

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

Nummer 17/05256
Datum 30 augustus 2019

ARREST

In de zaak van

GEMEENTE VIANEN,
zetelende te Vianen,
EISERES tot cassatie, verweester in het incidenteel cassatieberoep,
hierna: de Gemeente,
advocaten: mr. T.T. van Zanten en mr. I.M.A. Lintel,

tegen

GABO B.V.,
gevestigd te Soest,
VERWEESTER in cassatie, eiseres in het incidenteel cassatieberoep,
hierna ook: Niemans,
advocaat: mr. J.W.M.K. Meijer.

1. Procesverloop in cassatie

De Gemeente heeft tegen het arrest in de zaak 105.000.038/01 van het gerechtshof 's-Gravenhage van 8 augustus 2017 beroep in cassatie ingesteld. Niemans heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld.

Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend. De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal T. Hartlief strekt in het principale cassatieberoep tot verwerping en in het incidentele cassatieberoep tot vernietiging van het bestreden arrest en tot terugwijzing.

De advocaten van de Gemeente hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

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) Niemans' Beton B.V. (hierna: Niemans) 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 Niemans te leveren.
- (iii) De rechtbank Dordrecht heeft bij vonnis van 2 januari 1985 geoordeeld dat het Industrieschap verplicht is de schade te vergoeden die Niemans 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 Niemans, Niemans Onroerend Goed B.V., heeft de vordering tot schadevergoeding overgedragen aan Gabo B.V. Deze laatste wordt in deze uitspraak ook aangeduid als Niemans.
- (v) De rechten en verplichtingen van het Industrieschap zijn overgegaan op de Gemeente.

2.3.1 In deze schadestaatprocedure stelt Niemans 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 Niemans de gestelde schade heeft geleden.

2.3.2 De rechtbank heeft de vordering van Niemans 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 Niemans 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 gediscoteerd 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 Niemans 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 Niemans verbonden risico's; op 1 januari 1976 kon immers niet vaststaan of de uitbreiding van de productie door Niemans 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

rekening 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 Niemans, 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 contant 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 hanteren 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 Niemans 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.

¹ Vgl. HR 30 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.

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 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 Niemans 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 Niemans in de schadevergoeding worden beloond 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 Niemans, 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 Niemans 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 Niemans 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 Niemans 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 vergroot 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:

- verworpt het beroep;
- veroordeelt de Gemeente in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Niemans begroot op € 854,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien de Gemeente deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan;

in het incidentele beroep:

- verworpt het beroep;
- veroordeelt Niemans in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Gemeente begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien Niemans deze niet binnen veertien dagen na heden heeft voldaan.

Dit arrest is gewezen door de raadsheer A.H.T. Heisterkamp als voorzitter en de raadsheren G. Snijders, M.V. Polak, C.E. du Perron en C.H. Sieburgh, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer C.E. du Perron op 30 augustus 2019.

Ondertekening Arrest

ECLI:NL:HR:2019:1291

Handtekeningen

Versteeg, E.E.J.

Perron, mr. C.E. du

Two handwritten signatures are displayed. The top signature is a stylized, cursive script, likely belonging to E.E.J. Versteeg. The bottom signature is a more legible, cursive script, likely belonging to C.E. du Perron.