

In dit blog ga ik in op een arrest van het gerechtshof Arnhem – Leeuwarden van 23 februari 2021 ECLI:NLGHARL:2021:1764

Kort gezegd gaat het hier om failliete schoenwinkels (hierna: Schoenwinkels) en een curator die op grond van onbehoorlijk bestuur en onrechtmatige daad schadevergoeding vordert van de voormalig bestuurder van de schoenenwinkels. Die schadeclaim wordt door het hof deels toegewezen en deels afgewezen. Ik ga hieronder nader in op het afgewezen deel. De curator krijgt nog een kans om de schade opnieuw te begroten. Wat gaat er in eerste instantie mis? En hoe moet het wel?

De curator baseert zijn vordering uit onrechtmatige daad niet alleen op de stelling dat de bestuurder van Schoenenwinkels paulianeus heeft gehandeld, maar ook op de stelling dat sprake is geweest van opzet door met een activa/passiva transactie en de verkoop van de voorraad een sterfhuisconstructie op te tuigen.

Het bestuur van Schoenwinkels heeft – terwijl bekend was dat Schoenwinkels in moeilijkheden verkeerde – de voorraad verkocht aan de moedervenootschap en daarmee de schuld die Schoenwinkels aan moeder had verrekend. Terugbetaling van die schuld was op dat moment niet opeisbaar. Volgens het hof heeft de verkoop van de voorraad tot benadeling van de schuldeisers van Schoenwinkels geleid. Daarnaast, aldus het hof, werden de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers verder verminderd door de overdracht van de activa/passiva aan weer een andere gelieerde onderneming.

Het hof overweegt dat de handelingen van Schoenwinkels veel weg hebben van een sterfhuisconstructie en hebben geleid tot onrechtmatige betaling aan moeder (en een gelieerde onderneming). De bestuurder kan dan ook een ernstig verwijt gemaakt worden: door zijn handelen zijn de schuldeisers van Schoenwinkels benadeeld in de zin dat zij geen verhaal kunnen nemen.

De curator heeft die schade gelijk gesteld aan de waarde van de verkoop van de voorraad en de activa/passiva transactie, maar stelt dat de schade kan worden beperkt tot het tekort in het faillissement. Het hof overweegt dat dit onjuist is. Bij schade gaat het om de benadeling van de schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden. Deze benadeling kan niet zonder meer gelijk worden gesteld aan de waarde van de transacties. *Om de benadeling vast te stellen moet een vergelijking worden gemaakt tussen de hypothetische situatie waarin de handeling niet heeft plaatsgevonden en de situatie waarin de schuldeisers zich nu bevinden*, aldus het hof.

Wat hier mis gaat is dat géén vergelijking is gemaakt tussen de zogenaamde IST- en SOLL-positie van benadeelden. Met de IST-positie bedoel ik: de werkelijke situatie van benadeelden (uitgedrukt in geld) en met de SOLL-positie bedoel ik: de hypothetische situatie van benadeelden zónder de schadegebeurtenissen (uitgedrukt in geld). Vermogensschade is altijd het verschil tussen deze twee (IST- en SOLL-) posities. Bij het begroten van vermogensschade moet dus ook altijd een voorstelling worden gemaakt van de IST- en SOLL-positie om tot de omvang van de schade te komen. Daarbij is het tevens van belang dat de schadegebeurtenis(sen) juist word(en)t gedefinieerd. De IST- en SOLL-posities moeten namelijk wel in het licht van het causaal verband met de betreffende schadegebeurtenis(sen) worden geschetst.

Door eerst een goed raamwerk van de schade op te stellen - waarbij de IST- en de SOLL-positie, de schadegebeurtenis(sen), maar ook het tijdstip van de schade en de duur daarvan worden gedefinieerd - voorkom je dat de schade op onjuiste uitgangspunten wordt begroot.

Hoe moet het dan in de onderhavige kwestie? Eerst moet de IST-positie worden gedefinieerd. Die kan worden ontleend aan de werkelijke situatie. Namelijk: de schuldeisers in het faillissement van Schoenwinkels zonder verhaal (als gevolg van de verkoop van de voorraad en de activa/passiva transactie). Vervolgens moet de SOLL-positie worden gedefinieerd. Ook deze lijkt in dit geval redelijk voor de hand te liggen. Namelijk: de schuldeisers in het faillissement van Schoenwinkels zonder dat de verkoop van de voorraad en de activa/passiva transactie zouden hebben plaatsgevonden. Welk bedrag zouden de benadeelden in die positie hebben gekregen? Het verschil tussen die IST- en SOLL-positie kan worden aangemerkt als de vermogensschade van de betreffende schuldeisers.

Uit het vorenstaande volgt dat toepassing van de juiste techniek bij het begroten van schade van groot belang is. Heeft u vragen? Stuur mij dan gerust een e-mailbericht: toxopeus@hermes-advisory.com