

Ad rem

Kwalificatie van de koopovereenkomst: what's in a name?

Mr. dr. T.H.M. van Wechem*

Wanneer is een koopovereenkomst een koopovereenkomst en waarom zou deze vraag überhaupt boeien? Zonder op dat punt te beschouwend te willen zijn, is het mijn inschatting dat juristen er in algemene zin op gebrand zijn om afspraken in een specifiek wettelijk kader te willen plaatsen om op deze wijze een normenkader te creëren aan de hand waarvan eventuele geschillen kunnen worden opgelost. Maar wat nu als het specifieke wettelijke normenkader niet (helemaal) lijkt te passen op de gemaakte afspraken? Wordt dan teruggegrepen op een meer generiek rechtelijk beslissingskader of verdient het dan de voorkeur om te bezien of de afspraken toch in dat meer specifieke rechtelijke kader kunnen worden geperst? In zijn arrest van 8 juli 2011 (LJN BQ5068) kiest de Hoge Raad – in een aan het kooprecht gerelateerde casus – voor het laatste.

Zeer in het kort ging het over de vraag of de kopers die via een activa-passivatransactie een lopende notarispraktijk hadden overgenomen, het bedrag dat zij in dat kader aan 'goodwill' hadden betaald (te weten een bedrag ter grootte van f 600.000) konden terugvorderen, toen achteraf bleek dat er de nodige 'lijken' in de kast zaten. De constructie die de verkopende notaris jarenlang had gebezigd ter zake van overdrachtsbelasting bij kavelruilingen, bleek ontoelaatbaar. De betrokkenen werden met fiscale naheffingen geconfronteerd. Naast de betreffende notaris werden in een aantal gevallen ook de kopers van de notarispraktijk in verband hiermee door gedupeerden tot schadevergoeding aangesproken. Deze kopers keerden zich om naar de verkopende notaris en zij claimden

via partiële ontbinding onder meer het aan goodwill betaalde bedrag terug.

De rechtbank en het hof wijzen die vordering af. Het hof vond de non-conformiteit als grondslag voor de vordering niet passen. De wettelijke regeling van de koopovereenkomst heeft immers blijkens de artikelen 7:1 en 7:47 Burgerlijk Wetboek (BW) betrekking op een zaak of vermogensrecht, en goodwill, ook belichaamde goodwill op zichzelf, kan niet als zodanig worden aangemerkt. Daarenboven hadden de kopers volgens het hof niet voldoende onderbouwd waarin de goodwill eventueel belichaamd zou zijn, en voorts was niet gesteld of gebleken dat de aan de notarispraktijk dienstbare goederen als zodanig niet aan de overeenkomst, voor zover deze als koopovereenkomst kan worden aangemerkt, zouden hebben beantwoord.

A-G Wuisman zet – wanneer hij opmerkt dat het resultaat waartoe het hof komt niet echt aanspreekt – de toon en concludeert dat er in dit geval aangeknoopt kan worden bij de in de wet erkende rechtsfiguur van algemeenheid van goederen (zie ook Asser/Hijma 5-I, nr. 199). Deze algemeenheid kan een voorwerp van een rechtshandeling zijn. Met de algemeenheid van goederen wordt bedoeld op een geheel van goederen (zaken en/of vermogensrechten) die in het maatschappelijke verkeer als een eenheid worden opgevat vanwege de band die tussen goederen bestaat. Ook een onderneming wordt als een algemeenheid van goederen gezien, aldus de A-G. Er zou dan op de volgende wijze geredeneerd kunnen worden. Bij verbintenisscheppende rechtshandelingen zoals obligatoire overeenkomsten vormt de algemeenheid van goederen als zodanig het voorwerp van de rechtshandeling. De overeenkomst wordt dan niet met betrekking tot ieder onderdeel van de algemeenheid gesloten. Op welke onderdelen de overeenkomst betrek-

* Mr. dr. T.H.M. van Wechem is verbonden aan Baker & McKenzie advocaten, notarissen en belastingadviseurs.

king heeft, is dan een kwestie van uitleg van de betrokken overeenkomst. De A-G trekt dit dan vervolgens door en wijst erop dat bij de beoordeling van het non-conformiteitsgeschil inzake de door de notaris overgedragen praktijk het feit dat goodwill geen zaak of goed is, geen beletsel hoeft te zijn voor een beoordeling of er in verband met goodwill sprake is van non-conformiteit in de zin van artikel 7:17 BW. Verder bestaat er volgens hem geen goede reden om artikel 7:17 BW niet van toepassing te achten bij de koop/verkoop van een algemeenheid van goederen, ook niet indien die algemeenheid een onderneming is.

De non-conformiteit kan zijn gelegen in het ontbreken van een 'eigenschap' (kwaliteit of hoedanigheid) bij het gekochte, die men als koper wel op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Een en ander kan ertoe leiden dat de waarde van de algemeenheid van goederen hoger is dan de waarde die verkregen wordt bij optelling van de waarde van ieder goed apart. Die meerwaarde (goodwill) kan haar grond vinden in de andere dimensies en met name in één of meer onder de economische dimensie vallende facetten van de onderneming. Die meerwaarde kan dan volgens de A-G worden gezien als een kwaliteit of hoedanigheid van de onderneming. Is die meerwaarde – anders dan op grond van de overeenkomst mocht worden verwacht – er niet of in mindere mate, dan kan worden gezegd dat het gekochte niet de eigenschap heeft die mocht worden verwacht en daarmee niet-conform is in de zin van artikel 7:17 BW.

76 De Hoge Raad volgt in resultaat zijn A-G, maar rept niet expliciet over een algemeenheid van goederen wanneer het overweegt:

'Het gaat hier om de verkoop van een onderneming, waarbij partijen voor de bepaling van de koopsom rekening hebben gehouden met aan de onderneming verbonden goodwill (meerwaarde) doordat zij een waarde aan de onderneming hebben toegekend die uitgaat boven de som van de individueel gewaardeerde activa en passiva. In zodanig geval kan een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst ook bestaan indien de overgedragen onderneming (niet wat betreft de activa maar) wat betreft de goodwill niet beantwoordt aan hetgeen de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten (art. 7:17 BW). Ook indien de goodwill zelf niet aangemerkt kan worden als een zaak of vermogensrecht in de zin van art. 7:1 en 7:47, staat dat aan toepassing van art. 7:17 niet in de weg. Het gaat bij laatstgenoemde bepaling immers om de vraag of de verkochte onderneming, bestaande in het geheel van activa en passiva zoals bij de koopovereenkomst omschreven, een bepaalde kwaliteit of eigenschap mist die door partijen tot uitdrukking was gebracht in de goodwill als aan de onderneming toegekende meerwaarde.

De hierop gerichte klachten van de onderdelen zijn derhalve gegrond.'

Het resultaat van het oordeel van de A-G en de Hoge Raad komt mij bevredigend voor; het zou immers van de gekke zijn dat een koper een bedrag aan goodwill betaalt en dat daar geen enkele rechtens afdwingbare aanspraak tegenover zou staan wanneer blijkt dat er geen goodwill aanwezig is. Het arrest legt echter wel mooi bloot dat het hof tot een afwijzing van de vordering was gekomen omdat deze niet in een wettelijk hokje paste en dus niet gekwalificeerd kon worden, wat ver af lijkt te staan van ieder gevoel van 'common sense'.

De A-G en de Hoge Raad persen de goodwill echter in het juridische kader van de non-conformiteit en daarmee is de kwestie juridisch rond. Het is vooral het laatste waar ik over aarzel, omdat er wat mij betreft hiermee sprake is van een *cirkel*-redenering.

De begrippen meerwaarde en koopprijs lijken zich niet goed te verhouden met de eigenschappen waar artikel 7:17 BW op ziet. Stel dat een schilderij minder goed verkoopbaar blijkt dan waar partijen bij de overeenkomst van uit waren gegaan, is de verkoopbaarheid van dat schilderij dan een eigenschap van de zaak of valt dit – in het kader van de *iustum pretium*-gedachte – binnen de risicosfeer van de koper? De prijs kan immers niet worden getoetst. Ik zou mij kunnen voorstellen dat in het kader van een afweging die binnen Haviltex gemaakt wordt – waarbij de gehele overeenkomst wordt gewogen – tot een ander oordeel kan worden gekomen dan wanneer weging aan de eigenschappen van de verkochte zaak plaatsvindt. Binnen een weging krachtens Haviltex zou de verkoopbaarheid in het ene geval wel en in het andere geval niet tot een wanprestatie (en niet per se tot een non-conformiteit) leiden. Het hangt ervan af of partijen hierover (impliciet) een afspraak hebben gemaakt of een verwachting hebben gewekt. Terwijl het moeilijk zo kan zijn dat verkoopbaarheid van een schilderij in het ene geval wel en in het andere geval niet als *een eigenschap* van de te verkopen zaak kan worden beschouwd. Verkoopbaarheid is een eigenschap of niet. De vraag in het kader van artikel 7:17 BW is zoals ik het zie – alleen maar – of de koper die eigenschap in casu mocht verwachten. Dat is wat anders dan de vraag *of* het een eigenschap *is*.

Echter, kan er alleen maar sprake zijn van een wanprestatie bij een koopovereenkomst als er een gebrek aan eigenschappen is? De Hoge Raad lijkt in dit geval te vinden van wel door de goodwill *eerst* via uitleg als eigenschap te duiden en dan *vervolgens* te oordelen dat de onderneming deze eigenschap mist.

Ik vind dat enigszins gekunsteld en zou een lans willen breken voor de stelling dat artikel 7:17 BW niet als limitatief kader zou moeten worden beschouwd ter beantwoording van wanprestatievragen bij koopgeschillen (waarbij ik het bepaalde in art. 7:15 BW buiten beschouwing laat). Let wel: een vordering gebaseerd op artikel 7:21 BW (herstel van de goodwill) lijkt naar de aard van deze 'eigenschap' ook niet echt mogelijk. Dit zou indicatief kunnen zijn voor het antwoord op de vraag of er sprake is van een eigenschap waarop artikel 7:17 BW

betrekking heeft. De Hoge Raad lijkt die weg echter niet te bewandelen.

Het belang van dit arrest zal zich natuurlijk eveneens uitstrekken tot vraagstukken betreffende aandelenkoop. Ook in het kader van deze transacties bestaat al jarenlang onduidelijkheid over de vraag of een aandeel eigenschappen heeft of dat er meer gekeken moet worden naar de eigenschappen van de onderneming die door de aandelen wordt belichaamd (zie uitgebreid Mon. BW B-65a (Wessels), nr. 73 e.v.). Dit arrest kan voeding geven aan de gedachte dat meer naar (de eigenschappen van) de onderneming kan worden gekeken dan naar (de eigenschappen van) de verkochte aandelen: een conclusie waar ik zelf aarzelend tegenover zou staan. Overigens zij hierbij opgemerkt dat een complicerende factor veelal zal zijn dat partijen titel 7.1. op hun aandelentransactie buiten toepassing verklaren.

Conclusie

De kwalificatie van de rechtsverhouding noopte de rechtbank en het hof ertoe om de gepretendeerde vorderingen af te wijzen en de Hoge Raad om de goodwill in een wettelijk kader te willen plaatsen, wat tot een tegenovergesteld rechtsoordeel leidde. Toch geldt in algemene zin: wie goodwill wil, moet goed weten wat ie wil. Duidelijkheid blijft ook na dit arrest van de Hoge Raad nog altijd de beste remedie.