

PROF. MR. EDWIN VAN WECHER

Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten



Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten

Rede

in verkorte vorm uitgesproken bij de openbare aanvaarding
van het ambt van hoogleraar hoogleraar Corporate Legal Counselling
aan de Open Universiteit op vrijdag 21 september 2018.

door

prof. mr. Edwin van Wechem



Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten

Geachte pro-Rector,

Dames en Heren,

1 Een aantal algemene overpeinzingen over het begrip schade.

Het treffen van een regeling voor aansprakelijkheid bij schade, is bij het onderhandelen over contracten altijd een ingewikkelde kwestie. Partijen willen op dit punt vaak zo weinig mogelijk aan elkaar toegeven. De contactuele afspraken daarover worden dan keer op keer opnieuw aangepast, vaak voor de ene partij, om zo weinig mogelijk weg te geven en voor de andere om zoveel mogelijk binnen te halen. Vanwege de ingewikkeldheid die eigen is aan overnameovereenkomsten van aandelen, dienen partijen bij dit type overeenkomsten aan allerlei kwesties aandacht te besteden.¹ Wat wordt nu precies overgedragen, zijn dat de aandelen of betreft dat (indirect) de onderneming, welke norm wordt geschonden en wanneer leidt dat tot een tekortkoming onder de gemaakte afspraken, leidt iedere normschending wel tot het ontstaan van schade en daarmee tot schadeplichtigheid van één van de partijen? Wat mij opvalt is dat de praktijk zich bedient van clausules die veel op elkaar lijken en die vaak op dezelfde wijze zijn opgebouwd. Ik probeer vanmiddag inzichtelijk te maken dat deze clausules en de systematiek van denken en de aanpak die daarin wordt gereflecteerd, aan een herijking toe zijn.

Wanneer naar het onderwerp schade wordt gekeken, dient zich natuurlijk de vraag aan waarom² er een verplichting zou bestaan om schade³ te vergoeden en wat de functie van een dergelijke schadevergoeding is?⁴ Er is een aantal actuele ontwikkelingen waarbij wordt bepleit dat op een andere wijze dan voorheen naar schade en het waarom van schadevergoeding, dient te worden gekeken. In het begin van de 20^e eeuw was het algemene gezichtspunt dat een ieder zijn eigen schade moest dragen: er moest een goede reden zijn om de schade te verplaatsen van het slachtoffer naar een dader, een adagium dat door Hartlief in zijn Leidse oratie in 1997 aan een

¹ Ik wil hierbij aangeven dat ik het onderwerp van vanmiddag beperk tot overeenkomsten van aandelenoverdracht en dat ik de overnameovereenkomsten die zich richten op de overdracht van activa en passiva van een onderneming, buiten beschouwing laat. Vgl. HR 7 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1435.

² Zie uitgebreid met vindplaatsen: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/no. 20 e.v.

³ Zie over de historische ontwikkeling van schadevergoeding, E.J.H. Schrage, Van delict tot onrechtmatige daad, *Ars Aequi Cahiers*, 1998. Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Schadebegroting*, *Ars Aequi Cahiers*, 2017, (Tot besluit) en J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht*, (diss. Utrecht 2013) p. 52-65. Op p. 98 verwoordt zij: "Het systeem van het huidige aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht berust op de grondslag die zich laat lezen als: 'degene die een ander benadeelt en zodoende de rechtvaardigheid geweld aandoet, is gehouden het met zijn actie gekomen nadeel te herstellen.'"

⁴ Ik beperk mij tot twee bronnen van schadevergoeding: de wanprestatie of te wel de toerekenbare tekortkoming (art. 6:74 BW) en de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).

Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten

hernieuwd onderzoek werd onderworpen.⁵⁶ Van Dam betwist het adagium dat ieder zijn eigen schade draagt en stelt dat het doel van het aansprakelijkheidsrecht niet het vergoeden van schade is, maar het vaststellen van de omvang van rechten en belangen om in geval van rechtsschending te voorzien in rechtsherstel.⁷ In deze laatste context plaats ik de visie van Emaus die in haar proefschrift ook bij een schending van fundamentele rechten de mogelijkheid tot schadevergoeding (en ook in geld) bepleit.⁸ Jansen⁹ bespreekt in 2017 twee actuele tendensen in het schadevergoedingsrecht. Volgens zijn woorden: de eerste tendens, het autonomiedenken, dat inhoudt dat het accent verschuift van schadevergoeding naar herstel van de persoonlijke autonomie van het slachtoffer. De tweede tendens, constitutionalisering, houdt in dat de schending van fundamentele rechten als een op zichzelf staande immateriële schadepost wordt beschouwd.¹⁰ Beide tendensen – die volgens mij aansluiten op de visies van Van Dam en Emaus - strekken ertoe het klassieke schadebegrip op te rekken of zelfs te verlaten. Wat opvalt is dat de hierboven aangeduide ontwikkelingen zich in het bijzonder manifesteren - kort gezegd - in het schade denken over toegebracht letsel en bij rechtsinbreuken die dicht bij het individu staan.

Voor de overnamepraktijk zijn deze ontwikkelingen dus minder relevant.

In algemene zin dient bedacht te worden dat schade zowel een normatieve¹¹ als een feitelijke component kent.¹² Het begrip schade heeft twee kanten die regelmatig – als Babylonische spraakverwarring – op een onjuiste wijze worden gehanteerd. Schade kan zien op het toegebrachte nadeel als ook op het daarmee corresponderende recht van de schadelijker op schadevergoeding.

Maakt dat nu allemaal zoveel uit kunt u zich afvragen?

Ik meen dat dit wel degelijk uitmaakt omdat, zoals ik het zie, het geleden nadeel en de daarmee corresponderende (hoogte van het bedrag aan) schadevergoeding niet altijd 1-op-1 gelijk lopen.

⁵ T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, Kluwer 1997.

⁶ Zie Hartlief, a.w. p.72. Hij bepleit dat het voor bepaalde type slachtoffers eenvoudiger zou moeten zijn om schade vergoed te krijgen, bijvoorbeeld via verzekeringen of fondsen zodat zij gemakkelijker dan via het aansprakelijkheidsrecht gecompenseerd kunnen worden. Mooi vind ik zijn beschouwing dat het aansprakelijkheidsrecht een randverschijnsel en een luxe systeem tegelijk is, de luxe van volledige vergoeding is slechts – volgens hem - voor een per definitie beperkt aantal gedupeerden weggelegd.

⁷ C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, BJU 2015, p. 17.

⁸ Emaus. a.w., p. 360 e.v.

⁹ K.J.O. Jansen, *Het schadebegrip in de eenentwintigste eeuw*, WPNR 2017/7133.

¹⁰ Vgl. de visie van Emaus.

¹¹ Vgl. Mon. B.W. B 34 (Lindenbergh), no.32.

¹² Zie Emaus, a.w., p. 98.

Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten

Voordat ik dit meer in precisie uitleg, zoom ik eerst in op (een gedeelte van het wettelijke) kader rond het begrip schade.¹³

Artikel 6:95 BW luidt: “De schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, bestaat in vermogensschade en ander nadeel, dit laatste voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft.” Uit het daarop volgende wetsartikel 6:96 BW valt onder meer af te leiden dat vermogensschade zowel gederfde winst als geleden verlies omvat. De verplichting tot het vergoeden van andere dan vermogensschade (bijvoorbeeld smartengeld) laat ik vanmiddag buiten beschouwing.

Wat onder het begrip schade¹⁴ valt, wordt niet door de wetgever geduid.¹⁵ Dus de uitspraken van de (hoogste) rechter die betrekking hebben op de vraag *wanneer* er van *schade* sprake is, zijn daarbij van groot belang. De Hoge Raad heeft hierover een aantal – laten we zeggen – bijzondere arresten gewezen. Genotsderving – althans de kosten die gemaakt zijn om het niet genoten genot te kunnen genieten en die hun doel hebben gemist, kan als vermogensschade worden aangemerkt. In het betreffende geval ging het erover dat een motorrijder de Parijs Dakar-Rally vanwege een gebrek aan zijn gehuurde motor niet kon voortzetten, en hij zijn gemaakte kosten als schade claimde. De reactie op het verweer dat hij die kosten ook gemaakt zou hebben als hij de rally wel had kunnen voortzetten, spitste zich er op toe dat hij het met het voortzetten corresponderende genot niet had genoten. De Hoge Raad merkte deze genotsderving als voor vergoeding in aanmerking komende vermogensschade aan.¹⁶ Echter, ergernis – die de eigenaar van een boot had “ervaren” omdat zijn boot maar niet deed wat ie moest doen, te weten snel varen, en welke boot in die periode voordat het euvel was verholpen 3.5 ton in euro’s aan afschrijving minder waard was geworden – werd niet

¹³ Vlg. Asser/Sieburgh 6-II 2017/12 e.v. : “Taalkundig heeft het woord schade twee betekenissen. Het kan betekenen “het nadeel dat voor iemand uit een gebeurtenis voortvloeit en voorts al wat de gaafheid van iets teniet doet” (Van Dale). In de wet wordt de term gebruikt in de eerstgenoemde van deze beide betekenissen. Schade in de laatstgenoemde zin, welke overeenkomt met het woord ‘beschadiging’ en aanduidt een gebrek, een toestand (een deuk in een spatbord bijvoorbeeld), kan niet ‘vergoed’ worden en kan dus ook niet in bijvoorbeeld de genoemde bepalingen zijn bedoeld. Maar een dergelijk gebrek heeft wel een waardevermindering ten gevolge en brengt derhalve, ook als het niet hersteld wordt, een nadeel voort dat wél voor vergoeding vatbaar is.”

¹⁴ Ik meen dat dit ook kan worden aangenomen voor zover het de componenten gederfde winst en geleden verlies betreft uit artikel 6:96 BW.

¹⁵ Zie Lindenbergh, T&C Vermogensrecht, art. 6:95, aant. 2.

¹⁶ HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460. “3.3.1 Indien iemand uitgaven heeft gedaan ter verkrijging van een op zichzelf niet op geld waardeerbaar onstoffelijk voordeel en hij dit voordeel heeft moeten missen, zal met het oog op het begroten van de door hem geleden schade – die als vermogensschade moet worden aangemerkt – als uitgangspunt hebben te gelden dat de waarde van het gemiste voordeel moet worden gesteld op de voor het verkrijgen daarvan gedane uitgaven die hun doel hebben moeten missen. Indien deze schade op de voet van art. 6:98 BW aan een ander kan worden toegerekend als gevolg van een gebeurtenis waarvoor deze aansprakelijk is, zal die ander deze schade in haar geheel moeten vergoeden, tenzij dit, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, onredelijk zou zijn.”

Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten

in dat geval als vermogensschade beschouwd.¹⁷ In het bedoelde arrest achtte de Hoge Raad het functieverlies van de betreffende boot te gering, om daarmee een oorzakelijk verband met schade aanwezig te achten. Meer recent,¹⁸ het esthetisch ongemak van een door een ander beschadigde boom met zelf herstellend vermogen, wordt evenmin als schade gezien door ons hoogste rechtscollege.

Wat opvalt is dat het schadebegrip in andere wetsartikelen van het Burgerlijk Wetboek op een andere wijze door de Hoge Raad wordt geïnterpreteerd dan in artikel 6:95 BW. In zijn – door Tjittes en mij¹⁹ bekritiseerde - arrest van 10 september 2010,²⁰ geeft de Hoge Raad bijvoorbeeld aan, dat de verjaringstermijn die op de voet van art. 3:310 lid 1 BW begint te lopen, mede geldt voor de vordering tot vergoeding van schade waarvan de benadeelde kon verwachten dat hij die als gevolg van datzelfde tekortschietend of foutief handelen van de aansprakelijke persoon zou kunnen gaan lijden. Het betrof een werknemer die kwetsuur aan zijn arm had opgelopen, waaruit eerst jaren later vermogensschade (inkomensschade) voortvloeide. Het begrip schade waar artikel 3:310 BW op doelt (in dit geval de kwetsuur aan de arm) heeft klaarblijkelijk een andere betekenis dan het begrip schade²¹ in artikel 6:95 BW (vermogensschade of ander nadeel²²).

Wat met het bovenstaande inzichtelijk wordt is, zoals Tjong Tjin Tai zo mooi aangeeft, dat schade vele gezichten heeft.²³ De Hoge Raad oordeelt consequent²⁴ dat de definitie van schade ter

¹⁷ HR 5 december 2008 ECLI:NL:HR:2008:BF1042, “Hetzelfde geldt voor schade wegens verminderd genot als gevolg van de omstandigheid dat de zaak voorafgaand aan de reparatie niet volledig functioneerde. Ook dat functieverlies en de daardoor veroorzaakte genotsderving kunnen zo gering zijn dat voor vergoeding van schade die uitsluitend bestaat uit gemis van onstoffelijk voordeel geen plaats is. Hierbij verdient opmerking dat ook een gering gemis van door de koper verwacht genot van een voor privégebruik aangeschafte zaak bij de koper veel ergernis kan teweegbrengen. Die ergernis is echter geen vermogensschade.”

¹⁸ HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3145.

¹⁹ NJB 2011/781.

²⁰ HR 10 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7041.

²¹ Een wetsregel van communautair recht te weten artikel 4 lid 1 Van de Rome II Verordening (Verordening (EG) nr. 864/2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet- contractuele verbintenissen (Rome II) kent ook een ander schadebegrip dan de artikelen 6:95 en 96 BW. In die bepaling van IPR duidt de verwijzingsregel op het recht van het land waar de schade zich voordoet, ongeacht in welk land de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan. Zie uitgebreid, J.A. Pontier en T.H.M. van Wechem, Pre-adviezen voor NVIR, Europese conflictregels voor de overeenkomst en de onrechtmatige daad: ROME I EN II, Zicht op zekerheid nog ver weg, p.79, noot 55, Asser, 2008.

²² In dit geval kan de kwetsuur niet als ander nadeel worden geduid.

²³ Tjong Tjin Tai, a.w., p.5.

²⁴ Zie : HR 13 december 2002, ECLI:HR:2002:AE9243, HR 26 april 2002, ECLI:HR:2002:AD9339, HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:AF3067, HR 24 september 2004, ECLI:HR:2004:AP7760, HR 10 juli 2009, ECLI:HR:NL:2009:BI3402, HR11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013: BX9830.

Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten

beoordeling van het geleden nadeel verwijst naar een vergelijking tussen de werkelijkheid en de hypothetische situatie waarin de fout niet zou zijn begaan.²⁵

De Hoge Raad heeft onder meer geoordeeld dat in beginsel de *schadevergoeding* dient om de benadeelde zoveel mogelijk in de toestand te brengen waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven, hetgeen meebrengt dat de omvang van de schade wordt bepaald door een vergelijking van de toestand zoals deze in werkelijkheid is met de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien het schadeveroorzakende feit niet zou hebben plaatsgevonden: een hoog – en vaak onvoorspelbaar - “what if”- gehalte dus.^{26,27}

Schade wordt dus zowel gebezigd om de waardevermindering van het vermogensobject van de benadeelde te duiden alsook om de omvang van de daarmee corresponderende verplichting van de schadeveroorzaker tot vergoeding daarvan te concretiseren.²⁸ Emaus spreekt over bipolariteit.²⁹ Schadeveroorzaker en schadelijder zijn verbonden met respectievelijk de via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht beoogde beschermde belangen en het daarmee gesanctioneerde gedrag.

Een groot gedeelte van de literatuur over schade en schadevergoeding richt zich op schadevergoeding bij letsel of op inbreuken op rechten die dicht bij het individu staan.³⁰

Op het moment dat de schadeveroorzakende gebeurtenis leidt tot letsel, dan ontstaan daar veelal kosten uit die natuurlijk een equivalent zijn van geld. Wanneer de schadeveroorzakende gebeurtenis echter leidt tot een beschadiging van een vermogensbestanddeel, bijvoorbeeld een auto,³¹ dan moet de waarde van dat op geld waardeerbare object opnieuw worden begroot en voor die vermindering van de waarde komt dan een rechtsvordering ter grootte van die waardevermindering in de plaats. Het eerste punt dat ik wil maken is dat de vermogensvergelijking, zoals deze door de Hoge Raad wordt voorgestaan mank loopt omdat uit artikel 6:83 b BW volgt dat *het recht* op schadevergoeding onmiddellijk ontstaat bij het lijden van de schade door de schadelijder.

Boekhoudkundig gezien blijft in dat geval het *gehele* vermogen van de schadelijder dan neutraal.

Eerst – voor het voorbeeld – bestond het vermogen uit een onbeschadigde auto, na het voorval uit een beschadigde auto en een corresponderende vordering ter grootte van de waardevermindering

²⁵ Vgl. Tjong Tjin Tai, a.w., p. 5.

²⁶ HR 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX9830.

²⁷ HR 13 December 2012, ECLI:NL:HR:2002:AE9243.

²⁸ Vgl. Tjong Tjin Tai, a.w., p. 7.

²⁹ Emaus a.w., p. 63.

³⁰ Bedacht moet overigens worden dat uit artikel 6:103 BW volgt dat de hoofdregel voor schadevergoeding is, dat schadevergoeding in geld wordt voldaan.

³¹ Vgl. HR 2 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208.

Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten

van die auto. In een perfecte wereld komt dat op nul (0) uit. Er is dan eigenlijk eerst pas sprake van door het slachtoffer geleden schade, wanneer de corresponderende rechtsvordering tot schadevergoeding niet inbaar blijkt en deze moet worden afgeschreven. Eerst dan vindt er namelijk een vermindering in het vermogen van de schadelijder plaats.

In het verlengde van deze gedachte leidt een inbreuk niet tot schade, maar tot een verplaatsing binnen het vermogen van de schadelijder en creëert een schadevoorval daarmee een nieuw vermogensbestanddeel. Zoals ik het zie: een (soort) derivatieve verkrijging van een nieuw vermogensrecht. Iets wat niet geldelijk is, de auto, wordt omgezet in – het gegeven voorbeeld – in een auto en een vorderingsrecht op een zak geld.³²

Het tweede punt dat ik wil maken ziet erop dat wanneer het begrip schade *zowel* gebruikt wordt in de betekenis van toegebracht nadeel als het daarmee corresponderende recht op schadevergoeding, er voor moet worden gewaakt dat over hetzelfde wordt gesproken. Door correctiefactoren die mogelijk van toepassing zijn bij de schadetoerekening en schadebegroting, kan het zo zijn dat de schade en het corresponderende bedrag aan schadevergoeding, niet dezelfde omvang hebben.

Is het voorgaande geneuzel of is dit relevant? Ik hoop u er van te kunnen overtuigen dat deze beschouwing in ieder geval voor zover het thema van vanmiddag betreft, een noodzakelijke nuancering behelst.

De wetsbepalingen rond schadebegroting en schadetoerekening, en meer in het bijzonder die van de artikelen 6:97,³³ 6:98, 6:100³⁴ en 6:101 BW zal ik, waar nodig in de beschouwing van het 2^e gedeelte van mijn betoog betrekken.

³² Vgl. hetgeen Tjong Tjin Tai opmerkt over conversie, a.w., p. 15-16.

³³ Zie over een schadestaat bij waardering van aandelen, ECLI:NL:PHR:2002:AE2338.

³⁴ Zie uitgebreid, T. Hartlief, Voordeelstoerekening anno 2017, p. 473-487, AA 2017/06. Zie ook: HR 29 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1027.

Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten

2 Het begrip schade toegepast op overnameovereenkomsten.

Hieronder een simpele casus waarbij partijen geen contractuele afspraken maken, anders dan over de prijs. In Hoofdstuk 3 zal ik juist ingaan op een aantal clausules dat in dit soort overeenkomsten gebruikelijk is. De functie van de clausules kan naar mijn mening eerst helder worden wanneer duidelijk wordt gemaakt hoe de situatie bij afwezigheid van dergelijke clausules zou zijn.

A B.V. verkoopt aan B. B.V. de aandelen in T B.V. ("de target").

De target runt een timmerbedrijf met 15 mensen op de payroll en is tevens eigenaar van een bedrijfsterrein met daarop een timmerfabriek. Het enige dat verkoper en koper afspreken is – zoals hierboven aangegeven - een koopprijs voor de aandelen, verder niets. Koper heeft een scherpe koopprijs bedongen.

Koper B kan de target goed integreren binnen zijn concern en de eerste kwartaalcijfers van T B.V. zijn veelbelovend en boven verwachting. Maar dan blijkt in maand 4 na de levering van de aandelen (de closing) dat een gedeelte van het bedrijfsterrein van T B.V. met asbest is verontreinigd. T B.V. dient dat gedeelte van haar bedrijfsterreinen te saneren, en het bedrijf ligt een half jaar stil waardoor aan het eind van het 1^e boekjaar een substantieel verlies door T B.V. is geleden, zij heeft saneringskosten moeten maken, werknemers moeten doorbetalen en natuurlijk een behoorlijke omzet misgelopen.

Vraag: kan koper B van verkoper A met succes voornoemde kosten die T heeft moeten maken en de door T misgelopen winst op de gederfde omzet, alsmede de waardevermindering van de aandelen en gemiste dividuutkeringen als schadevergoeding vorderen?

Wat hierbij naar mijn mening centraal zou moeten staan zijn de volgende deel-vragen i) welke rechtsregel is geschonden, ii) heeft koper B schade geleden en zo ja iii) welke schade(posten) kunnen op grond van artikel 6:98 BW³⁵ vanwege de betreffende schending aan verkoper A worden toegerekend en iv) zijn er nog redenen die van invloed zijn op de *omvang* van de schadevergoeding zoals bijvoorbeeld eigen schuld (artikel 6:101 BW) of voordeelstoerekening (artikel 6:100 BW) ?

De eerste rechtsgrond voor een vordering die voor analyse in aanmerking komt is die van contractschending.³⁶ In dat geval zal artikel 6:74 BW namelijk de poort openen naar mogelijke schadevergoeding. Ten eerste dient de rechtsverhouding tussen A B.V. en B B.V. te worden

³⁵ Zie HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:214.

³⁶ Vgl. R.P.J.L.Tjittes, a.w., p. 459 onderaan, waar hij aangeeft dat onder bepaalde omstandigheden de betreffende vordering 'beter' op onrechtmatige daad gebaseerd kan worden.

Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten

gekwalificeerd. Via de schakelbepaling van artikel 7:47 BW wordt in de rechtsliteratuur aangenomen dat een aandeel een vermogensrecht betreft waarop het kooprecht van toepassing is.³⁷

De vraag die daarbij boven de markt en de rechtsliteratuur blijft hangen is: worden de aandelen verkocht of wordt via de aandelen eigenlijk de onderneming verkocht?³⁸ Waarom is dat relevant? Dat is relevant omdat via artikel 7:17 BW - kort gezegd – dan moet worden vastgesteld of het verkochte de eigenschappen heeft die de koper op grond van de overeenkomst daarvan mocht verwachten en dus of er een rechtsnorm is geschonden die recht geeft op vergoeding van schade.³⁹

In het gegeven voorbeeld is met het verkochte vermogensrecht zelf alleen iets mis als de aandelen niet de waarde, noch de winstpotentie blijken te hebben die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. Dat is wat anders dan dat de target niet dat rendement geeft dat de koper wellicht verwachtte of mocht verwachten. Het gegeven dat koper B in deze casus een scherpe koopprijs heeft bedongen, kan dan van belang zijn voor de vaststelling van het gerechtvaardigd verwachtingspatroon dat hij ten aanzien van het gekochte heeft mogen koesteren en daarmee voor het antwoord op de vraag of er sprake is van een non-conformiteit die noopt te schadevergoeding.

Ik zal beide scenario's hieronder analyseren.⁴⁰

Ik wil hierbij de casus aanvullen met enige fictieve gegevens. De aandelen van de target zouden bij bekendheid van de asbestvervuiling ten tijde van de closing, niet 4 miljoen euro waard zijn geweest maar 3 miljoen. De koopprijs bedroeg echter 3.5 miljoen euro: zoals gezegd de koper B B.V. had goed onderhandeld.

Bovendien heeft koper B B.V. met T B.V. binnen zijn concern de eerste vier maanden na closing een synergievoordeel weten te realiseren van euro 150.000.

De kosten die T B.V. in verband met de sanering, doorbetaling personeel en gedeelde winst intern heeft moeten ophoesten bedroegen 1.5 miljoen euro.

³⁷ Zie R.P.J.L. Tjittes, a.w., p. 423, B. Wessels, Koop: algemeen (Mon. BW nr. B65a) 2010/62; G.T.M.J. Raaijmakers, diss. 2002, p. 44. Anders, T.H.M van Wechem, Contracteren 2006, p. 83–85. Vgl. E. Kraaijveld en J.L.M.W. Louwers, Garantie bij overnames, in Garanties in de rechtspraak (Van Rossum/Kuyppers (red.)), Kluwer 2015, p. 245.

³⁸ Zie P.J. van Uchelen, Artikel 7:17 BW en garanties in het overnamecontract, Ondernemingsrecht 2003, p. 14 e.v., vgl. E.M. Das, enkele aspecten van overnamecontracten, Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtelijke praktijk 2009, p. 85, R.P.J.L. Tjittes, Remedies bij inbreuken op garanties in overnamecontracten, Contracteren 2015, p.107, meer recent met vindplaatsen, R.P.J.L. Tjittes, Commercieel Contractenrecht, BJU 2018, p. 459 e.v.

³⁹ Vgl. HR 11 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2842 (r.o 3.3.4).

⁴⁰ Zie Tjittes, Commercieel Contractenrecht, p.417-488, BJU 2018.

Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten

Welke van deze schadeposten komen nu op het bord van A B.V. terecht?

Wanneer we de positie van de koper belichten dient eerst naar de gestelde *normschending*⁴¹te worden gekeken. Wanneer we – voor het voorbeeld – onderzoeken of de verkoper in zijn contractuele belofte t.o.v. B B.V. is tekort geschoten, dient eerst te worden vastgesteld wat die belofte inhoudt. Is dat het gedeelte, “de aandelen reflecteren een reële marktwaarde”. Dat zou dan meebrengen – als de belofte op die wijze wordt uitgelegd - dat wanneer vanwege de vervuiling de marktwaarde van de aandelen is aangetast dat *dat* de schending van de belofte is en dat *die schending* als uitgangspunt voor eventuele schadebegroting heeft te gelden.⁴² Kort gezegd: als koper B het had geweten van de asbestvervuiling, dan had hij⁴³ nimmer meer dan 3 miljoen euro betaald.⁴⁴ Zijn schade zou dan in beginsel euro 500.000 bedragen, het verschil tussen de betaalde koopprijs en de waarde van de aandelen. Saillant zou dan zijn, dat het onderhandelingsvoordeel op de een of ander wijze zou verdampen.⁴⁵ Op de vraag of er nog iets moet gebeuren met het synergievoordeel van 150.000 euro, kom ik hieronder nog te spreken.

Of dient te worden geredeneerd dat het gegeven dat de target een mankement vertoont en koper B B.V. van de verkoper had mogen verwachten dat *de target* die kosten niet had hoeven te maken en dat de normschending van de verkoper jegens de koper B B.V. in de schending van die belofte is gelegen, dan lijken de kosten van de target derhalve het uitgangspunt van de eventuele schadebegroting. Mocht dat zo zijn, dan zou het door A B.V. aan B B.V. te betalen schadebedrag al snel kunnen oplopen tot euro 1.500.000.

Ik zoom nu in op het eerste scenario: het waardeverschil van de gekochte aandelen.

Ik wil hierbij wijzen op een recente bijdrage van Hijma⁴⁶ in het WPNR. In voornoemd artikel bespreekt Hijma de diverse mogelijkheden die de koper ten dienste staan voor een mogelijke koopprijs vermindering. Hij merkt terzake het recht op schadevergoeding op: “Indien aan de

⁴¹ Zie over de wijze van uitleg van een overeenkomst van aandelenoverdracht de conclusie van A-G Timmerman van 29 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:749 kantnummers 3.1 t/m 3.16.

⁴² Vgl: Hof Den Haag, 26 maart 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ5320 “29. “Het vorenstaande betekent dat reeds om deze reden de grondslag aan de vordering wegens non-conforme levering van de aandelen – in de terminologie van artikel 7:17 BW; de afgeleverde zaak moet aan de overeenkomst beantwoorden – is komen te ontvallen. In rechte moet er immers van uit worden gegaan dat de waardebepaling van de aandelen heeft plaatsgevonden op de in de leveringsakte vermelde gronden (kort gezegd, de resultaten over 2007 en het eigen vermogen van ruim een miljoen Euro). De gestelde teleurgestelde verwachtingen van Load-Lok c.s. wegens de ‘onaffe’ MK 2 balancer en Tempwall Autostow vallen hier niet onder te brengen, althans niet in de vorm van waardevermindering van de aandelen. Dit betekent dat grief 5 faalt en verder niet besproken hoeft te worden.”

⁴³ Als hij al tot het aangaan van die koop zou hebben besloten.

⁴⁴ Vgl. Rb. Midden Nederland 18 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2567 (r.o 4.37).

⁴⁵ Ik zie hier geen spanning met HR 28 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2324 (Wisman/Trijber).

⁴⁶ J. Hijma, Koopprijsvermindering, WPNR (2018) 7202.

Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten

geldende eisen is voldaan, heeft de teleurgestelde koper recht op vergoeding van de schade die door verkopers tekortschieten is veroorzaakt. Daaronder valt onder meer het waardeverschil tussen enerzijds het goed zoals dat feitelijk is geleverd, en anderzijds het goed zoals dat volgens het contract had behoren te zijn. Art. 6:74 BW biedt een teleurgestelde koper dus de mogelijkheid om, met instandhouding van de (gehele) overeenkomst, vergoeding van het verschil tussen deze beide waarden te vorderen. Hoewel het ook hier technisch niet om een vordering tot prijsvermindering gaat (koop en prijs blijven onaangeroerd), ligt de situatie daar materieel zo dicht tegenaan, dat wederom de slotsom luidt dat de koper met de schadevergoedingsactie indirect een vordering tot prijsvermindering in handen heeft.”

Indachtig het voorgaande lijkt de rechtsvordering van koper B B.V. voor zover die betrekking heeft op het waardeverschil⁴⁷ van de aandelen,⁴⁸ in beginsel,⁴⁹ voor toewijzing⁵⁰ gereed te kunnen liggen.⁵¹

Maar hoe om te gaan met artikel 6:96 BW, het gegeven dat vermogensschade ook gederfde winst kan omvatten?⁵² De gederfde winst zal volgens Uijen bij aandelentransacties overeenkomen met de niet ontvangen dividendstromen, de gemiste waardestijging van de aandelen en de uitgebleven

⁴⁷ Vgl. Hof Amsterdam 7 mei 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:1469, ”3.4 Indien schulden van Bloemendael in strijd met de balansgarantie niet in de balans zijn opgenomen, betekent dat dat het eigen vermogen van Bloemendael in beginsel (dat wil zeggen behoudens uitzonderingen als bijvoorbeeld af te trekken besparingen op btw en vennootschapsbelasting) tot het bedrag van die schulden te hoog op de balans verschijnt. De rechtbank is er kennelijk van uitgegaan dat de waarde van de overgedragen aandelen evenwel niet met het eigen vermogen gelijkgesteld kan worden. Dat acht het hof juist. Het neemt echter niet weg dat het eigen vermogen van de vennootschap waarover de koper van de aandelen de zeggenschap verwerft, in het algemeen en behoudens bijzondere omstandigheden, die echter niet gesteld of gebleken zijn, wel deel uitmaakt van de door de koper verworven waarde. Dit ligt in het onderhavige geval te meer voor de hand nu de voor de aandelen overeengekomen koopprijs gelijk was aan het eigen vermogen volgens de overnamebalans, te weten € 874.936,00. Hieruit volgt dat, als het eigen vermogen van de vennootschap lager is dan waarop de koper mocht vertrouwen, hij schade lijdt ten bedrage van het verschil. Uitgaande van de door de rechtbank aangenomen schending van de balansgarantie, is dus de vordering van Bloemendael geheel of ten dele toewijsbaar zodat de bestreden vonnissen vernietigd dienen te worden.”

⁴⁸ Vgl. HR 9 juni 1995, NJ 1995, 69.

⁴⁹ Vgl. Conclusie A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2018:513, randnr. 4.9: ”Er zijn dan feitelijk twee redenen om het leerstuk van de afgeleide schade buiten beeld te laten: niet alleen is sprake van een normschending jegens de koper (tevens aandeelhouder), maar deze is ook direct in zijn vermogen geraakt doordat hij een te hoge koopprijs heeft betaald. Zijn schade lijdt hij dus niet via het vermogen van de vennootschap maar rechtstreeks.”

⁵⁰ Vgl. Hof Den Bosch 13 februari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:575 (r.o 9.18).

⁵¹ Vgl. ook: Rb Rotterdam 13 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2672: 4.9.” Dat een aanpassing van de koopprijs behoort plaats te vinden, acht de rechtbank evident. In feite is tussen partijen niet in geschil dat de overnamebalans die aan de transportakte was gehecht de financiële stand van zaken van dat moment niet correct weergaf. “

⁵² Vgl. M. Uijen, Schadeberekening bij overnames, Contracteren 2004, p.101.

Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten

synergievoordelen. Komen deze posten ook voor vergoeding in aanmerking? Ik zou in beginsel menen van niet.⁵³ Hoe te verklaren?

In het kader van het schatten van toekomstige schade (artikel 6:105 BW) dient te worden opgemerkt dat wanneer aannemelijk is *dat* er schade is geleden een rechter niet van begroting van de toekomstige schade mag afzien.⁵⁴ Echter,⁵⁵ de rechter moet vooral kijken naar de goede en kwade kansen dat de (latente) schade zich in de toekomst zal openbaren.

Tjon Tjin Tai merkt in zijn studie over schadebegroting het volgende op: “Bij een precieze berekening zou men iedere schadepost tot in zijn kleinste onderdelen moeten ontleden en voor iedere post afzonderlijk nagaan of deze in sine qua non-verband en toerekeningsverband met het voorval staat.”⁵⁶ Een opmerking waarin ik mij volledig kan vinden.

Wat is hier het schade veroorzakende voorval? Kan de asbestvervuiling in de targetvennootschap als schade veroorzakend voorval worden beschouwd? Ik zou menen dat zulks alleen maar is te begrijpen wanneer indachtig de geschonden norm – de aandelen reflecteren geen reële marktwaarde – door het voorval die marktwaarde van de aandelen is aangetast. De normschending zit dus niet in de asbestvervuiling, maar in de – daaruit voortvloeiende – beperking van de belofte. Er bestaat immers ook geen nakomingsvordering tot het opheffen door de verkoper, van de asbestvervuiling.⁵⁷ Het punt dat ik wil maken is dat de c.s.q.n.- vaststelling ten aanzien van *die* normschending dient plaats te vinden. Daarvoor dient *niet* de asbestvervuiling als uitgangspunt te worden genomen. Vanuit die

⁵³ Ik zie hier geen spanning met HR 28-03-1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2324 (Wisman/Trijber). De gemiste winst betrof in dat arrest de niet nakoming van een gedane belofte over de verschuldigde koopprijs, dan vind ik wat anders dan hetgeen ik hier bepleit.

⁵⁴ Zie Tjong Tjin Tai, a.w., p. 28 en 29.

⁵⁵ Zie HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273 r.o “3.3.2 (..) De stelplicht en bewijslast van het bestaan en de omvang van de schade liggen in beginsel op de benadeelde. Aan de benadeelde mogen in dit verband echter geen strenge eisen worden gesteld; het is immers de aansprakelijke veroorzaker van het ongeval die aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in die hypothetische situatie zou zijn geschied. Bij de beoordeling van de hypothetische situatie komt het dan ook aan op hetgeen hieromtrent redelijkerwijs te verwachten valt (HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, NJ 1998/624; HR 14 januari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4277, NJ 2000/437). In dat verband dienen de goede en kwade kansen te worden afgewogen, bij welke afweging de rechter een aanzienlijke mate van vrijheid heeft. Hoewel het resultaat van die afweging in cassatie beperkt toetsbaar is, dient het oordeel van de rechter wel consistent en begrijpelijk te zijn.”

⁵⁶ Zie Tjong Tjin Tai, a.w., p. 12.

⁵⁷ Vgl. Rechtbank Arnhem 6 juni 2006, ECLI:NL:RBARN:2007:BA8779: “4.17. Bij de aktewisseling zal tevens aan de orde kunnen komen wat de consequentie is indien de schending van de garantie door RD Beheer komt vast te staan. De overeenkomst bevat geen regeling welke remedie [eiser] Beheer c.s. dan heeft. [eiser] Beheer c.s. gaat er vanuit dat zij dan aanspraak heeft op vergoeding van alle kosten die zij moet maken om alsnog aan de milieuvoorschriften te voldoen. De rechtbank tekent daarbij aan dat in die redenering uitsluitend in aanmerking kunnen komen de kosten om de bedrijfsvoering ten tijde van de overeenkomst aan de op dat moment geldende voorschriften te laten voldoen.”

Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten

visie bezien, zal dat tot andere uitkomsten leiden bij de schadebegroting en de schadetoerekening, althans daarvan ben overtuigd.

Het moment van de meting van die belofte is het moment van de closing. Het herstel van de schending van de belofte, dient zich dan ook te richten op het moment van de closing.

Hoe nu om te gaan met de gedeerde winst? Evenmin zoals de wetgever het schadebegrip heeft gedefinieerd in artikel 6:95 BW, heeft de wetgever dat gedaan voor de begrippen geleden verlies en gedeerde winst in artikel 6:96 BW.

Kunnen de door Uijen genoemde posten louter omdat zij een financieel nadeel kunnen omsluiten, ook in de schadebegroting worden meegenomen?

Dan moet eerst worden vastgesteld dat *dat* financiële nadeel in voldoende causaal verband *kan* staan met de gemaakte fout, m.a.w. is er wel causaal verband aanwezig.

Uit HR 6 januari 2017,⁵⁸ valt voor onrechtmatige daad te leren, dat het causale verband als bedoeld in art. 6:162 lid 1 BW (het *condicio sine qua non*-verband), moet worden vastgesteld door vergelijking van enerzijds de situatie zoals die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, en anderzijds de hypothetische situatie die zich zou hebben voorgedaan als de onrechtmatige gedraging achterwege was gebleven.

Let wel, dit is niet hetzelfde als de regel die de Hoge Raad heeft geformuleerd voor het vaststellen van de omvang van de geleden schade.⁵⁹

Wanneer de in het hierboven genoemde arrest geformuleerde regel – en ik heb geen reden daaraan te twijfelen – ook voor artikel 6:74 BW opgaat, kan betwijfeld worden of de betreffende schadeposten, en meer in het bijzonder de gedeerde winst, in voldoende causaal verband staan met de gestelde normschending. Wanneer de normschending namelijk wordt weggedacht is op voorhand lang niet zeker of dat effect heeft op een mogelijke dividenduitkering. Als het bedoelde c.s.q.n-verband⁶⁰ aanwezig is, dient er overigens nog op grond van artikel 6:98 BW te worden vastgesteld of⁶¹ de betreffende schadepost⁶² wordt toegerekend.⁶³

⁵⁸ Zie HR 6 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:18.

⁵⁹ Zie Tjong Tjin Tai, a.w., p.97.

⁶⁰ Zie voor het causale verband bij een aandelenovername en het "leeghalen" van de vennootschap: Hoge Raad 9 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1053, r.o 4.3.2.

⁶¹ Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 13 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7753, r.o 4.26-4.28.

⁶² Vgl. Rb Arnhem, 11 januari 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BV2152 "4.40. Ten slotte overweegt de rechtbank en acht zij beslissend dat Connexxion kennelijk teleurgesteld is in haar verwachting dat Novio Techniek deze verliezen in de toekomst middels carry forward zou kunnen verrekenen met belastbare winsten. Nog

Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten

Ik zou bij dit onderwerp met kracht willen bepleiten dat het *waarom* van schadevergoeding zoals hierboven omschreven onder hoofdstuk 1, hierbij goed in de gaten moet worden gehouden. In dat licht bezien is de component *gederfde winst* bij het schadebegrip van artikel 6:96 BW, wat mij betreft überhaupt – vanwege causaliteits-redenen⁶⁴ – al een rare eend in de bijt van schadevergoeding.

Ik blijf er aandacht op vestigen dat de geschonden norm in de door mij gepresenteerde casus inhoudt dat de aandelen tegen een niet reële koopprijs zijn aangeboden.⁶⁵ Een correctie op de koopprijs haalt de normschending weg, het c.s.q.n-verband met andere schadeposten, lijkt mij dan moeilijk aan te nemen.

Ik zou – voor zover het de feiten en de presumpties in deze casuspositie betreft – in ieder geval voor misgelopen dividend voorshands menen dat het causale verband tussen de normschending en de gederfde dividend afwezig is omdat de oorsprong van dit type uitkering gelegen is in een bestuursbesluit tot uitkering daarvan. Ook wanneer de middelen een dergelijke uitkering toe laten, wil dat niet meebrengen dat een dividenduitkering zal plaatsvinden.⁶⁶

daargelaten dat het helemaal de vraag is in hoeverre deze verwachting gerechtvaardigd was, gezien de in duur beperkte mogelijkheid van verrekening van verliezen en de ten tijde van de closing ogenschijnlijk structurele verlieslatendheid van Novio Techniek, moet deze klacht stranden op het gegeven dat na de intentieverklaring, mede op grond van het due diligence onderzoek, bij Connexion ernstige twijfels zijn gerezen omtrent de juistheid van het opgegeven eigen vermogen, waarin die verliezen, naar kan worden aangenomen, waren verwerkt.”

⁶³ Vgl. Rb. Midden Nederland 18 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2567 (r.o 4.45).

⁶⁴ Wat opvalt is dat J. Joling en E.M. Vermeulen, *daaraan* geen aandacht besteden in hun artikel: “De berekening van vermogensschade wegens gederfde winst of geleden verlies”, in WPNR 2011, 6896, p. 641-652.

⁶⁵ Natuurlijk ben ik mij er van bewust dat uit rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat aandeelhouders schadevergoeding kunnen vorderen voor de vermindering van de waarde van hun aandelen indien zij dergelijke schade hebben geleden als gevolg van een schending van een specifiek jegens hen in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm. In een geval als door mij geschetst, zie ik niet 1-2-3 een schending van een dergelijke zorgvuldigheidsnorm het betreft andere casus-posities. Vgl: HR 2 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3671 : “3.4 (...) Het hof heeft niet miskend dat Kessock c.s. als aandeelhouders van de vennootschappen schadevergoeding van SFT kunnen vorderen voor de vermindering van de waarde van hun aandelen in de vennootschappen (‘afgeleide schade’), indien zij dergelijke schade hebben geleden als gevolg van schending door SFT van een jegens hen geldende specifieke zorgvuldigheidsverplichting (vgl. HR 2 december 1994, nr. 15511, NJ 1995, 288 en HR 16 februari 2007, nr. C05/173, NJ 2007, 256 (rov. 3.3 onder (c)). Evenmin heeft het hof miskend dat aan vergoeding van dergelijke schade niet in de weg staat dat die schade voor de vennootschappen ‘definitief’ is geworden op de grond dat een vordering van de vennootschappen tot vergoeding van die schade in rechte is afgewezen en de vennootschappen daarin berust hebben.” G.M. Menon & T.H.M. van Wechem, *Afgeleide en rechtstreekse schade revisited* HR 2 november 2007, NJ 2008, 5 (Kessock c.s./S.F.T. Bank N.V.), Vra 2008, 1, p. 95-116.

⁶⁶ Vgl. conclusie A-G Timmerman ECLI:NL:PHR:2017:657, (vóór Hoge Raad 29 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2521) “3.13 De gevorderde schadevergoeding heeft betrekking op gemiste winst, in het bijzonder gemiste winstuitkeringen en waardeinstijgingen van haar dochterbedrijven. Dit is ook wel verklaarbaar. Cross Options kan op basis van wanprestatie (haar eigen grondslag) niet rechtstreeks de schade van haar ochters vorderen. En ook een lastgeving of cessie zou dat niet anders maken, aangezien Cross Options op die basis alleen de (eventuele; hiervoor 3.11) vordering van de dochters uit onrechtmatige daad zou kunnen uitoefenen. Cross Options heeft benadrukt dat zij geen schadevergoeding vordert als aandeelhouder, maar

Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten

Daarenboven dient te worden bedacht dat wanneer deze posten wèl als schade zouden kwalificeren die in c.s.q.n.-verband staat met de normschending, de vraag of koper B B.V. de hierboven genoemde schade(posten) heeft geleden, ook dan mede zal afhangen van de beslissingen die binnen het beleid van de target vennootschap T B.V. zijn genomen. Dus ook bij de toerekening van artikel 6:98 BW kan dit een rol spelen. Ook bij afwezigheid van asbestvervuiling had er bijvoorbeeld wellicht geen dividend uitkering plaatsgevonden, om redenen die de target betreffen. Niet gezegd is immers dat B B.V. ook bestuurder is van T B.V. en zelfs dan kunnen genomen bestuurbeslissingen anders uitpakken dan vooraf is beoogd.

Ik wil in deze context opmerken dat - als ik de stellingen van advocaten zou geloven - in het land van "what if", de zon wel erg vaak en erg krachtig voor de (aandelen) koper schijnt. Er wordt te gemakkelijk geabstraheerd van de geschonden norm én van het tijdstip waarop de geschonden prestatie geleverd had moeten worden en van *waaruit* de geleden (en de potentieel te lijden) schade moet worden vastgesteld en berekend, inclusief het daarmee corresponderende c.s.q.n.-verband.

Samenvattend: Ik zou in de onderhavige casus in beginsel dus een grote terughoudend bepleiten voor de toekenning van schadevergoeding en deze beperken⁶⁷ tot schadevergoeding die een equivalent is van een aanpassing van de koopprijs. De *aard* van de geschonden norm, nogmaals, zou daarbij voor mij doorslaggevend zijn en deze zou wat mij betreft centraal dienen te staan. In dat kader zou ook nog aandacht gevraagd kunnen worden voor het leerstuk van de relativiteit. Of te wel, strekt de geschonden norm ter voorkoming van het ontstaan van de betreffende schade. Het vereiste van relativiteit is natuurlijk voor zover de rechtsgrond van de vordering in onrechtmatige daad is gelegen, in artikel 6:163 BW verankerd. Echter, ook in het contractenrecht steekt dit vereiste de kop op.⁶⁸

Ik wil hierbij tevens nog aandacht vragen voor het volgende.

juist als contractspartij van ING (vonnis, rov. 4.3.). Die stelling doet er echter niet aan af dat de door haar gestelde schade een afgeleide is van het nadeel dat de dochters van de tekortkoming van ING hebben ondervonden."

⁶⁷ Zie in vergelijkbare zin: Hof Amsterdam 14 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4215 (onder 3.24).

⁶⁸ HR 1 juni 2012, LJN BU5609 (Esmilo/Mediq). De Hoge Raad overwoog: Bij de beoordeling van de vraag of een dergelijke overeenkomst in strijd is met de openbare orde dient de rechter in elk geval te betrekken (i) welke belangen door de geschonden regel worden beschermd (*cursief EvW*), (ii) of door de inbreuk op de regel fundamentele beginselen worden geschonden, (iii) of partijen zich van de inbreuk op de regel bewust waren, en (iv) of de regel in een sanctie voorziet, en daarvan in de motivering van zijn oordeel rekenschap af te leggen. Zie ook: HR 7 april 2000, LJN AA5401, NJ 2000/652 m.nt. J. Hijma, HR 11 mei 2001, LJN AB1555, NJ 2002/364 m.nt. J. Hijma, HR 5 juni 2009, LJN BH2822, RvdW 2009/685. Vgl. V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. Amsterdam), 2002, p. 25-29; Jac. Hijma, 'De ongeoorloofde oorzaak', WPNR 1991 (6030), p. 886.

Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten

Scharnierend in deze zaak zijn – althans zoals ik het zie – de gevolgen van de normschending “de aandelen reflecteren niet de waarde waar de koper ten tijden van het sluiten van de koopovereenkomst van mocht uitgaan”. Dit betreft dus een schending van een contractuele norm. Wanneer we het Hoge Raad arrest Kinheim/Pelders⁶⁹ beschouwen dan is één van de kern overwegingen de volgende: “Wanneer evenwel de schuldenaar die ondeugdelijk heeft gepresteerd, nog de gelegenheid heeft alsnog deugdelijk na te komen, bestaat de mogelijkheid dat de schuldeiser ten gevolge van het gebrek in de aanvankelijk geleverde prestatie schade heeft geleden die hij niet zou hebben geleden indien aanstonds deugdelijk was gepresteerd, en die niet door de vervangende prestatie wordt weggenomen. In zoverre is de tekortkoming dan niet voor herstel vatbaar en is de nakoming blijvend onmogelijk in de zin van art. 6:74 en art. 6:81.”

Wanneer we de prestatie en de corresponderende normschending in het licht van dit arrest bezien, dan zou gesteld kunnen worden dat door de correctie in de koopprijs⁷⁰ (het herstel) de schade wordt weggenomen omdat daarmee de inbreuk *van* de geschonden norm is hersteld.⁷¹ M.a.w. betreft de koopprijscorrectie dan eigenlijk niet meer een nakomingsvordering dan een schadevergoedingsvordering? Het gaat mij dan te ver om in dat geval voor zover het andere schadevorderingen betreft causaal verband met die andere schadeposten aan te nemen. Dan zou namelijk een dubbeltelling plaatsvinden, de “schade-correctie” heeft immers plaatsgevonden. Zoals eerder opgemerkt, schade heeft vele gezichten. Tot slot, ter onderbouwing van mijn visie op dit geheel wil ik er ook op wijzen dat schade als gevolg van het niet tijdig beschikken over een geldsom, gefixeerd is op de wettelijk rente (art. 6:119 BW). Wanneer de normschending dus als financieel nadeel wordt beschouwd, is in het gegeven voorbeeld de fixatie tot de geldelijke waardevermindering niet per se een extreme gedachte.⁷² Let wel: veel van wat ik betoog is terug te voeren tot een uitleg van de geschonden norm. De vraag die voor verder in het betoog van belang wordt is, of afgegeven garanties, een groot verschil zullen kunnen uitmaken.⁷³

⁶⁹ HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4732.

⁷⁰ Vgl. Hof Amsterdam, 31 augustus 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO1294: “3.46 Bij behandeling van deze grieven heeft B.A.K. Beheer evenmin nog belang. Naar haar eigen stelling was de koopprijs immers gebaseerd op de toekomstverwachting die weer werd gevoed door de (omzet)begroting voor 2002. Ten aanzien van de met deze begroting samenhangende informatie heeft het hof al geoordeeld dat Havenmeester Vis Beheer de garanties heeft geschonden. Uit enig niet getrouw beeld geven van de jaarrekening 2001 is daarnaast geen schade voortgevloeid, althans dat is door B.A.K. Beheer onvoldoende gemotiveerd aangegeven.”

⁷¹ De discussie over een negatieve koopprijs, laat ik hier buiten beschouwing, vgl. R.G.J. de Haan bij ECLI:NL:RBSGR:2007:BB3446, Rechtbank 's-Gravenhage, 27-06-2007, JOR 2009/2 in zijn noot onder 6.

⁷² Zie voor de wettelijk rente (art. 6:119 BW) bij het schenden van een balansgarantie, HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3106.

⁷³ Vgl. E. Kraaijveld en J.L.M.W. Louwers, Garantie bij overnames, in Garanties in de rechtspraak (Van Rossum/Kuypers (red.), p.353-381, Kluwer, 2015.

Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten

Resteren in de casus nog de vragen of er sprake kan zijn voor de toepassing van het leerstuk eigen schuld en/of voordeelstoerekening: aspecten aan de zijde van koper B. B.V die op het begrote of toe te rekenen schadebedrag van invloed kunnen zijn.

Uit het arrest van de Hoge Raad van 16 december 2016⁷⁴ valt te leren dat een eventueel uit schending van de mededelingsplicht voortvloeiende verplichting van de verkoper tot schadevergoeding, op de voet van art. 6:101 lid 1 BW kan worden verminderd indien de onjuiste voorstelling van zaken mede is te wijten aan de koper, bijvoorbeeld door gebrek aan onderzoek aan zijn zijde. In de door mij hierboven geschetste casus, is er niet over de aanwezigheid van eventuele schending van mededelingsplichten of onderzoeksplichten⁷⁵ gerept, de casus is immers simplistisch. In de praktijk⁷⁶ zien we deze “plichten” echter vaak in casusposities terug.⁷⁷ Vandaar het uitstapje naar dit thema. In het NJB⁷⁸ heb ik betoogd dat dit arrest een - wat mij betreft - merkwaardige invulling van het causaliteitsbegrip mee brengt, en dat daarom wat mij betreft schending van de onderzoeksplicht geen eigen schuld kan opleveren. Echter, de Hoge Raad heeft anders geoordeeld.

Wat te doen met het voordeel dat koper B in zijn concern heeft genoten als synergievoordeel en dat zowel feitelijk als fiscaal⁷⁹ kan zijn. De fiscaliteit⁸⁰ laat ik hier buiten beschouwing.⁸¹ In beginsel⁸² zou ik menen dat de synergie⁸³ - “voordelen” van koper B bij de vaststelling van de omvang van de

⁷⁴ HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2884.

⁷⁵ Zie over informatierechten bij overnames: L.J.E. Timmer, Contractuele informatierechten in overnamecontracten en aandeelhoudersovereenkomsten, Contracteren 2017, p. 118-126.

⁷⁶ Vgl. HR 23 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AL7051. Zie ook: Hof Arnhem-Leeuwarden, 29 oktober 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8114.

⁷⁷ Zie hierover ook: Tjittes a.w., p. 459 en 460.

⁷⁸ T.H.M. van Wechem, Mededelingsplichten vs. onderzoeksplichten bij overeenkomsten Schuift de Hoge Raad in zijn vaste leer – enigszins verscholen – op naar het zwaartepunt van de onderzoeksplicht? NJB 2017/668 p. 804 : “Met Jansen ben ik echter van mening dat het niet onderzoeken géén eigen schuld in de zin van artikel 6:101 BW zou moeten opleveren. Immers hiermee wordt met terugwerkende kracht het causale karakter van de geschonden mededelingsplicht ondergraven.”

⁷⁹ Vgl. Hof Leeuwarden, 5 oktober 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BN9670.

⁸⁰ Vgl. Rb Zutphen 2 juli 2008, ECLI:NL:RBZUT:2008:BF0340: “5.23. Uit het vorenstaande volgt dat, anders dan VAR stelt, noch uit de tekst van de koopovereenkomst en de daarvan deel uitmakende bijlagen, noch uit de geschiedenis van de totstandkoming daarvan, zoals vastgelegd in de daaraan voorafgaande correspondentie, valt af te leiden dat partijen er voor hebben gekozen om ook het fiscale risico, dat zich heeft gemanifesteerd door het aannemen van een “uitdeling” door de Belastingdienst en de belastingrechter, af te dekken. Daarentegen valt uit de adviezen van mr. Boon veeleer af te leiden dat VAR dit risico voor lief heeft willen nemen.” Zie ook Hof Den Bosch 21 november 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BV0359.

⁸¹ Ik verwijs daartoe naar de volgende artikelen: R.J. Bondrager en O.E. van der Donk, fiscale bepalingen in internationale overnamecontracten, WFR 2012/840 en R.J. Bondrager, Belastinglatenties en overnamecontracten, Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk 2014/170, p. 30-34. Zie over de waardering van een fiscale balansgarantie: HR 25 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4382. Zie voor aandelenoverdracht en fiscaliteit ook: Hoge Raad 23 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2124.

⁸² Vgl. Rb Midden Nederland, 24 april 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA0808 (r.o 4.10).

⁸³ Vgl. Hof Amsterdam, 18 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2945, “3.24Swisspartners heeft ter betwisting van de gevorderde schade nog de stelling betrokken “dat Vastned aanvankelijk een aanzienlijk liquiditeitsvoordeel

Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten

gepretendeerde schade kunnen worden betrokken, ofwel via de schadebegroting van artikel 6:97 BW danwel via de regel van voordeelstoerekening van artikel 6:100 BW. In zijn arrest van 29 juni 2018,⁸⁴ oordeelde de Hoge Raad dat als het hof heeft geoordeeld dat de verkrijging van de contractuele boete geen voordeel kan opleveren omdat deze van een derde is ontvangen, dat oordeel blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Ik meen hier uit tot concluderen dat ook synergievoordelen die via derden worden “genoten”, bij de schadebegroting⁸⁵ kunnen worden betrokken, althans wanneer de betreffende vordering van koper B een vordering tot schadevergoeding⁸⁶ behelst.⁸⁷

Lopen de hazen anders indien in de geschetste casus de normschending anders wordt gedefinieerd namelijk zoals hierboven is aangegeven in die zin dat de belofte van verkoper A B.V. zou behelzen dat koper B B.V. (de aandelen) in een target zou kopen met welke target niets mis was, m.a.w. de koopovereenkomst heeft betrekking op de koop van de onderneming en niet op die van de aandelen?

Kan in dit geval de parallel worden getrokken met het Hoge Raad arrest van 8 juli 2011?⁸⁸ Bij een activa/passiva transactie waar de “goodwill”, “bad wil” bleek, wees het hof de vordering van de

heeft genoten, juist doordat zij in 1997 boekwinst heeft toegevoegd aan de herinvesteringsreserve” (mvg onder 10.4). Zonder toelichting - die ontbreekt - valt echter niet in te zien wat daarvan het belang is voor de toepassing van art. 2 lid 1 van de Koopovereenkomst, nu voor de vaststelling van de schade op de voet van dat beding de Overnamebalans als uitgangspunt geldt en het door Swisspartners bedoelde liquiditeitsvoordeel - wat daar ook van zij - kennelijk van daarna dateert, althans gesteld noch is gebleken dat het in de Overnamebalans opgenomen was of had behoren te zijn. Bij deze stand van zaken wordt aan het door Swisspartners op dit punt aangeboden bewijs door een deskundigenbericht niet toegekomen.”

⁸⁴ HR 29 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:1027.

⁸⁵ Ik schat Tjittes, a.w., p. 460 in dat hij géén ruimte ziet voor de toepassing van de regel van voordeelstoerekening van artikel 6:100 BW in een casus als door mij geschetst omdat er niet sprake is van “dezelfde gebeurtenis” en derhalve niet aan de dubbele causaliteitsmaatstaf is voldaan. Nu uit de inhoudsopgave van zijn boek blijkt dat hij het arrest van 29 juni niet in zijn analyse heeft kunnen betrekken, is het voor mij niet zeker of hij het aldaar ingenomen standpunt ook na het wijzen van voornoemd arrest handhaaft.

⁸⁶ Mocht dit gezien worden als een nakomingsvordering, dan is er voor toepassing van artikel 6:101 BW geen plaats. Zo ook Tjittes, a.w., p.465, noot 183.

⁸⁷ Zie in dezen teven het – inmiddels - standaardarrest HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483, NJ 2017/262 (TenneT/ABB), rov. 4.4.3.”Bij de beoordeling van een beroep op voordeelstoerekening (art. 6:100 BW) gaat het erom dat genoten voordelen, voor zover dat redelijk is, mede in aanmerking behoren te worden genomen bij de vaststelling van de te vergoeden schade. Daarvoor is allereerst vereist dat tussen de normschending en de gestelde voordelen een condicio sine qua non-verband bestaat, in die zin dat in de omstandigheden van het geval sprake is van een voordeel dat zonder de normschending niet zou zijn opgekomen. Voorts dient het met inachtneming van de in art. 6:98 BW besloten maatstaf redelijk te zijn dat die voordelen in rekening worden gebracht bij de vaststelling van de te vergoeden schade.”

⁸⁸ HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5068.

Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten

koper af, omdat “goodwill” niet onder het conformiteitsbegrip van de koopovereenkomst was te brengen.⁸⁹

De Hoge Raad⁹⁰ oordeelde: “ 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 (..). 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 (..)”

De normschending van verkoper A betreft dan in het gegeven voorbeeld van de aandelenverkoop, de schending van de belofte dat de target de asbestvervuiling eigenschappen mist. Hoewel nu de gedachte op zou kunnen komen dat B B.V. dan wèl “zijn schade” vergoed zou kunnen krijgen, meen ik dat die schade zich ook dan beperkt tot de schade die B B.V. *lijdt*, en niet ziet op de kosten die de target vennootschap⁹¹ moet maken en het ongemak dat deze heeft geleden.⁹² In het hierboven aangehaalde Hoge Raad arrest was de onderneming aan de koper overgedragen en was de kopende onderneming een zelfstandige entiteit die *zelf* schade kon lijden.

Dit leidt er dan enkel toe dat *het bewijs* dat de asbestvervuiling gezien kan worden als een normschending, gemakkelijker door koper B te leveren zal zijn, maar heeft geen effect op de omvang van de *daardoor* door koper B geleden schade. Ook in dat geval zullen de door de target gemaakte kosten niet als schade door B. B.V. geleden aangemerkt kunnen worden, althans zo kijk ik er naar.⁹³

⁸⁹ Zie T.H.M. van Wechem, Kwalificatie van de koopovereenkomst: what's in a name? Contracteren 2011, p. 75 e.v.

⁹⁰ Op dat punt door mij bekritiseerd, NJB 2012/879.

⁹¹ Cryptisch, Hof Amsterdam, 6 november 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BY8291, r.o 4.42.

⁹² Vgl. conclusie A-G Timmerman ECLI:NL:PHR:2017:657, (vóór Hoge Raad 29 september 2017, ECLI:NL:HR:2017:2521).

⁹³ Vgl. Hof Amsterdam 3 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1747, r.o 3.4 “Het hof is van oordeel dat Cross Options ten aanzien van haar vermogensrechtelijke positie niet één op één kan worden vereenzelvigd met haar werkmaatschappijen. Cross Options dient feiten en omstandigheden te stellen en, gezien de gemotiveerde betwisting door ING, te bewijzen waaruit het bestaan en de omvang van haar eigen schade blijkt.”

Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten

3 Het begrip schade in contractclausules bij overnameovereenkomsten in de praktijk.

In de praktijk treft men in overnameovereenkomsten een veelheid aan clausules aan, welke clausules natuurlijk niet separaat van de overige inhoud van de betreffende overeenkomst kunnen worden beschouwd. Al ware het alleen maar omdat een aantal contracten zogenaamde verkoperscontracten zijn en weer andere contracten koperscontracten. Toch valt bij een aantal clausules het volgende op, zoals ik deze in de praktijk, de rechtsliteratuur en in de rechtspraak hierover zie langskomen.

Ik bespreek hieronder drie voorbeelden:

Voorbeeld 1

Aansprakelijkheid

“In geval van een inbreuk op enige garantie zullen Verkopers Koper en –naar keuze van aandeelhouders van Koper en/of de Vennootschap de Vennootschap volledig schadeloosstellen voor alle daaruit voortvloeiende schade in de zin van art. 6:95 BW door Koper en –naar keuze van aandeelhouders van Koper en/of de Vennootschap - de Vennootschap in de positie brengen waarin deze had (hadden) verkeerd zonder de inbreuk.”⁹⁴

Hoe deze clausule te interpreteren? Dient deze afspraak te worden gelezen als een nakomingsvordering (van de garantie) of als een recht op schadevergoeding wegens schending van een garantie?

De verwijzing naar artikel 6:95 BW lijkt mij volstrekt zinledig⁹⁵ omdat artikel 6:95 BW - zoals hiervoor vermeld - niet aangeeft *wat* schade is anders dan dat het vermogensschade en ander nadeel behelst.

Of wordt met de verwijzing tot uitdrukking gebracht dat het wettelijke regiem van schadebegroting op de vaststelling van de omvang van schade van toepassing is, dus dat de begroting van de schade onderhevig is aan de bepalingen van afdeling 6.1.10 BW. Als dat zo mocht zijn, hoe dient dan de zinsnede “alle daaruit voortvloeiende schade” te worden gelezen? Want de vraag *of* het conditio sine qua non-verband van zowel artikel 6:74 lid 1 BW of artikel 6:162 lid 1 BW of dat de schadeposten op grond artikel 6:98 BW worden toegerekend, is daarmee niet beantwoord. Dient de betekenis van “daaruit voortvloeiende schade” door toepassing van het leerstuk van Haviltex te worden vastgesteld, of via de regels die de Hoge Raad heeft geformuleerd over schadebegroting?

Hof Amsterdam oordeelde⁹⁶ – in de zaak waaruit deze clausule is ontleend – het laatste: “Als Tiglio slaagt in dat bewijs kan, in het kader van de schade, van belang zijn of sprake is van eigen schuld van

⁹⁴ Te kennen uit: Hof Amsterdam 24 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1022.

⁹⁵ Anders, althans zo begrijp ik hen, E. Kraaijveld en J.L.M.W. Louwers, a.w., p. 271.

Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten

Tiglio, met name in de vorm van het niet naleven van de schadebeperkingsplicht door Tiglio zoals [appellant] meent. [appellant] stelt immers, dat het alsnog afronden van de werkzaamheden zodat aan de technische eisen zou worden voldaan en/of de benodigde vergunning zou kunnen worden verstrekt ertoe zou hebben geleid dat de subsidie niet terugbetaald zou hoeven worden.”

Maar dat is nog niet alles. De Vennootschap, zoals in de clause geduid, is geen contractspartij bij de overeenkomst. Waaraan kan zij haar rechtspositie jegens de Verkopers ontleen? Dan dient deze clause ten minste te worden aangemerkt als een derdenbeding in de betekenis van artikel 6:253 BW. Tjittes is daarover – mijn inziens – terecht kritisch en sluit niet uit dat een dergelijke bepaling slechts als betaaladres voor de schade dient te worden beschouwd.⁹⁷ Zoals ik het zie, is het allemaal een kwestie van uitleg.

Het probleem signaleren betekent lang niet altijd dat het dan ook gemakkelijk kan worden opgelost. Ik zou beginnen met in dergelijke clauses het schadebegrip te vermijden omdat ik vermoed dat met het begrip schade niets anders wordt bedoeld dan “een bedrag in geld”. Dat gezegd hebbend zou ik er in beginsel veel voor voelen om een constructie te kiezen waar de koper aangeeft dat hij bij schending van een garantie recht heeft op een geldbedrag ter grootte van het bedrag dat voor de koper nodig is om de inbreuk op de garantie te herstellen, teneinde de koper in de positie te brengen als ware de garantiebepaling niet geschonden. In dat geval is tenminste duidelijk dat het hier om een nakomingsvordering gaat, waarvan de omvang (via uitleg) kan worden vastgesteld en niet om een vordering tot schadevergoeding, waarbij tegen de problemen aangelopen kan worden als hiervoor onder hoofdstuk 1 en 2 geschetst. Ik sluit overigens niet uit dat een dergelijke bepaling ook zou kunnen worden beschouwd (uitgelegd) als een boeteclause (artikel 6:91 BW), omdat deze voorziening *in de plaats* komt van schadevergoeding. Maar ook dat is een kwestie van uitleg en wellicht een onderwerp voor nader onderzoek. Dit laatste speelt temeer voor zover het de positie van de Vennootschap als in de clause bedoeld betreft. Ik zou, in een dergelijke clause, ook expliciteren dat de clause dient te worden aangemerkt als een derdenbeding in de betekenis van artikel 6:253 BW en deze dan door de Koper namens de Vennootschap laten aanvaarden. Ook dan zal het woord schade vervangen dienen te worden zoals hierboven is aangegeven.

Voorbeeld 2

⁹⁶ Hof Amsterdam 24 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1022. (r.o 3.7).

⁹⁷ Tjittes a.w., p. 461.

Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten

“In case of a Breach, Seller shall only be liable towards Purchaser for any and all damages of Purchaser within the meaning of section 6:96 DCC (vermogensschade)resulting from such Breach.”⁹⁸

Möller merkt hierover onder meer op: “Door in de definitie van schade te verwijzen naar artikel 6:96 BW, zonder daarbij een specifieke regeling te treffen voor de kosten, beperkt een koper zijn verhaalsmogelijkheden”. Hij ziet hierin een beperking van het “ander nadeel” waar artikel 6:95 BW op ziet. Terecht geeft hij aan dat dit slechts marginaal is omdat dat in de context van een overnamecontract niet goed denkbaar is dat er door de koper immateriële schade wordt geleden. Maar artikel 6:96 lid 2 BW biedt slechts een mogelijkheid om redelijke kosten claimen, en in dat licht beschouwd kan deze clause beperkend werken wanneer de koper niet een bepaling opneemt die hem de bevoegdheid geeft om alle kosten (bijvoorbeeld ter vaststelling van de schade, en ter voorkoming daarvan) te claimen, aldus Möller. Ook bij deze beschouwing valt weer op dat er niet gekeken wordt naar waar het wat mij betreft echt wringt, namelijk het “within the meaning of section 6:96 BW” en het “resulting from”. Een dergelijke clause geeft gezins aan waar de schade dan wèl uit bestaat en of het causale verband aanwezig is of dient te zijn en op welke schadeposten deze betrekking heeft.

Voorbeeld 3

“The damages payable by the Seller in respect of any Breach (after taking into account all compensating factors) shall be calculated on a euro-for-euro basis (i.e. without multiplication) and shall be limited to the amount necessary to indemnify the Purchaser for the loss of or costs to them as a result of the facts giving rise to a Breach. The amount of the damages are to be determined on the basis of sections 6:95 and 6:96 of the Dutch Civil Code.”⁹⁹

Wanneer de koopprijs van de aandelen wordt bepaald door middel van de discounted cashflow methode, dan rijst de vraag of deze wijze waarop de koopprijs wordt bepaald, van invloed kan zijn op de omvang van de schadeplichtigheid wanneer blijkt dat de koopprijs op een onjuist wijze is vastgesteld vanwege bijvoorbeeld onjuistheid in de daarvoor aangeleverde gegevens. Veelal wordt de EBITDA¹⁰⁰ (Earnings Before Interest, Taxes Depreciation and Amortization)¹⁰¹ vermenigvuldigd met een factor (x) om op die wijze de koopprijs te betalen. Wanneer er sprake is van een tekortkoming (Breach) dan rijst de vraag of er een correctie van de koopprijs moet plaatsvinden

⁹⁸ Ontleend aan J.M. Möller, V&O, 2008 no 2.

⁹⁹ Ontleend aan Tjittes, Contracteren 2015, no. 4, p. 113.

¹⁰⁰ Zie Rb. Midden Nederland, 19 februari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:457 (r.o 4.40).

¹⁰¹ Zie Rb. Midden Nederland 19 maart 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:7517.

Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten

indachtig het gegeven dat er dan x maal teveel is betaald, of dat de schade op een andere wijze moet worden vastgesteld. De clause bepaalt het laatste. Ik val in herhaling als ik zeg dat de laatste zin, zoals ik naar het onderwerp kijk, niets toevoegt, want “op grond” (“on the basis”) van artikel 6:95 en 6:96 BW wordt de schade niet vastgesteld. Natuurlijk zal in dit contract het recht op ontbinding (en naar ik aanneem ook dat voor gedeeltelijke ontbinding) zijn uitgesloten, zodat op die wijze de koopprijs niet kan worden aangetast. Echter, indachtig hetgeen ik hierboven in hoofdstuk 2 heb opgemerkt, ben ik van mening dat de “echte” schade de correctie in de koopprijs zou dienen te betreffen en deze clause dus geen enkele betrekking heeft op schadeplichtigheid. Ook om die reden vind ik de verwijzing naar de artikelen 6:95 en 6:96 BW niet passend. In dat licht beschouwd laat deze clause zich lezen als een soort exoneratie waar een alternatieve kostenvergoeding wordt geboden en heeft dit weinig of niets met schadevergoeding te maken.

Ik kom tot een afronding.

De overnamepraktijk bedient zich jarenlang van clauses, contracten en systemen die zich kenmerken door een ongebreideld aantal bepalingen waarin per onderwerp dan weer een diversiteit aan voorzieningen en regelingen wordt opgenomen.¹⁰² Ondanks deze precisie, zie ik in een groot aantal van deze overeenkomsten systeemfouten zitten ten aanzien van het onderwerp schade, schadeplichtigheid en omvang van het bedrag aan schadevergoeding. De belangrijkste oorzaak - althans dat is mijn visie - is er in gelegen dat het kooprecht dat (vaak) van toepassing wordt geacht,¹⁰³ een te grofmazig normenkader biedt om schendingen binnen het kooprecht aan geleden schade te koppelen. Ik blijf volharden in mijn mening dat het kooprecht zich niet laat toepassen op de verkoop van aandelen.¹⁰⁴¹⁰⁵ In dit kader wil ik ook wijzen op een overweging uit een Hoge Raad - arrest van 9 september 2018 ondanks dat dat arrest betrekking had op verkoop van activa en passiva.¹⁰⁶ De Hoge Raad oordeelde :” Hoezeer daarin tekortkomingen of op de overnameovereenkomst gegronde betalingsverplichtingen van [verweerder] kunnen zijn gelegen, van non-conformiteit als in art. 7:23 BW bedoeld, is daarmee geen sprake. De vorderingen van WEA zijn immers niet erop gegrond dat wat zij geleverd heeft gekregen, niet aan de overeenkomst beantwoordt.”

¹⁰² Vgl: S.R. Schuit, Tien wijze lessen bij overnamecontracten, Contracteren, 2006, p.4 e.v.

¹⁰³ Zie over het uitsluiten van afdeling 7.1 BW, T.H.M. van Wechem en J.H.M. Spanjaard, Kan de kooptitel worden weggecontracteerd, Contracteren 2012, p. 92 e.v.

¹⁰⁴ Stelling 8 bij mijn proefschrift luidde: “Artikel 7:17 BW en daardoor artikel 7:23 BW kunnen niet via de schakelbepaling van artikel 7:47 BW worden toegepast in het geval van koop van aandelen.”

¹⁰⁵ Het is immers ook niet zonder reden dat de koop van aandelen bijvoorbeeld buiten de reikwijdte van het Weens Koopverdrag is geplaatst. T&C Vermogensrecht, CISG, Christiaans/Van Wechem, aant. 5 artikel 2, p. 2442.

¹⁰⁶ HR 7 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1435.

Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten

De (lagere) rechtspraak en rechtsliteratuur laten echter, nogmaals, een ander beeld zien. Binnen de bundeling van verplichtingen die een verkoper van aandelen – via de contractueel afgegeven garanties – op zich neemt, ligt het veel meer voor de hand om per garantie¹⁰⁷ aan te geven welk geldbedrag de verkoper aan de koper is verschuldigd of de methodiek aan te geven hoe dat geldbedrag wordt berekend, in de plaats van het begrip schade te introduceren en daarbij – zo goed als zinledig – te verwijzen naar de artikelen 6:95 BW en 6:96 BW. Bij het inbrengen van het begrip schade ontkomt men niet aan een (vooraf) analyse over vragen inzake het c-s-q-n-verband, de toerekening op grond van artikel 6:98 BW en de beperkingen die het wettelijke systeem via de artikelen 6:100 en 6:101 BW kunnen meebrengen. Door de door mij voorgestane wijze, worden dit soort moeilijke vraagstukken op een eenvoudige wijze omzeild.

Dankwoord

Dames en heren, aan het slot gekomen van dit betoog wil ik graag een dankwoord uitspreken,

Het College van Bestuur van de Open Universiteit bedank ik voor het in mij gestelde vertrouwen. Het is voor mij een eer om aan deze leerstoel invulling te mogen geven.

Ik dank mijn collega's bij de diverse instellingen, waar ik door de jaren heen werkzaam heb mogen zijn. Natuurlijk de collega's hier bij de OU, maar ook die bij BakerMcKenzie, het Hof Den Bosch, mijn vrienden Marco en Serge bij C-Legal, alsook dank ik de diverse docenten – en natuurlijk Robert - die mij hebben geholpen om van Law@Work een succes te maken. Tim en Monique - mijn promovendi - wens ik veel sterkte bij hun onderzoek.

Een bijzonder woord van dank voor de hooggeleerde Rinkes: Jac we gaan al weer een lange tijd terug en het is door jou en om jou dat ik hier terecht ben gekomen. Dank daarvoor! Ik kijk uit naar een mooie voortzetting van onze samenwerking.

Ook dank ik mijn - inmiddels senior - inspiratoren door de jaren heen: de hooggeleerde (Eltjo) Schrage en de hooggeleerde (Bob) Wessels: altijd geïnteresseerd, altijd een klankbord, altijd enthousiasmerend: mijn dank hiervoor is groot.

Mijn familie en vrienden dank ik ervoor dat zij er altijd voor mij zijn in die situaties dat het er werkelijk toe doet.

¹⁰⁷ Zie voor een mooi voorbeeld hiervan: Hof Den Bosch 8 november 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:495 (r.o. 3.13.2).

Het schadebegrip bij overnameovereenkomsten

Vervolgens dank ik mijn lief Ingrid en mijn kinderen Robin, Tim en Jane: jullie tezamen zijn mijn motor. Het spreekt voor zich dat Thijs en Floris en mijn toekomstige schoonkinderen ook een belangrijke plaats in mijn hart hebben.

Tot slot een woord van onmetelijke dank aan mijn ouders, zonder wie ik hier natuurlijk niet had gestaan. Het zijn de lessen die ik van hen heb meegekregen die mij geleerd hebben de paden in te slaan die ik ben ingeslagen. Zij hadden graag dit moment meegemaakt. Ik heb mijn moeder – voor haar overlijden - nog wel kunnen vertellen dat ik tot hoogleraar ben benoemd. Op de voor haar zo kenmerkende wijze reageerde zij: “Goh jongen wat leuk, wat zou je vader trots zijn geweest. Maar onthoud goed: één gek kan meer vragen dan tien wijzen kunnen antwoorden.”

Dames en heren, ik zal proberen veel vragen te blijven stellen, maar ook om antwoorden daarop te geven.

Dank voor uw aandacht.

Ik heb gezegd.