

# HEKKELMAN TERHEGGEN & RIETER

Rechtbank

te

**Almelo**

Rolzitting : 22 augustus 2002

Rolnummer : KG

## **PLEITNOTITIE**

**inzake:**

de besloten vennootschap

**OLIMAR B.V.**,

gevestigd en kantoorhoudende te Hengelo (Ov.),

gedaagde

procureur : mr. H.A.A. Kienhuis

advocaat : mr. J. Kalisvaart

mr. S. Vos

**tegen:**

de besloten vennootschap

**JEDACOL BEHEER B.V.**,

gevestigd en kantoorhoudende te Boekelo,

eiseres

procureur : mr. C.P.B. Kroep

advocaat : mr. R.W.A. Kroon

de besloten vennootschap

**HEDEC BEHEER B.V.**,

gevestigd en kantoorhoudende te Boekelo,

eiseres

procureur : mr. C.P.B. Kroep

advocaat : mr. R.W.A. Kroon

Edelachtbare heer President,

Olimar B.V. heeft naar het zich laat aanzien een kat in de zak gekocht.

Reeds op de dag van de overdracht van de aandelen (en sindsdien vrijwel dagelijks) is Olimar B.V. geconfronteerd met aanzienlijk aantallen ernstige feiten en omstandigheden, waaruit duidelijk is geworden dat eisers aan gedaagde ondernemingen hebben verkocht door middel van een aandelenoverdracht, waarbij de door eisers aan gedaagde geleverde ondernemingen niet voldoen aan hetgeen zij aan gedaagde hebben verkocht, althans hetgeen gedaagde had verwacht en had mogen verwachten te kopen. Op grond van de ernst van de geconstateerde feiten en ontwikkelingen is niet voorstelbaar dat eisers daarmee ten tijde van de verkoop niet bekend waren. Eisers hadden gedaagde dan ook voor het sluiten van de koopovereenkomst, alsmede in de periode tussen het sluiten van de koopovereenkomst en de overdracht van de aandelen, over deze feiten moeten informeren.

Op voorhand is u als productie 2 toegezonden een in concept opgesteld verzoekschrift tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor, dat één dezer dagen bij uw rechtbank zal worden ingediend. Zoals in dat verzoekschrift reeds is uitgewerkt, was de voorstelling van zaken door eisers, op grond waarvan de koopovereenkomst voor de aandelen tot stand is gekomen, in zeer ernstige mate in strijd met de feitelijke situatie.

Wij realiseren ons dat de aard van dit kort geding zich niet leent om thans in detail in te gaan op alle reeds geconstateerde onjuistheden. Deze zullen in de één dezer dagen op te starten bodemprocedure moeten worden vastgesteld. Niet onopgemerkt mag blijven dat in reactie op de mededeling namens gedaagde dat zij de overeenkomst zal aantasten op de rechtsgronden bedrog, althans dwaling danwel misbruik van omstandigheden, eisers onderhavig kort geding hebben opgestart en naar het zich laat aanzien zo proberen 'hun buit' veilig te stellen.

Eisers stellen in hun kort gedingdagvaarding dat een beroep op bedrog en dwaling uitdrukkelijk is uitgesloten. Uiteraard is dit onjuist. Een beroep daarop kan niet rechtsgeldig worden uitgesloten. Uit praktische overwegingen wordt in dit soort overnameovereenkomsten standaard opgenomen dat ontbinding en vernietiging is uitgesloten, dit in verband met de moeilijk te realiseren ongedaanmakingsverplichtingen. Dit laat evenwel onverlet dat een contractspartij de mogelijkheid moet hebben een overeenkomst aan te tasten indien deze tot stand gekomen op de grond van bedrog, danwel dwaling danwel ingeval van een toerekenbare tekortkoming. Voorts staat een dergelijke bepaling uiteraard nimmer aan de verplichting tot schadevergoeding in de weg.

Gedaagde meent dat op grond van de ernstige feiten en omstandigheden van dit geval eisers niet met succes een beroep kunnen doen op de uitsluiting van de bevoegdheid tot ontbinding en vernietiging en dat er voldoende rechtsgrond is voor het ongedaan maken van de gehele koopovereenkomst.

Gedaagde zal in de op te starten bodemprocedure aan de hand van de in het voorlopig getuigenverhoor vast te stellen feiten, een bodemprocedure aanhangig maken met als vordering op grond van de hiervoor aangevoerde rechtsgronden vernietiging van de overeenkomst, althans subsidiair wijziging van de overeenkomst in die zin dat de koopprijs wordt vastgesteld op een bedrag aanzienlijk lager dan de bedongen koopprijs voor de aandelen van f 8.000.000,00 (€ 3.630.241,73).

Gedaagde is er inmiddels van overtuigd dat de waarde van de aandelen beduidend lager is dan de reeds door haar betaalde f 6.000.000,00 en komt op grond van de thans bekende feiten uit op een reëel koopprijs van zo'n f 3.000.000,00.

Eisers hebben aldus naar de mening van gedaagde zeker geen recht op de schuldig gebleven koopsom ter hoogte van f 2.000.000,00, waarvan zij thans in dit kort geding betaling van ieder voor zich € 235.839,68 vorderen.

Op grond van de ernst van de geconstateerde onjuistheden in de voorstelling van zaken en de daaruit voortvloeiende schade, kan het niet zo zijn dat gedaagde thans gehouden wordt nog meer koopsom te betalen, terwijl zij reeds veel te veel betaald heeft. Het beroep van eisers op de in de akte opgenomen uitsluiting van de verrekening, stuit aldus af op de redelijkheid en billijkheid. Het kan toch niet zo zijn dat verkopers onder deze omstandigheden thans de volledige koopprijs kunnen ontvangen, de koopsom uit de besloten vennootschappen kunnen halen en gedaagde vervolgens geen verhaal heeft voor de door haar geleden en te lijden schade, die opzettelijk, althans bewust door eisers is toegebracht.

In hun informatiememorandum hebben eisers bijvoorbeeld aangegeven dat er vier verkopers zouden zijn. Na overname van de aandelen is het gedaagde gebleken dat de heer Schopman, waarover straks meer, eigenlijk de enige verkoper was van de onderneming. Van de andere door eisers genoemde verkopers bleken nog aanwezig twee interieurarchitecten, wiens kennis en kunde ligt bij het maken van ontwerpen en niet bij commerciële verkoopactiviteiten. Zij combineerden hun activiteiten met een sporadisch bezoek aan klanten. Een andere interieurontwerper, die eveneens was aangeduid als verkoper, was kort voor de overdracht van de aandelen vertrokken, zonder dat gedaagde hiervan in kennis was gesteld. Zo zijn er niet de voorgestelde vier verkopers aanwezig, maar geen één! Er was slechts een arbeidskracht aangetrokken in december 2001, die zou moeten worden opgeleid tot verkoper. Ook hierover was gedaagde niet geïnformeerd. Bedoelde medewerker

had ten tijde van de overname, dus na vier maanden inwerken, nog geen enkele verkoop gerealiseerd.

Gelet op het belang van de verkopers voor (de continuïteit van) een handelsonderneming waarom het in dit geschil gaat, is de voorgespiegelde goodwill feitelijk niets waard.

Zoals ook reeds in het verzoekschrift tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor is opgenomen, heeft de enige echte verkoper van de onderneming, die tevens technisch directeur was, de heer Schopman, op de dag van de aandelenoverdracht ontslag genomen. Onder verwijzing naar de reeds opgesomde feiten en omstandigheden, is niet voorstelbaar dat eisers niet zouden hebben geweten van de activiteiten van Schopman die direct de ondernemingsactiviteiten ondermijnden, alsmede van de plannen van Schopman om geheel voor zichzelf te beginnen. Doordat Schopman reeds een half jaar uitsluitend ten behoeve van zichzelf bezig was, bracht hij geen opdrachten voor de onderneming meer binnen. Het is niet voorstelbaar dat eisers dat niet zouden hebben geconstateerd. In ieder geval zouden zij dat wel hebben moeten constateren en aan gedaagde als koper dienen mede te delen.

In dit licht is achteraf bezien ook zeer begrijpelijk dat eisers zich hebben verzet tegen inwilliging van de herhaalde verzoeken van gedaagde om voor de effectivering van de koopovereenkomst te mogen overleggen met het managementteam. Gedaagde wenst de betrokken managers in het op te starten voorlopig getuigenverhoor te laten horen om zodoende in rechte vast te laten stellen dat eisers opzettelijk onjuiste informatie hebben verstrekt en relevante informatie ten onrechte hebben verzwegen en aldus (toerekenbaar) niet hebben voldaan aan hun mededelingsplicht.

Op voorhand is u als productie 5 toegestuurd een artikel dat eisers aan gedaagde hebben gegeven en op grond waarvan zij ten overstaan van gedaagde hebben betoogd dat de klanten Marskramer en Bart Smit, die tezamen goed zouden zijn voor 60% van de constante omzet van de onderneming, het zeer goed doen en dat de omzetten die met die klanten zouden worden gerealiseerd alleen maar zouden stijgen. In dit kader is relevant dat in het due diligence rapport, waarvan de inhoud volledig is doorgenomen met de heren Leusink en Crans van eisers en waarmee zij volledig hebben ingestemd, over Marskramer is opgenomen:

*“Inmiddels is de directie gewijzigd en deze heeft mandaat gekregen een nieuwe “formule” te mogen introduceren. Prowi heeft te horen gekregen dat, gedeeltelijk in 2001, maar vooral in 2002, alle eigen winkels zullen worden verbouwd. De contacten met de nieuwe directie zijn goed. De Marskrameromzet in 2002 zal mi-*

*nimaal 3,0 mio bedragen. Voor de toekomst denkt Marskramer aan opname van speelgoed in haar pakket en in het verkopen van speelgoed via tankstations ....”*

Ook voor Bart Smit was aangegeven dat er in verband met de expansieplannen in België een zeer goed perspectief was. De omzet is echter tot op heden vrijwel nihil!

In tegenstelling tot hetgeen eisers gedaagde tot en met de dag van de aandelenoverdracht hebben voorgehouden, is in werkelijkheid het eerste kwartaal van 2002 afgesloten met een verlies van maar liefst € 350.000,00 oftewel f 800.000,00. Uit de u hedenmorgen nog toegestuurde overzicht van de gerealiseerde omzetten, blijkt dat reeds in 2001 zich een daling van de omzet heeft voorgedaan, welke daling begin 2002 zeer ernstig is doorgezet. Naast de aanzienlijke daling van de omzet is eveneens geen melding gemaakt van het feit dat door de strategiewijziging bij Bart Smit de kosten voor de onderneming zodanig zijn verhoogd, dat er beduidend minder winst wordt gemaakt op de opdrachten van Bart Smit.

Voor een goed beeld van de gang van zaken wil ik hierbij belichten dat de koopovereenkomst is ondertekend begin februari 2002 en de overdracht van de aandelen heeft plaatsgevonden op 25 maart 2002. Tot op de dag van de overdracht hebben eisers alleen en zelfstandig, zonder gedaagde – ondanks zijn verzoeken – daarin te betrekken, de bedrijfsvoering van de ondernemingen verzorgd.

In de kort gedingdagvaarding stellen eisers dat zij geen verantwoordelijkheid dragen voor al dan niet tegenvallende omzetten. Dit is niet juist. In artikel 4 van de koopovereenkomst is immers overeengekomen:

*“Ten bate van Olimar komen alle baten van de door haar gekochte aandelen vanaf 1 januari 2001. De garanties terzake de omzetten en overige garanties zijn derhalve van kracht vanaf voornoemde datum 1 januari 2001, tenzij uit de bepalingen terzake een eerdere datum voortvloeit.”*

Dit, in combinatie met artikel 3.7:

*“Verkopers zijn aansprakelijk voor alle claims/vorderingen, hoegenaamd ook, die voortvloeien uit werkzaamheden van de vennootschap tot en met de datum van overdracht van de aandelen als bedoeld in artikel 1. Verkopers vrijwaren Olimar volledig voor mogelijke aanspraken, direct en indirect en hoegenaamd ook. Een en ander voor zover niet betrekking hebbend op de op de balans opgenomen garantievoorziening.”*

en artikel 3.8:

*“Verkopers garanderen dat er op het moment van ondertekening van deze overeenkomst geen claims bekend zijn, geen rechten en/of verplichtingen aan derden*

*bestaan anders dan die welke uit de balans blijken. Indien een derde zich op het standpunt stelt dat hij rechten jegens de vennootschap geldend kan doen maken en die gepretendeerde rechten hun grondslag vinden in de periode voor ondertekening van deze overeenkomst en die derde hiervoor een claim bij de vennootschap indient, zal de directie van de vennootschap verkopers (voor hun rekening en risico) in de gelegenheid stellen zich tegen de claim te verweren, danwel – wellicht uit strategisch oogpunt – die directie zich gezamenlijk met verkopers tegen de klacht verweren; dit ontslaat verkopers niet van hun verplichtingen terzake.”*

waaruit volgt dat eisers wel degelijk nog altijd aansprakelijk zijn voor een aantal vorderingen. In dit kader is relevant te vermelden dat er op dit moment nog een inventarisatie wordt gemaakt van vorderingen, die niet uit de balans blijken, danwel op andere wijze niet zijn gemeld terwijl deze op grond van de informatieplicht van eisers wel destijds aan gedaagde gemeld hadden moeten worden.

Zo heeft Leusink op kosten van de onderneming zijn gehele keuken laten verbouwen. In tegenstelling tot hetgeen de raadsman in de overgelegde correspondentie vermeldt heeft Leusink hiervoor nog niet betaald. Uit grove inventarisatie is gebleken dat er reeds zo'n f 250.000,00 kosten in de boeken van de ondernemingen voorkomen en er nog steeds rekeningen binnen komen die betrekking hebben op de keuken van Leusink.

Ook op deze grond is gedaagde gerechtigd de terugbetaling van de lening op te schorten, althans is de vordering tot betaling van het ter leen verstrekte bedrag door eisers in strijd met de redelijkheid en de billijkheid. Immers, eisers hebben gedaagde opzettelijk, althans bewust, misleid. Illustratief is de mededeling van de heer Crans op de dag dat de aandelenoverdracht had plaatsgevonden ten overstaan van de heren Hoftijzer en Korver dat “er geen zinnig mens meer zou zijn welke nog f 8.000.000,00 (€ 3.630.241,73) voor de firma Prowi zou betalen”.

Het is ook niet voor niets dat het eisers is gelukt op grond van bedrijfseconomische gronden toestemming voor collectief ontslag te verkrijgen. In tegenstelling tot hetgeen eisers thans stellen, wist gedaagde tot na de overdracht van de aandelen niet dat er collectief ontslag was aangevraagd, de toestemming was verleend en de ontslagen waren aangezegd. Gedaagde is tot die tijd juist voorgehouden dat het geweldig ging met de ondernemingen (zie ook de op voorhand overgelegde mailberichten). Dit valt absoluut niet te ruimen met het collectief ontslag, dat bovendien na of omstreeks de ondertekening van de koopovereenkomst door eisers is aangevraagd!

In tegenstelling tot hetgeen eisers stellen had gedaagde geen problemen met het verkrijgen van de financiering, maar wilde de bank meer zekerheden dan zij door middel van pandrechten e.d. op de ondernemingsactiva zou kunnen verkrijgen. De

bank heeft vervolgens geëist een hypotheekrecht te verkrijgen op het chalet van de heer Korver in Frankrijk. Op grond van de door eisers geschetste verwachtingen had Korver er geen enkele moeite mee een hypotheekrecht te vestigen op zijn chalet. Eisers hadden echter haast met de realisatie van de overname en vonden dat het door de formaliteiten in Frankrijk te lang zou gaan duren en hebben toen aangeboden een overbruggingskrediet te verstrekken, hetgeen gedaagde op hun aandringen heeft geaccepteerd. Inmiddels is het gedaagde pijnlijk duidelijk geworden waarom eisers zo'n haast hadden om van de ondernemingen af te komen.

## **Incasso kort geding**

De onderhavige materie is ongeschikt voor een incasso kort geding. De opeisbaarheid van de vorderingen van eisers is gemotiveerd betwist. Het invorderen van de in de vorm van een lening achtergehouden restantkoopsom is onder deze omstandigheden te kwalificeren als misbruik van recht alsmede in strijd met de redelijkheid en billijkheid.

Daarnaast is er een zeer groot restitutierisico. Het is gedaagde bekend dat eisers inmiddels problemen hebben met hun voormalige bankier en dat zij al hun geld van de rekeningen hebben gehaald.

Bovendien hebben eisers gelet op de omstandigheden van het geval onvoldoende spoedeisend belang. Eiser hebben ten laste van gedaagde op basis van een door uw rechtbank verleend verlot d.d. 15 augustus 2002 conservatoir beslag gelegd op de aandelen Prowi Holding B.V. Eiser hebben aldus voldoende zekerheid voor het geval zij gerechtigd zouden zijn tot opeising van het ter leen verstrekte bedrag, hetgeen naar de mening van gedaagde niet in de rede zal liggen aangezien de schade die gedaagde heeft geleden en nog zal lijden, thans reeds hoger is dan de schuldig gebleven koopsom.

## **Conclusie**

Gedaagde Olimar B.V. concludeert tot afwijzing van de vordering, met veroordeling van eisers in de kosten van dit kort geding.

Rechtbank

te

**Almelo**

Rolzitting : 22 augustus 2002

Rolnummer : KG

## **PLEITNOTITIE**

### **inzake:**

de besloten vennootschap

**OLIMAR B.V.**,

gevestigd en kantoorhoudende te Hengelo (Ov.),

gedaagde

procureur : mr. H.A.A. Kienhuis

advocaat : mr. J. Kalisvaart

mr. S. Vos

### **tegen:**

de besloten vennootschap

**JEDACOL BEHEER B.V.**,

gevestigd en kantoorhoudende te Boekelo,

eiseres

procureur : mr. C.P.B. Kroep

advocaat : mr. R.W.A. Kroon

de besloten vennootschap

**HEDEC BEHEER B.V.**,

gevestigd en kantoorhoudende te Boekelo,

eiseres

procureur : mr. C.P.B. Kroep

advocaat : mr. R.W.A. Kroon