

RCR 2025/56

Earn-out. Rust op koper een inspanningsverplichting om ervoor te zorgen dat de omzeldrempel wordt behaald die in de earn-out regeling is overeengekomen?

Hof Amsterdam 13-05-2025, ECLI:NL:GHAMS:2025:1266

Instantie	Hof Amsterdam
Datum	13 mei 2025
Magistraten	Mrs. M.M.M. Tillema, J.L.M. Groenewegen, C.S. Schillemans
Zaaknummer	200.334.264/01
JCDI	JCDI:BSD19246:1
Vakgebied(en)	Verbintenissenrecht / Algemeen Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht Verbintenissenrecht / Overeenkomst
Brondocumenten	ECLI:NL:GHAMS:2025:1266, Uitspraak, Hof Amsterdam, 13-05-2025
Wetingang	Art. 6:248 lid 1 BW

Essentie

Earn-out. Redelijkheid en billijkheid. Inspanningsverplichting.

Rust op koper een inspanningsverplichting om ervoor te zorgen dat de omzeldrempel wordt behaald die in de earn-out regeling is overeengekomen? Zo ja, heeft koper de inspanningsverplichting geschonden?

Samenvatting

Deze uitspraak draait om de verkoop van de bedrijfsactiviteiten van BHV Mobile c.s. ('Verkopers') aan Medi-Select c.s. ('Kopers') door middel van een activa/passiva-transactie. In de koopovereenkomst is een omzetafhankelijke earn-out regeling opgenomen. Op grond daarvan zouden Kopers maximaal € 175.000 aan Verkopers verschuldigd worden als binnen twaalf maanden na leveringsdatum ten minste een omzet van € 930.416 ('Omzeldrempel') zou worden gerealiseerd. De earn-out was gesplitst in twee gelijke delen van ieder € 87.500, te betalen bij het behalen van respectievelijk 50% ('Earn-out I') en 100% ('Earn-out II') van de Omzeldrempel.

Over de eerste zes maanden na leveringsdatum is de omzet lager dan de helft van de Omzeldrempel. Tussen partijen ontstaat een geschil over de verschuldigdheid van Earn-out I. In eerste aanleg en in hoger beroep vorderen Verkopers betaling van Earn-out I. Zij stellen in dit verband dat de Omzeldrempel niet gehaald is doordat Kopers zich niet voldoende hebben ingespannen. Kopers betwisten het bestaan van een dergelijke inspanningsverplichting. Als wel sprake is van een inspanningsverplichting voor Kopers, zijn Kopers van mening dat zij daaraan hebben voldaan. Kopers wijten het niet behalen van de Omzeldrempel aan externe factoren, zoals een overspannen markt, een tekort aan gekwalificeerd personeel en bestel- en leveringsproblemen.

Hof: Volgens het hof draait het geschil tussen partijen in de kern om de vraag naar de inhoud en de omvang van op Kopers rustende inspanningsverplichtingen jegens Verkopers in verband met de overeengekomen earn-out regeling en de vraag of Kopers in deze verplichtingen zijn tekortgeschoten. Net als de rechtbank gaat het hof ervan uit dat partijen geen concrete afspraken hebben gemaakt over de omvang en inhoud van de inspanningsverplichtingen van Kopers.

In lijn met eerdere rechtspraak heeft de rechtbank vooropgesteld dat ook als in het kader van een earn-out regeling niet concreet of expliciet afspraken zijn gemaakt over inspanningsverplichtingen voor de koper, bepaalde inspanningsverplichtingen voor kopers kunnen voortvloeien uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW). De inhoud en omvang daarvan hangt af van de concrete omstandigheden. De Verkopers dragen de stelplicht en bewijslast voor het bestaan en de schending van de zulke verplichtingen.

Tegen de juistheid of toepasselijkheid van het door de rechtbank geformuleerde toetsingskader en de door de rechtbank geformuleerde regel van stelplicht en bewijslastverdeling in het algemeen, is niet gegriefd. Verkopers kunnen zich niet vinden in de toepassing van het kader door de rechtbank in het onderhavige geval. Het hof komt evenwel tot hetzelfde oordeel als de rechtbank. Volgens het hof hebben Verkopers niet toegelicht waaruit volgens hen de inspanningsverplichtingen van Kopers zouden bestaan. De gestelde tekortkomingen in de bedrijfsvoering zijn door Kopers gemotiveerd betwist en door Verkopers niet nader (feitelijk) onderbouwd. Verkopers hebben evenmin toegelicht waarom het omzettekort aan Kopers te wijten zou zijn. Het hof overweegt in dit verband dat Verkopers niet hebben gesteld of aangetoond dat de afgesproken minimumomzet realistisch of haalbaar was.

Verwant oordeel

Zie ook:

- HR 19 oktober 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7024, *R CR 2008/1, RAV 2007/61, NJ 2007/565 (Vodafone/ETC)*;
- HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ 1981/635 (Ermes c.s./Haviltex)*
- Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6437, *RCR 2013/78*;
- Rb. Amsterdam 19 november 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8689, *RCR 2020/19, RN 20 20/9*;
- Rb. Midden-Nederland 15 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5129;
- Rb. Rotterdam 5 augustus 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ5610 (*IP-Com/Newtel Essence I*);
- Rb. Rotterdam 18 maart 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI1963 (*IP-COM/Newtel Essence I*);
- Van Buuren & Koster, *Bedrijfsovername 2023/10.4.*

6;

- A.G. Colenbrander, 'Earn-out-perikelen - over de inspanningsverplichting van de koper gedurende de earn-out-periode', *MvO* 2020, afl. 5&6;
- M.W.E. Evers en G.J.P. Freijser, 'Aspecten van earn-outs', *TOP* 2009, p. 291-295 (afl. 8);
- A.M. van Hekesen, 'Earn-outs: smeerolie voor overname deals?', *Contracteren* 2010/4;
- A.J. Rijsterborgh, 'Geschillen over earn-outs vanuit procesrechtelijk perspectief', *MvV* 2022, afl. 11, p. 369-376;
- R.P.J.L. Tjittes, *Commercieel Contractenrecht 2022* /10.2.

Wenk

De uitspraken van de rechtbank en het hof illustreren het belang van een goede uitwerking van een earn-out regeling. Daarbij komt meer kijken dan enkel een afspraak over een ondergrens voor de te behalen omzet of het te behalen resultaat en het deel van de omzet of het resultaat dat aan de verkoper toekomt wanneer de drempel is gehaald. Aan te raden is om ook afspraken te maken over de inspanningen die van partijen mogen worden verwacht om (meer dan) de drempel te behalen. Daarbij is het goed om in het achterhoofd te houden dat de belangen van koper en verkoper, (ook) na levering, niet gelijk hoeven te lopen.

Wanneer de earn-out regeling niet ziet op omzet, maar op winst, kan bijvoorbeeld discussie ontstaan over investeringen die koper gedurende de earn-out periode wil doen of wijzigingen die koper gedurende de earn-out periode wil doorvoeren in de bedrijfsvoering. Bij een dergelijke regeling verdient het dus, vanuit het oogpunt van verkoper, aanbeveling om afspraken op te nemen over bijvoorbeeld behoud van klanten (geen omzet verschuiven naar een andere onderneming van koper), normalisatie voor incidentele uitgaven, en behoud van sleutelpersoneel.

Een ander voorbeeld van mogelijk botsende belangen is de situatie waarin het voor koper financieel aantrekkelijker wordt om beperkt onder de drempel te blijven, in plaats van beperkt boven de drempel uit te komen. De positie van verkoper is in deze extra kwetsbaar als verkoper gedurende de earn-out periode zelf niet meer betrokken is bij de door hem verkochte onderneming.

Een andere les die uit de uitspraak van het hof getrokken kan worden, is dat je er als verkoper nog niet bent als aangenomen wordt dat een inspanningsverplichting op koper rust en dat koper die heeft geschonden. Je zult ook aannemelijk moeten maken dat de afgesproken ondergrens gehaald zou hebben kunnen worden als koper zijn inspanningsverplichting niet zou hebben geschonden.

Partij(en)

Arrest van de meervoudige burgerlijke kamer in de zaak van

1. Nivo Groep Den Haag B.V., te IJmuiden,
2. Nivo Groep Zaandam B.V., te IJmuiden,
3. Corosco B.V., te IJmuiden,

4. Blusmi B.V., te IJmuiden,

appellanten, advocaat: mr. F.W. Huizinga te Haarlem,

tegen

1. Veiligheidsinstituut Medi-Select B.V., te Haarlem,

2. Fandsa Veiligheid & Opleidingen B.V., te Zoetermeer,

geïntimeerden, advocaat: mr. R.J.G. Van Brakel te Rotterdam.

Appellanten zullen hierna - voor zover aan de orde - ieder afzonderlijk Nivo Groep Den Haag, Nivo Groep Zaandam, Corosco en Blusmi genoemd worden. Gezamenlijk zullen zij BHV Mobile c.s. genoemd worden. Geïntimeerden zullen hierna - voor zover aan de orde - ieder afzonderlijk Medi-Select en Fandsa en gezamenlijk Medi-Select c.s. genoemd worden.

Uitspraak

Hof:

1. De zaak in het kort

Deze zaak gaat over de vraag of Medi-Select c.s. zijn tekortgeschoten in hun inspanningsverplichtingen op grond van een earn-out regeling die onderdeel uitmaakt van een koopovereenkomst, waarbij Medi-Select c.s. door middel van een activa en passiva transactie een onderneming van BHV Mobile c.s. hebben gekocht. BHV Mobile c.s. stellen dat sprake is van een dergelijk tekortschieten en dat daardoor de verkochte onderneming een minimale omzet niet realiseerde. Daardoor kunnen zij geen aanspraak maken op een aan de omzet gekoppeld variabel deel van de koopsom. De rechtbank heeft de vordering van BHV Mobile c.s. afgewezen. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

2. Het geding in hoger beroep

2.1.

BHV Mobile c.s. zijn bij dagvaardingen van 4 september 2023 en 5 september 2023 in hoger beroep gekomen van een vonnis van 21 juni 2023 van de rechtbank Noord-Holland, onder bovenvermeld zaak-/rolnummer gewezen tussen BHV Mobile c.s. als eiseressen in conventie, tevens verweersters in reconventie en Medi-Select c.s. als gedaagden in conventie tevens eiseressen in reconventie (hierna: het bestreden vonnis).

2.2.

Bij arrest van 21 november 2023 heeft het hof een mondelinge behandeling na aanbrengen gelast die op 29 februari 2024 heeft plaatsgevonden. Deze mondelinge behandeling heeft niet tot een minnelijke regeling geleid.

2.3.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven met producties;

- memorie van antwoord met producties.

2.4.

Partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

2.5.

Ten slotte is arrest gevraagd.

3. Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.14 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. In hoger beroep is niet in geschil dat de feiten juist zijn weergegeven, zodat ook het hof van deze feiten uitgaat. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere tussen partijen vaststaande feiten komen de feiten neer op het volgende.

3.1.

Medi-Select houdt zich bezig met het verzorgen van trainingen, instructies en opleidingen op het gebied van (bedrijfs)veiligheid en voorziet bedrijven van veiligheidsmiddelen en diensten. De aandelen in Medi-Select worden (indirect) gehouden door [naam 1] (hierna: [naam 1]) en [naam 2] (hierna: [naam 2]). Het bestuur van Medi-Select wordt gevormd door [naam 1] en (indirect) [naam 2].

3.2.

Fandsa houdt zich bezig met de verzorging van arbo-, brandtechnische- en veiligheidszaken. De aandelen in Fandsa worden (indirect) gehouden door [naam 1], [naam 2] en [naam 3]. Het bestuur van Fandsa wordt (indirect) gevormd door [naam 1] en [naam 2].

3.3.

Nivo Groep Den Haag hield zich bezig met het aanbieden van cursussen op het gebied van bedrijfshulpverlening. Het bestuur van Nivo Groep Den Haag werd tot 11 maart 2022 gevormd door [naam 4] (hierna: [naam 4]) en [naam 5] (hierna: [naam 5]). Thans wordt het bestuur gevormd door [naam 5].

3.4.

Nivo Groep Zaandam hield zich ook bezig met het aanbieden van cursussen op het gebied van bedrijfshulpverlening. Het bestuur van Nivo Groep Zaandam werd tot 11 maart 2022 gevormd door [naam 4] en [naam 5]. Thans wordt het bestuur gevormd door [naam 5].

3.5.

Corosco hield zich bezig met het aanbieden van reanimatiecursussen en algemene cursussen op het gebied van bedrijfshulpverlening. Het bestuur van Corosco wordt sinds 1 februari 2021 gevormd door [naam 5].

3.6.

Blusmi richtte zich op het aanbieden van brandblusvoorzieningen en onderhoud van en advisering over brandwerende systemen en oplossingen. Het bestuur van Blusmi wordt sinds 15 november 2016 gevormd

door [naam 5].

3.7.

Medi-Select c.s. hebben begin 2022 interesse getoond in de overname van de activiteiten van BHV Mobile c.s. en partijen hebben in dat verband onderhandelingen en diverse besprekingen gevoerd.

3.8.

Bij e-mailbericht van 4 maart 2022 hebben Medi-Select c.s. een eerste voorstel gedaan met betrekking tot de voorwaarden voor de overname van de activiteiten van BHV Mobile c.s., waarbij een totaalbedrag van € 250.000,00 is opgenomen voor de overname van de activa en als aanbetaling van goodwill. Dit bericht luidt verder, voor zover hier van belang, als volgt:

“(…)

Waardering overname

- g) Wij hebben bewust voor een waardering/berekening op basis van netto-omzetresultaat gekozen, omdat er zo geen/minimaal mogelijke discussie kan ontstaan, en een meest eerlijke berekening ontstaat. Wij houden de overname namelijk graag zo eenvoudig mogelijk, met geen discussie mogelijkheden, maar proberen juist in de samenvoeging/synergie met het Veiligheidsinstituut een zo groot mogelijk omzetresultaat realiseren. Overname betreft het totaal van de activiteiten; opleidingen, advies, verkoop, onderhoud, behoudens de activiteiten “bouwkundige applicaties”;
- h) Extra omzet (extra activiteiten vanwege samenvoeging met VI, indexatie) die behaald kan worden bij de klanten van BHV-Mobile (ref. klantenlijsten) wordt in de berekening meegenomen;
- i. Normaal gesproken gaan wij betalingen/waarderingen over een langere termijn aan, van minimaal 24 maanden (2x 12,5%). Maar tijdens het gesprek gister is, gezien jullie wens, akkoord gegaan deze termijn aan te passen naar 12 maanden. Gedurende 12 maanden na overnamedatum, maandelijks 25% van het gerealiseerde netto omzetresultaat, conform begroting 2022 ingeschat op ad. 250k/300k als extra goodwill te betalen. Bij een hoger (gezamenlijk) resultaat dus een hogere vergoeding per maand;

Als de omzet hoger is dan waarop de aanbetaling is gebaseerd (250k staat in verhouding 25% van 1mln omzet), wordt de maandelijkse berekening en betaling ook hierop positief naar boven aangepast;

(…)”

3.9.

Partijen hebben op initiatief van BHV Mobile c.s. vervolgens besloten de variabele koopprijs op basis van omzetgroei te laten vervallen. Daarvoor in de plaats is besproken om de voorgestelde vaste koopprijs van € 250.000,00 te verhogen naar € 525.000,00 en een variabele koopprijs overeen te komen van maximaal € 175.000,00 die verschuldigd zou worden indien een bepaalde omzet zou worden gehaald (de zogeheten Minimale omzet). Medi-Select c.s. hebben vervolgens een concept met deze inhoud naar BHV Mobile c.s. gestuurd.

3.10.

Na discussie tussen partijen over met name de Minimale omzet is dit concept ongewijzigd gehandhaafd en op 5 april 2022 is tussen Medi-Select c.s. en BHV Mobile c.s. een zogeheten Koopovereenkomst Onderneming gesloten ten aanzien van de verkoop/koop van de activiteiten van BHV Mobile c.s. per 1 april 2022 (hierna: de Koopovereenkomst). Deze verkoop/koop heeft plaatsgevonden in de vorm van een activa/passiva-transactie.

3.11.

De Koopovereenkomst luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

“(…)

in aanmerking nemende dat:

- Verkoper (hof: BHV Mobile c.s.) binnen haar organisatie actief is met advisering, opleidingen, certificering, onderhoud en levering van producten op het gebied van veiligheid;
- Verkoper en Koper (hof: Medi-Select c.s.) overeenstemming hebben bereikt over de verkoop en overname van deze activiteiten en diverse activa en passiva in relatie tot deze activiteiten en wel per 18 maart 2022;

(…)

Definitielijst

(…)

Minimale omzet Jaaromzet (12 maanden), gelijk aan geconsolideerde groepsomzet 2021

(…)

Artikel 1

Verkoper verklaart te hebben verkocht en in eigendom over te dragen aan Koper, die verklaart te hebben gekocht en in eigendom te aanvaarden van Verkoper de door haar uitgeoefende activiteiten onder de merknamen BHV Mobile, Blusmi, Risc Control en Veiligheid Totaal welke activiteiten Partijen genoegzaam bekend zijn, evenwel met inachtneming van het bepaalde in de artikel 3.

Verkopers zullen behoudens statutair de handelsnaam Nivo Groep niet langer openbaar hanteren.

Artikel 2

De overdracht geschiedt naar de toestand per 1 april 2022.

Artikel 4

De koop en verkoop geschiedt voor een koopsom die als volgt is opgebouwd:

- a. Een bedrag groot € 525.000 (vijfhonderdvijfentwintigduizend euro) te betalen door Koper aan Verkoper op leveringsdatum, 1 april 2022, direct, na het leveren van de activa;
- b. I Na het bereiken van de helft (50%) van de Minimale omzet, € 87.500 (zevenentachtigduizend vijfhonderd euro) te betalen door Koper aan Verkoper binnen 6 maanden na leveringsdatum of zoveel eerder;

II Na het bereiken van (100%) van de Minimale omzet, € 87.500 (zevenentachtigduizend vijfhonderd euro) te betalen door Koper aan Verkoper binnen 12 maanden na leveringsdatum of zoveel eerder;

(…)”.

3.12.

De geconsolideerde groepsomzet over 2021 is als bijlage aan de Koopovereenkomst gehecht; de Minimale omzet is gelijk aan een bedrag van € 930.416,00.

3.13.

Op 6 april 2022 heeft Medi-Select c.s. c.s. een bedrag van € 400.000,00 aan BHV Mobile c.s. betaald en op 19 april 2022 een bedrag van € 125.000,00.

3.14.

De door BHV Mobile c.s. behaalde omzet over de periode van 1 april 2022 tot 1 oktober van 2022 bedroeg in totaal € 207.914,34.

3.15.

BHV Mobile c.s. hebben voor het eerst op 1 september 2022 om betaling gevraagd van de eerste termijn van € 87.500,00 als bedoeld in artikel 4 onder b van de Koopovereenkomst. Daarna hebben BHV Mobile c.s. Medi-Select c.s. in gebreke gesteld en nog een aantal aanma-ningen gestuurd. Medi-Select c.s. hebben hieraan geen gevolg gegeven.

4. Eerste aanleg

4.1.

BHV Mobile c.s. hebben in eerste aanleg in conventie, na vermeerdering van eis, gevorderd om Medi-Select c.s., bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 78.500,00 (bedoeld is: € 87,500,00), vermeerderd met wettelijke handelsrente en buitengerechtelijke incassokosten. Deze vordering betreft betaling van het eerste deel van de variabele koopsom als bedoeld in artikel 4 onder b.I van de Koopovereenkomst. Medi-Select c.s. hebben een reconventionele vordering ingesteld, die in hoger beroep niet meer aan de orde is.

4.2.

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis in conventie de vordering van BHV Mobile c.s. afgewezen met veroordeling van BHV Mobile c.s. in de proceskosten.

5. Beoordeling

5.1.

In hoger beroep gaat het alleen nog om het geschil tussen partijen in conventie in eerste aanleg (de vordering van BHV Mobile c.s. tot betaling van het eerste deel van het variabele deel van de koopsom).

5.2.

BHV Mobile c.s. hebben negen grieven tegen het bestreden vonnis aangevoerd en geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en Medi-Select c.s. alsnog zal veroordelen tot betaling van een bedrag van € 87.500,00, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 1 oktober 2022, en van een bedrag van € 1.650,00 voor buitengerechtelijke incassokosten, met veroordeling van Medi-Select c.s. in de kosten van het geding in beide instanties.

5.3.

Medi-Select c.s. hebben geconcludeerd dat het hof BHV Mobile c.s. in het appel niet ontvankelijk verklaart, althans de grieven van BHV Mobile c.s. verworpt en het bestreden vonnis bekrachtigt, met, uitvoerbaar bij voorraad, veroordeling van BHV Mobile c.s. in de kosten van de procedure, inclusief nakosten en vermeerderd met wettelijke rente.

Beoordelingskader

5.4.

Met grief 1 richten BHV Mobile c.s. zich tegen rechtsoverweging 4.2 van het bestreden vonnis, waarin de rechtbank het algemene kader voor het aannemen van en de inhoudelijke beoordeling van inspanningsverplichtingen van een koper op grond van een earn out regeling en de daarbij geldende regels voor stelplicht en bewijslast als volgt heeft weergegeven:

‘In algemene zin heeft te gelden dat in een earn-out regeling als de onderhavige de koper in de koopovereenkomst gehouden is om zich ervoor in te spannen dat er een omzet wordt gerealiseerd die niet onder de overeengekomen minimale omzet komt. Dat geldt ook als deze zich hiertoe niet expliciet heeft verplicht. Gelet op de kenbare belangen van de verkoper bij de earn-out regeling vloeit een dergelijke inspanningsverplichting voort uit de eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW). De omvang hiervan wordt bepaald door de omstandigheden van het concrete geval, waaronder het antwoord op de vraag wat partijen over en weer hebben verklaard tijdens de onderhandelingen en wat zij ten aanzien daarvan van elkaar mochten verwachten. Op de verkoper rust de stelplicht en, in geval van voldoende gemotiveerde betwisting door de koper, de bewijslast voor het bestaan en de inhoud van de inspanningsverplichting van de koper.’

5.5.

Uit de toelichting op de grief blijkt dat deze zich niet richt tegen de juistheid of toepasselijkheid van dit kader en de door de rechtbank geformuleerde regel van stelplicht en bewijslastverdeling in het algemeen, maar ziet op de toepassing daarvan door de rechtbank in het onderhavige geval. Dit punt wordt echter ook door de overige grieven van BHV Mobile c.s. aan de orde gesteld. Het hof zal het door BHV Mobile c.s. in het kader van deze grief gestelde bij de beoordeling van de andere grieven behandelen.

5.6.

De grieven betreffen alle, vanuit verschillende oogpunten, de kern van het geschil tussen partijen. Het gaat om de vraag naar de inhoud en de omvang van op Medi-Select c.s. als kopers rustende inspanningsverplichtingen jegens BHV Mobile c.s. in verband met de earn-out regeling in de Koopovereenkomst en de vraag of Medi-Select c.s. in deze verplichtingen zijn tekortgeschoten. BHV Mobile c.s. menen dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord. De grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

5.7.

Uit de toelichting op de grieven blijkt dat BHV Mobil c.s. in wezen verwijzen naar het door hen in eerste aanleg gestelde en dat zij geen nieuwe feiten of omstandigheden ter onderbouwing van hun stellingen aanvoeren. Het hof overweegt als volgt.

Geen afspraken over inspanningsverplichtingen van Medi-Select c.s.

5.8.

De Koopovereenkomst bevat geen afspraken van partijen over de manier waarop Medi-Select c.s. de onderneming gedurende de earn-out periode zal drijven noch over de inhoud en omvang van de inspanningsverplichtingen van Medi-Select c.s. Evenmin is gebleken dat partijen anderszins dergelijke afspraken hebben gemaakt. De in eerste aanleg door BHV Mobile c.s. genoemde maar niet overgelegde e-mail van 1 maart 2022, waarin afspraken zouden zijn vastgelegd over de inspanningsverplichtingen van Medi-Select c.s., is in hoger beroep evenmin in het geding gebracht. Het hof gaat dan ook aan de stellingen van BHV Mobile c.s. over deze e-mail voorbij, ook gelet op de betwisting van Medi-Select c.s. dat sprake zou zijn van specifiek overeengekomen inspanningsverplichtingen aan hun zijde. BHV Mobile c.s. hebben nog aangevoerd dat mondelinge afspraken zijn gemaakt over hoe de bedrijfsvoering zou worden voortgezet die “in de contacten” met onder anderen [naam 2] zouden zijn besproken. BHV Mobile c.s. hebben echter niet concreet gesteld wat dan precies, wanneer en door wie is afgesproken, hetgeen wel op hun weg had gelegen. Het hof gaat ook aan deze stellingen voorbij.

5.9.

Bij gebreke van door BHV Mobile c.s. in hoger beroep nader aangevoerde en voldoende onderbouwde stellingen en gelet op de gemotiveerde betwisting van Medi-Select c.s., is niet komen vast te staan dat partijen concrete afspraken hebben gemaakt over de omvang en inhoud van de inspanningsverplichtingen van Medi-Select c.s.

Tekortschieten van Medi-Select c.s. onvoldoende gesteld en onderbouwd

5.10.

Voor zover het bestaan van inspanningsverplichtingen van Medi-Select c.s. derhalve op grond van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (zie onder 5.4) moet worden aangenomen, gaat het om de vraag wat die inspanningsverplichtingen inhouden en of Medi-Select c.s. in de nakoming daarvan zijn tekortgeschoten. Medi-Select c.s. hebben gemotiveerd betwist dat van een tekortschieten sprake is. De stelplicht en bewijslast ter zake rusten op BHV Mobile c.s.

5.11.

BHV Mobile c.s. hebben ter onderbouwing van hun stellingen verwezen naar de in de dagvaarding in eerste aanleg door hen genoemde feiten en omstandigheden. Wat zij overigens stellen in de inleiding van de memorie van grieven en de toelichting op de grieven ziet niet op nieuwe feiten en omstandigheden. Het tekortschieten van Medi-Select c.s. in de nakoming van de inspanningsverplichtingen blijkt volgens BHV Mobile c.s. - zoals door de rechtbank in rechtsoverweging 3.2 van het bestreden vonnis samengevat - uit het volgende:

- Medi-Select c.s. bleken niet klaar te zijn voor de overname op korte termijn;
- Medi-Select c.s. hebben tot 30 juni 2022 vrijwel niets gedaan om personeel te begeleiden en aan te sturen, overdracht van programma's te laten plaatsvinden en vooral personeel aan te nemen voor de uitvoering van activiteiten;
- de meeste klanten bleken niet of onvolledig te zijn geïnformeerd over de overdracht, er werden fouten gemaakt en de organisatie was slecht;
- een dienstverband met een medewerker die de lessen organiseerde is medio juli 2022 niet verlengd waardoor geen omzet kon worden gerealiseerd;
- bij Blusmi werd pas in augustus 2022 een personeelslid aangenomen voor de controle van en de plaatsing van blussers, haspels, verbandmiddelen, noodverlichting etc. door de nalatigheid van [naam 1] die geen inzet toonde bij het aannemen van personeel;
- drie personeelsleden van wie het dienstverband per 1 april 2022 is overgenomen werden in de maanden april tot en met juni 2022 vrijwel geheel aan hun lot over gelaten.

5.12.

Medi-Select c.s. hebben de stellingen van BHV Mobile in hoger beroep wederom betwist en aangevoerd dat er geen sprake van was dat afspraken met klanten structureel niet werden nagekomen, de organisatie slecht zou zijn en er afspraken zouden zijn gemaakt over begeleiding en bezetting van personeel en kantoor waaraan zij zich niet zouden hebben gehouden. Waar zij op een enkel punt de feiten op zichzelf hebben erkend, hebben zij de betekenis daarvan nader geëvalueerd. Volgens Medi-Select c.s. hebben zij wel degelijk aan hun inspanningsverplichtingen voldaan. Zo hebben zij na het sluiten van de Koopovereenkomst vacatures opengesteld voor diverse functies, hetgeen in juli en augustus 2022 heeft geresulteerd in twee nieuwe functies. Daarnaast hebben zij het overgenomen personeel wel degelijk begeleid en aangestuurd. Voorts hebben zij aangevoerd dat verschillende andere oorzaken ten grondslag liggen aan het feit dat de (helft van) de Minimale omzet niet is gehaald en dat dit niet aan hen is te wijten. Medi-Select c.s. wijzen daarbij wederom met name op de volgende feiten en omstandigheden (door de rechtbank samengevat in rechtsoverweging 3.3 van het bestreden vonnis):

- de markt waarin zowel BHV Mobile c.s. als Medi-Select c.s. opereren is en was zeer overspannen;

- de benodigde producten zijn vrijwel nergens op voorraad en als het plaatsen van een bestelling al mogelijk is/was, zijn de verwachte levertijden, mede vanwege de schrikreactie in de handelsketen door de Oekraïne-oorlog en de onrust op de internationale markten, zeer lang;
- gekwalificeerd personeel, zoals monteurs en docenten, is lastig te vinden;
- op verzoek van BHV Mobile c.s. werden kort na de overnamedatum reeds ingeplande en geboekte zzp-monteurs geannuleerd, zodat deze konden worden ingezet bij (bouw)activiteiten van BHV Mobile c.s.;
- Medi-Select c.s. wensten de bestaande praktijken van BHV Mobile c.s. waarbij gebruik werd gemaakt van contant respectievelijk zwart betaalde zzp'ers niet voort te zetten, met als gevolg dat een tekort aan zzp-monteurs ontstond.

5.13.

BHV Mobile c.s. hebben niet toegelicht wat de op de redelijkheid en billijkheid berustende inspanningsverplichtingen van Medi-Select c.s. in hun visie precies inhielden (en wat in dat verband de betekenis is van het feit dat in de koopprijs de verhouding tussen vast bedrag en earn-out is opgeschoven naar een hoger vast bedrag, zie 3.8 - 3.11 hiervoor), maar zij beschouwen hetgeen hiervoor onder 5.11 is vermeld als schending daarvan. In hoger beroep hebben BHV Mobile c.s. hun door Medi-Select c.s. betwiste feitelijke stellingen echter niet nader concreet onderbouwd. Evenmin hebben zij nader toegelicht in hoeverre de gestelde gang van zaken verder gaat dan algemene aanvangsproblemen die bij overgang van een onderneming te verwachten zijn en ook niet kan worden verklaard uit externe factoren als arbeidsmarktcrapte.

5.14.

Volgens Medi-Select c.s. was het niet behalen van de omzet te wijten aan andere oorzaken en duidt dit niet op tekortschieten in hun inspanningsverplichtingen. Dit al in eerste aanleg gevoerde betoog heeft de rechtbank niet voldoende onderbouwd weersproken geacht. BHV Mobile c.s. heeft in hoger beroep haar stellingen ter zake niet aangevuld. Ook het hof acht het betoog van Medi-Select c.s. met hetgeen in eerste aanleg door BHV Mobile is aangevoerd onvoldoende onderbouwd weersproken. Het hof voegt hieraan nog het volgende toe.

5.15.

BHV Mobile c.s. hebben nog gesteld dat Medi-Select c.s. door het niet nakomen van hun inspanningsverplichtingen hun belang bij het realiseren van een zo groot mogelijke omzet niet hebben onderkend, maar een belang om niet gehouden te zijn de resterende koopsom te voldoen hebben laten prevaleren. Zoals uit het hiervoor overwogene volgt kan er niet vanuit worden gegaan dat Medi-Select c.s. hun inspanningsverplichtingen niet zijn nagekomen. Maar ook overigens verwerpt het hof dit betoog.

5.16.

Het is zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet logisch dat Medi-Select c.s. niet méér omzet zou willen realiseren en bewust zou aansturen op een lagere omzet. Het rekenvoorbeeld dat BHV Mobile c.s. in dit verband geven onder nr. 57 van de memorie van grieven - wat daar ook van zij - is slechts een momentopname en miskent dat Medi-Select c.s. de aankoop deed om een zo groot mogelijk omzetresultaat te realiseren door synergie en samenvoeging van activiteiten (zie hiervoor onder 3.8) en dat het dus - naar het hof daaruit afleidt - gaat om het bedrijfsresultaat op langere termijn en niet om het door het doelbewust laag houden van de omzet realiseren van een kostenbesparing op korte termijn, waardoor het langetermijnperspectief werd geschaad.

5.17.

Tot slot, maar niet in de laatste plaats, merkt het hof nog op dat, ook als er veronderstellenderwijs vanuit wordt gegaan dat Medi-Select haar inspanningsverplichtingen zou hebben geschonden, BHV Mobile c.s., zoals ook Medi-Select c.s. hebben geconstateerd, niet hebben gesteld dat bij het wel voldoen daaraan de minimale omzeldrempel als bedoeld in artikel 4 onder b van de Koopovereenkomst zou zijn gehaald. Het verschil tussen de in de periode van 1 april tot 1 oktober 2022 gerealiseerde omzet van € 207.914,34 en het bedrag van de minimale omzeldrempel (50% van € 930.416,00 of te wel € 465.208,00) is immers substantieel en de omzet zou voor het halen van deze drempel dus meer dan het dubbele hebben moeten bedragen. BHV Mobile c.s.

hebben niet gesteld, laat staan aangetoond, dat een dergelijke omzet realistisch of haalbaar was.

5.18.

Concluderend is het hof van oordeel dat BHV Mobile c.s. tegenover de gemotiveerde betwisting door Medi-Select c.s. ook in hoger beroep onvoldoende hebben gesteld en geconcretiseerd waaruit kan worden afgeleid dat Medi-Select c.s. is tekortgeschoten in de nakoming van op haar rustende inspanningsverplichtingen en voorts dat, ook als dat anders zou zijn, bij het voldoen daaraan de minimale jaaromzet zou zijn gehaald. Aan bewijslevering wordt bij die stand van zaken niet toegekomen. De vordering van BHV Mobile c.s. is gelet op het voorgaande niet toewijsbaar.

Slotsom

5.19.

De grieven treffen geen doel en het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd. BHV Mobile c.s. zijn in het hoger beroep in het ongelijk gesteld en zullen daarom worden veroordeeld in de proceskosten in hoger beroep. Het hof stelt deze kosten als volgt vast:

- griffierecht € 2.135,00
- salaris advocaat € 4.426,00 (tarief IV (€ 2.213,00), twee punten)

Totaal € 6.561,00.

6. Beslissing

Het hof:

6.1.

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

6.2.

veroordeelt BHV Mobile c.s. in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Medi-Select c.s. vastgesteld op € 6.561,00 en op € 178,- voor nasalaris, te vermeerderen met € 92,- voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploot ingeval betekening van dit arrest plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente, indien niet binnen veertien dagen na dit arrest dan wel het verschuldigd worden van de nakosten aan de kostenveroordeling is voldaan;

6.3.

verklaart de veroordeling onder 6.2 uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.M.M. Tillema, J.L.M. Groenewegen en C.S. Schillemans en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 13 mei 2025.