

LEGAL UPDATE

Schadevergoeding na overname

Datum: 21 september 2018

Op 7 september 2018 heeft de Hoge Raad zijn eerste uitspraken na het zomerreces gepubliceerd. Onder de uitspraken bevindt zich een [interessante uitspraak](#) omtrent schadevergoeding na een overname. Partijen hebben op 18 oktober 2005 een activa/passiva overeenkomst gesloten waarbij de facto het administratiekantoor van Verkoper per 1 januari 2006 is overgenomen door Koper. De koopprijs zal bestaan uit 90% van de omzet die Koper in het boekjaar 2006 realiseert bij de klanten van het administratiekantoor. Verkoper heeft zich verbonden om na 1 januari 2006 nog werkzaamheden voor het administratiekantoor te verrichten. De managementvergoeding die Verkoper vanaf 1 januari 2006 voor zijn werkzaamheden zal ontvangen is opgebouwd uit 45% van de door Verkoper persoonlijk te behalen omzet. Als persoonlijke omzet wordt beschouwd de facturabele uren die Verkoper maakt.

Koper heeft uiteindelijk een bedrag van EUR 471.791,-- aan koopprijs betaald en managementvergoedingen van EUR 99.365,-- (boekjaar 2006) en EUR 72.185,-- (boekjaar 2007). Koper heeft in de periode tussen eind december 2006 en augustus/september 2007 ontdekt dat de uren waarop de voornoemde bedragen zijn gebaseerd niet kloppen. Verkoper heeft uren die door medewerkers van het administratiebureau zijn gewerkt als door hemzelf gewerkte uren opgevoerd en uren opgevoerd die in het geheel niet gewerkt zijn. Als gevolg hiervan heeft Koper een te hoge overnamesom betaald, evenals een te hoge managementvergoedingen, aldus Koper. Koper heeft bovendien schade geleden omdat Verkoper medewerkers tijdens kantooruren heeft ingezet ten behoeve van aan hem gelieerde ondernemingen. Koper entameert in januari 2012 een procedure tegen Verkoper en beroept zich op een toerekenbare tekortkoming van Verkoper onder de koopovereenkomst.

Verkoper verweert zich (onder andere) tegen de vordering van Koper met een beroep op de klachtplicht van artikel 7:23 BW. Deze bepaling bevindt zich in de titel koop en ruil van het BW. Op grond van artikel 7:23 BW dient een koper tijdig te klagen dat hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt. Doet de koper dit niet, dan verliest hij zijn recht om schade te vorderen. Als artikel 7:23 BW van toepassing is geldt tevens een kortere verjaringstermijn voor de vordering. De rechtbank wijst de vorderingen van Koper af waarna Koper in appel gaat bij het hof. Het hof oordeelt dat artikel 7:23 BW niet van toepassing is omdat *“de overeenkomst niet als de verkoop van een zaak (een voor menselijke beheersing stoffelijk object; art. 3:2 BW) in de zin van artikel 7:17 BW kan worden beschouwd.”*

Het hof komt daarna toe aan de beoordeling van de vordering van Koper tot vergoeding van schade. Het hof stelt vast dat Verkoper inderdaad ten onterecht uren als zijn omzet heeft opgevoerd. Ook stelt het hof vast dat Verkoper medewerkers van het administratiekantoor tijdens kantooruren voor aan hem gelieerde vennootschappen heeft laten werken in 2006 en 2007, zonder dat hij daar een vergoeding voor betaalde. Het hof kan op grond van hetgeen Koper heeft aangevoerd echter niet vast stellen hoeveel uren er daadwerkelijk onterecht als omzet van Verkoper zijn geregistreerd, en hoeveel uren medewerkers 'gratis' bij aan Verkoper gelieerde vennootschappen zijn ingezet. Het hof concludeert op grond hiervan dat daarom niet kan worden vastgesteld dat en in welke mate de bedragen onjuist zijn vastgesteld. De vorderingen worden afgewezen.

Koper gaat in cassatie van de uitspraak van het hof. Verkoper stelt een voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep in tegen het oordeel van het hof omtrent de toepassing van artikel 7:23 BW. Incidenteel houdt in dat het beroep van Verkoper alleen dan aan de orde komt als het beroep van Koper slaagt.

De Hoge Raad oordeelt dat het hof de vorderingen onterecht heeft afgewezen. Nu het hof heeft vastgesteld dat sprake was van een tekortkoming, en tevens dat de omvang van de schade niet kan worden vastgesteld had zij de vordering niet moeten afwijzen. Immers, als de rechter de schade niet kan vaststellen kan de schade worden geschat (op grond van artikel 6:97 BW). De andere optie is om partijen naar de schadestaatprocedure te verwijzen. Dit kan de rechter ook doen zonder dat dit uitdrukkelijk is gevorderd.

Nu het beroep van Koper slaagt komt de Hoge Raad ook toe aan het incidentele appel van Verkoper omtrent de toepassing van artikel 7:23 BW. Op het oordeel van het hof valt het een en ander af te dingen. Allereerst dient de vraag zich aan of bij de koopovereenkomst tussen Koper en Verkoper inderdaad geen voor menselijke beheersing stoffelijke objecten zijn overgedragen (de juridische term voor een zaak). Tegen dat oordeel van het hof is de Verkoper echter niet opgekomen waardoor dit in cassatie vaststaat. Zelfs als de overeenkomst geen zaken omvat kan artikel 7:23 BW echter van toepassing zijn. Het artikel is immers ook van toepassing op vermogensrechten en kan ook van toepassing zijn bij het aanschaffen van software, de overname van goodwill en de overname van aandelen. Voor het antwoord op de vraag of artikel 7:23 BW op de overname van een onderneming van toepassing is, is immers niet doorslaggevend of een zaak wordt overgedragen maar of de rechtsvordering van de koper feitelijk gegrond is op het niet beantwoorden van de afgeleverde onderneming aan de overeenkomst.

De Hoge Raad oordeelt (terecht) dat de vorderingen hier uitsluitend zijn gegrond op het op onjuiste wijze schrijven van uren en het onjuist inzetten van medewerkers. Deze vorderingen zijn wel gebaseerd op de overeenkomst maar zijn er niet op gegrond dat wat Koper geleverd heeft gekregen (het administratiebureau) niet aan de overeenkomst beantwoordt. De Hoge Raad verwijst de zaak terug naar het hof Den Haag. In verwijzing zal slechts nog de begroting van de schade aan de orde komen en staat vast dat artikel 7:23 BW niet van toepassing is op deze vordering.

Dit is een Legal Update van Juliette Wareman.

Voor meer informatie:

Juliette Wareman

+31 30 259 5616

juliettewareman@vbk.nl