF het standpunt van de echtgenoten B.-C. bij brief van 24 december 2003 en maakte zij een ontwerp van dagvaarding over.

- 'Bij vonnis van 6 februari 2004 van de rechtbank van koophandel te Gent werd PUBLICITEITS- EN MARKETING ADVISEURS BVBA failliet verklaard.'

1.4. De eerste rechter weerhield op volgende relevante overwegingen geen inbreuk van de echtgenoten B.-C. op het niet-concurrentiebeding en verklaarde de aanspraak op betaling van een schadevergoeding van 25.000 EUR ongegrond :

- 'FISKAMBO argumenteert dat zij na de ontvangst van een afschrift van de publicatie van de oprichtingsakte van commanditaire vennootschap L.B. via haar bedrijfsrevisor kon vaststellen dat de activiteit van deze vennootschap concurrentieel was met deze van PUBLICITEITS- EN MARKETING ADVISEURS BVBA. (...) Volgens haar is het ongeloofwaardig dat deze vennootschap werd opgericht om fiscale redenen en om 3 facturen op te stellen voor de leveringen van opleidingsdiensten aan PUBLICITEITS- EN MARKETING ADVISEURS BVBA. (...)

- 'De echtgenoten B.-C. houden voor dat FISKAMBO, overeenkomstig artikel 4.22 van de overnameovereenkomst, zeer goed wist dat L.B. vanaf 1 november 2002 vergoed moest worden voor geleverde prestaties. OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV betaalde zonder voorbehoud de drie facturen die de commanditaire vennootschap L.B. heeft opgesteld. (...) de oprichting van voormelde vennootschap besproken werd op de vergadering van 23 december 2002. De echtgenoten B.-C. zien geen enkele grond voor de betaling van de forfaitaire vergoeding van 25.000 euro, nu de commanditaire vennootschap uitsluitend prestaties leverde aan PUBLICITEITS- EN MARKETING ADVISEURS BVBA en de oprichting ervan geen inbreuk vormde op artikel 4.19 van de overnameovereenkomst.

- 'Bij de beoordeling van de beweerdte inbreuk op het concurrentiebeding zijn de volgende artikelen van de overnameovereenkomst van belang :

Artikel 4.19 :

Dat 'de Verkoper' er zich toe verbindt gedurende een periode van 5 jaar ingaande vanaf heden, noch persoonlijk, noch via een vennootschap rechtstreeks noch onrechtstreeks, binnen België, actief te zijn in de sector van de marketing-, communicatie-, publiciteits- en/of reclamebureaus, tenzij dit voor rekening is van en voorafgaand contractueel vastgelegd werd met 'de Koper'. In geval van inbreuk op dit concurrentiebeding zal 'de Verkoper' aan 'de Koper' een schadevergoeding per vastgestelde overtreding verschuldigd zijn die forfaitair en onherroepelijk wordt vastgesteld op 25.000,00 euro (vijfentwintigduizend Euro nul Eurocent) onverminderd het recht van 'de Koper' om de werkelijke en of grotere schade te bewijzen en te vorderen en de concurrentie onmiddellijk te doen ophouden.

Artikel 4.22 :

Dat 'de Verkoper' er zich toe verbindt om tot 31/10/2002 zijn huidige werkzaamheden onbezoldigd in 'de Vennootschap' verder te zetten. Eventuele beroepskosten worden mits voorlegging van de nodige bewijsstukken na akkoord terugbetaald. Na deze periode dient in onderling overleg alle modaliteiten van verdere samenwerking besproken te worden. Partijen komen nu overeen dat de bezoldiging 47,00 Euro (zevenenveertig Euro en nul Eurocent) per te presteren uur zal bedragen. 'De Verkoper' verbindt zich ertoe gedurende bovenvermelde periode 'de Koper' op

te leiden. In wederzijds overleg en in functie van de kennisoverdracht (= de opleiding) kan de intensiteit van de bovenvermelde opleidingsverbintenis aangepast worden van fulltime naar parttime.

- 'De rechtbank stelt vast dat L.B. op 5 december 2002 bij notariële akte verleden door notaris Christine CALLENS de commanditaire vennootschap L.B. oprichtte. De reden voor deze oprichting (fiscaalrechtelijk, sociaalzekerheidsrechtelijk, dan wel andere) is weinig relevant. De bewering van FISKAMBO als zou zij pas op 9 oktober 2003 inzage gekregen hebben van de oprichtingsakte is niet pertinent. Immers, L.B. lichtte haar hieromtrent in tijdens de bespreking van 23 december 2002. Hij bevestigde dit bij aangetekende nota van 27 december 2002 (zie randnummer 21). FISKAMBO toont niet aan dat zij deze nota toen betwistte.

- 'Uit de door de accountant Luc Eggermont voor echte verklaarde afschriften van het verkoopdagboek en het grootboek van de boekhouding van de commanditaire vennootschap L.B. blijkt dat de activiteit van deze vennootschap uiterst beperkt was en enkel betrekking had op diensten geleverd aan PUBLICITEITS- EN MARKETING ADVISEURS BVBA. Er worden slechts drie facturen in vermeld, namelijk de verkoopfacturen voor de door L.B. aan PUBLICITEITS- EN MARKETING ADVISEURS BVBA geleverde opleidingsprestaties vanaf 1 november 2002 tot 3 februari 2003 (overeenkomstig artikel 4.22 van de overnameovereenkomst). (...)

- 'De voorgelegde brieven van voormalige klanten van PUBLICITEITS- EN MARKETING ADVISEURS BVBA mogen dan wijzen op hun contacten met L.B., zij bewijzen op zich niet dat de commanditaire vennootschap L.B. een concurrerende activiteit in de zin van artikel 4.19 van de overnameovereenkomst uitbouwde. (...)

1.5. De eerste rechter verklaarde op volgende relevante overwegingen de aanspraken van CEMPA VOF op de betaling van een provisie van 50.00 EUR en de eis tot aanstelling van een gerechtelijk deskundige ongegrond :

- 'Het verstrijken van de garantietermijn :

(...)

'De echtgenoten B.-C. weerleggen de aanspraken van FISKAMBO door erop te wijzen dat de garantietermijn voorzien in de overnameovereenkomst verstreek op 31 december 2002. Nu de contractuele garantietermijn verstreken zou zijn, zou FISKAMBO geen juridische grond meer hebben om terzake in rechte op te treden. Zij stellen verder dat FISKAMBO met kennis van zaken contracteerde en een bijkomende mogelijkheid tot het uitvoeren van een audit heeft bedongen. Zij wijzen erop dat de bestuurders van FISKAMBO in de grootste openheid alle relevante documenten konden inzien. FISKAMBO zou zelf het initiatief genomen hebben om de overname zo snel mogelijk te laten doorgaan. Bovendien zou M.-L. C. verdere boekhoudkundige gegevens opgezocht hebben.

'Artikel 5.3 van de overnameovereenkomst bepaalt :
'De verplichtingen die 'de Verkoper' hierbij aangaat,

zullen blijven bestaan voor elke aanspraak tot een vergoeding die 'de Koper' schriftelijk zou laten gelden voor zover een schriftelijke aanvraag in die zin aan 'de Verkoper' gericht zou worden vóór 31/12/2002, met uitzondering van de aansprakelijkheid van 'de Verkoper' m.b.t. directe en indirecte belastingen, BTW en sociale wetgeving. De aansprakelijkheid van 'de Verkoper' inzake directe en indirecte belastingen, BTW en sociale wetgeving, betrekking hebbende op het tijdstip voorafgaand aan de ondertekening van deze overeenkomst, zal evenwel slechts eindigen bij het verstrijken van de wettelijke verjaringstermijn terzake plus één maand.'

In haar brief van 16 december 2002 en in haar aangetekende brief verstuurd op 19 december 2002 refererde FISKAMBO naar voormeld artikel 5.3. Telkens wees FISKAMBO erop dat zij moest handelen vóór 31 december 2002. De bemerkingen en aanspraken op vergoedingen van FISKAMBO werden gedetailleerd uiteengezet in de 11 bladzijden tellende bijlage. De inhoud ervan werd besproken op de vergadering van 23 december 2002. FISKAMBO voegde eraan toe dat zij bereid was tot compensatie onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat de echtgenoten B.-C. volledig akkoord gingen met al de FISKAMBO-tegoeden en dat de terugbetaling ervan ook tijdig uitgevoerd werd.

'Concreet houdt dit in dat FISKAMBO en de echtgenoten B.-C. een dadingsovereenkomst sloten. Partijen laten echter na dergelijke overeenkomst voor te leggen. Niettemin wordt het bestaan ervan bevestigd door de uitvoering ervan, namelijk op 23 januari 2003 verrichtte L.B. een betaling van 12.605,44 euro. Zonder verdere duiding houdt FISKAMBO voor dat deze betaling geenszins alle schadeposten dekte. Nu FISKAMBO nalaat te bewijzen dat de thans gevorderde vergoeding betrekking heeft op schadeposten die nog niet vergoed zouden zijn door de betaling van 23 januari 2003, kan op haar vordering niet ingegaan worden.

'FISKAMBO beweert verder dat de boekhoudkundige audit pas na 1 juli 2002 uitgevoerd kon worden omwille van het uitblijven van de voorlegging van relevante documenten door het echtpaar B.-C. Uit het dossier blijkt echter dat FISKAMBO in ieder geval voor de ondertekening van de overnameovereenkomst de gelegenheid had om de boekhouding te controleren, onder andere naar aanleiding van de diverse vergaderingen. Onder artikel 6.2 van de overnameovereenkomst erkende FISKAMBO overigens kennis genomen te hebben van de balans en resultatenrekening van echtgenoten B.-C. per 31 december 2001. Bovendien bedong FISKAMBO het volgende artikel 4.3, alinea 3 in de overname-overeenkomst :

'De Koper heeft het recht om voor de betaling en de eigendomsoverdracht van de aandelen op zijn kosten op de jaarrekening 2001 en op de 2 voorgaande boekjaren en ook over het lopende boekjaar 2002 een boekhoudkundige audit uit te voeren. 'De Verkoper' verleent daartoe zijn volledige medewerking mits hij daartoe voldoende op voorhand verwittigd wordt.'

Los van de eenzijdige verklaring van M.-L. C. dat zij aanwezig was op 8 en 15 juni 2002 naar aanleiding

van de audits door de bestuurders van FISKAMBO, is de rechtbank van oordeel dat FISKAMBO inderdaad nog tussen de ondertekening van de overnameovereenkomst en de betaling van de overnameprijs de gelegenheid had om een boekhoudkundige audit te verrichten. Dit geldt des te meer gezien zij slechts moest betalen binnen de 30 dagen na de ondertekening van de overnameovereenkomst.

'Gelet op het bovenstaande stelt het echtpaar B.-C. derhalve terecht dat de conventionele garantietermijn verstreken is.

- 'Verzwijgen of verkeerd voorstellen van informatie :

'FISKAMBO vordert een provisionele schade van 50.000 euro door het verzwijgen en/of verkeerd voorstellen van informatie door het echtpaar B.-C. De houding van laatstgenoemden zou bestempeld kunnen worden als overtreding van artikel 4.24 van de overnameovereenkomst, als een precontractuele fout en als bedrog. Indien FISKAMBO de ware toedracht gekend had, zou zij de aandelen niet of minstens voor een lagere prijs gekocht hebben. Ter staving van deze stelling verwijst zij naar haar aangetekend schrijven van 18 december 2002. Tijdens de daaropvolgende bespreking van 23 december 2002 werd volgens haar aan een aantal problemen verholpen, maar niet aan allemaal. Bovendien beschouwt zij het document van 27 december 2002, opgesteld door L.B., geenszins als een definitieve regeling van alle pijnpunten. (...)

'De echtgenoten B.-C. betwisten zich schuldig gemaakt te hebben aan een precontractuele fout (artikel 1382 B.W.). Precies omwille van hun geringe ervaring in overnames deden zij een beroep op de gespecialiseerde bemiddeling van OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV. Volgens hen zijn de fout, de schade en de causaliteit niet voorhanden. (...) Ook bedrog is volgens hen niet bewezen. (...) Evenmin zou een contractuele inbreuk op artikel 4.24 van de overnameovereenkomst kunnen worden weerhouden bij gebreke aan bewijs. Naast het herleiden van de koopprijs en de tussengekomen terugbetaling wijzen zij ook op het feit dat FISKAMBO alles in het werk gesteld zou hebben om middelen aan PUBLICITEITS- EN MARKETING ADVISEURS BVBA te onttrekken. Zij menen dat de bestuurders van deze vennootschap een sterfhuisconstructie voor de vennootschap hebben opgezet.

'De grondslag van de precontractuele fout is de in artikel 1382 B.W. voorziene zorgvuldigheidsnorm. Er is sprake van precontractuele fout wanneer een normaal zorgvuldig persoon (hier overlater van vennootschapsaandelen) in dezelfde omstandigheden geplaatst, deze fout niet begaan zou hebben. Uit het dossier blijkt niet dat de echtgenoten B.-C. tekortkomingen in de precontractuele fase verweten kunnen worden : zij voldeden onder andere aan hun informatieplicht, zij misbruikten een eventuele zwakke positie van FISKAMBO niet en zij werkten samen om de onderhandelingen tot een goed einde te brengen. Precies omwille van hun beperkte vertrouwdheid met overnameovereenkomsten schakelde zij een gespecialiseerde

liseerd bemiddelaar in, namelijk OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV. Het gros van de communicatie tussen het overlatende echtpaar en de overnemer gebeurde via deze bemiddelaar. Een van haar specifieke opdrachten was overigens het begeleiden van het echtpaar bij de onderhandelingen.

Het overnamedossier dat OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV op 12 april 2002 aan FISKAMBO stuurde, stelt bovendien: 'Al de cijfers en gegevens werden met zorg verzameld vanuit meerdere, niet in detail geverifieerde bronnen.'

Naast deze uit verschillende bronnen zorgvuldig geselecteerde gegevens werd FISKAMBO verder ingelicht naar aanleiding van de diverse vergaderingen die plaatsgrepen met L.B. en OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV.

Ten onrechte houdt FISKAMBO voor niet beslagen te zijn in overnames. De vermelding "Management Consultants" op het briefhoofd en de vermelding "boekhouders" onder verklaarde activiteiten in het vennootschapsdossier doen minstens het tegengesteld vermoeden. Bovendien blijkt de professionaliteit van FISKAMBO duidelijk uit de zeer pertinente vragen die overgemaakt werden aan OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV en L.B. Er grepen wel degelijk intensieve besprekingen tussen hen plaats. Getuige daarvan zijn onder andere de fax van 2 mei 2002 waarbij FISKAMBO "ter grondige verdieping in het overnamedossier" nog enkele bijkomende vragen stelt en de drie ontwerpen van overnameovereenkomst, die zij telkens gedetailleerd controleerde en deed aanpassen.

Bovendien deed FISKAMBO zelf een bod op PUBLICITEITS- EN MARKETING ADVISEURS BVBA in de volgende bewoordingen:

"Zoals beloofd bezorgen wij U hierbij ons "bespreekbaar" overnameaanbod:

1. de vraagprijs, zijnde 250.000,00 euro vinden wij wel te hoog;
2. na toepassing van een aantal waarderingsregels en goodwill inbegrepen komen wij uit op een waarde van 186.901,00 euro voor 100 % van de aandelen van PMA;
3. als wij dan ook nog rekening houden met een aantal correcties waarover werd gesproken, dan komen wij uit op maximaal 195.164,00 euro;
4. gezien onze duidelijke interesse zijn wij bereid om daar 200.000 euro van te maken."

In de gegeven omstandigheden kan geen tekortkoming aan de informatieplicht in de onderhandelingen of andere precontractuele fout in hoofde van de echtgenoten B.-C. aangenomen worden.

'Overeenkomstig artikel 1116 B.W. is bedrog een oorzaak van nietigheid van de overnameovereenkomst, wanneer de kunstgrepen bezigt door de echtgenoten B.-C. van die aard waren dat FISKAMBO zonder die kunstgrepen klaarblijkelijk het contract niet aangegaan zou hebben. Het bedrog wordt niet vermoed, het moet bewezen worden. Gezien FISKAMBO een schadevergoeding vordert en niet de nietigheid van de overnameovereenkomst gaat de rechtbank ervan uit dat FISKAMBO vordert op basis van incidenteel bedrog en niet op basis van hoofdbedrog. Hoe dan ook faalt FISKAMBO in haar bewijs van het bedrog, waar-

voor zij nochtans de bewijslast draagt op grond van artikel 1315 B.W. Zij maakt geenszins aanneembaar dat de echtgenoten B.-C. een overzicht van lopende contracten bezorgd zou hebben, waarop een aantal onbestaande opdrachten zou prijken. Ook de bewering als zou zij pas later ontdekt hebben dat de opdracht voor het Zuivelcentrum verlieslatend zou zijn, kan niet aanvaard worden. Indien de door L.B. opgemaakte offerte van 24 mei 2002 inderdaad verlieslatend geweest zou zijn, hadden de nieuwe zaakvoerders van PUBLICITEITS- EN MARKETING ADVISEURS BVBA kunnen proberen de opdracht te heronderhandelen, eerder dan deze offerte te bevestigen. Evenmin kan de discrepantie tussen de werkelijke omzet die PUBLICITEITS- EN MARKETING ADVISEURS BVBA onder het bestuur van FISKAMBO haalde en de door L.B. vooropgestelde omzet - gemakshalve - in de schoenen van laatstgenoemde geschoven worden. Zonder in te gaan op de faillissementsperikelen van PUBLICITEITS- EN MARKETING ADVISEURS BVBA die van geringe relevantie zijn voor dit geschil, kunnen ook de gewijzigde betalingstermijnen aan leveranciers en van klanten niet gemakshalve aan het echtpaar B.-C. verweten worden. Er zijn ook geen aanwijzingen in het dossier dat 'het feit dat bepaalde activa eigendom bleken van het echtpaar B.-C. in plaats van PUBLICITEITS- EN MARKETING ADVISEURS BVBA' doelbewuste kunstgrepen waren in de zin van artikel 1116 B.W. In dit kader moet nogmaals gewezen worden op het feit dat discussiepunten besproken en geregeld werden door de betaling door het echtpaar B.-C. van 12.605,44 euro op 22 januari 2003.

'Bovenstaande feiten leveren dan ook geen bewijs van een miskenning van de informatieverplichting door het echtpaar (zie ook randnummer 37.1) en evenmin van kunstgrepen in de zin van artikel 1116 B.W. Ook bedrog kan derhalve niet aangenomen worden in hoofde van het echtpaar B.-C.

'Artikel 4.24 van de overnameovereenkomst bepaalt: Dat 'de Verkoper' voor de totstandkoming van deze overeenkomst alle informatie en gegevens, die relevant zijn met betrekking tot de overdracht van 'de Aandelen' en de werking en exploitatie van 'de Vennootschap', aan 'de Koper' heeft medegedeeld en dat 'de Verkoper' geen informatie of gegevens verzwegen heeft die, indien 'de Koper' daarvan kennis had gehad, tot gevolg zou hebben gehad dat 'de Koper' 'de Aandelen' niet of tegen andere voorwaarden had aangekocht.

Hierboven was de rechtbank al van oordeel dat het echtpaar B.-C. geen tekortkoming op het vlak van informatieverstrekking verweten kon worden. Men kan het echtpaar geen extra-contractuele en evenmin een contractuele tekortkoming op dit vlak verwijten. FISKAMBO vordert derhalve ten onrechte schadevergoeding wegens een inbreuk op artikel 4.24 van de overnameovereenkomst. Gelet op het verstrijken van de conventionele garantietermijn, de afwezigheid van een precontractuele fout, van bedrog en van een inbreuk op artikel 4.24 van de overnameovereenkomst wordt de vordering van FISKAMBO van een provisionele schadevergoeding van 50.000 euro afgevoerd.

‘Gelet op de ongegrondheid van de vorderingen tot schadevergoeding is er geen reden om over te gaan tot aanwijzing van een gerechtsdeskundige. (...) Gelet op de ongegrondheid van de vorderingen van FISKAMBO verliest de vordering in geduongen tussenkomst en vrijwaring [die de echtgenoten B.-C. tegenover OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV instelden] haar voorwerp.’

1.6 De eerste rechter verklaarde op volgende relevante overwegingen de aanspraken van *echtgenoten B.-C.* op een schadevergoeding voor het instellen van een tergende en roekeloze procedure ongegrond :

‘Aan het echtpaar B.-C. kan alleen een schadevergoeding omwille van de abusieve uitoefening van een rechtsvordering toegekend worden nadat gecontroleerd werd of de procedure door FISKAMBO gevoerd werd in omstandigheden die een grove fout of kwade trouw verraden of met de bedoeling de belangen van het echtpaar te schaden. Het echtpaar bewijst niet afdoende dat dergelijke omstandigheden en bedoeling voorhanden zijn. De illustraties van de persoonlijkheid van de zaakvoerders van FISKAMBO en de beweerde sterfhuisconstructie van PUBLICITEITS- EN MARKETING ADVISEURS BVBA volstaan niet om aanspraak te maken op een schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding. Het uitgangspunt blijft dat de rechtszoekende elke betwisting moet kunnen voorleggen aan de rechtbank. Hieraan kan geen afbreuk gedaan worden, behalve als de procedure afgewend wordt van haar doel. Wanneer op de rechtbank een beroep gedaan wordt met als werkelijk doel een ander resultaat te bekomen dan wat redelijkerwijze als resultaat van de gestelde vordering mag worden verwacht (bij voorbeeld om ongeoorloofde druk uit te oefenen), dan wordt de rechtbank misbruikt. Dergelijk misbruik blijkt echter niet. Door het instellen van deze procedure heeft FISKAMBO getracht een schadevergoeding te verkrijgen wegens beweerde inbreuk op een concurrentiebeding en wegens het vermeend achterhouden van informatie. In de gegeven omstandigheden is het aanvaardbaar dat FISKAMBO met alle middelen van recht geprobeerd heeft haar aanspraken te behartigen. De tegeneis is ontwankelijk, maar ongegrond.’

2. BEOORDELING

2.1. De nietigheid van de beroepsakte die de *echtgenoten B.-C.* en *OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV* aanvoeren, is duidelijk niet gegrond. Bij de begroting van de gedingkosten die verder volgt, zal het Hof de afwijzing van deze vordering verrekenen.

- Uit de beroepsakte die 7 pagina's telt, konden de *echtgenoten B.-C.* en *OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV* duidelijk opmaken dat *CEMPA VOF* een tweede beoordeling vorderde van haar vordering en dit op grond van de door *CEMPA VOF* al voorgedragen argumenten die de eerste rechter heeft afgewezen.
- Dit liet de *echtgenoten B.-C.* en *OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV* toe hun conclusies te maken [...].

- Niet vereist is dat *CEMPA VOF* als appellant nieuwe middelen zou aanvoeren.

2.2. Het Hof onderschrijft integraal de hierboven weerhouden 'omstandige overwegingen' van de eerste rechter en verwijst partijen naar deze overwegingen, die het juist bevindt en die geen enkele wezenlijke aanvulling vragen. Het Hof beperkt zich tot volgende aanvullingen :

- In antwoord op het middel dat de eerste rechter ten onrechte een bijzondere bekwaamheid van *CEMPA VOF* (voorheen *FISKAMBO*) zou weerhouden hebben betreffende overnames van handelszaken, volstaat het vast te stellen dat *CEMPA VOF* voldoende vertrouwd was met het voeren van een boekhouding. Daarenboven wordt zij als handelaar/medecontractant minstens verondersteld, om zelf zorgvuldig te handelen en de overeenkomsten die zij aangaat goed te overwegen. Eigen tekortkomingen en onachtzaamheden kan zij niet op haar medecontractant verhalen.
- Ook voor het Hof bewijst *CEMPA VOF* geen enkele verboden concurrentiële activiteit door de *echtgenoten B.-C.* De oprichting van een vennootschap bewijst op zich in geen geval de uitoefening van een concurrentiële activiteit.
- Terecht weerhield de eerste rechter het afsluiten van een dading betreffende hun geschilpunten. In handelszaken geldt de vrije bewijsvoering, zodat de uitvoering van de betaling - waarover partijen een akkoord hadden bereid - door de *echtgenoten B.-C.* voor de aangevoerde geschilpunten, hier het bewijs inhoudt van deze overeenkomst.
- De eerste rechter verwoordde uitdrukkelijk dat de tussenkomst van het faillissement van *PUBLICITEITS- EN MARKETING ADVISEURS BVBA* en de verwickelingen betreffende het bestuur van deze vennootschap maar een zeer beperkte weerslag kunnen hebben op de beoordeling van de hier aangevoerde betwistingen.

2.3. Op dezelfde overwegingen die de eerste rechter weerhield, wijst het Hof de tegeneis van de *echtgenoten B.-C.* in betaling van een schadevergoeding voor het beweerd instellen van een tergend en roekeloos hoger beroep af.

2.4. Het Hof verwijst *CEMPA VOF* in de kosten van het hoger beroep aan de zijde van de *echtgenoten B.-C.* en aan de zijde van *OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV*.

Waar de *echtgenoten B.-C.* evenwel aanspraak maken op een rechtsplegingsvergoeding gelijk aan het maximum van 10.000 EUR, kent het Hof hen alleen de basisrechtsplegingsvergoeding van 3.000 EUR toe. Hierbij verrekenet het Hof onder meer ook hun eigen ongegronde vordering tot nietigverklaring van de beroepsakte.

Nu het *OVERNAMEBEMIDDELING & ADVIES NV* zich alleen moest verdedigen op de vordering in vrijwaring die de *echtgenoten B.-C.* in onderschikte orde hebben ingesteld, kent het haar alleen de minimumrechtsplegingsvergoeding van 1.000 EUR toe.

BESLUITEN

Het Hof verklaart [...] de hogere beroepen ontvanke-lijk, maar ongegrond.

Het bevestigt het bestreden vonnis in al zijn onder-delen.

[...]

NOOT

BEDROG BIJ DE TOTSTANDKOMING VAN EEN OVERNAMEOVEREENKOMST EN DE VERHOUDING MET DE PRECONTRACTUELE INFORMATIEPLICHT

1. Inleiding

1. Een overeenkomst is een op wilsovereenstemming berustende meerszijdige rechtshandeling waarbij één of meer partijen jegens één of meer anderen, dan wel over en weer, juridische verbintenissen aangaan⁽¹⁾. De loutere wilsovereenstemming tussen contractspartijen roept in principe juridische verbintenissen in het leven (artikel 1134 BW). Specifiek voor de koop betekent dit dat er een geldige eigendomsoverdracht tot stand komt zodra er overeenstemming is over de *zaak* en de *prijs* (artikel 1583 BW)⁽²⁾.

2. Er kunnen zich echter situaties voordoen waarbij de wilsuiting van een contractpartij is aangetast door een wilsgebrek, met name wanneer deze is gevormd onder invloed van een verkeerde voorstelling van zaken of onder druk van externe factoren⁽³⁾. Ook in de context van een bedrijfsovername kunnen zich dergelijke situaties voordoen. Aan het ondertekenen van een acquisitieovereenkomst gaat doorgaans een periode van intensief onderhandelen vooraf. In de loop van het onderhandelingsproces zal de verkoper op vraag van de kandidaat-koper geselecteerde (vertrouwelijke) informatie met betrekking tot de doelvennootschap verstrekken. Op die manier tracht de kandidaat-koper zich een beeld te vormen van (het vermogen van) de doelvennootschap om aldus de opportuniteit van zijn investering en eventuele risi-

co's en aansprakelijkheden te kunnen inschatten⁽⁴⁾. In de context van een overname zal dergelijke informatie-uitwisseling doorgaans plaatsvinden in het kader van een bedrijfsonderzoek, in het M&A-jargon het *due diligence* onderzoek genoemd⁽⁵⁾.

3. Betwistingen doen zich meestal voor wanneer de koper achteraf wordt geconfronteerd met het gegeven dat de overgenomen onderneming minder rendabel blijkt dan door de verkoper was voorgesteld en de koper, gelet op de onvoorziene minwaarde, van oordeel is dat hij een te hoge overnameprijs heeft betaald. In dergelijk geval rijst de vraag naar de juridische verhaalmogelijkheden van de gedupeerde koper.

2. Contractuele en gemeenrechtelijke verhaalmogelijkheden

4. Wanneer er zich na de overname problemen voordoen, zal de koper zich in de eerste plaats moeten beroepen op de overnameovereenkomst zelf en de daarin bedongen contractuele verklaringen en garanties. Het belang van dergelijke contractuele garanties is bekend. Contractuele verklaringen en garanties zijn dan ook zeer courant in de overnamepraktijk.

5. Behoudens andersluidende regeling in de overnameovereenkomst, kan de koper zich voorts beroepen op de gemeenrechtelijke koopvernietigende gebreken zoals opgenomen in het Burgerlijk Wetboek (BW) om de overnameovereenkomst desgevallend te laten vernietigen. Een verkoper is onderworpen aan drie algemene verplichtingen : (i) conforme levering van de overeengekomen zaak (art. 1603 BW), (ii) vrijwaring voor verborgen gebreken (art. 1641 BW) en (iii) vrijwaring voor uitwinning (art. 1626 BW). Het is echter genoegzaam bekend dat deze gemeenrechtelijke verplichtingen in de regel geen afdoende bescherming zullen bieden aan een gedupeerde koper van aandelen, aangezien zij geen betrekking hebben op het onrechtstreekse, economische voorwerp van de transactie (d.i. het onderliggende vermogen van de doelvennootschap)⁽⁶⁾. Vandaar het bijzondere belang van contractuele garanties in overnameovereenkomsten met betrekking tot aandelen⁽⁷⁾.

6. In bepaalde gevallen kan de leer van de wilsgebreken eveneens bescherming bieden aan een gedupeerde koper. Zo zal een koper, in geval van bedrog, de mogelijkheid hebben om hetzij de vernietiging

1. S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 15.
2. A. CHRISTIAENS, "Aard en vorm van de koop. Art. 1582-1583 B.W." in E. DIRIX en A. VAN OEVELEN (ed.), *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, Mechelen, Kluwer, 1998, losbl.
3. S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 77.
4. Voor een basislijst van de juridische informatie die de kandidaat-koper kan interesseren, zie onder meer : P. VAN HOOGHTE, "Acquisitieovereenkomsten", *DAOR* 1990, nr. 16, 66 e.v.
5. Voor een gedetailleerde uiteenzetting over dit onderwerp, zie W. DEJONGHE en W. VAN DE VOORDE, "Negotiated acquisition" in W. DEJONGHE en W. VAN DE VOORDE, *M&A in Belgium*, Den Haag,

Kluwer Law International, 2001, 60-63; Y. VERLEISDONK, E. JANSSENS en M. WILKENHUYSEN, *Due Diligence*, Brussel, Larcier, 2007.
6. Zie hierover in meer detail : F. HELLEMANS en B. HEYNICKX, "Wilsgebreken in het vennootschapsrecht" in *Wilsgebreken*, Brugge, die Keure, 2006, 220-222; M. WAUTERS, "Garanties bij overdracht van aandelen", *DAOR* 1997, 25; Y. VERLEISDONK, E. JANSSENS en M. WILKENHUYSEN, *Due Diligence*, Brussel, Larcier, 2007, 14-19; B. BELLEN en F. WIJCKMANS, "M&A Survey", *TRV* 2008, 119-120.
7. B. BELLEN en F. WIJCKMANS, "De Belgische M&A-index", *TRV* 2010, 109 : in nagenoeg alle onderzochte transacties werden uitdrukkelijke verklaringen en garanties opgenomen in de overnameovereenkomst.

van de koopovereenkomst te vragen, hetzij een schadevergoeding te vorderen. In tegenstelling tot de gemeenrechtelijke koopvernietigende gebreken, zijn de wilsgebreken (en in het bijzonder bedrog) principieel namelijk niet beperkt tot het rechtstreekse juridische voorwerp van de overeenkomst (de aandelen), maar kunnen zij ook betrekking hebben op het onderliggende vennootschapsvermogen⁽⁸⁾.

7. In de hierboven en hieronder opgenomen gerechtelijke uitspraken behandelen de betrokken rechtbanken de vraag of er sprake is van bedrog in hoofde van de verkoper van aandelen in het kader van een overnameovereenkomst.

3. De constitutieve bestanddelen van bedrog

8. Artikel 1116 BW omschrijft bedrog als een oorzaak van de nietigheid van een overeenkomst, *“wanneer de kunstgrepen, door één van de partijen gebedigd, van dien aard zijn dat de andere partij zonder die kunstgrepen klaarblijkelijk het contract niet zou hebben aangegaan”*. Met andere woorden, bedriegen is het met kunstgrepen opzettelijk in het leven roepen van een dwaling in hoofde van de tegenpartij, zonder welke de overeenkomst niet zou zijn gesloten⁽⁹⁾. Als gevolg van het gepleegde bedrog ontstaat er een discrepantie tussen *“la volonté réelle”* en *“la volonté déclarée”* van de bedrogene⁽¹⁰⁾.

Bedrog veronderstelt derhalve zowel een *materieel* element (het aanwenden van kunstgrepen), als een *moreel* of *psychologisch* element (de intentie om de tegenpartij te doen dwalen). Daarenboven moet de dwaling *determinerend* zijn voor het sluiten van de overeenkomst. Deze drie constitutieve elementen worden hierna kort besproken en geïllustreerd aan de hand van de geciteerde rechtspraak.

3.1. Het aanwenden van kunstgrepen

9. Een kunstgreep kan bestaan uit een *positieve* handeling. Als voorbeeld van een positieve handeling kan men denken aan het verstrekken van onjuiste of onvolledige informatie⁽¹¹⁾, tenminste voor zover er sprake is van een zekere ernst of zwaarwichtigheid⁽¹²⁾. In het kader van een bedrijfsovername zal bijvoorbeeld het aanwenden van een valse jaarrekening

of valse boekhoudstukken, die de werkelijke financiële toestand van de doelvennootschap verdoezelen, als bedrog kunnen worden gekwalificeerd⁽¹³⁾.

10. Een geval waarin de rechtbank bedrog aannam als gevolg van een positieve handeling van de verkoper, biedt het geannoteerde arrest van het hof van beroep te Gent van 6 oktober 2008⁽¹⁴⁾. *In casu* hadden de kopers tijdens een audit inzage gekregen in de meest belangrijke boekhoudkundige documenten met betrekking tot de doelvennootschap. Uit een (post-acquisitie) onderzoek door de bedrijfsrevisoren van de kopers bleek (volgens de kopers) dat er sprake was van, enerzijds, een onjuiste voorstelling van contractmogelijkheden, valse voorstelling van commerciële en financiële opportuniteiten, onrealistische uitgangspunten en voorstellingen in het door de verkoper meegedeelde businessplan en, anderzijds, een onjuist beeld van de actuele financiële situatie van de vennootschap. Er zou met name onder meer sprake zijn van overwaardering van bepaalde activa, verkoop van activa tegen ondergewaardeerde prijzen, niet-vermelding van ernstige bodemverontreiniging en het valselijk voorstellen van bepaalde klantentegoeden. Dit alles werd in de boekhouding verdoezeld en verzwegen voor de kopers.

De rechtbank van eerste aanleg te Veurne had in zijn vonnis van 12 januari 2006 reeds geoordeeld dat de tekortkomingen vanwege de verkoper dermate ernstig en belangrijk waren in verhouding tot de bedragen waarvoor de koopovereenkomst werd afgesloten, dat er sprake was van bedrog, aangezien het volgens de rechtbank duidelijk was *“dat iedere normaal voorzichtige koper de overname van zo’n overgewaardeerde aandelen niet zou hebben gerealiseerd”* en dat *“de verzwijgingen en tekortkomingen vanwege de verkoper ongetwijfeld tot doel hadden de koper te bedriegen”*.

Het hof van beroep te Gent bevestigde het vonnis *a quo*. Het hof maakte in dit verband weliswaar een onderscheid tussen, enerzijds, de voorgespiegelde toekomstperspectieven en prognoses, en anderzijds, de onjuiste voorstelling van de actuele financiële situatie van de doelvennootschap.

Volgens het hof kunnen de door de koper aangevoerde onjuiste voorstelling van contractmogelijkheden, de valse voorstelling van commerciële en finan-

8. M. WAUTERS, “Garanties bij overdracht van aandelen”, *DAOR* 1997, 41; F. HELLEMANS en B. HEYNICKX, “Wilsgebreken in het vennootschapsrecht” in *Wilsgebreken*, Brugge, die Keure, 2006, 225; zie ook met een andere nuance : D. VAN GERVEN, “Bedrog bij de verkoop van aandelen” (noot onder Antwerpen 11 februari 2005), *TRV* 2005, 120.
9. S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 84; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia rechtswetenschappen, 2000, 58; D. FRERIKS, “Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht”, *TPR* 1992, 1207.
10. A. COIBION, “Le dol en matière de conventions de cession d’actions. La revanche de l’ingénu” (noot onder Rb. Kh. Gent 2 maart 1999), *TBH* 2001, 46 e.v.
11. W. DEJONGHE, “De rechtspositie van de overnemer bij de vererving van een onderneming door acquisitie van aandelen”, *VE&F* 1997, 90.

12. Niet alle leugens of overdrijvingen kwalificeren namelijk als bedrog. Men spreekt in dit verband over de zogenaamde *‘dolus bonus’* of het toelaatbare bedrog. In het handelsverkeer zijn bepaalde courante overdrijvingen, ophemelingen en aanprijzingen in die mate ingeburgerd dat zij redelijkerwijs geen bedrog kunnen uitmaken, aangezien de juiste draagwijdte ervan met een minimum aan gezond verstand kan worden beoordeeld; zie hierover A. DE BOECK, Bedrog, in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, IV. Commentaar Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2004, losbl.; D. FRERIKS, “Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht”, *TPR* 1992, 1208.
13. W. DEJONGHE, “De rechtspositie van de overnemer bij de vererving van een onderneming door acquisitie van aandelen”, *VE&F* 1997, 89.
14. *TRV* 2011, 581.

ciële opportuniteiten en de onrealistische uitgangspunten en voorstellingen in het businessplan berusten op “een overschatting van de mogelijkheden van het bedrijf”; waarin de kopers eveneens zijn meegegaan. De kopers dienden zich echter bewust te zijn van het feit dat de zaak “wellicht rooskleurig” werd voorgesteld door de verkoper. Het hof concludeerde dat er in dergelijk geval geen sprake is van bedrog.

Wat de ernstige tekortkomingen in de jaarrekeningen en boekhoudkundige documenten betreft, en dus de actuele financiële situatie van de vennootschap op het moment van de overname, stelde het Hof dat “deze verkeerde en misleidende voorstelling op ernstige wijze de prijsbepaling van de aandelen betreffende T.V.D. Plastics NV heeft aangetast”. Het Hof bevestigde de nietigverklaring van de koopovereenkomst op grond van bedrog aangezien “de afspraak over de prijs een essentieel onderdeel is van een koopovereenkomst en de verkopers weet hadden van de overwaardering, maar die verzwegen voor de kopers”.

11. Naast positieve handelingen, kan ook een niet-handelen of onthouding in bepaalde gevallen worden beschouwd als een kunstgreep in de zin van artikel 1116 BW. In zijn principe-arrest van 8 juni 1978⁽¹⁵⁾ heeft het Hof van Cassatie bevestigd dat het (bedrieglijk) verzwijgen van informatie in bepaalde omstandigheden bedrog kan uitmaken⁽¹⁶⁾. Volgens een meerderheid van de rechtsleer wordt met de zinsnede “in bepaalde omstandigheden” verwezen naar de situatie waarbij er een spreekplicht rust op de ‘verzwijgende’ partij⁽¹⁷⁾.

12. Een pertinente vraag is vanzelfsprekend welke nu dergelijke “bepaalde omstandigheden” zijn die een spreek- of informatieplicht doen ontstaan in hoofde van de verkoper. Een overgrote meerderheid van de rechtsleer is het er immers over eens dat er principieel geen algemene informatieverplichting bestaat in hoofde van een verkoper⁽¹⁸⁾. Dit zou namelijk impliceren dat een verkoper alle elementen die verband houden met de doelvennootschap dient mee te delen waarvan hij weet of redelijkerwijs behoort te weten dat deze van invloed (kunnen) zijn op de toestemming van de koper⁽¹⁹⁾. Dit zou te ver leiden, aangezien een belangentegenstelling tussen de contractpartijen inherent is aan elke overeenkomst. Het staat de verkoper derhalve vrij om in de eerste plaats oog te

hebben voor zijn eigen (onderhandelings)positie. Bovendien heeft een koper in principe de plicht om zijn eigen belangen waar te nemen en de opportuniteit van de koopovereenkomst zelf te evalueren. Deze verplichting omvat de plicht om zichzelf (voldoende) te informeren en kan volgens DE BOECK slechts buitenspel worden gezet indien er op de wederpartij een informatieplicht rust⁽²⁰⁾. Men bevindt zich met andere woorden in een spanningsveld tussen, enerzijds, de informatieplicht van de verkoper, en anderzijds, de plicht van de koper om zichzelf te informeren.

13. Toegepast op de koop kan men in het algemeen stellen dat de informatieplicht van de verkoper begint waar de onderzoeksverplichting van de koper ophoudt⁽²¹⁾. Het is derhalve de onderzoeksverplichting van de koper die als uitgangspunt dient te worden voorgesteld.

14. De in dit nummer geciteerde gerechtelijke uitspraken illustreren dat de Belgische rechtscolleges inderdaad de nadruk leggen op de eigen onderzoeksverplichting van de koper van aandelen. Zo oordeelde het hof van beroep te Gent in het hierboven opgenomen arrest van 27 oktober 2008 dat een handelaar/medecontractant minstens wordt verondersteld om zelf zorgvuldig te handelen en de overeenkomsten die hij aangaat goed te overwegen. Het Hof concludeerde dat eigen tekortkomingen of onachtzaamheden van de koper niet kunnen worden verhaald op de verkoper.

Ook de rechtbank van koophandel te Brussel stelde in haar vonnis van 25 augustus 2005⁽²²⁾ dat “de informatieplicht geen algemene draagwijdte heeft en elke partij met de nodige zorgvuldigheid moet handelen alvorens te contracteren”. In dit verband werd er door de rechtbank rekening mee gehouden dat de koper niet als een “leek” kan worden beschouwd, maar onderdeel uitmaakte van een groep die een zekere ervaring had met overnameprocessen.

In haar vonnis van 15 oktober 2008⁽²³⁾ bevestigde diezelfde rechtbank “dat er geen algemene informatieverplichting bestaat tot het verstrekken van volledige informatie, behoudens in de gevallen dat de wet het voorschrijft”. De rechtbank voegde er vervolgens aan toe dat op de onderhandelaars een zorgvuldigheidsverplichting rust die erin bestaat zichzelf te informeren en

15. Cass. 8 juni 1978, *RCJB* 1979, 525.

16. De nietigverklaring wordt in dergelijk geval beschouwd als de sanctie voor de schending van de informatieplicht, meer specifiek het recht op volledige informatie (zie hierover A. DE BOECK, “De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag. Responsabilisering en ankerplaats voor de precontractuele informatieverplichting” in *Wilsgebreken*, Brugge, die Keure, 2006, 77).

17. A. DE BOECK, “De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag, responsabilisering en ankerplaats voor de precontractuele informatieverplichting” in *Wilsgebreken*, Brugge, die Keure, 2006, 80 en de aldaar geciteerde referenties.

18. S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 84; A. DE BOECK, “De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag, responsabilisering en ankerplaats voor de precontractuele informatieverplichting” in *Wilsgebreken*, Brugge, die Keure, 2006, 80; D. FRERIKS, “Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht”, *TPR* 1992, 1189; Y. VERLEISDONK, E. JANSSENS en M. WILKENHUYSEN, *Due Diligence*,

Brussel, Larcier, 2007, 13; S. MARYSSE, “Due diligence-onderzoek, bedrog en *culpa in contrabendo*” (noot onder Antwerpen, 3 december 2007), *TBBR* 2009, afl. 5, 259; *Contra*: zie J.P. MASSON, “Les fourberies silencieuses”, (noot onder Cass. 8 juni 1978), *RCJB* 1979, 529 e.v., nr. 4-5.

19. Zie in dit verband: D. FRERIKS, “Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht”, *TPR* 1992, 1192.

20. A. DE BOECK, “De wilsgebreken dwaling en bedrog vandaag, responsabilisering en ankerplaats voor de precontractuele informatieverplichting” in *Wilsgebreken*, Brugge, die Keure, 2006, 81.

21. D. FRERIKS, “Onderzoeks- en mededelingsverplichting in het contractenrecht”, *TPR* 1992, 1193; B. VAN DEN BERGH, “De overdracht van een handelszaak en de informatieplicht vanwege de overdrager: spreken is zilver, zwijgen is goud”, *TBBR* 2009, 369.

22. *TRV* 2011, 593.

23. *TRV* 2011, 587.

benadrukte in dit verband dat de koper, gelet op haar grote ervaring inzake het onderhandelen van overnames van bedrijven en het feit dat zij werd bijgestaan door ervaren specialisten, zelf “*de nodige voorzichtigheid aan de dag diende te leggen om de voor haar nuttige en noodzakelijke informatie te vragen alvorens te contracteren*”.

De geciteerde rechtspraak lijkt bovendien te suggereren dat de zorgvuldigheidsplicht van de koper een nog grotere draagwijdte zal krijgen indien hij zich tijdens de contractonderhandelingen laat bijstaan door gespecialiseerde adviseurs.

15. Algemeen wordt aangenomen dat enkel de wet, de bijzondere beroepspllicht van de verkoper, de bijzondere omstandigheden waarin wordt onderhandeld of de eisen van de goede trouw aanleiding kunnen geven tot een spreekplicht. Ook de kenmerken van de partijverhouding kunnen een wezenlijke rol spelen bij de beoordeling of er sprake is van een informatieplicht in hoofde van de verkoper. Zo wordt in belangrijke mate rekening gehouden met de professionele deskundigheid van een contractpartij en het vertrouwen dat zij in die hoedanigheid heeft gewekt bij de wederpartij⁽²⁴⁾. Dit kwam onder meer tot uiting in het geciteerde vonnis van de rechtbank van koophandel te Brussel van 15 oktober 2008. De rechtbank stelde uitdrukkelijk dat “*bij de beoordeling van het vermeende bedrog rekening dient te worden gehouden met het professionele karakter en de bekwaamheid van de koper*”. In casu was de koper een subholding van een investeringsmaatschappij gespecialiseerd in het nemen van participaties in niet-beursgenoteerde ondernemingen. Als gevolg daarvan werd de koper volgens de rechtbank “*verondersteld om over een ervaren deskundigheid te beschikken inzake het onderhandelen van de overname van bedrijven, te meer daar eiseres zich liet adviseren door deskundigen in deze materie*”.

16. Gelet op het feit dat er principieel geen algemene informatieverplichting bestaat in hoofde van de verkoper, en de koper/overnemer doorgaans in een professionele hoedanigheid zal handelen, zal bedrog door verzwijging dan ook enkel in uitzonderlijke gevallen worden weerhouden door de rechter.

Een voorbeeld van een geval waarin bedrog op grond van verzwijging wel werd weerhouden biedt een arrest van het hof van beroep te Gent van 22 december 2008⁽²⁵⁾. In casu bevatte de overnameovereenkomst een clausule die stelde dat de doelvennootschap schuldenvrij was. Nadien werd duidelijk

dat er belangrijke schulden rustten op de vennootschap. Het Hof achtte het bewezen dat de verkoper bedrog had gepleegd, aangezien de schulden bewust werden verzwegen en de koper de aandelen niet zou hebben overgenomen indien hij op de hoogte was geweest van de ware financiële situatie van de doelvennootschap.

3.2. Het opzettelijk veroorzaken van een dwaling (moreel element)

17. Naast het materieel element veronderstelt bedrog ook een moreel element. De kunstgrepen moeten namelijk doelbewust en te kwader trouw zijn aangevend door de verkoper om te kunnen kwalificeren als bedrog⁽²⁶⁾. De verkoper moet met andere woorden het inzicht hebben gehad om middels de gehanteerde “kunstgrepen” de koper te overhalen tot het sluiten van de overeenkomst⁽²⁷⁾.

18. Een rechter die wordt geconfronteerd met een verkoper die bepaalde informatie niet heeft meege-deeld aan de koper, dient derhalve een dubbele toetsingsnorm te hanteren. In eerste instantie dient hij na te gaan of er een spreekplicht rustte op de verkoper. Vervolgens moet worden beoordeeld of de verkoper wist dat de verzwegen informatie van invloed kon zijn op de wilsvorming van de koper én de koper ook daadwerkelijk werd beïnvloed door de verzwijging⁽²⁸⁾. Behoudens evidente gevallen zal het voor de rechter geen eenvoudige oefening zijn om de werkelijke intentie van de verkoper te achterhalen.

3.3. Determinerende invloed op de wilsuiting van de bedrogene (hoofdbedrog versus incidenteel bedrog)

19. Het bedrog dient ten slotte *doorslaggevend* te zijn, wil het een grond tot nietigverklaring van de overeenkomst opleveren. Er dient vast te staan dat in afwezigheid van het bedrog de bedrogene zijn toestemming *niet* zou hebben gegeven⁽²⁹⁾. In dergelijk geval wordt gesproken van *hoofdbedrog*⁽³⁰⁾. Zo het bedrog er enkel toe heeft geleid dat de bedrogene aan *meer bezwarende voorwaarden* heeft gecontracteerd, spreekt men van *incidenteel* of *bijkomend* bedrog⁽³¹⁾. Incidenteel bedrog geeft in principe geen aanleiding tot nietigverklaring van de overeenkomst, maar enkel tot een schadevergoeding op grond van precontractuele fout (*culpa in contrahendo*)⁽³²⁾.

24. B. VAN DEN BERGH, “De overdracht van een handelszaak en de informatieplicht vanwege de overdrager : spreken is zilver, zwijgen is goud”, *TBBR* 2009, 369.

25. Gent 22 december 2008, *TRV* 2009, 638-640, noot D. VAN GERVEN.

26. S. MARYSSE, “Due diligence-onderzoek, bedrog en *culpa in contrahendo*” (noot onder Antwerpen, 3 december 2007), *TBBR* 2009, 261; B. VAN DEN BERGH, “De overdracht van een handelszaak en de informatieplicht vanwege de overdrager : spreken is zilver, zwijgen is goud”, *TBBR* 2009, 372.

27. Cass. 21 mei 1953, *Pas.* 1953, I, 731; Bergen 18 maart 1981, *Pas.* 1981, II, 82; A. DE BOECK, *Dwaling in Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechts-*

leer, IV. *Commentaar Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2004, losbl.

28. B. VAN DEN BERGH, “De overdracht van een handelszaak en de informatieplicht vanwege de overdrager : spreken is zilver, zwijgen is goud”, *TBBR* 2009, 372.

29. S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 86.

30. L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia rechtswetenschappen, 2000, 61.

31. W. DEJONGHE, “De rechtspositie van de overnemer bij de verwerving van een onderneming door acquisitie van aandelen”, *V&F* 1997, 89.

32. S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2005, 86.

20. De afwezigheid van het doorslaggevende karakter van het bedrog werd door de rechtbank van koophandel te Brussel aangenomen in het geciteerde vonnis van 15 oktober 2008. *In casu* voerde de koper aan dat hij door de verkopers was bedrogen aangezien de inhoud van het presentatiedossier betreffende de doelvennootschap niet zou stroken met de werkelijkheid. De rechtbank achtte het echter ongehoorbaar dat de koper zich zou hebben laten misleiden door deze presentatienota daar het slechts basisinformatie voor een “eerste kennismaking met het bedrijf” betrof. Volgens de rechtbank kon de koper “niet ernstig voorhouden op grond van dergelijke beknopte informatie met kennis van zaken tot de overtuiging te zijn gekomen dat [de doelvennootschap] een bedrijf was waar de herstructurering achter de rug was en heeft hoe dan ook op grond van deze presentatie niet beslist te contracteren”.

4. Conclusie

21. De aangehaalde vonnissen en arresten tonen aan dat een koper van aandelen zich slechts in uitzonderlijke omstandigheden zal kunnen beroepen op het wilsgebrek bedrog om de vernietiging van de koopovereenkomst te bekomen. Deze vaststelling komt bovendien nog meer tot uiting wanneer een koper zich tijdens de acquisitieonderhandelingen heeft laten bijstaan door professionele adviseurs, hetgeen doorgaans het geval zal zijn. In dergelijk geval lijken de rechtbanken immers een verstrengde onderzoekplicht op te leggen aan de koper. Het is derhalve in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van de kandidaat-koper om zelf informatie in te winnen over de doelvennootschap. Om die reden worden in de praktijk dan ook nagenoeg alle professioneel begeleide overnames voorafgegaan door een bedrijfsonderzoek (*due diligence*)⁽³³⁾.

22. De keerzijde van de medaille is dat een koper die een uitgebreid *due diligence* onderzoek heeft gevoerd, zich achteraf slechts in uitzonderlijke omstandigheden zal kunnen beroepen op bedrog indien de verkoper bepaalde informatie heeft achtergehouden⁽³⁴⁾. De geciteerde gerechtelijke uitspraken bevestigen deze analyse.

Bart Bellen en Jeroen Stevens⁽³⁵⁾

33. Uit onze studie van de kenmerken van M&A transacties blijkt dat nagenoeg alle acquisities werden voorafgegaan door een *due diligence*-onderzoek (B. BELLEN en F. WIJCKMANS, “De Belgische M&A-index”, *TRV* 2010, 107-108).

34. S. MARYSSE, “Due diligence-onderzoek, bedrog en *culpa in contrahendo*” (noot onder Antwerpen, 3 december 2007), *TBBR* 2009, 260; W. DEJONGHE, “De rechtspositie van de overnemer bij de verwerving van een onderneming door acquisitie van aandelen”, *V&F* 1997, 90-91.

35. Advocaten te Brussel (contrast).

HOF VAN BEROEP TE GENT

6 oktober 2008 - 7de Kamer

Voorzitter : H. Debucquoy

Raadsheren : G. Vanderstichele en G. De la Ruelle

Advocaten : A. Verbeke, S. Snaet, M. De Boel en D. Fevery

1. OVERDRACHT VAN AANDELEN - BEDROG - OVERSCHATTING VAN DE MOGELIJKHEDEN VAN HET BEDRIJF - GEEN GROND TOT NIETIGVERKLARING

2. OVERDRACHT VAN AANDELEN - BEDROG - VERKEERDE EN MISLEIDENDE VOORSTELLING VAN DE FINANCIËLE SITUATIE - AANTASTING PRIJSBEPALING AANDELEN - GROND TOT NIETIGVERKLARING

1. Er is geen sprake van bedrog indien de aangevoerde onjuiste voorstelling van contractmogelijkheden, valse voorstelling van commerciële en financiële opportuniteiten, onrealistische uitgangspunten en voorstellingen in het businessplan kunnen berusten op een overschatting van de mogelijkheden van het bedrijf. De kopers dienden ervan bewust te zijn dat de verkopers de zaak wellicht te rooskleurig hebben voorgesteld.

2. Voor zover de verkopers een verkeerde en misleidende voorstelling hebben gegeven van de financiële situatie van de vennootschap, heeft deze op ernstige wijze de prijsbepaling van de aandelen aangetast. Waar de afspraak over de prijs een essentieel onderdeel is van een verkoopovereenkomst, leidt dit tot de nietigheid van overeenkomst tot overdracht van aandelen.

NV Inox Construct, J.V., BVBA Jovevan en M.V. t./
NV Paroota, P.T. en M.A.

[...]

1. GEGEVENS VAN DE ZAAK IN BEROEP

1.1. *INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA* stelden 2 februari 2006 hoger beroep in tegen het vonnis van 12 januari 2006 van de vierde kamer van de rechtbank van eerste aanleg te Veurne, *PAROOTA NV, P.T. en M.A.* stelden in besluiten neergelegd op 1 juni 2006 incidenteel hoger beroep in.

1.1.1. Dit vonnis - dat op alle punten het voorwerp van het hoger beroep uitmaakt - verklaarde de hoofdeis die *INOX CONSTRUCT, J. en M.V., en JOVEVAN BVBA* tegen *PAROOTA NV, P.T. en M.A.* hadden ingesteld :