

299

Peildatum en verdisconteringsvoet bij schadevergoeding wegens gederfde winst

Hoge Raad
 30 augustus 2019, nr. 17/05256,
 ECLI:NL:HR:2019:1291
 (mr. Heisterkamp, mr. Snijders, mr. Polak,
 mr. Du Perron, mr. Sieburgh)
 (Concl. A-G Hartlief, niet opgenomen, wel op
 opmaat.sdu.nl)
 Noot mr. J.B.R. Regouw

Wanprestatie. Schadestaatprocedure. Vordering tot schadevergoeding wegens gederfde winst. Peildatum. Relevantie feiten en omstandigheden die zich na peildatum daadwerkelijk hebben voorgedaan. Geen toepassing risico-opslag in verdisconteringsvoet. Cassatie van Hof Den Haag 8 augustus 2017, «JOR» 2017/339.

[BW art. 6:95, 6:96, 6:97]

Volgens art. 6:97 BW begroot de rechter schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Volgens vaste rechtspraak heeft de rechter bij het begroten van schade de vrijheid om de geleden en te lijden schade te kapitaliseren in een bedrag ineens naar een peildatum die geruime tijd voor zijn uitspraak ligt. Ook bij een dergelijke wijze van begroten blijft het uitgangspunt dat zoveel als redelijkerwijs mogelijk is de werkelijk geleden en te lijden schade wordt begroot. Bij dit uitgangspunt past niet dat de rechter slechts rekening mag houden met de op de peildatum bestaande verwachtingen over wat de toekomst zou kunnen brengen. Het staat hem derhalve vrij rekening te houden met feiten en ontwikkelingen die zich nadien daadwerkelijk hebben voorgedaan.

Het hof heeft in navolging van de deskundigen geoordeeld dat de schade moet worden vastgesteld met als peildatum 1 januari 1976, de dag waarop verweerster (in cassatie) verwachtte te kunnen beginnen met de door de beoogde uitbreiding verhoogde productie. Eveneens in navolging van de deskundigen heeft het hof geoordeeld dat

de schade op 1 januari 1976 gelijk is aan het verschil tussen de waarde van de per 1 januari 1976 verwachte geldstromen in de situatie met schadeoorzaak (het IST-scenario) en de waarde van de per 1 januari 1976 verwachte geldstromen in de situatie zonder schadeoorzaak (het SOLL-scenario). Bij het construeren van het SOLL-scenario hebben de deskundigen volgens het hof terecht rekening gehouden met de feiten en omstandigheden die zich na 1 januari 1976 daadwerkelijk hebben voorgedaan. Deze oordelen van het hof geven in het licht van hetgeen hiervoor is overwogen geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Evenmin zijn zij onvoldoende gemotiveerd.

De deskundigen hebben aan hun oordeel dat in de disconteringsvoet rekening moet worden gehouden met een opslag voor het ondernemingsrisico, het volgende ten grondslag gelegd. Bij de uitbreiding van de onderneming van verweerster zou sprake zijn geweest van ondernemingsrisico. Daarom moet bij het disconteren van de als gevolg van deze uitbreiding te verwachten kasstromen met een opslag voor dat risico worden gerekend. Het hof is van deze opvatting van de deskundigen afgeweken. Het heeft daartoe overwogen dat het SOLL-scenario zoals dat door de deskundigen is geconstrueerd, niet een verwachting weergeeft op 1 januari 1976, maar de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Het hof heeft vastgesteld dat de deskundigen ervan zijn uitgegaan dat verweerster, als de wanprestatie niet zou hebben plaatsgevonden, haar productie zou hebben uitgebreid en de daartoe benodigde investeringen zou hebben gedaan. Voorts heeft het hof van belang geacht dat bij die reconstructie in de hybride methode die de deskundigen hebben gevolgd, ook rekening is gehouden met feiten en omstandigheden van na 1 januari 1976. In deze overwegingen ligt het oordeel van het hof besloten dat het SOLL-scenario zodanig zeker was dat daarvan bij het berekenen van de schade kon worden uitgegaan, omdat de deskundigen daarin alle relevante onzekerheden zoveel mogelijk hadden verwerkt, en dat daarmee ook de risico's gerelateerd aan markt, branche en bedrijfs-grootte in dit scenario waren meegenomen. Daaruit volgt ook dat het hof de stelling heeft verworpen dat verweerster bij discontering zonder opslag voor het ondernemingsrisico, ten onrechte beloond zou worden voor een ondernemingsrisico dat zij in werkelijkheid niet heeft gelopen. Het hof

heeft immers kennelijk voldoende aannemelijk geacht dat verweerster dit risico, als de gemeente haar verplichtingen zou zijn nagekomen, zou hebben genomen (door in de uitbreiding van haar onderneming te investeren) en dat zij dan de door de deskundigen in het SOLL-scenario berekende vrije kasstroom zou hebben gerealiseerd. Daarbij is het hof kennelijk ervan uitgegaan dat de kosten van het nemen van het risico in het SOLL-scenario zijn verdisconteerd. Deze oordelen van het hof geven in het licht van de hiervoor weergegeven regels niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn niet onbegrijpelijk.

Gemeente Vianen te Vianen,
eiseres tot cassatie,
verweerster in het incidenteel cassatieberoep,
advocaten: mr. T.T. van Zanten en mr. I.M.A. Lintel,
tegen
X,
verweerster in cassatie,
eiseres in het incidenteel cassatieberoep,
advocaat: mr. J.W.M.K. Meijer.

Conclusie Advocaat-Generaal

De conclusie van A-G Hartlief is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

Hoge Raad

(...; red.)

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In deze schadestaatprocedure moet de schade worden vastgesteld die een onderneming heeft geleden doordat zij in 1976 haar bedrijf niet heeft kunnen uitbreiden. In cassatie gaat het in het bijzonder om de vraag of bij het vaststellen van de schade mag worden uitgegaan van een peildatum in het verleden, en – bij bevestigende beantwoording van deze vraag – om de vragen met welke disconteringsvoet de schade contant gemaakt moet worden, en hoe de rentevergoeding over de schade vervolgens moet worden berekend.

2.2. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [verweerster]’ [J] B.V. (hierna: [verweerster]) exploiteerde een betonpalenfabriek te Vianen.

(ii) Het Industrieschap Hagestein-Vianen (hierna: het Industrieschap) is in 1975 in gebreke gebleven in de nakoming van een contractuele verplichting om terreinen aan [verweerster] te leveren.

(iii) De rechtbank Dordrecht heeft bij vonnis van 2 januari 1985 geoordeeld dat het Industrieschap verplicht is de schade te vergoeden die [verweerster] heeft geleden door het uitblijven van de levering van de terreinen. Zij heeft het Industrieschap veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding, op te maken bij staat. Het gerechtshof ’s-Gravenhage heeft dit vonnis bij arrest van 16 januari 1987 bekrachtigd. De Hoge Raad heeft het tegen dit arrest ingestelde beroep in cassatie verworpen bij arrest van 13 januari 1989.

(iv) De rechtsopvolgster van [verweerster], [I] B.V., heeft de vordering tot schadevergoeding overgedragen aan [verweerster]. Deze laatste wordt in deze uitspraak ook aangeduid als [verweerster].

(v) De rechten en verplichtingen van het Industrieschap zijn overgegaan op de Gemeente.

2.3.1. In deze schadestaatprocedure stelt [verweerster] dat zij schade heeft geleden doordat zij haar plan om de productiecapaciteit van haar fabriek uit te breiden niet heeft kunnen uitvoeren. Zij voert aan dat zij rond 1 januari 1976 met de door de uitbreiding verhoogde productie zou hebben kunnen beginnen. De Gemeente betwist dat [verweerster] de gestelde schade heeft geleden.

2.3.2. De rechtbank heeft de vordering van [verweerster] afgewezen. Het hof heeft een deskundigenbericht bevolen. Daarbij heeft het aan de deskundigen onder meer de vraag voorgelegd wat de omvang is van de totale schade die [verweerster] heeft geleden.

Nadat de deskundigen rapport hadden uitgebracht, is een comparitie van partijen gehouden, waarbij ook de deskundigen aanwezig waren. In zijn in cassatie bestreden tussenarrest heeft het hof daarna – voor zover in cassatie van belang – het volgende overwogen.

– De vraag die voorligt is of de door de deskundigen gehanteerde methode van schadeberekening juist is (rov. 3).

– Volgens de deskundigen dient om de schade te berekenen, de omvang van de verwachte geldstromen zowel met als zonder schadeoorzaak te worden bepaald. Om de waarde van verwachte geldstromen op een bepaald moment (de peildatum) te bepalen, dienen deze gediscconteerd oftewel contant gemaakt te worden naar dat moment. Dit contant maken geschiedt aan de hand van een disconteringsvoet. In deze disconteringsvoet dient volgens de deskundigen ook het ondernemingsrisico gereflecteerd te worden. (rov. 5)

– De deskundigen hebben bij de schadeberekening gekozen voor de zogeheten hybride methode. Hierbij wordt bij de bepaling van de schade gebruik gemaakt van ex-post informatie die beschikbaar is op het waarderingsmoment, maar wordt de schade zelf bepaald op de peildatum (de datum van de schadeveroorzakende gebeurtenis) in overeenstemming met de ex-ante methode. (rov. 7)

– De deskundigen hebben als peildatum 1 januari 1976 genomen. Zij hebben voor de periode vanaf 1976 de vrije geldstromen van [verweerster] bepaald in respectievelijk het IST-scenario (situatie met schadeoorzaak) en het SOLL-scenario (situatie zonder schadeoorzaak), in die zin dat zij voor de jaren 1976 tot en met 1988 per jaar de vrije geldstromen hebben bepaald en voor de periode vanaf 1989 één bedrag hebben vastgesteld. Vervolgens hebben zij deze geldstromen in het IST- en SOLL-scenario contant gemaakt naar de peildatum op basis van de Adjusted Present Value (APV) methode, een variant op de Discounted Cash Flow (DFC) methode. De schade op 1 januari 1976 is gelijk aan het verschil tussen de waarde van de per 1 januari 1976 verwachte geldstromen in het IST-scenario en de waarde van de per 1 januari 1976 verwachte geldstromen in het SOLL-scenario. (rov. 8 en 9)

– De deskundigen hebben een disconteringsvoet gehanteerd die is samengesteld uit de tijdwaarde van geld, vermeerderd met een opslag voor het risico van de onderneming. Deze risico-opslag houdt verband met de risico's verbonden aan de markt, de branche en de bedrijfsgrootte. De deskundigen nemen deze risico-opslag op omdat de discontering dient plaats te vinden met inachtneming van de aan de uitbreiding van de fabriek van [verweerster] verbonden risico's; op 1 januari 1976 kon immers niet vaststaan of de uitbreiding van de productie door [verweerster] winstgevend zou zijn. De deskundigen hebben de disconteringsvoet (inclusief risico-opslag) voor de jaren 1976 tot en met 1989 per jaar vastgesteld, en deze ligt over die jaren gemiddeld rond de 20%. (rov. 9)

– De methode van schadeberekening moet worden getoetst aan de juridische kaders. De rechter heeft de vrijheid om de schade te kapitaliseren op een bedrag ineens naar een peildatum die geruime tijd voor zijn uitspraak ligt. Ook bij een dergelijke wijze van begroting blijft evenwel uitgangspunt dat zoveel als redelijkerwijs mogelijk is de werkelijk geleden en te lijden schade behoort te worden begroot. Het staat de rechter vrij om reke-

ning te houden met omstandigheden die zich na de peildatum hebben voorgedaan in afwijking van de omstandigheden waarvan bij de verwachting op de peildatum werd uitgegaan. (rov. 12)

– De deskundigen zijn bij de berekening van de schade ervan uit gegaan dat [verweerster], als de wanprestatie niet had plaatsgevonden, haar productie zou hebben uitgebreid en de daartoe benodigde investeringen zou hebben gedaan. (rov. 16)

– De deskundigen hebben op een zo zorgvuldig mogelijke wijze, met gebruikmaking van feiten en omstandigheden die zich na 1 januari 1976 daadwerkelijk hebben voorgedaan, het naar hun oordeel (meest) aannemelijke/waarschijnlijke SOLL-scenario geconstrueerd. Het hof is van oordeel dat de deskundigen hiermee de toestand hebben weergegeven zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. (rov. 17)

– Het hof begrijpt dat de deskundigen in de disconteringsvoet een risico-opslag hebben opgenomen omdat zij worden geacht de zaak te beoordelen vanuit het perspectief van 1 januari 1976. Daar waar de deskundigen tijdens de comparitie enerzijds verklaren dat zij het (meest) aannemelijke/waarschijnlijke scenario hebben geconstrueerd, verklaart een van de deskundigen anderzijds: "Het is dus een ex-ante berekening (...). Het was een indicator van een verwachting, en is als een verwachting gehanteerd". Vanuit het perspectief van 1976 was het door de deskundigen (met ex post informatie) geconstrueerde SOLL-scenario niet het (meest) aannemelijke/waarschijnlijke scenario, maar slechts een van de vele scenario's die zich mogelijk hadden kunnen voordoen. Het is gezien vanuit 1976 nog steeds een verwachting waaraan inherent onzekerheden kleven. Die onzekerheid, vanuit het perspectief van 1 januari 1976, hebben de deskundigen, zo begrijpt het hof, tot uitdrukking willen brengen door bij het constant maken van de vrije geldstromen in het IST-scenario en SOLL-scenario naar 1 januari 1976 een disconteringsvoet toe te passen waarin een risico-opslag is opgenomen voor het ondernemingsrisico. (rov. 18)

– Het opnemen van een risico-opslag in de disconteringsvoet is in dit geval niet in overeenstemming met de grondslagen van Nederlandse schadevergoedingsrecht. Ook als de schade wordt gekapitaliseerd naar een (ver) voor uitspraak gelegen peildatum, blijft uitgangspunt dat zoveel als redelijkerwijs mogelijk is de werkelijk geleden en

te lijden schade behoort te worden begroot. Daarbij past niet dat de rechter slechts rekening houdt met de op de peildatum bestaande verwachtingen over hetgeen de toekomst zou kunnen brengen. Dat houdt in dit geval in dat bij het contant maken naar 1 januari 1976 van de kasstromen in het IST-scenario, dat zich daadwerkelijk heeft voorgedaan, en het SOLL-scenario, dat de toestand weergeeft zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien de schadeveroorzakende gebeurtenis niet had plaatsgevonden, geen ruimte is voor een risico-opslag voor markt-, branche- en bedrijfsspecifieke risico's. Een dergelijke risico-opslag leidt tot een te hoge disconteringsvoet, die geen recht doet aan het hiervoor genoemde juridische uitgangspunt. Dit zou tot gevolg hebben dat de schade zou worden onderschat. (rov. 19)

– De conclusie is dat de door de deskundigen toegepaste methode voor berekening van de schade in deze zaak als grondslag voor begroting van de schade kan worden genomen, met uitzondering van het opnemen van een opslag voor ondernemingsrisico (risico-opslag) in de disconteringsvoet. Dit betekent dat de begroting van de schade met inachtneming hiervan zal moeten worden herzien. (rov. 20)

– Partijen krijgen de gelegenheid hun schriftelijk debat over de resterende geschilpunten te vervolgen. Ook het onderwerp van de toepasselijke wettelijke rente kan van een voortgezet debat deel uitmaken. (rov. 21)

3. Beoordeling van de middelen in het principale en in het incidentele beroep

3.1. Het principale beroep en het incidentele beroep betreffen beide de wijze waarop de schade volgens het hof moet worden begroot. Het incidentele beroep betoogt in de kern dat het hantieren van een peildatum in het verleden in dit geval niet leidt tot een juiste schadevergoeding. Het principale beroep is gericht tegen het oordeel van het hof dat de schade – anders dan de deskundigen hebben aangenomen – moet worden berekend zonder bij de discontering naar de peildatum rekening te houden met een opslag voor het ondernemingsrisico.

Begroten van de schade naar een peildatum in het verleden

3.2. Volgens art. 6:97 BW begroot de rechter schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Volgens vaste rechtspraak

heeft de rechter bij het begroten van schade de vrijheid om de geleden en te lijden schade te kapitaliseren in een bedrag ineens naar een peildatum die geruime tijd voor zijn uitspraak ligt. Ook bij een dergelijke wijze van begroting blijft het uitgangspunt dat zoveel als redelijkerwijs mogelijk is de werkelijk geleden en te lijden schade wordt begroot. Bij dit uitgangspunt past niet dat de rechter slechts rekening mag houden met de op de peildatum bestaande verwachtingen over wat de toekomst zou kunnen brengen. Het staat hem derhalve vrij rekening te houden met feiten en ontwikkelingen die zich nadien daadwerkelijk hebben voorgedaan.¹

3.3.1. Het hof heeft in navolging van de deskundigen geoordeeld dat de schade moet worden vastgesteld met als peildatum 1 januari 1976, de dag waarop [verweerster] verwachtte te kunnen beginnen met de door de beoogde uitbreiding verhoogde productie.

3.3.2. Eveneens in navolging van de deskundigen heeft het hof geoordeeld dat de schade op 1 januari 1976 gelijk is aan het verschil tussen de waarde van de per 1 januari 1976 verwachte geldstromen in de situatie met schadeoorzaak (het IST-scenario) en de waarde van de per 1 januari 1976 verwachte geldstromen in de situatie zonder schadeoorzaak (het SOLL-scenario). Bij het construeren van het SOLL-scenario hebben de deskundigen volgens het hof terecht rekening gehouden met de feiten en omstandigheden die zich na 1 januari 1976 daadwerkelijk hebben voorgedaan.

3.3.3. De hiervoor in 3.3.1 en 3.3.2 weergegeven oordelen van het hof geven in het licht van hetgeen hiervoor in 3.2 is overwogen geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Evenmin zijn zij onvoldoende gemotiveerd. Het incidentele beroep faalt dan ook voor zover het is gericht tegen de gevolgde methode van schadeberekening in het algemeen.

Disconteringsvoet

3.4. Het hof heeft, in afwijking van de deskundigen, geoordeeld dat in de disconteringsvoet geen opslag moet worden gerekend voor het ondernemingsrisico. Tegen dat oordeel is het middel in het principale beroep gericht. Volgens het middel

1 Vgl. HR30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4606 (derde peildatumarrest), rov. 5.3 en voor nog niet ingetreden schade ook art. 6:105 lid 1 BW.

is de risico-opslag inherent aan de door de deskundigen gekozen methode van schadeberekening. Zonder deze opslag zou de schade te hoog worden begroot. De risico's die in de opslag tot uitdrukking komen, zijn niet meegenomen in de prognoses die ten grondslag liggen aan het SOLL-scenario. Dat scenario is geen zeker resultaat. Het oordeel van het hof is daarom onjuist of onvoldoende gemotiveerd. Het hof had bovendien niet de opslag uit de berekening van het deskundigenrapport mogen verwijderen zonder de deskundigen te consulteren of partijen in de gelegenheid te stellen hun visie daarop te geven.

3.5.1. De deskundigen hebben, zoals blijkt uit de weergave van hun opvatting door het hof in rov. 18 en de gedingstukken, aan hun oordeel dat in de disconteringsvoet rekening moet worden gehouden met een opslag voor het ondernemingsrisico, het volgende ten grondslag gelegd. Bij de uitbreiding van de onderneming van [verweerster] zou sprake zijn geweest van ondernemingsrisico. Daarom moet bij het disconteren van de als gevolg van deze uitbreiding te verwachten kasstromen met een opslag voor dat risico worden gerekend. De schade zou anders te hoog worden begroot. Zelfs als het SOLL-scenario met zekerheid zou kunnen worden vastgesteld, zou er op het moment van de beoogde uitbreidingsinvestering nog steeds een ondernemingsrisico zijn geweest. Als dit risico niet wordt meegenomen bij het disconteren naar een peildatum in het verleden, zou [verweerster] in de schadevergoeding worden beloofd voor een ondernemingsrisico dat zij niet heeft gelopen.

3.5.2. Het hof is van deze opvatting van de deskundigen afgeweken. Het heeft daartoe overwogen dat het SOLL-scenario zoals dat door de deskundigen is geconstrueerd, niet een verwachting weergeeft op 1 januari 1976, maar de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest indien de schadeveroorzakende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Het hof heeft vastgesteld dat de deskundigen ervan zijn uitgegaan dat [verweerster], als de wanprestatie niet zou hebben plaatsgevonden, haar productie zou hebben uitgebreid en de daartoe benodigde investeringen zou hebben gedaan (rov. 16). Voorts heeft het hof van belang geacht dat bij die reconstructie in de hybride methode die de deskundigen hebben gevolgd, ook rekening is gehouden met feiten en omstandigheden van na 1 januari 1976. (rov. 19 in verbinding met rov. 7) In deze overwegingen ligt

het oordeel van het hof besloten dat het SOLL-scenario zodanig zeker was dat daarvan bij het berekenen van de schade kon worden uitgegaan, omdat de deskundigen daarin alle relevante onzekerheden zoveel mogelijk hadden verwerkt, en dat daarmee ook de risico's gerelateerd aan markt, branche, en bedrijfsgrootte in dit scenario waren meegenomen. Daaruit volgt ook dat het hof de stelling heeft verworpen dat [verweerster] bij discontering zonder opslag voor het ondernemingsrisico, ten onrechte beloofd zou worden voor een ondernemingsrisico dat zij in werkelijkheid niet heeft gelopen. Het hof heeft immers kennelijk voldoende aannemelijk geacht dat [verweerster] dit risico, als de Gemeente haar verplichtingen zou zijn nagekomen, zou hebben genomen (door in de uitbreiding van haar onderneming te investeren) en dat zij dan de door de deskundigen in het SOLL-scenario berekende vrije kasstroom zou hebben gerealiseerd. Daarbij is het hof kennelijk ervan uitgegaan dat de kosten van het nemen van het risico in het SOLL-scenario zijn verdisconteerd.

3.5.3. Anders dan de onderdelen 2 en 3 van het middel in het principale beroep aanvoeren, geven de hiervoor in 3.5.2 weergegeven oordelen van het hof in het licht van de hiervoor in 3.2 weergegeven regels geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en zijn zij niet onbegrijpelijk. Het hof heeft voldoende gemotiveerd waarom het bij de schadebegroting van het rapport van de door hem benoemde deskundigen is afgeweken.

Het hof was niet gehouden de deskundigen of partijen nog in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over het buiten beschouwing laten van de risico-opslag. Over dit onderwerp had in de gedingstukken immers al een uitgebreid debat plaatsgevonden. Bovendien had het hof over de risico-opslag op de comparitie ook met de deskundigen gesproken. De hierop gerichte klacht van onderdeel 4 van het middel in het principale beroep faalt.

Rentevergoeding

3.6.1. Het middel in het incidentele beroep stelt voorts aan de orde op welke wijze de tegen de peildatum 1 januari 1976 berekende schade moet worden vermeerderd met rente. Het voert aan dat [verweerster] minder schade vergoed krijgt dan zij in werkelijkheid heeft geleden als de disconteringsvoet waarmee de bedragen in de schadeberekening contant zijn gemaakt, hoger is dan de

rente waarmee het schadebedrag uiteindelijk bij betaling wordt verhoogd. Dat effect wordt ver groot indien bij het kapitaliseren van de kasstromen wordt gewerkt met een samengestelde disconteringsvoet en bij het vergoeden van rente met de onder het oude BW geldende enkelvoudige wettelijke rente. Het hof heeft dit uit het oog verloren bij zijn keuze om uit te gaan van een peildatum in het verleden, aldus het middel.

3.6.2. Deze klachten kunnen bij gebrek aan belang niet tot cassatie leiden. Het hof heeft in rov. 21 overwogen dat de “toepasselijke wettelijke rente” nog onderdeel kan uitmaken van het voortgezette debat tussen partijen. In deze overweging ligt besloten dat het hof op grond van nader partijdebat nog zal beslissen op welke wijze de per 1 januari 1976 berekende schade met wettelijke rente dient te worden vermeerderd, en of in verband met de berekening van de rente eventueel nog aanpassing van de schadeberekening noodzakelijk is.

3.7. De overige klachten van het middel in het principale beroep kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt de Gemeente in de kosten van het geding in cassatie (...; red.);

in het incidentele beroep:

- verwerpt het beroep;
- veroordeelt [verweerster] in de kosten van het geding in cassatie (...; red.).

NOOT

1. Deze zaak gaat over de begroting van gederfde winst gedurende een langere periode volgend op een eenmalige fout. Volgens vaste rechtspraak wordt de omvang van de vergoedbare schade vastgesteld door de feitelijke omstandigheden waarin de benadeelde partij verkeert, te vergelijken met een hypothetisch scenario waarin de fout wordt weggedacht. Dit is makkelijker gezegd dan gedaan, zoals het procesverloop in deze zaak laat zien. Het wordt nog lastiger als de rechter een peildatum in het verleden kiest om gekapita-

liseerde “toekomstige” schade te begroten die in het verleden is ingetreden, vermeerderd met wettelijke rente vanaf de peildatum. Mag dat? Ja dat mag, zegt de Hoge Raad; hij schuift een hiermee samenhangend renteprobleem terug naar het hof. De Hoge Raad laat hiermee een methode van schadebegroting in stand die mijns inziens geen bestaansreden heeft. Een gemiste kans.

2. De feiten en de procedure

We schrijven het jaar 1970. X wil uitbreiden ten einde meer betonpalen te kunnen produceren. De lokale overheid (hierna: “Vianen”) zegt toe een passend grondstuk aan X te zullen verkopen, maar in 1975 komt zij hier op terug. In 1979 vordert X een verklaring voor recht inzake Vianens aansprakelijkheid wegens de gepleegde woordbreuk. X' vordering wordt toegewezen, hoewel Vianen in 1982 het grondstuk alsnog levert. In de aansluitende schadestaatprocedure begroot de rechtbank de schade op nihil, in plaats van de gevorderde € 53 miljoen (ongepubliceerd vonnis van 1 september 1993). X gaat in hoger beroep. Het Hof stelt zorgvuldigheid boven snelheid. In augustus 2017 staat de teller op achttien tussenarresten, voorafgegaan of gevolgd door diverse getuigenverhoren, deskundigenberichten en comparities. De deskundigen brengen in totaal € 864.795 in rekening voor hun werkzaamheden. Uiteindelijk begroot het hof de schade van X op € 894.480 per 1 januari 1976. In tussenarrest nr. 18 (ECLI:NL:GHDHA:2017:2282) overweegt het hof daartoe onder veel meer, vereenvoudigd weergegeven en kort samengevat als volgt.

- De deskundigen hebben voor ieder kalenderjaar vanaf 1976 eerst vastgesteld wat X' werkelijk gerealiseerde winst was, en vervolgens hebben zij van jaar tot jaar bepaald hoeveel winst X waarschijnlijk zou hebben gerealiseerd als zij haar fabriek in 1976 had kunnen uitbreiden. Het verschil tussen de werkelijke en hypothetische winst is de schade.

- De deskundigen hebben de jaarlijkse schadebedragen teruggerekend naar de waarde van de schade per 1 januari 1976. Daarbij hebben zij een risico-opslag gehanteerd omdat X destijds niet kon voorzien of haar investering winstgevend zou zijn. Volgens de deskundigen behoort X niet te worden beloond voor een ondernemersrisico dat zij niet heeft gelopen.

- Het hof gaat grotendeels mee in de aanpak van de deskundigen, inclusief de peildatum van 1 januari 1976 voor de gehele schade. Het hof

schrappt echter de gehanteerde risico-opslag. Het hypothetische scenario geeft al de toestand weer zoals die vermoedelijk zou zijn geweest zonder de fout; een extra risico-opslag voor markt-, branche- en bedrijfsspecifieke risico's zou leiden tot een lager schadebedrag dan de werkelijk geleden schade.

3. Beide partijen stellen tussentijds cassatieberoep in.

X maakt principieel bezwaar tegen de methode van kapitalisatie van het schadebedrag naar een peildatum die vóór het moment van de schade ligt, gevolgd door oprenting met wettelijke rente vanaf de peildatum. De kern van X' bezwaar betreft het verschil tussen enerzijds de discontoet, dat is de rente die wordt gehanteerd bij de kapitalisatie naar de peildatum, en anderzijds de wettelijke rente over het aldus gekapitaliseerde bedrag vanaf de peildatum. Het gevolg is, zo stelt X, dat de benadeelde partij geen volledige schadevergoeding ontvangt. (Er speelt ook nog de complicatie dat de wettelijke rente tot 1992 enkelvoudig was in plaats van samengesteld, wat de situatie voor X nog wranger maakt. Ik laat dit element onbesproken.)

Vianen van haar kant vindt dat het Hof in de schadebegroting wél rekening had moeten houden met een risico-opslag wegens het bedrijfsrisico van X. Wie op 1 januari 1976 naar de toekomst keek, zag allerlei kwade kansen die, indien zij zich zouden verwezenlijken, de beoogde winst van X negatief zouden beïnvloeden. Bij een schadeberekening per 1 januari 1976 moeten deze destijds aanwezige risicofactoren worden meegewogen; anders wordt X achteraf beloond (in de vorm van schadevergoeding) voor risico's die zij niet heeft gelopen.

De Hoge Raad sauveert 's hofs oordeel in beide opzichten, deels in afwijking van de conclusie van A-G Hartlief.

Schadebegroting in verleden, heden en toekomst

4. Een eenmalige fout kan tot vér in de toekomst ellende veroorzaken. De benadeelde partij hoeft niet te wachten tot de nadelige gevolgen zich openbaren; zij kan aanstonds vergoeding van haar toekomstige schade vorderen. Daartoe begroot de rechter de nog niet ingetreden schade bij voorbaat, met afweging van de goede en kwade kansen (art. 6:105 lid 1 BW). De verwachte toekomstige situatie van de benadeelde wordt vergeleken met het meest aannemelijke hypothetische scenario waarin de aansprakelijk-

heidvestigende gebeurtenis zou zijn uitgebleven. Het op geld waardeerbare verschil tussen wat er waarschijnlijk nog zal gebeuren en wat er zonder de fout waarschijnlijk zou zijn gebeurd, is de toekomstige schade. Echter, een euro vandaag in de hand is meer waard dan een euro die men pas later ontvangt, mede vanwege het risico dat die euro er straks helemaal niet blijkt te zijn. Daarom wordt de toekomstige schade per vandaag constant gemaakt of gekapitaliseerd met toepassing van een bepaalde rekenrente, de disconteringsvoet. Hoe hoger de disconteringsvoet en hoe verder in toekomst de schade ligt, des te lager is de contante waarde die de benadeelde vandaag als schadevergoeding ontvangt.

Het spiegelbeeld van toekomstige schade is reeds geleden nadeel dat achteraf wordt vergoed. Het tijdsverloop tussen het optreden van het eigenlijke nadeel en het voldoen van de vergoeding levert *vertragingsschade* op. De benadeelde heeft recht op wettelijke rente over deze periode (art. 6:119 BW). Hoe hoger het rentepercentage en hoe groter het tijdsverloop, des te hoger is het eindbedrag.

5. Onzekere toekomstige schade kunnen we dus kapitaliseren naar de contante waarde die op dit moment moet worden betaald. Omgekeerd geldt dat schade die al daadwerkelijk is geleden, wordt vergoed met bijtelling van wettelijke rente vanaf het moment dat de schade ontstond. Maar nu komt het: de Hoge Raad heeft daarnaast een "hybride" begrotingsmethode goedgekeurd die reeds verwezenlijkt nadeel in het *verleden* behandelt als *toekomstige* schade, gezien vanuit een peildatum in het verleden, maar waarbij de kennis van *nu* wel wordt meegenomen in de schadebegroting *achteraf* op de historische peildatum. Over het aldus bepaalde schadebedrag wordt dan weer wettelijke rente berekend vanaf de peildatum tot de dag van uiteindelijke betaling. Onder het oude recht werd dit juridische vogelbekdier soms van stal gehaald om benadeelde partijen tegemoet te komen; zie conclusie A-G nr. 3.15 – 3.26. Maar naar het recht dat sinds 1 januari 1992 geldt, is dit een ronduit onzinnige manier van schade begroten.

6. De omvang van de toekomstige schade (vergoeding) wordt zoals gezegd in hoge mate bepaald door de disconteringsvoet, zijnde het rentepercentage dat wordt gehanteerd om de contante waarde te berekenen. Echter, nergens in de wet staat wat die disconteringsvoet inhoudt of

hoe die moet worden bepaald. Dit levert dus een extra geschilpunt op waar de rechter iets van moet vinden. Geconfronteerd met uiteenlopende partijstandpunten, ondersteund door rapporten van partijdeskundigen, is de rechter genoodzaakt zelf een onafhankelijke deskundige te benoemen, wat garant staat voor eindeloze discussies over de gehanteerde uitgangspunten, aannames en al dan niet relevante feiten. Waar het gaat om "echte" toekomstige schade is deze complicatie veelal onvermijdelijk, maar dit geldt niet voor schade die al is ingetreden; daarbij kun je immers gewoon de datum van de schade vaststellen en vanaf die datum de wettelijke rente laten lopen. Kapitaliseren op een peildatum in het verleden is nergens voor nodig.

7. Een gerelateerd bezwaar tegen de "hybride" begrotingsmethode betreft het uiteenlopen van de disconteringsvoet enerzijds en de onwrikbaar vastgelegde wettelijke rente anderzijds. De per geval vast te stellen disconteringsvoet is meestal hoger dan de wettelijke rente. Dit leidt tot een te grote afwaardering van het schadebedrag bij de kapitalisatie van de "toekomstige" schade op de peildatum, ten opzichte van de daarop volgende opwaardering met de wettelijke rente vanaf de peildatum. Anders gezegd, de omvang van de uiteindelijk verschuldigde schadevergoeding wordt nadelig beïnvloed door het "renteretourtje" van heden naar verleden en weer terug, wat afbreuk doet aan het beginsel van concrete en volledige schadevergoeding. De schadevergoeding smelt als het ware weg in de loop der tijd (vgl. conclusie A-G voor HR 30 november 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA4606, nr. 2.7).

In het hier besproken arrest schuift de Hoge Raad dit renteprobleem terug naar het hof (r.o. 3.6.2), maar hij zegt er niet bij hoe het hof zou kunnen afwijken van de wettelijke rente om alsnog tot een aanvaardbare schadebegroting te komen. Volgens vaste rechtspraak is de daadwerkelijk geleden schade irrelevant bij toepassing van art. 6:119 BW (behoudens rechterlijke matiging in uitzonderlijke gevallen ex art. 6:109 BW). De schuldeiser kan "geen hogere vergoeding vorderen indien zijn schade meer dan het fixum zou belopen" (HR 14 januari 2005, «JOR» 2005/112, r.o. 3.5.4). Mede gezien de rechtszekerheid die art. 6:119 BW beoogt te bieden, ligt het niet voor de hand dat de Hoge Raad afwijkingen van deze regel wil toestaan.

8. Ten slotte vereist de toepassing van de "hybride" methode dat diverse meervoudig hypothetische scenario's worden opgesteld waar een normaal mens niet meer uitkomt. Zo ook de gerechtelijke deskundigen in X/Vianen. Zij reconstrueren een toekomstvisie die X zou hebben gehad op 1 januari 1976, als de wanprestatie van Vianen er niet zou zijn geweest. X kon destijds niet voorspellen hoe de marktprijzen zich zouden ontwikkelen, of er voldoende vraag zou zijn naar haar producten, of haar concurrenten alternatieve producten zouden introduceren, etc., dit alles tegen de achtergrond van de algemene economische situatie van jaar tot jaar, die evenmin vooraf kenbaar was. Volgens de deskundigen moeten de hiermee samenhangende ondernemingsrisico's ten nadele van X worden meegewogen bij de begroting van de winstderving. Het hof en de Hoge Raad (r.o. 3.5.2) zien het anders. Het gaat om begroting van de werkelijk geleden schade, en niet om de vraag hoe de goede en kwade kansen destijds werden ingeschat. Een risico dat zich niet heeft verwezenlijkt en dat zich waarschijnlijk ook niet zou hebben verwezenlijkt als de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis achterwege was gebleven, blijft daarom buiten beschouwing. De rechter moet wel rekening houden met relevante feiten en omstandigheden die zich na de historische peildatum hebben voorgedaan (zie ook HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4606, r.o. 5.3). De vraag blijft echter, welke causaliteitsfactoren neem je mee in je scenario's? Dat is opnieuw een onzeker element dat exponentieel doorwerkt in de uiteindelijke schadebegroting.

9. Kortom, de constructie van schadebegroting met een peildatum in het verleden is zowel problematisch als overbodig. De rechter kan immers de schade die ten tijde van zijn uitspraak al is geleden, begroten naar het moment dat het nadeel ontstond; hij kan het daarmee gemoeide schadebedrag toewijzen vermeerderd met de inmiddels verschenen en de eventueel nog te verschijnen wettelijke rente. Daar hoeft geen disconteringsvoet en geen renteretourtje aan te pas te komen.

mr. J.B.R. Regouw
advocaat Clifford Chance LLP

300

Accountant van moeder vennootschap tot medewerking verplicht in faillissement van dochter vennootschap

Accountantskamer
6 september 2019, nrs. 18/686 en 18/687,
ECLI:NL:TACAKN:2019:57
(mr. Werkhoven, mr. Lemain, mr. Tubben, dr.
Van Nieuw Amerongen RA, drs. Bosman RA)
Noot mr. E.L. Zetteler

Tuchtrecht registeraccountants. Accountant van moeder vennootschap verplicht tot verschaffen van inzicht in zijn werkzaamheden/controlebevindingen aan de curatoren in het faillissement van de dochter vennootschap. Beginsel van vakbekwaamheid en zorgvuldigheid.

[VGBA art. 2 onder d]

Uitgangspunt is dat een accountant bereid moet zijn aan zijn opdrachtgever en aan de curator in het faillissement van die opdrachtgever op diens verzoek in algemene zin informatie te verstrekken over de door hem ter uitvoering van zijn opdracht verrichte werkzaamheden. De verplichting vindt zijn grondslag in het fundamentele beginsel van vakbekwaamheid en (vooral) zorgvuldigheid zoals bedoeld in art. 2 onder d Verordening gedrags- en beroepsregels accountants (VGBA).

Onderhavig verwijt betreft een informatieverzoek van de curatoren in het faillissement van de dochter vennootschap van opdrachtgever Netherlands. Daartoe hebben zij zich op 21 oktober 2016 en 7 juni 2017 tot betrokkene (sub 1) gewend met het verzoek om een gesprek en op 29 juni 2017 en 6 december 2017, vanwege het afhouden van het gevraagde gesprek, met het verzoek een (schriftelijke) vragenlijst te beantwoorden. Ten slotte hebben zij bij het uitblijven van die beantwoording aan hem op 1 februari 2018 een conceptrapport over de oorzaken van het faillissement van failliet voor wederhoordoeleinden toegestuurd waarop betrokkene op 12 maart 2018 heeft laten weten van de geboden mogelijkheid geen gebruik te maken.

Hoewel failliet formeel niet de opdrachtgever is van betrokkene, brengt het fundamentele beginsel van vakbekwaamheid en zorgvuldigheid in onderhavige kwestie met zich dat betrokkene in beginsel ruimhartig inzicht had moeten geven in zijn werkzaamheden/controlebevindingen aan de curatoren in het faillissement. Van belang daartoe is dat onbetwist is gebleven dat failliet ruim 98% van het eigen vermogen van Netherlands vertegenwoordigde, het accountantskantoor (met betrokkene als eindverantwoordelijke accountant) aan failliet in het highlightsverslag van 23 juli 2014 rapporteerde over de bij de cijfers van failliet uitgevoerde controle ten behoeve van consolidatie in de jaarrekening van Netherlands, failliet de facturen betaalde ter zake van werkzaamheden van het accountantskantoor/betrokkene ten behoeve van failliet, Netherlands en failliet ten tijde van de faillietverklaring (indirect) dezelfde bestuurder hadden, de curatoren van failliet gezamenlijk optraden met de curatoren van Netherlands en dezen het accountantskantoor hadden vrijgesteld van haar geheimhoudingsplicht en het voorts een gezamenlijke ontmoeting met hen zou betreffen. Op grond van deze feiten had van betrokkene gevergd kunnen worden dat hij zich bereid had verklaard om het gesprek met klagers aan te gaan en dit niet om de door hem vermelde redenen bij voorbaat te weigeren. Indien alsdan tegengestelde belangen hadden geroepen tot terughoudendheid, had betrokkene die alsnog kunnen betrachten. Nu betrokkene zich niet tot enige wijze van overleg bereid heeft getoond, heeft hij gehandeld in strijd met het fundamentele beginsel van vakbekwaamheid en zorgvuldigheid.

Mr. J.B.A. Jansen en mr. G.J. Koers, in hun hoedanigheid van curatoren in het faillissement van BV1, klagers, raadvrouwen: mr. C.M. Harmsen en mr. M.H.S. Berghuijs, tegen

1. Y1,
2. Y2,

betrokkenen, raadvrouw: mr. F.C.M. van der Velden.

(...; red.)