

---

## De toepassing van artikel 7:23 BW op garanties bij de koop van aandelen

### Inleiding

In een arbitraal vonnis van 22 december 1999 (SAIT/Nedlloyd, JOR 2000, 139) wordt artikel 7:23 BW van toepassing verklaard op de koop van aandelen en op de in de koopovereenkomst afgegeven garanties. Het Hof Den Bosch (hierna: het hof) heeft recent in zijn arrest van 17 december 2002 (JOR 2003, 54) hetzelfde beslist. In het arrest buigt het hof zich, al dan niet impliciet, ook over de contractuele wijziging van de vervaltermijn en de betekenis van de term 'bekwame tijd' van artikel 7:23 lid 1 BW.

### Hof Den Bosch 17 december 2002

Bij notariële akte van 17 mei 1993 hebben H.A.M. Hogema en M.J.T.M. Meuwese (hierna: Hogema c.s.) alle aandelen in HOKAR Holding B.V. (hierna: HOKAR) aan Financieel Adviesbureau Rogier B.V. (hierna: Rogier) verkocht en geleverd. In deze notariële akte (hierna: de eerste akte) zijn onder meer de volgende bepalingen opgenomen:

'(...) Verkopers garanderen Koopster voorts dat, anders dan uit de kennisneming van voormelde balans, in redelijkheid aan Koopster bekend had kunnen zijn:

geen procedures (anders dan als eisende partij met betrekking tot het innen van vorderingen uit hoofde van de normale bedrijfsuitoefening ontstaan) door

de Vennootschap worden gevoerd en dat geen feiten of omstandigheden bekend zijn, die tot een procedure (anders dan hiervoor bedoeld) zouden kunnen leiden; (...)

(...) De in deze Overeenkomst door Verkopers aan Koopster gegeven garanties kunnen door Koopster worden gecedeerd aan haar rechtsopvolgers. (...).'

Op dezelfde dag heeft Rogier vervolgens de aandelen in HOKAR aan Beheer- en Beleggingsmaatschappij Muhargi B.V. (hierna: Muhargi) verkocht en geleverd bij notariële akte. In deze akte is onder meer bepaald dat Rogier aan Muhargi cedeert:

'(...) de garanties die zij heeft tegenover haar rechtsvoorganger in de eigendom van de aandelen (...).'

In januari 1993 heeft HOKAR aan Novamij B.V. een perceel grond verkocht. In de leveringsakte is opgenomen dat de levering vrij van enig gebruiksrecht geschiedt. Novamij B.V. heeft op 29 januari 1997 HOKAR gedagvaard nadat was gebleken dat het perceel niet vrij van enig gebruiksrecht was en Novamij hierdoor haar bouwplan niet kon uitvoeren, waardoor zij schade leed. HOKAR werd door de Rechtbank Breda veroordeeld tot betaling van schadevergoeding aan Novamij B.V. Het Hof Den Bosch heeft dit vonnis bekrachtigd.

Vervolgens heeft Muhargi Hogema c.s. gedagvaard en gevorderd voor recht te verklaren dat Hogema c.s. toerekenbaar tekort zijn geschoten in de nakoming van hun verbintenissen voortvloeiende uit de door hen in de eerste akte verstrekte garantie, en vordert schadevergoeding, nader op te maken bij staat. De Rechtbank Breda wijst de gevorderde verklaring voor recht toe en veroordeelt Hogema c.s. tot betaling van de schade, nader op te maken bij staat.

In eerste aanleg hebben Hogema c.s. onder meer aangevoerd dat Muhargi haar vordering te laat heeft ingesteld. Ter onderbouwing hiervan hebben Hogema c.s. een brief d.d. 12 september 1994 aan HOKAR in het geding gebracht, waarin de schadeclaim van Novamij B.V. op HOKAR werd aangekondigd. De Rechtbank Breda oordeelde dat in casu van enige verjarings- of vervaltermijn geen sprake is en heeft dit verweer verworpen. In hoger beroep hebben Hogema c.s. in dit kader een beroep gedaan op met name lid 1 van artikel 7:23 BW. Hogema c.s. stellen zich op het standpunt dat ieder vorderingsrecht van Muhargi is vervallen, primair omdat Muhargi niet binnen twee maanden na vernoemde brief van 12 september 1994 aan Hogema c.s. een kennisgeving

als bedoeld in artikel 7:23 lid 1 BW heeft gedaan, en subsidiair omdat Muhargi genoemde kennisgeving niet heeft gedaan binnen twee maanden nadat Novamij B.V. HOKAR had gedagvaard.

Volgens het hof kan artikel 7:23 lid 1 BW door de verkoper tegen de koper worden ingeroepen. Hogema c.s. mochten dit verweer derhalve tegenover Rogier inroepen. Op grond van artikel 6:145 BW kunnen Hogema c.s. dit verweer ook inroepen tegenover Muhargi, nu de vorderingsrechten uit de garanties van Rogier aan Muhargi werden gecedeerd.

Vervolgens overweegt het hof dat, ingevolge artikel 7:47 BW op de koop van vermogensrechten (waaronder aandelen in een vennootschap vallen), de artikelen 7:1 tot en met 7:46 BW van toepassing zijn voorzover dit in overeenstemming is met de aard van het recht. Naar het oordeel van het hof zijn in het onderhavige geschil geen omstandigheden bekend die aan toepassing van artikel 7:23 lid 1 BW in de weg staan. Voorzover Muhargi in hoger beroep heeft bedoeld te betogen dat art. 7:23 lid 1 BW niet van toepassing kan zijn op een overeenkomst waarin garantiebepalingen zijn opgenomen, verwerpt het hof dit standpunt.

Voorts oordeelt het hof dat artikel 7:23 lid 1 BW van regelen recht is, nu het ten deze niet een consumentenkoop betreft. Aangezien in de eerste akte geen termijn is overeengekomen waarbinnen koper op straffe van verval van haar rechten een eventueel gebrek in de nakoming dient te ontdekken en evenmin een termijn waarbinnen koper na ontdekking melding moet maken van de schending van de garantie of enige andere non-conformiteit in de nakoming van de overeenkomst, dient de termijn van artikel 7:23 lid 1 BW te worden toegepast.

Hogema c.s. stellen dat Muhargi in ieder geval ná de brief van 12 september 1994 aan Hogema c.s. op de hoogte was of had behoren te zijn van een inbreuk op de garanties. Aangezien Muhargi niet heeft onderbouwd dat zij pas begin 1997 op de hoogte is geraakt van de schadeclaim tussen HOKAR en Novamij B.V., gaat het hof ervan uit dat Muhargi kort na 12 september 1994 kennis had van de inbreuk op de garanties.

Onder deze omstandigheden had Muhargi volgens het hof binnen 'bekwame tijd', zijnde volgens het hof korte tijd na 12 september 1994, aan Hogema c.s. kennis moeten geven van de tekortkoming onder de garanties.

Hogema c.s. hebben onbetwist gesteld dat Muhargi voor het eerst bij brief van 7 mei 1997 hen in kennis heeft gesteld van haar aanspraak op nakoming van de door Hogema c.s. verstrekte garantie.

Het hof stelt daarom dat de conclusie gerechtvaardigd is dat Muhargi niet binnen 'bekwame tijd' een kennisgeving als bedoeld in artikel 7:23 lid 1 BW heeft gedaan. Hiermee is haar recht om deze vordering in te stellen vervallen.

Het hof vernietigt het vonnis van 22 juni 1999 van de Rechtbank Breda en wijst de vorderingen van Muhargi af.

#### **Toepasselijkheid op aandelentransacties**

Ingevolge artikel 7:47 BW zijn volgens het hof op de koop van vermogensrechten, waartoe volgens het hof ook aandelen behoren, de artikelen 7:1 tot en met 7:46 BW van toepassing voorzover dit in overeenstemming is met de aard van het recht. Deze visie wordt door de meeste schrijvers gedeeld. In het arbitrale vonnis SAIT/Nedlloyd werd dit met zoveel woorden eveneens bepaald (JOR 2000, 139).

#### **Toepasselijkheid op garanties**

Het hof verwerpt in de onderhavige zaak, zonder nadere onderbouwing, uitdrukkelijk het standpunt dat artikel 7:23 lid 1 BW niet van toepassing kan zijn op een overeenkomst waarin garantiebepalingen zijn opgenomen.

In de literatuur bestaat discussie over de vraag of artikel 7:23 BW van toepassing is op garanties die zijn afgegeven door de verkoper bij de koopovereenkomst. Garanties hebben de status van een afzonderlijk beding, waarbij de verkoper jegens de koper contractueel een garantieverbintenis op zich neemt. In geval van een inbreuk op de garanties heeft de koper een rechtstreekse vordering uit hoofde van de garantieverbintenis. Een inbreuk op de garantie leidt er echter ook toe dat de onderneming niet aan de overeenkomst beantwoordt, nu aan de hand van de garantie wordt ingevuld welke eigenschappen de onderneming moet bezitten.

Volgens artikel 7:23 lid 1, tweede zin, eerste deel BW moet de kennisgeving door de koper binnen 'bekwame tijd' na de daadwerkelijke ontdekking geschieden wanneer aan de zaak een eigenschap blijkt te ontbreken die deze volgens de verkoper bezat. Dit criterium wordt gelijkelijk toegepast in een situatie waarin de verkoper een mededeling heeft gedaan omtrent de afwezigheid van een eigenschap. Een garantie wordt als mededeling in de zin van artikel 7:23 lid 1, tweede zin, eerste deel BW beschouwd.

### Contractuele wijziging van de vervaltermijn

Met betrekking tot de vraag of van de vervaltermijn, opgenomen in artikel 7:23 lid 1 BW, contractueel mag worden afgeweken, lijkt het hof in de onderhavige zaak van mening te zijn dat dit mag indien het niet om een consumentenkoop gaat. Dit is in beginsel in lijn met artikel 7:6 BW, waarin is bepaald dat de afdelingen 1-7 van titel 1 van Boek 7 alleen in geval van een consumentenkoop van dwingend recht zijn en hier dus niet ten nadele van de consumentenkoper van mag worden afgeweken. In de literatuur wordt echter betoogd dat een vervaltermijn contractueel wel mag worden verkort, maar niet rechtsgeeldig kan worden verlengd (vergelijk Asser-Hartkamp 4-I, 2000, nr. 692). In het arbitrale vonnis SAIT/Nedlloyd werd de termijn van artikel 7:23 lid 1 BW contractueel ingevuld met twee jaar (JOR 2000, 139), hetgeen kennelijk niet als ongeoorloofde verlenging werd beschouwd.

Nu in het onderhavige arrest geen termijn was opgenomen waarbinnen koper melding moest maken van de schending van de garanties of enige andere non-conformiteit, werd de termijn binnen 'bekwame tijd' van artikel 7:23 lid 1 BW toegepast.

#### Betekenis van de term 'bekwame tijd'

Volgens de toelichting op artikel 7:23 BW houdt binnen 'bekwame tijd' in, dat de koper op straffe van verval van zijn rechten zijn klachten tot de verkoper moet richten binnen zo korte tijd als in de gegeven omstandigheden van hem kan worden geveerd (MvA II, Parl. Gesch. Boek 7, p. 152). Bij het vaststellen of de koper de verkoper binnen 'bekwame tijd' in kennis heeft gesteld, moet mede worden gelet op de aard van het gekochte, de deskundigheid, de onderlinge verhouding en de juridische kennis van de betrokken partijen (MvT, TK 2000-2001, 27 809, nr. 3).

Het hof vult de termijn 'bekwame tijd' in zijn arrest niet concreet in en gaat niet in op het standpunt van Hogema c.s. dat Muhargi niet binnen twee maanden na vernoemde brief van 12 september 1994 aan Hogema c.s. een kennisgeving als bedoeld in artikel 7:23 lid 1 BW heeft gedaan en ook niet binnen twee maanden na het dagvaarden door Novamij B.V. van HOKAR. Wel geeft het hof aan dat een dergelijke kennisgeving 'korte tijd' na de ontdekking dient te geschieden.

In een eerder arrest (Hof Den Bosch 20 maart 2001, NJ 2002, 67) heeft het hof bepaald dat artikel 7:23 BW weliswaar niet aangeeft wat onder binnen 'bekwame tijd' verstaan moet worden, maar gelet op het feit dat naar oud recht bij verborgen gebreken de 'korte tijd' waarbinnen

het gebrek moest worden gemeld veelal op zes weken werd gesteld, moet onder binnen 'bekwame tijd' een termijn van ongeveer twee maanden (na de ontdekking van het gebrek) worden verstaan.

In het voorstel van wet met betrekking tot de aanpassing van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek aan Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen (TK 2000-2001, 27 809, nr. 2) wordt nu bepaald dat bij een consumentenkoop de kennisgeving binnen bekwame tijd na de ontdekking dient te geschieden, waarbij een kennisgeving binnen een termijn van twee maanden na de ontdekking tijdig is. In het arbitrale vonnis SAIT/Nedlloyd werd een contractuele termijn van twee jaar als invulling van 'bekwame tijd' toegestaan (JOR 2000, 139).

#### Conclusie

Aangezien er aangenomen kan worden dat artikel 7:23 lid 1 BW van toepassing is op aandelentransacties en uit het arrest van het hof afgeleid kan worden dat artikel 7:23 lid 1 BW tevens van toepassing kan zijn op een overeenkomst waarin garantiebepalingen zijn opgenomen, wordt er in de praktijk in overnamecontracten onvoldoende rekening gehouden met de in artikel 7:23 lid 1 BW opgenomen vervaltermijn. De vervaltermijn van artikel 7:23 lid 1 BW wordt in het onderhavige arrest toegepast omdat in de koopovereenkomst hieromtrent niets was opgenomen. Het verdient daarom aanbeveling om bij aandelentransacties in de koopovereenkomst de vervaltermijn van artikel 7:23 lid 1 BW nader in te vullen. Zodoende kan worden voorkomen dat de onduidelijke termijn binnen 'bekwame tijd' van toepassing is op een kennisgeving als bedoeld in artikel 7:23 lid 1 BW. Gezien het feit dat het hof de termijn in de hiervoor beschreven zaak niet nader concretiseert, blijft het onduidelijk of de in een eerder arrest van het hof genoemde termijn van twee maanden ook in het algemeen voor handelstransacties geldt.

Voorzover ons bekend is er geen cassatie ingesteld en is de cassatietermijn inmiddels verstreken. Een oordeel van de Hoge Raad omtrent de toepassing van artikel 7:23 lid 1 BW op garanties bij de koop van aandelen laat derhalve nog op zich wachten.

*Mr. C.J. Mulder  
Mr. N. de Vos  
NautaDutilh*