

Memo Schadevergoeding Tryus

Aan: WJZ
Van: Bureau LCH
Datum: 11-1-2022
Betreft: Geschil en schadevergoeding Tryus

Beste collega's,

Hierbij informeren en adviseren wij jullie over het geschil met Tryus en de schade die VWS als gevolg daarvan heeft geleden. Wij ontvangen graag een terugkoppeling van WJZ over de vervolgstappen richting Tryus en wat Bureau LCH daaraan kan bijdragen.

Ontbinding verkoopovereenkomst 750 miljoen mondkapjes

Op 24 september 2021 hebben Mediq Nederland B.V. ('Mediq'), de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport namens de Nederlandse staat ('VWS') en Tryus N.V. ('Tryus') een overeenkomst gesloten voor het leveren van 750 miljoen mondkapjes. Het ging daarbij om in totaal 750 miljoen maskers tegen een prijs van € 0,007 per stuk (ex BTW), voor in totaal een bedrag van € 5.000.000,- (ex BTW)(5 miljoen euro). Daar de volledige aanbetaling van Tryus niet binnen de daartoe gestelde termijn – namelijk uiterlijk 20 oktober 2021 – is ontvangen, is de overeenkomst bij brief van 10 november 2021 door VWS en Mediq ontbonden.

Op basis van artikel 6:277 BW is Tryus gehouden de schade die VWS als gevolg van de ontbinding geleden heeft te vergoeden. De geleden en te lijden schade bestaat onder meer uit een waardevermindering van (een deel van) de mondkapjes en opslagkosten. VWS heeft de schade kunnen beperken vanwege een waardevermeerdering van (een deel van) de mondkapjes.

Gederfde inkomsten: financieel voordeel VWS

De waarde van een deel van de mondkapjes is gedaald vanwege de houdbaarheidsdatum. Het contract met Tryus is op 24 september 2021 door alle partijen ondertekend. Op dat moment had een deel van de mondkapjes een houdbaarheidsdatum van 9-16 maanden. Na de ontbinding van de overeenkomst was de houdbaarheidsdatum daarvan nog maar 6-13 maanden.

Voor de mondkapjes met een houdbaarheidsdatum in 2022 heeft dit een waardedaling van 0,001 tot gevolg gehad. Met Tryus waren wij een verkoopprijs van 0,007 cent overeengekomen en nu zijn de mondkapjes voor 0,006 cent verkocht. Dit bedroegen in totaal 173 miljoen van de 750 miljoen mondkapjes. In totaal bedraagt de schade als gevolg van de waardedaling € 173.000,-.

De overige 577 miljoen mondkapjes van de 750 miljoen mondkapjes hebben een houdbaarheidsdatum verder dan 2022. Deze mondkapjes zijn opnieuw verkocht voor een bedrag van 0,008 cent. Deze mondkapjes zijn dus 0,001 cent in waarde gestegen. Dit als gevolg van de gestegen vraag in de markt. In totaal bedraagt het voordeel als gevolg van de waardestijging € 577.000,-.

De schade moet in beginsel worden berekend met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval (vgl. HR 10 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:208). De benadeelde, VWS, dient zoveel mogelijk in de toestand te worden gebracht waarin zij zou hebben verkeerd als de schadeveroorzakende gebeurtenis achterwege was gebleven. Dit brengt mee dat de omvang van de schade wordt bepaald door een vergelijking van de situatie zoals deze in werkelijkheid is met de situatie zoals die zonder deze gebeurtenis waarschijnlijk zou zijn geweest. De schade wordt berekend naar het moment waarop zij wordt geleden. Dit laat echter onverlet dat bij de begroting van de schade (met name bij het positief contractsbelang) ook waarde kan worden toegekend aan omstandigheden die zich na het moment van de (aanvankelijke) schade hebben voorgedaan (vgl.

Rechtbank Gelderland 12 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1337). Op basis van jurisprudentie dient de waardeestijging derhalve ook te worden meegenomen in de schadeberekening.

Als gevolg van de waardeestijging is er geen sprake van gederfde inkomsten voor VWS, maar bedraagt het voordeel voor VWS per saldo € 404.000,-.

Opslagkosten

Als gevolg van de ontbinding van de overeenkomst hebben we de mondmaskers langer moeten opslaan. Deze opslagkosten zijn een direct gevolg van de ontbinding en kunnen derhalve als schade worden aangemerkt en op Tryus worden verhaald. Wanneer uitvoering was gegeven aan de overeenkomst waren de mondmaskers vanaf oktober 2021 uitgereden en hadden zij de opslag verlaten. Nu zijn de mondmaskers eind november 2021 opnieuw verkocht en is vanaf dat moment begonnen met het uitrijden van de mondmaskers. In de maanden oktober, november en december 2021 zijn derhalve opslagkosten gemaakt, die VWS anders niet had gehad. In feite verschuift het uitrijd-schema als gevolg van de ontbinding en leidt dit tot 9 weken extra opslagkosten.

De opslagkosten zijn (gemiddeld genomen) € 1,50 per pallet per week. De 750 miljoen mondmaskers staan op 23.437 pallets (32.000 stuks op een pallet). De overeenkomst is 24 september 2021 aangegaan en de laatste week van november 2021 zijn de eerste vrachtwagens voor de nieuwe verkoopdeals van de mondmaskers vertrokken, wat in totaal neerkomt op 9 weken. De kosten daarmee zijn: aantal pallets x aantal weken x kosten per pallet per week = $23.437 \times 9 \times 1,50 = € 316.399,50$.

Conclusie

De opslagkosten dienen te worden verrekend met het voordeel als gevolg van de waardeestijging waarna nog een bedrag van € 87.600,50 overblijft.

VWS heeft haar nek uitgestoken om de schade als gevolg van de ontbinding van de overeenkomst waarvoor Tryus aanleiding heeft gegeven, te beperken door de mondmaskers opnieuw te verkopen. Van deze inspanningen heeft VWS geprofiteerd in die zin dat, zoals hiervoor overwogen, door een hogere opbrengst daarvan van een door haar te vergoeden positief contractsbelang en door haar te vergoeden kosten van de wanprestatie, geen sprake meer zal zijn omdat, zoals hiervoor vastgesteld, de opbrengst van de verkoop daardoor voor VWS hoger was dan eerst. Maar deze nieuwe verkopen zijn voor VWS niet zonder risico geweest. Voor de nieuwe verkopen moesten nieuwe kopers worden gezocht en nieuwe contacten worden gelegd en het verkoopsrisico bleef nog even bij VWS liggen omdat de mondmaskers pas later konden worden verkocht. De kosten van het opnieuw verkopen kunnen daarom in beginsel worden beoordeeld als schade die aan VWS vergoed moet worden (vgl. Rechtbank Gelderland 12 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1337). Deze kostenpost is ter overweging meegegeven, omdat op dit moment deze kosten nog niet bekend zijn en nader onderzocht dient te worden welke kosten hieronder vallen en de hoogte hiervan.

Ontbinding verkoopovereenkomst 100 miljoen handschoenen

Op 24 september 2021 hebben Mediq Nederland B.V. ('Mediq'), de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport namens de Nederlandse staat ('VWS') en Tryus N.V. ('Tryus') een overeenkomst gesloten voor het leveren van 100 miljoen handschoenen. Het ging daarbij in totaal om 100 miljoen handschoenen tegen een prijs van € 0,05 per stuk (ex BTW), voor in totaal een bedrag van € 5.000.000,- (ex BTW) (5 miljoen euro). Daar de volledige aanbetaling van Tryus niet binnen de daartoe gestelde termijn – namelijk uiterlijk 3 november 2021- is ontvangen, is de overeenkomst bij brief van 23 december 2021 door VWS en Mediq ontbonden.

Op basis van artikel 6:277 BW is Tryus gehouden de schade die VWS als gevolg van de ontbinding geleden heeft te vergoeden. De geleden en te lijden schade bestaat onder meer uit gederfde inkomsten als gevolg van het afwijzen van andere aanbiedingen voor de koop van de handschoenen en de waardevermindering van de mondkapjes; en opslagkosten.

Gederfde inkomsten: financieel nadeel VWS.

De waarde van de handschoenen zijn gedaald, mede omdat de houdbaarheidsdatum van de handschoenen dichterbij is gekomen. Het contract met Tryus is op 24 september 2021 gesloten en op dit moment zijn de 100 miljoen handschoenen nog niet opnieuw verkocht.

Met Tryus is VWS een verkoopprijs van 0,05 cent overeengekomen. Team Trade geeft aan dat op dit moment de handschoenen voor 0,025 cent kunnen worden verkocht. Dit is een waardedaling van 0,025 cent, oftewel 50%. In totaal bedraagt de schade als gevolg van de waardedaling € 2.500.000,-. De huidige waarde van de handschoenen zal verder worden onderzocht en onderbouwd. Verder speelt hierbij een rol dat de waarde kan fluctueren, als bijvoorbeeld de vraag aantrekt of juist afneemt, en de schade daarmee ook afhankelijk is van het meetmoment of de uiteindelijke verkoopprijs. De waardedaling van € 2.500.000,- is daarmee nog geen vast gegeven.

Opslagkosten

Als gevolg van de ontbinding van de overeenkomst hebben we de handschoenen langer moeten opslaan. Deze opslagkosten zijn een direct gevolg van de ontbinding en kunnen derhalve als schade worden aangemerkt en op Tryus worden verhaald. Wanneer uitvoering was gegeven aan de overeenkomst waren de handschoenen vanaf oktober 2021 uitgereden en hadden zij de opslag verlaten. Nu staan de handschoenen nog steeds in de opslag en zijn nog niet opnieuw verkocht. In de maanden oktober, november en december 2021 zijn derhalve opslagkosten gemaakt, die VWS anders niet had gehad.

De opslagkosten zijn (gemiddeld genomen) € 1,50 per pallet per week. De 100 miljoen handschoenen staan op 1.600 pallets. De overeenkomst is 24 september 2021 aangegaan en de handschoenen staan nog steeds in de opslag, wat tot eind 2021 in totaal neerkomt op 14 weken. De kosten daarmee zijn: aantal pallets x aantal weken x kosten per pallet per week = 1.600 x 14 x 1,50 = € 33.600.

Conclusie

De totale schade als gevolg van de ontbinding van de verkoopovereenkomst voor de handschoenen bedraagt € 2.533.600,-.

VWS heeft haar nek uitgestoken om de schade als gevolg van de ontbinding van de overeenkomst waarvoor Tryus aanleiding heeft gegeven, te beperken door de mondklappers opnieuw te verkopen. Van deze inspanningen heeft VWS geprofiteerd in die zin dat, zoals hiervoor overwogen, door een hogere opbrengst daarvan van een door haar te vergoeden positief contractbelang en door haar te vergoeden kosten van de wanprestatie, geen sprake meer zal zijn omdat, zoals hiervoor vastgesteld, de opbrengst van de verkoop daardoor voor VWS hoger was dan eerst. Maar deze nieuwe verkopen zijn voor VWS niet zonder risico geweest. Voor de nieuwe verkopen moesten nieuwe kopers worden gezocht en nieuwe contacten worden gelegd en het verkooprisico bleef nog even bij VWS liggen omdat de mondklappers pas later konden worden verkocht. De kosten van het opnieuw verkopen kunnen daarom in beginsel worden beoordeeld als schade die aan VWS vergoed moet worden (vgl. Rechtbank Gelderland 12 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1337). Deze kostenpost is ter overweging meegegeven, omdat op dit moment deze kosten nog niet bekend zijn en nader onderzocht dient te worden welke kosten hieronder vallen en de hoogte hiervan.

Totale schade

Voor zover nu te bepalen bedraagt de totale schade als gevolg van de twee ontbonden overeenkomsten met Tryus € 2.445.999,50.

Aanbetaling

Tryus heeft op 14 oktober 2021 een deel van de aanbetaling van € 1.575.000,-, te weten € 200.000,- voor de verkoopovereenkomst van 750 miljoen mondklappers betaald. In de ontbindingsbrieven van 10 november 2021 en 23 december 2021 is aangegeven dat wij als gevolg van de ontbinding schade hebben geleden, de schade de € 200.000,- naar verwachting zal overschrijden en derhalve met de aanbetaling zal worden verrekend. Bij e-mail van 23 december 2021 is aan Tryus aangegeven dat wij hem in januari 2022 informeren over de exacte schade.

Voor een geslaagd beroep op verrekening op grond van artikel 6:127 van het Burgerlijk Wetboek moet er worden voldaan aan een aantal vereisten:

- De partijen hebben over en weer een vordering op elkaar, ze zijn beide zowel schuldeiser als schuldenaar van elkaar;
- De prestatie moet beantwoorden aan de schuld, dit betekent dat de prestatie en de schuld gelijksoortig moeten zijn, zoals bijvoorbeeld twee geldvorderingen;
- De schuldenaar moet bevoegd zijn tot het verrichten van betaling;
- De vordering moet opeisbaar zijn. Als de schade concreet moet worden begroot, dan is de vordering tot schadevergoeding opeisbaar vanaf het moment dat de kosten daadwerkelijk door de benadeelde zijn gemaakt. Bij een abstracte schadebegroting is de vordering opeisbaar vanaf het moment dat de schade is ontstaan.

Verder moet de tegenvordering vaststaan of moet eenvoudig kunnen worden vastgesteld. Is het niet duidelijk of er een vordering is en/of hoe groot die vordering is, dan is verrekening in beginsel niet mogelijk.

Eindconclusie/advies CIBG Legal

De hoogte van de vordering op Tryus was op het moment waarop door VWS een beroep is gedaan op verrekening (brief van 10 november 2021) en op dit moment nog niet geheel duidelijk. Ons advies is derhalve dat verrekening op dit moment niet mogelijk is en de aanbetaling van € 200.000,- dient te worden teruggestort, aangezien wij op dit moment nog geen rechtmatig beroep op verrekening kunnen doen. Dit mede omdat Tryus ook verzoekt dit bedrag terug te betalen en de druk opvoert (zie bijgevoegde mailwisseling). Wanneer wij de aanbetaling niet terugstorten is het risico dat wij schade/kosten van Tryus moeten betalen, bijvoorbeeld wettelijke rente.

Op basis van de huidige cijfers en schattingen, is de verwachting dat de schade van VWS hoger zal uitvallen dan € 200.000,-. Wanneer wij de aanbetaling terugbetalen, lopen wij het risico dat, in het geval wij er niet samen met Tryus uitkomen, we een procedure moeten starten om onze schade te verhalen.

Tot slot dient nader onderzoek plaats te vinden naar de schade als gevolg van de ontbindingen en is het aan VWS te bepalen in hoeverre er (en welke) vervolgstappen richting Tryus worden gezet in het kader van een eis tot schadevergoeding.