ECLI:NL:GHDHA:2013:1939

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	28-05-2013
Datum publicatie	08-07-2013
Zaaknummer	C-07-00214
Formele relaties	Tussenuitspraak: ECLI:NL:GHSGR:2011:BP7376
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Begroting schade als gevolg van onrechtmatige opzegging dealerovereenkomst en berichtgeving daarover.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling civiel recht

Zaaknummer : 105.006.079/01

Rolnummer (oud) : C 07/00214

Zaak/rolnummer Rb : 240018/HA ZA 05-1112

arrest van 28 mei 2013

inzake

AUTOMOBIELBEDRIJF [X] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats],

appellante,

hierna te noemen: [X],

advocaat: mr. P.A.J.M. Lodestijn te Plasmolen,

tegen

AUTOPALACE-DE BINCKHORST B.V.,
gevestigd te 's-Gravenhage,

geïntimeerde,

hierna te noemen: De Binckhorst,

advocaat: mr. E.M. Kostense te 's-Gravenhage.

Verder verloop van het geding

Het hof verwijst naar zijn arresten van 16 februari 2010, 1 februari 2011, 5 juli 2011 en 17 januari 2012. Bij het laatste arrest is mr. drs. B.M. Prins R.A. als deskundige benoemd.

Op 26 oktober 2012 heeft de deskundige zijn, op 25 oktober 2012 gedateerde, rapport gedeponeerd. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld een memorie na deskundigenbericht te nemen, doch hebben daar beide van afgezien, De Binckhorst onder de mededeling dat zij zich refereert aan het oordeel van het hof.

Vervolgens hebben partijen, onder overlegging van hun procesdossiers, arrest gevraagd.

Verdere beoordeling van het beroep

1. Uit hoofdstuk 2.1 van het deskundigenrapport blijkt dat partijen door de deskundige in de gelegenheid zijn gesteld om opmerkingen te maken en verzoeken te doen: de deskundige heeft met hen en hun advocaten een bespreking gehouden. Voorts heeft de deskundige zijn concept-rapportage aan partijen voorgelegd ter becommentariëring. Bij overigens niet aan het deskundigenbericht gehechte brief van 17 september 2012 heeft [X] de deskundige (naar blijkt uit het deskundigenbericht) onder meer laten weten dat zij zich kan vinden in de door deze gevolgde systematiek ter begroting van de onderhavige schade. De Binckhorst heeft geen gebruik gemaakt van de geboden gelegenheid commentaar op het concept te geven.

2. In zijn arrest van 5 juli 2011 heeft het hof de volgende vragen aan de deskundige voorgelegd:
   (1) Kan de aangepaste becijfering van de schade door [X] als overgelegd bij schrijven van 21 maart 2011 als betrouwbaar uitgangspunt worden beschouwd ter berekening van het door [X] geleden rendementsverlies over de jaren 1999 en 2000 of behoeft de becijfering correctie en zo ja op welke punten?
   (2) Welk deel van het rendementsverlies kan in redelijkheid worden toegerekend aan gemaakte kosten c.q. verrichte inspanningen en investeringen ten behoeve van de verkoop van Daewoo?
   (3) Heeft u nog overige opmerkingen die voor de beoordeling van de zaak relevant kunnen zijn?

3. De berekening van [X] van 21 maart 2011 sloot op een bedrag van 127.063,40. Ter comparitie van partijen van 30 maart 2011 heeft [X] daarnaast aanspraak gemaakt op een vergoeding van 5.000,- terzake van de kosten gemoeid met het opstellen van de diverse berekeningen. Hij heeft zijn eis dienovereenkomstig verminderd tot een bedrag van 132.063,40.

4. Bij gelegenheid van voornoemde comparitie heeft De Binckhorst tegen deze berekening de volgende bezwaren ingebracht:
   a) als referentie moet het gemiddeld behaalde resultaat in de jaren 1996-1998 worden aangehouden en niet, zoals [X]. doet, landelijke resultaten en doelstellingen;

b) voor wat betreft het jaar 2000 moet met tien maanden in plaats van twaalf worden gerekend;
c) in de berekening wordt ten onrechte geen rekening gehouden met de marge die is toe te rekenen aan de inspanningen om Daewoo te verkopen;
d) er is geen rekening gehouden met de kosten die gemaakt zijn om de verkoop te realiseren.

5. Naar aanleiding van de bespreking van de deskundige met partijen heeft [X] opnieuw een aangepaste schadeberekening opgesteld, gedateerd 28 mei 2012. Hierin wordt onder meer rekening gehouden met de omstandigheid dat het jaar 2000 voor tien maanden meetelt. De gemiste omzet op de verkoop van Mazda wordt daarin afgezet tegen het rayonpotentieel, naar het hof begrijpt: de aantallen die [X], uitgaand van de landelijke prestaties, had kunnen behalen. De berekening sluit op een gederfde winst van 53.763,96.

6. De deskundige heeft op deze berekening een aantal correcties aangebracht. Deze hebben betrekking op de, voor de schadeberekening in aanmerking te nemen, netto winst in de jaren 1996-1998. Dit zijn de navolgende:
A) kosten en opbrengsten van bedrijfsactiviteiten die niet direct aan de verkoop van autos zijn gerelateerd, zoals die betreffende het tankstation, de shop, de wasplaats en autoverhuur, zijn geëlimineerd;
B) onderscheiden is tussen de verkoop van gebruikte autos die zijn ingeruild op nieuwe Mazdas en gebruikte autos die los daarvan zijn ingekocht en verkocht (en de daarop ingeruilde autos). De eerste categorie is in aanmerking genomen bij de schadeberekening, de tweede niet.
Deze correcties zijn verwerkt in de toerekening van het resultaat werkplaats, magazijn en interne werkplaats/magazijn, de toerekening van de personeelskosten en de toerekening van huisvestingskosten. Aldus is de deskundige tot een herziene schadeberekening gekomen, gedateerd 10 september 2012, die sluit op een gederfde winst van 38.094,-.

7. Het hof acht de sub A en B genoemde correcties redelijk en neemt deze over. Aan beide ligt ten grondslag dat het gaat om de schade die [X] heeft geleden op de verkoop van Mazdas, welk uitgangspunt juist is.

8. Voor wat betreft de door De Binckhorst geformuleerde bezwaren a) tot en met d) (zie rov. 4 hiervoor) geldt dat in de berekening van de deskundige tegemoet is gekomen aan de bezwaren b) en d). Met betrekking tot bezwaar a) overweegt het hof als volgt.

9. In zijn arrest van 1 februari 2011 (rov. 13) heeft het hof overwogen een vergelijking met de gemiddeld door [X] behaalde netto winst over de jaren 1996-1998 een reële maatstaf te achten. Daarmee heeft het hof tot uitdrukking gebracht dat het redelijk is aansluiting te zoeken bij de prestaties van [X].

   De deskundige heeft in zoverre in navolging van de berekening van [X] op basis van het gemiddeld aantal door [X] in de jaren 1996-1998 verkochte aantal Mazdas (realisatie [X]) berekend welk aandeel [X] heeft gehad in het in die jaren totale aantal verkochte Mazdas (mazda realisatie totaal). Dat aandeel van [X] noemt de deskundige (in navolging van [X]): rayon realisatie. Vervolgens heeft de deskundige vastgesteld hoeveel Mazdas er in totaal zijn verkocht in de jaren 1999 en 2000 en dit getal vermenigvuldigd met het eerder berekende percentuele aandeel van [X] in het totaal aantal verkochte Mazdas in de jaren 1996-1998. De uitkomst daarvan is vermeld met de aanduiding rayonpotentieel en komt op 109 Mazdas voor 1999 en 87 voor 2000 (berekende doelstelling). Dit is dus het aantal Mazdas dat [X], uitgaande van zijn aandeel in het aantal verkopen in de periode 1996-1998, had kunnen verkopen in 1999 en 2000. Voor het jaar 2000 heeft de deskundige een factor 0.9 in aanmerking genomen (blijkens de noot ad 1 onder de schadeberekening hebben beide partijen daarmee ingestemd), waardoor het aantal voor 2000 uitkomt op (afgerond) 78. Bij een realisatie van 45 (1999), respectievelijk 37 (2000), komt het aantal door [X] gemiste verkopen voor die jaren op 64 (109 45) en 41 (78 37). Vermenigvuldigd met de door [X] gemiddeld in 1996-1998 gerealiseerde netto winst per auto ad 363,-, komt de gederfde winst volgens de deskundige op een bedrag van (23.219,- + 14.875,- =) 38.094,-.
   Aldus heeft de deskundige overeenkomstig de instructie van het hof aansluiting gezocht bij de

werkelijke prestaties en het op die basis berekende potentieel van [X] zelf. Het hiervoor onder a) genoemde bezwaar is derhalve ongegrond.

Overigens komt vermenigvuldiging van 64, respectievelijk 41, met 363,- niet uit op de door de deskundige vermelde bedragen van 23.219,-, en 14.875,-, maar op 23.232,- en 14.883,-. Echter, klaarblijkelijk heeft de deskundige de berekening uitgevoerd met niet afgeronde getallen. Het hof ziet geen aanleiding hiervoor een correctie aan te brengen.

14. Wat betreft het in rov. 4 onder c) vermelde bezwaar geldt dat het hof in zijn arrest van 1 februari 2011 heeft overwogen aannemelijk te achten dat een deel van de omzetderving is toe te schrijven aan de inzet van bedrijfsmiddelen ten behoeve van een ander merk (Daewoo). Dit oordeel heeft zich vertaald in de vraag aan de deskundige welk deel van het rendementsverlies in redelijkheid kan worden toegerekend aan gemaakte kosten c.q. verrichte inspanningen en investeringen ten behoeve van de verkoop van Daewoo. Aan deze vraag is in het deskundigenbericht geen kenbare aandacht besteed. Uit de berekening volgt echter wel dat voor de berekening van de netto gederfde winst slechts rekening is gehouden met de omzet op de verkoop van Mazdas (en daarop ingeruilde autos) en de kosten die daaraan zijn toe te rekenen. Dat kan ook daarom niet anders, omdat die netto winst is ontleend aan de resultaten over de jaren 1996-1998, in welke periode nog geen sprake was van de verkoop van Daewoo. Ook de aantallen in de jaren 1996-1998, respectievelijk 1999 en 2000 verkochte autos zien slechts op Mazdas (en daarop ingeruilde autos). Wat overblijft is de mogelijkheid dat in 1999 en 2000 minder Mazdas zijn verkocht (mede) omdat de verkoopinspanningen mede gericht zijn geweest op autos van het merk Daewoo. Het had evenwel op de weg van De Binckhorst gelegen dit punt onder de aandacht van de deskundige te brengen. Nu zij dat heeft nagelaten en ook geen aanleiding heeft gezien een memorie na deskundigenbericht te nemen, laat het hof voormelde mogelijkheid thans buiten beschouwing. Deze is immers, zonder nadere toelichting, ook niet nader te concretiseren.

15. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het hof een bedrag van 38.094,- aan gederfde winst toewijsbaar acht, overeenkomstig de vordering van [X] te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 29 januari 1999.
heeft daarnaast aanspraak gemaakt op de kosten van de door hem in het geding gebrachte schadeberekeningen, opgesteld door zijn accountant. Het gaat daarbij, blijkens het proces-verbaal van de comparitie van partijen van 30 maart 2011, om een advies waarvan de kosten zijn verdisconteerd in de post proces- en advieskosten (ad 15.000,-) in de schadeopstelling die als productie 5 bij inleidende dagvaarding is overgelegd, alsmede om de schadeopstelling van 21 maart 2011.
De Binckhorst heeft bij conclusie van antwoord tegen voornoemde post aangevoerd dat de betreffende kosten, voor zover die buitengerechtelijk van aard zijn, niet zijn aangetoond. Ook nu heeft [X] geen bewijs van de door hem ten behoeve van bedoelde schadeberekeningen aan zijn accountant betaalde bedragen overgelegd. Het hof acht evenwel aannemelijk dat [X] terzake enige kosten heeft gemaakt. Nu zijn vordering deels wordt toegewezen, acht het hof het redelijk dat De Binckhorst een deel daarvan als schade aan [X] vergoedt. Het hof zal terzake een bedrag van 2.500,- toewijzen. Nu [X] niet heeft gespecificeerd op welke data hij de betreffende kosten heeft gemaakt zal het hof geen wettelijke rente over dit bedrag toewijzen.

16. Hoewel van het oorspronkelijk en ook van het na wijziging van eis gevorderde bedrag slechts een relatief bescheiden deel wordt toegewezen, acht het hof het passend de proceskosten (daaronder begrepen de kosten van de deskundige) ten laste van De Binckhorst te brengen, nu De Binckhorst onrechtmatig heeft gehandeld en daarmee schade heeft veroorzaakt. Het hof ziet wel aanleiding om voor begroting van de vergoeding van het in eerste aanleg betaalde griffierecht en het salaris van de procureur (eerste aanleg), respectievelijk de advocaat (hoger beroep) aan te sluiten bij het tarief passend bij het bedrag dat [X] na vermindering van eis heeft gevorderd (132.063,40).
Wat betreft de kosten van de deskundige geldt dat deze een bedrag van 17.500,- exclusief BTW (21.175,- inclusief BTW) heeft gedeclareerd en uitbetaald gekregen. Zijn begroting bedroeg 20.825,-. Het verschil van 350,- wordt veroorzaakt door de verhoging van de BTW. Het voorschot is aangevuld door betaling door ieder van partijen van een bedrag van 175,-, zodat ieder van partijen de helft van 21.175,- heeft voorgeschoten.

De veroordeling in de proceskosten omvat mede de (nog te maken) nakosten (waarvoor onderstaande veroordeling een executoriale titel geeft HR 19 maart 2010, LJN: BL1116). Ingevolge artikel 237, derde lid Rv blijft de vaststelling van de proceskosten door het hof in dit arrest beperkt tot de vóór de uitspraak gemaakte kosten.
De door [X] gevorderde veroordeling tot betaling van wettelijke rente voor het geval tijdige betaling van de proceskosten uitblijft, is toewijsbaar.

Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep en, opnieuw recht doende:

veroordeelt De Binckhorst tot betaling aan [X] van een bedrag van 40.594,-, vermeerderd met de wettelijke rente over een bedrag van 38.094,- vanaf 29 januari 1999 tot aan de dag van algehele voldoening;

veroordeelt De Binckhorst in de kosten van het geding in beide instanties, voor wat betreft de eerste aanleg begroot op 2.977,33 aan verschotten (2.905,- voor griffierecht en 71,93 aan kosten dagvaarding) en 2.842,- aan salaris, en voor wat betreft het hoger beroep tot op heden begroot op 371,32 aan verschotten (300,- voor griffierecht en 71,32 aan kosten dagvaarding), 7.896,- aan salaris en 10.587,50 aan door [X] voorgeschoten kosten van de deskundige; bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW verschuldigd is vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der algehele voldoening;

wijst af het meer of anders gevorderde;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. A. Dupain, A.V. van den Berg en T.H. Tanja-van den Broek, en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 28 mei 2013 in aanwezigheid van de griffier.