

of voldoende zwaarwegende redenen bestonden voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen. In andere woorden: de OK hoeft de terughoudendheid opgelegd in het *DSM*-arrest niet toe te passen wanneer wél een onderzoek is bevolen. Voor het treffen van onmiddellijke voorzieningen geldt geen ander toetsingskader wanneer wel een onderzoek is bevolen maar nog geen onderzoeker is benoemd (Cassatieblog CB 2014-137 Pels Rijcken, 'Onmiddellijke voorzieningen in het enquêterecht', 10 september 2014). In de *Volharding*-kwestie concludeert de OK dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid en een juiste gang van zaken te twijfelen. De OK beveelt een onderzoek zonder een onderzoeker aan te wijzen en treft (ex art. 2:349a lid 2 BW) onmiddellijke voorzieningen. Dat is in lijn met art. 2:349a BW en jurisprudentie over dit onderwerp. Er wordt discussie gevoerd over de vraag in hoeverre de OK terughoudend moet zijn bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen. Timmerman waarschuwt in zijn conclusie in de *DSM*-kwestie (ECLI:NL:PHR:2007:BB3523) dat de rechtswaarborgen in het geding kunnen zijn als het enquêtegeschil tussen partijen louter wordt beslist op basis van onmiddellijke voorzieningen en zonder dat een onderzoek is uitgevoerd. Dat lijkt (in de *Volharding*-zaak) wel mee te vallen. De OK bepaalt in de *Volharding*-zaak (r.o. 3.2) dat ieder der partijen of de door de OK te benoemen bestuurders/beheerder op elk moment de OK kan verzoeken de onderzoeker aan te wijzen. Dit is – tezamen met de bepaling dat de aanwijzing van een onderzoeker voorlopig wordt aangehouden – een standaardoverweging van de OK in zaken waarin wel een onderzoek wordt bevolen maar (nog) geen onderzoeker wordt benoemd (J. van Bekkum e.a., *Geschriften vanwege Vereniging Corporate Litigation 2022-2023*, Deventer: Wolters Kluwer, p. 324). Het is partijen te doen om noodfinanciering te regelen en op die wijze de continuïteit van *Volharding* veilig te stellen. De uitvoering van een duur en langdurig enquêteonderzoek zou het belang van *Volharding* juist niet dienen. De OK bepaalt in overleg met partijen welke onmiddellijke voorzieningen moeten worden getroffen. Daarnaast kunnen partijen op ieder moment bij de OK vragen om nieuwe onmiddellijke voorzieningen of aanpassing van de getroffen onmiddellijke voorzieningen. De OK bedient partijen daarmee op hun wensen.

mr. A.M. Dumoulin-Siemens
Ekelmans Advocaten

Civiel recht

43

Problemen bij vernietiging van een aandelenkoop

Hoge Raad
9 februari 2024, nr. 22/03868, ECLI:NL:HR:2024:208
(mr. Kroeze, mr. Tanja-van den Broek, mr. Sieburgh, mr. Ter Heide, mr. Salomons)
(Concl. A-G Hartlief; niet opgenomen)
Noot mr. G.C. Vergouwen

Aandelenkoop. Vernietiging. Billijkheidscorrectie. Art. 3:53 lid 2 BW.

[BW art. 2:228, 3:53 lid 2]

Essentie: De Hoge Raad geeft duidelijkheid over de toepassing van art. 3:53 lid 2 BW bij een koop van aandelen.

Samenvatting: Indien als gevolg van de vernietiging van een overeenkomst van koop van aandelen de titel aan de overdracht komt te ontvallen, hebben de aandelen het vermogen van de verkoper niet verlaten. De rechter kan in zo'n geval op grond van art. 3:53 lid 2 eerste zinsnede BW desgevraagd aan de vernietiging geheel of ten dele haar werking ontzeggen indien de reeds ingetreden gevolgen van de overeenkomst bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden. Deze ontzegging moet dan wel begrijpelijk gemotiveerd worden. De enkele omstandigheid dat de aandelen zijn overgedragen brengt – op zichzelf en zonder meer – nog niet de vereiste bezwaarlijkheid met zich mee. Indien een partij, als gevolg van het geheel of ten dele ontzeggen van de werking aan de vernietiging, onbillijk wordt bevoordeeld, dan kan de rechter op grond van art. 3:53 lid 2 tweede zinsnede BW aan deze partij de verplichting opleggen tot een uitkering in geld aan de partij die wordt benadeeld. Deze bevoordeling moet begrijpelijk gemotiveerd worden. De enkele omstandigheid dat de verkoper nadeel lijdt, brengt – op zichzelf en zonder meer – nog niet de vereiste bevoordeling van de andere partij met zich mee (cassatiegrond 2).

Rookie B.V., gevestigd te Helmond,
eiseres tot cassatie, verweerster in het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep,
hierna: *Rookie*,
advocaat: N.E. Groeneveld-Tijssens,
tegen
1. *ABC Hekwerk Participatie B.V.*, gevestigd te Veenendaal,
2. [verweerder 2], wonende te [woonplaats],
verweerders in cassatie, eisers in het voorwaardelijke incidentele cassatieberoep,
hierna: *ABC Hekwerk* en [verweerder 2] en gezamenlijk *ABC Hekwerk c.s.*,
advocaat: D.M. de Knijff.

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. de vonnissen in de zaak C/01/283488 HA ZA 14-645 van de rechtbank Oost-Brabant van 1 juni 2016, 12 oktober 2016 en 14 februari 2018;

b. de arresten in de zaak 200.236.723/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 28 april 2020 (tussenarrest) en 19 juli 2022 (eindarrest).

Rookie heeft tegen de arresten van het hof beroep in cassatie ingesteld.

ABC Hekwerk c.s. hebben tegen het eindarrest van het hof voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld.

Partijen hebben over een weer een geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal T. Hartlief strekt tot vernietiging van het tussenarrest en het eindarrest en tot afdoening op de wijze zoals vermeld in randnummer 5.2 van die conclusie.

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2. *Uitgangspunten en feiten*

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Rookie was in 2012 enig aandeelhouder en bestuurder van Euro Barrier B.V. (hierna: Euro Barrier). Euro Barrier maakte onder meer slagbomen.

(ii) ABC Hekwerk behartigde in 2012 de belangen van zelfstandige licentienemers die met ABC Hekwerk samenwerkten (hierna: de licentienemers) en leverde hekwerksystemen en gelieerde producten. ABC Hekwerk en haar licentienemers werkten samen wat betreft (onder meer) gezamenlijke logistiek, marketing en promotie. ABC Hekwerk heeft eind 2011 de aandelen in Promis Security Systems B.V. (hierna: PSS) overgenomen. PSS leverde elektronische beveiligingssystemen. Euro Barrier was een leverancier van PSS.

(iii) [verweerder 2] was en is bestuurder van ABC Hekwerk en was ten tijde van de hiervoor onder (ii) bedoelde overname indirect bestuurder van PSS.

(iv) Rookie en ABC Hekwerk hebben op 16 november 2012 een Letter of Intent (hierna: LOI) ondertekend over de overname van de aandelen in PSS door Rookie. In de LOI staat dat de 'realisatie van een positief resultaat over het boekjaar 2012 voor belasting van circa € 20.000,- (...) realistisch voorstelbaar' is (art. 6) en dat ABC Hekwerk het in PSS 'aanwezige eigen vermogen zoals dat blijkt uit de tussentijdse cijfers per 30 juni 2012 (...) garandeert' (art. 14).

(v) Rookie heeft een due diligence-onderzoek bij PSS uitgevoerd.

(vi) De tussentijdse cijfers van PSS per 30 november 2012 (met inbegrip van de balans per deze datum, hierna: de overnamebalans) zijn op 10 december 2012 ter hand gesteld aan de accountant van Rookie. Uit deze cijfers blijkt (a) een positief resultaat voor belasting van € 94.284,- en een brutowinstmarge van 54.1% en (b) een post onderhanden projecten van € 156.330,-.

(vii) Rookie en ABC Hekwerk hebben op 21 december 2012 een koopovereenkomst gesloten (hierna: de koopovereenkomst). Rookie kocht de aandelen in PSS van ABC Hekwerk voor een koopprijs van (a) € 1,- voor de aandelen en (b) € 482.933,28 door overname van een schuld in rekening-courant van PSS aan ABC Hekwerk (hierna: de koopprijs). ABC Hekwerk heeft deze aandelen aan Rookie geleverd. Rookie heeft de koopprijs (€ 482.934,28) betaald aan ABC Hekwerk. Het plan was dat PSS als servicecentrum zou gaan samenwerken met Euro Barrier en de licentienemers).

(viii) De koopovereenkomst bevat een balansgarantie, afgegeven door ABC Hekwerk ten gunste van Rookie (art. 5 onder IV). De strekking daarvan is dat de overnamebalans getrouw en stelselmatig de grootte en samenstelling van het vermogen en het resultaat weergeeft. Onder 'overige garanties' (art. 5 onder VI) erkent ABC Hekwerk dat iedere verklaring in dit artikel voor Rookie van wezenlijk belang is en dat de juistheid, nauwkeurigheid en volledigheid van iedere verklaring essentieel is voor het besluit van Rookie om de koopovereenkomst aan te gaan.

(ix) Rookie en ABC Hekwerk hebben in 2013 een licentie- en samenwerkingsovereenkomst gesloten.

(x) In juli 2013 is onmin ontstaan. ABC Hekwerk sprak (namens haar achterban) haar zorgen uit over de samenwerking met PSS. De accountant van Rookie sprak ABC Hekwerk aan op een aantal mogelijke onregelmatigheden in de cijfers over 2012 met betrekking tot de post onderhanden projecten.

(xi) PSS heeft over 2012 een verlies geleden van € 109.236,- (resultaat voor belastingen).

(xii) Rookie heeft op 15 juli 2013 woord- en beeldmerken 'ABC Hekwerk' en 'ABC Security Systems' gedeponeerd. ABC Hekwerk heeft op 29 augustus 2013 de licentie- en samenwerkingsovereenkomst ontbonden. Rookie heeft de inschrijving van de merknamen laten doorhalen, nadat ABC Hekwerk daarover een kort geding tegen haar aanhangig had gemaakt en de voorzieningenrechter op 25 oktober 2013 in dat kort geding vonnis had gewezen.

(xiii) PSS is in staat van faillissement verklaard. Euro Barrier kon daardoor een debiteurenpost van € 200.000,- niet incasseren. Euro Barrier is ook in staat van faillissement verklaard. B&G Hekwerk B.V., een belangrijke concurrent van ABC Hekwerk, heeft een doorstart mogelijk gemaakt van de bedrijven van PSS en Euro Barrier.

2.2. Rookie vordert, voor zover in cassatie van belang, primair een verklaring voor recht over dwaling bij het aangaan van de koopovereenkomst en over de vernietiging van de koopovereenkomst, en veroordeling van ABC Hekwerk tot terugbetaling van de koopprijs en subsidiair voor recht te verklaren dat ABC Hekwerk tekort is geschoten als gevolg van de schending van de balansgarantie en ABC Hekwerk c.s. hoofdelijk te veroordelen tot vergoeding van de schade. Primair en subsidiair vordert Rookie voor recht te verklaren dat zij uit hoofde van de koopovereenkomst niets meer aan ABC Hekwerk verschuldigd is, alsmede om ABC Hekwerk c.s. hoofdelijk te veroordelen tot vergoeding van de overige door haar geleden schade. In geval van vernietiging hebben ABC Hekwerk c.s. in reconventie voorwaardelijk gevorderd Rookie te veroordelen tot betaling van een bedrag gelijk aan de koopprijs.

2.3. De rechtbank heeft de vordering van Rookie tot vernietiging van de koopovereenkomst afgewezen. Zij heeft voor recht verklaard dat ABC Hekwerk toerekenbaar is tekortgeschoten door schending van de bij de verkoop van de aandelen PSS gegeven balansgarantie en uit dien hoofde ABC Hekwerk c.s. hoofdelijk veroordeeld tot betaling van € 107.313,-.

2.4. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank gedeeltelijk vernietigd en, voor zover in cassatie van belang, voor recht verklaard dat Rookie de koopovereenkomst buitengerechtelijk heeft vernietigd op grond van dwaling. Het heeft ABC Hekwerk veroordeeld om € 272.153,46 te betalen en voor recht verklaard dat Rookie uit hoofde van de koopovereenkomst niets meer aan ABC Hekwerk is verschuldigd.

Daartoe heeft het hof in zijn tussenarrest¹ overwogen als volgt:

Wat betreft het geschilpunt over de post onderhanden projecten op de overnamebalans is de conclusie dat deze post onjuist is gewaardeerd en dat de fout moet worden begroot op een substantieel en omvangrijk bedrag van maximaal € 120.063,-- (rov. 3.13)

Het beroep van Rookie op dwaling is gegrond. Rookie heeft op goede gronden de buitengerechtelijke vernietiging van de koopovereenkomst ingeroepen. De dwaling komt niet voor rekening van Rookie. (rov. 3.19)

Over de gevolgen van het geslaagde beroep op dwaling heeft het hof overwogen:

‘3.20. De gevolgen hiervan zijn het volgende geschilpunt. (...) Het gaat om:

– het beroep van ABC op art. 3:53 lid 2 BW (partiële vernietiging en een uitkering in geld in verband met onbillijke bevoordeling van Rookie) en de daarmee samenhangende (reconventionele) vordering van ABC tot betaling van de restant Koopprijs;

– de vordering van ABC tot vergoeding van schade;

– de vordering van Rookie tot vergoeding van schade (art. 2:249 BW; art. 6:74 BW; art. 6:162 BW).

Deze punten komen hieronder aan de orde.

3.21. ABC heeft zich beroepen op artikel 3:53 lid 2 BW (...). De rechter kan volgens deze regeling desgevraagd aan een vernietiging geheel of ten dele haar werking ontzeggen, indien de reeds ingetreden gevolgen van een rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt. De rechter kan verder aan een partij die daardoor onbillijk wordt bevoordeeld, de verplichting opleggen tot een uitkering in geld aan de partij die benadeeld wordt. (...)

3.22. Het hof overweegt dat ABC op zichzelf gelijk heeft wat betreft de gevolgen van de vernietiging. De vernietiging van de Koopovereenkomst brengt in beginsel mee dat ABC Hekwerk de Koopprijs moet teruggeven aan Rookie en dat Rookie de aandelen in PSS moet teruggeven aan ABC Hekwerk. Rookie heeft de aandelen nog wel, maar Rookie kan deze aandelen uiteraard niet materieel in exact dezelfde staat teruggeven. De transactie was immers jaren geleden. PSS is in staat van faillissement verklaard en de curator heeft de onderneming van PSS verkocht aan een doorstarter. Dit betekent dat de aandelenoverdracht – een reeds ingetreden gevolg van de vernietigde rechtshandeling – bezwaarlijk ongedaan kan worden gemaakt.

3.23. Het hof begrijpt de standpunten van Rookie aldus dat volgens haar sprake is van een onrechtmatige daad en/of van een (toerekenbare) tekortkoming in de nakoming van de samenwerkingsovereenkomst en/of de licentieovereenkomst. Rookie heeft de volgende standpunten naar voren gebracht. ABC heeft haar onvoldoende en onjuist geïnformeerd in de aanloop naar de Koopovereenkomst over:

– de cijfers (Overnamebalans);

– lopende (operationele) problemen in de organisatie (betalingstermijnen, discussie over prijslijst, aangekondigde prijsverhoging van een leverancier);

– het merk en Rookie vindt dat ABC de samenwerking welbewust heeft gefrustreerd. Er is sprake geweest van een vooropgezet plan van ABC Hekwerk om PSS als verlieslijdend onder-

deel van de ABC Hekwerk-groep af te stoten, zonder daarvan zelf de consequenties te hoeven dragen, aldus Rookie.

3.24. ABC heeft zich (...) beroepen op artikel 3:53 lid 2 BW, aanspraak gemaakt op een uitkering in geld, als in dat wetsartikel omschreven, en een vordering tot vergoeding van schade ingesteld. ABC heeft de volgende standpunten naar voren gebracht:

– Rookie heeft onjuiste keuzes heeft gemaakt in de onderneming;

– Rookie heeft de samenwerking tussen PSS en de ABC-ondernemingen welbewust gefrustreerd (omdat zij niet wilde dat PSS winst zou maken in verband met de earn-out);

– Rookie heeft ten onrechte de ABC-merknaam gedeponeerd;

– Rookie heeft (als gevolg van het voorgaande) het faillissement van PSS veroorzaakt.

3.25. ABC heeft haar stelling dat zij aanspraak heeft op een uitkering in geld wegens onbillijke bevoordeling/benadeling (art. 3:53 lid 2 BW) voldoende toegelicht. Rookie heeft deze stelling van ABC voldoende gemotiveerd betwist. Het hof zal ABC toelaten tot bewijslevering. Het hof merkt nu reeds op dat de omstandigheid dat ABC slechts gedurende een korte periode (een jaar) verantwoordelijk was voor de administratie, niet ter zake doet. ABC was immers daarvoor verantwoordelijk en zij heeft de Overnamebalans gebruikt bij de verkoop van de onderneming.’

In zijn eindarrest² heeft het hof op grond van hetgeen het na bewijslevering bewezen heeft geacht (rov. 7.5) met betrekking tot het beroep van ABC Hekwerk c.s. op art. 3:53 lid 2 BW in het incidentele hoger beroep overwogen:

‘7.6. (...)

(a) Het eerste geschilpunt in de zaak betreft het beroep van ABC op artikel 3:53 lid 2 BW (vergoeding ter voorkoming van onbillijke bevoordeling) als verweer tegen de door Rookie gevorderde terugbetaling van de koopprijs.

Het hof is van oordeel dat dit beroep op artikel 3:53 lid 2 BW toewijsbaar is tot een bedrag gelijk aan 25% van de koopprijs nadat de koopprijs is verminderd met de correctie in verband met de dwaling. Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat ABC als verkoper verantwoordelijk is voor de dwaling, de onjuiste inlichtingen en in zeer belangrijke mate voor het stoeve verloop van de samenwerking, waardoor Rookie zich genoodzaakt zag drastische maatregelen te treffen (het deponeeren van de merknaam). Aan de andere kant wordt ook tot uitdrukking gebracht dat Rookie de merknaam heeft gedeponeerd en daarmee de vertrouwensrelatie (nog verder) heeft ondermijnd, zoals hiervoor is overwogen. Daarmee heeft Rookie ook zelf enige rol gespeeld in de deconfiture van PSS.’

De overige vorderingen strekken tot vergoeding van schade en zijn door het hof afgewezen. (rov. 7.6 (b)-(e))

Een en ander heeft geleid tot de volgende slotsom:

‘7.7. (...)

(c) Rookie heeft recht op € 12.750,00 in aanvulling op € 107.313,00 (bestreden eindvonnis) (totaal: € 120.063,00). Aldus wordt de onjuiste telling van de voorraden gecorrigeerd. Over dit aanvullend bedrag zal als gevorderd de wettelijke rente worden toegewezen.

(d) Rookie heeft recht op € 272.153,46, berekend als volgt: € 482.934,28 koopprijs

-/- € 120.063,00 reeds betaald of verschuldigd in verband met de voorraden

1 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 april 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1440.

2 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 juli 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:2429.

= € 362.871,28
 -/- € 90.717,82 = 25% ter voorkoming van onbillijke bevoor-
 deling
 = € 272.153,46.
 (...)’

3. Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1. Onderdeel 1A van het middel richt rechts- en motive-
 ringsklachten tegen rov. 3.22. van het tussenarrest. Het klaagt
 onder meer dat onjuist of onbegrijpelijk is het oordeel dat de
 aandelenoverdracht bezwaarlijk ongedaan kan worden ge-
 maakt.

3.2. Deze klachten slagen. Indien als gevolg van de vernietig-
 ing van een overeenkomst van koop van aandelen de titel
 aan de overdracht komt te ontvallen, hebben die aandelen het
 vermogen van de verkoper niet verlaten. De rechter kan in
 zo'n geval op grond van art. 3:53 lid 2, eerste zinsnede, BW
 desgevraagd aan de vernietiging geheel of ten dele haar wer-
 king ontzeggen, indien de reeds ingetreden gevolgen van de
 overeenkomst van koop van aandelen bezwaarlijk ongedaan
 gemaakt kunnen worden. De enkele omstandigheid dat de
 aandelen zijn overgedragen, brengt nog niet de hiervoor be-
 doelde bezwaarlijkheid mee. Indien het hof dit heeft miskend,
 geeft zijn oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting. In-
 dien het hof dit niet heeft miskend, is het oordeel dat de aan-
 delenoverdracht bezwaarlijk ongedaan kan worden gemaakt
 zonder nadere, door het hof niet gegeven, toelichting niet be-
 grijpelijk.

3.3. Onderdeel 1B is gericht tegen rov. 3.24. en 3.25. van het
 tussenarrest en tegen rov. 7.6. onder (a) van het eindarrest en
 klaagt dat onjuist of onbegrijpelijk is het oordeel dat benade-
 ling aan de zijde van ABC Hekwerk c.s. een grond kan zijn
 voor een geslaagd beroep op art. 3:53 lid 2 BW.

3.4. Art. 3:53 lid 2, laatste zinsnede, BW kan worden toegepast
 als de rechter wegens het bezwaarlijk ongedaan kunnen ma-
 ken van de gevolgen van een rechtshandeling aan de vernietig-
 ing van die rechtshandeling geheel of ten dele haar werking
 ontzegt, en een partij als gevolg van het ontzeggen van de
 werking aan de vernietiging onbillijk wordt beoordeeld. Het
 hof heeft echter zodanige beoordeling van Rookie niet (ken-
 baar) aan zijn bedoelde oordeel ten grondslag gelegd. Aldus
 heeft het hof hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvat-
 ting, hetzij zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd. De hierop
 gerichte klachten slagen dus eveneens.

3.5. De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassa-
 tie leiden. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij
 tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klach-
 ten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vra-
 gen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling
 van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

4. Beoordeling van het middel in het voorwaardelijke incidentele beroep

4.1. Hiervoor onder 3 is gebleken dat het middel in het princi-
 pale beroep doel treft. Daarmee is de voorwaarde vervuld
 waaronder het incidentele beroep is ingesteld.

4.2. De klachten van het middel kunnen niet tot cassatie lei-
 den. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit
 oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is
 het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die
 van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het
 recht (zie art. 81 lid 1 RO).

5. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

– vernietigt de arresten van het gerechtshof 's-Hertogenbosch
 van 28 april 2020 en 19 juli 2022;

– verwijst het geding naar het gerechtshof Arnhem-Leeuwar-
 den ter verdere behandeling en beslissing;

– veroordeelt ABC Hekwerk c.s. in de kosten van het geding
 in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Rookie be-
 groot op € 7.225,24 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris,
 vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien
 ABC Hekwerk c.s. deze niet binnen veertien dagen na heden
 hebben voldaan;

in het incidentele beroep:

– verwerpt het beroep;

– veroordeelt ABC Hekwerk c.s. in de kosten van het geding
 in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Rookie be-
 groot op € 2.200,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke
 rente over deze kosten indien ABC Hekwerk c.s. deze niet
 binnen veertien dagen na heden hebben voldaan.

NOOT

1. Waarom legt een koper van aandelen de door verkoper
 voorafgaand aan de overname gedane verklaringen door-
 gaans nauwgezet vast in een due diligence-antwoordlijst en
 waarom bedingt die koper uitvoerige (informatie)garanties,
 om vervolgens in de slotbepalingen van de koopovereen-
 komst (bijna standaard) afstand te doen van het recht de
 koop bij dwaling te vernietigen?

2. Omdat partijen complexe juridische discussies willen
 voorkomen wanneer een onjuiste mededeling of inbreuk op
 een garantie zich slechts kan vertalen in een geldvordering.
 Latere beleidsbeslissingen en/of tussentijdse en al dan niet
 van buiten komende omstandigheden behoeven dan niet te
 worden betrokken in de rechtsgevolgen van die onjuiste me-
 dedeling of garantie. De overname zelf staat niet ter discus-
 sie. De onderhavige zaak illustreert welk debat daarmee ver-
 meden kan worden.

3. Koper, het Helmondse Rookie B.V. ('Rookie'), koopt van het
 Eindhovense ABC Hekwerk Participaties B.V. ('ABC Hekwerk')
 de aandelen in PSS B.V. De laatste is gespecialiseerd in elek-
 tronische beveiligingssystemen. ABC Hekwerk en
 Rookie-dochter Euro Barrier B.V. handelen zelf in erfafschei-
 dingen (hekwerken respectievelijk slagbomen).

4. De cijfers van PSS, de overnamebalans, blijken vervolgens
 een onjuiste waardering van de post onderhanden werk te
 bevatten. ABC Hekwerk heeft de juistheid van de overname-
 balans expliciet gegarandeerd. Voorts heeft het in de zogehe-
 ten 'full disclosure garantie' erkend dat de juistheid, nauw-
 keurigheid en volledigheid van iedere verklaring essentieel is
 voor het besluit van Rookie om de koopovereenkomst aan te
 gaan.

5. Rookie vernietigt de koop buitengerechtelijk op grond van
 dwaling. Het arrest van het hof geeft in dat verband geen uit-
 sluitsel over de vraag of partijen verzuimd hebben vernietig-
 ing wegens dwaling uit te sluiten in de koopovereenkomst
 of dat aan die (wel opgenomen) uitsluiting geen werking toe-
 kwam omdat sprake was van opzettelijke verzwijging. Hoe
 dan ook, het hof beslist dat het beroep op dwaling gegrond
 is en dat de dwaling niet voor rekening van Rookie komt en
 Rookie rechtsgeldig vernietigd heeft.

6. Daarna wordt het wat ingewikkelder. In de tussentijd is PSS failliet gegaan en de curator heeft de failliete onderneming van PSS verkocht aan grote concurrent B&G Hekwerk (in de woorden van de Hoge Raad: 'B&G Hekwerk, een belangrijke concurrent van ABC Hekwerk, heeft een doorstart mogelijk gemaakt van [het bedrijf van] PSS.')

7. Vernietiging heeft terugwerkende kracht. De koopprijs kan terugbetaald worden, maar de onderneming is verkocht, uit de failliete boedel. Begrijp ik de weergave van feiten goed, dan is het faillissement van PSS nog niet finaal afgewikkeld en bestaan de aandelen in strikt juridische zin dus nog wel, maar representeren zij (vanwege de doorstart van het bedrijf van PSS door B&G Hekwerk) niet langer de onderneming. Het zijn zogeheten 'lege' aandelen (in gelijke zin: A-G Hartlief in randnummer 3.11 van zijn conclusie).

8. ABC Hekwerk, die in ruil voor de terug te betalen koopprijs met 'lege aandelen' dreigt opgezadeld te worden, verweert zich met de stelling dat Rookie het faillissement zelf heeft veroorzaakt. Rookie zou onjuiste keuzes hebben gemaakt in het management van PSS. Voorts zou Rookie een nevenafpraak bij overname – de voortgezette samenwerking tussen enerzijds PSS en anderzijds ABC Hekwerk en de aan haar verbonden ondernemingen – welbewust hebben gefrustreerd en heeft Rookie in de tussen beide ondernemingen ontstane ruzie bovendien het woord- en beeldmerk 'ABC Hekwerk' ten onrechte als eigen woord- en beeldmerk gedeponeerd. De daaromtrent gevoerde rechtszaak heeft Rookie verloren van ABC Hekwerk. Aldus heeft Rookie het vertrouwen ernstig beschadigd en het faillissement van PSS zelf veroorzaakt, zo stelt ABC Hekwerk. Zij meent dat Rookie haar daarmee heeft benadeeld en doet ter zake van de vernietiging een beroep op de billijkheidscorrectie van art. 3:53 lid 2 BW.

9. Het hof gaat daarin mee en oordeelt dat Rookie zelf enige rol heeft gespeeld in de deconfiture van PSS. Het hof stelt Rookies aandeel vast op 25% en kort dit op de aan Rookie terug te betalen koopprijs.

10. Rookie komt hier in cassatie succesvol tegen op. De Hoge Raad casseert en schept als volgt duidelijkheid over de ver-eisten van art. 3:53 lid 2 BW:

– Indien als gevolg van de vernietiging van een overeenkomst van koop van aandelen de titel aan de overdracht komt te ontvallen, hebben de aandelen het vermogen van de verkoper niet verlaten.

– De rechter kan in zo'n geval op grond van art. 3:53 lid 2 eerste zinsnede BW desgevraagd aan de vernietiging geheel of ten dele haar werking ontzeggen indien de reeds ingetreden gevolgen van de overeenkomst bezwaarlijk ongedaan gemaakt kunnen worden.

– Deze ontzegging moet dan wel begrijpelijk gemotiveerd worden. De enkele omstandigheid dat de aandelen zijn overgedragen brengt – op zichzelf en zonder meer – nog niet de vereiste bezwaarlijkheid met zich mee (cassatiegrond 1).

– Indien een partij, als gevolg van het geheel of ten dele ontzeggen van de werking aan de vernietiging, onbillijk wordt bevoordeeld, dan kan de rechter op grond van art. 3:53 lid 2 tweede zinsnede BW aan deze partij de verplichting opleggen tot een uitkering in geld aan de partij die wordt benadeeld.

– Deze bevoordeling moet begrijpelijk gemotiveerd worden. De enkele omstandigheid dat de verkoper nadeel lijdt, brengt – op zichzelf en zonder meer – nog niet de vereiste bevoordeling van de andere partij met zich mee (cassatiegrond 2).

11. Is de Hoge Raad hier te streng voor het hof? Tussen 's hofs motivering in r.o. 3.22 ('Rookie kan deze aandelen niet in exact dezelfde staat teruggeven. De transactie was immers jaren geleden. PSS is in staat van faillissement verklaard en de curator heeft de onderneming van PSS verkocht aan een doorstarter. Dit betekent dat de aandelenoverdracht een reeds ingetreden gevolg van de vernietigde rechtshandeling bezwaarlijk ongedaan kan worden gemaakt.') en de verkorte weergave van de Hoge Raad in r.o. 3.2 ('De enkele omstandigheid dat de aandelen zijn overgedragen, brengt nog niet de hiervoor bedoelde bezwaarlijkheid met zich mee') lijkt enig licht te schijnen.

12. Terminologisch is 's hofs (summiere) motivering overigens niet helemaal juist en reeds daarom is cassatie op zijn plaats. Er hoeft immers niets te worden 'teruggegeven' (bij vernietiging worden de aandelen geacht het vermogen van ABC Hekwerk nooit te hebben verlaten). Strikt genomen hoeft slechts een aantekening gemaakt te worden in het aandeelhoudersregister. Een akte van teruggave of levering is niet aan de orde, al maken sommige notarissen – bij gebreke van een centraal aandeelhoudersregister – soms liever wel een notarieel proces-verbaal op om de in kracht van gewijsde gegane vernietiging vast te leggen.

13. Het hof mag dan niet precies zijn geweest, de qua terminologie haperende motivering maakt wel duidelijk dat het hof er een bezwaar in ziet dat de aandelen niet langer een onderneming representeren (sterker nog: na afwikkeling van het faillissement verdwijnen ze uit de rechtsorde).

14. Helaas gaat de Hoge Raad daar niet op in. De Hoge Raad oordeelt slechts dat de enkele overdracht – op zichzelf en zonder meer – niet tot bezwaarlijkheid in de zin van art. 3:53 lid 2 eerste zinsnede BW kan leiden.

15. Ik vraag mij af welke overdracht van aandelen de Hoge Raad hier op het oog heeft. In ieder geval niet die aan doorstarter B&G Hekwerk, aangezien de curator *het bedrijf* heeft verkocht, niet *de aandelen* (dat laatste kan een curator overigens ook helemaal niet; die aandelen zitten immers niet in de boedel). Welke overdracht dan? Die aan Rookie? Dat zou vreemd zijn, want het gevolg van de vernietiging is nu juist dat deze eerste overdracht nimmer heeft plaatsgevonden aangezien vernietiging terugwerkende kracht heeft zonder ontzegging van de werking aan vernietiging op grond van art. 3:53 lid BW. De aandelen hebben het vermogen van ABC Hekwerk dus nooit verlaten (in gelijke zin: A-G Hartlief in randnummer 3.6 van zijn conclusie). Maar wat bedoelt de Hoge Raad dan?

16. De zeer korte motivering van de Hoge Raad indiceert wel dat aan de bezwaarlijkheid eisen mogen worden gesteld, maar de Hoge Raad laat in het midden waar hij daarbij 'de lat legt'.

17. A-G Hartlief is daar wel zeer uitgesproken over. In randnummer 3.6 van zijn conclusie neemt hij de positie in dat ongedaanmaking van de levering en overdracht van de aandelen bij een succesvol beroep op vernietiging in het algemeen vanzelf gaat. Volgens hem is in het algemeen slecht voor te stellen dat ongedaanmaking van de feitelijke gevolgen van een uitgevoerde overeenkomst tot koop van aandelen bezwaarlijk is. De staat van de onderneming (welke onderneming de aandelen bij verkoop representeerden en later bij vernietiging nog hebben) kleurt de bezwaarlijkheid niet, aldus A-G Hartlief.

18. De Hoge Raad volgt A-G Hartlief daar niet (expliciet) in en beperkt zich, als gezegd, tot de weergegeven heel korte, voor mij cryptische motivering, inhoudende dat de enkele om-

standigheid dat de aandelen zijn overgedragen – op zichzelf en zonder meer – nog niet de vereiste bezwaarlijkheid met zich meebrengt. De Hoge Raad verwijst de zaak ter verdere beoordeling naar hof Arnhem-Leeuwarden. Ik ben benieuwd wat daar uitkomt.

19. Ten slotte oordeelt de Hoge Raad in wat een *obiter dictum* lijkt te zijn – immers, bij afwijzing op grond van het eerste zinsdeel komt de rechter niet toe aan het tweede zinsdeel – nog dat voor toepassing van art. 3:53 lid 2 tweede zinsdeel BW (de billijkheidscompensatie) vereist is dat een partij onbillijk *bevoordeeld* is door de correctie op de werking van de vernietiging van de koopovereenkomst. Het hof is daar inderdaad aan voorbijgegaan en heeft slechts vastgesteld dat de andere partij, ABC Hekwerk, *benadeeld* is (nu de aandelen als gevolg van het faillissement en de doorstart niet langer een onderneming representeren).

20. Dit moet inderdaad niet uit het oog worden verloren. Het tweede zinsdeel van art. 3:53 lid 2 BW behelst immers geen zuivere nadeelcompensatie, maar compenseert onbillijk voordeel van de ene partij aan de andere, nadeellijgende partij. Het bestaan van nadeel voor de een, zonder voordeel van de ander, is niet voldoende voor toepassing van art. 3:53 lid 2 laatste zinsdeel BW, zo leert dit arrest.

mr. G.C. Vergouwen
advocaat-partner bij Lindenbaum

44

Onderscheid primaire dekkingsomschrijving versus preventieve garantievoorzwaarden

Hoge Raad
16 februari 2024, nr. 22/03274, ECLI:NL:HR:2024:258
(mr. Du Perron, mr. Wattendorff, mr. Ter Heide,
mr. Salomons, mr. Makkink)
(Concl. A-G Hartlief)
Noot mr. P.H. Bossema-de Greef

Verzekeringsrecht. Uitleg polisbepaling. Dekking. Beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid.

[BW art. 6:248]

Essentie: Bij beantwoording van de vraag of een beroep op een beding in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, hoeft bij verzekeringsovereenkomsten geen andere benadering te worden gevolgd dan bij andere overeenkomsten. Er is geen reden om bedingen die een verzekeraar inroept om uitkering geheel of ten dele te weigeren op voorhand te onderscheiden in bedingen waarbij een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid niet kan slagen en bedingen waarbij dat onder omstandigheden wel kan.

Samenvatting: Een ruiter viel tijdens een bosrit en liep ernstig letsel op. De manegehouder werd aansprakelijk gesteld voor haar schade. De rechtbank oordeelde dat de manegehouder 50% van de schade moest vergoeden. De manegehouder voerde in de procedure dat de aansprakelijkheidsverzekeraar Nationale-Nederlanden (NN) onder andere in vrijwaring werd veroordeeld. De manegehouder voerde daartoe aan dat het

schadevoorval onder de dekking van NN valt. NN stelde dat zij geen dekking hoefde te verlenen omdat de manegehouder zich niet had gehouden aan de verzekeringsvoorwaarden. De rechtbank oordeelde dat NN gehouden was om dekking te verlenen. NN ging in hoger beroep. Het hof bekrachtigde het vonnis van de rechtbank. NN stelde cassatie in. De Hoge Raad vernietigde het arrest van het hof. In cassatie stond onder andere het verschil centraal tussen bedingen die de primaire omschrijving van de dekking inhouden (de 'primaire dekkingsomschrijving') en bedingen die een voorwaarde bevatten waaronder de dekking vervalt ('preventieve garantievoorzwaarden'). Daarnaast stond de vraag centraal of het hof kon oordelen dat het beroep van NN op de niet-naleving van de verzekeringsvoorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De Hoge Raad overwoog dat het onderscheid tussen primaire dekkingsomschrijvingen en preventieve garantievoorzwaarden niet steeds gemakkelijk te maken is. Bij beantwoording van de vraag of een beroep op een beding in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, hoeft bij verzekeringsovereenkomsten geen andere benadering te worden gevolgd dan bij andere overeenkomsten, aldus de Hoge Raad. Er is geen reden om bedingen die een verzekeraar inroept om uitkering geheel of ten dele te weigeren op voorhand te onderscheiden in bedingen waarbij een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid niet kan slagen en bedingen waarbij dat onder omstandigheden wel kan. Daarnaast oordeelde de Hoge Raad dat het hof, aan de hand van de omstandigheden van het geval, diende te onderzoeken of het beroep van NN op de verhuurclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Indien een verband ontbreekt, is daarmee nog niet gegeven dat NN zich niet met succes kan beroepen op de zogenoemde verhuurclausule. Nu het hof niet was ingegaan op de stellingen van NN hieromtrent, is het hof uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting of heeft zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd. Ten slotte oordeelde de Hoge Raad dat het oordeel van het hof dat causaal verband ontbreekt onvoldoende gemotiveerd was. De Hoge Raad vernietigde het arrest van het hof Den Bosch en verwees het geding naar het hof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing.

Nationale-Nederlanden Schadeverzekering Maatschappij N.V., gevestigd te Den Haag,
eiseres tot cassatie,
hierna: NN,
advocaten: G.C. Nieuwland en P.J. Tanja,
tegen
[de manegehouder] h.o.d.n. [de manege], wonende te [woonplaats],
verweerder in cassatie,
hierna: [de manegehouder],
niet verschenen.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Hartlief)

Deze vrijwaringszaak draait om de vraag of NN gehouden is tot het geven van dekking aan [verweerder] in verband met een ongeval tijdens een door [verweerder] georganiseerde bosrit met rijpaarden. Een van de slachtoffers is een procedure gestart waarin zij [verweerder] aansprakelijk heeft gesteld. De rechtbank heeft in die zaak geoordeeld dat [verweerder] voor 50% aansprakelijk is voor haar schade. [verweerder]