

ECLI:NL:RBAMS:2017:5216

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	20-07-2017
Datum publicatie	21-07-2017
Zaaknummer	KG ZA 17-516
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	Maatstaf uitleg overeenkomst bij commerciële transactie
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR 2017/3861

Uitspraak

—

vonnis

RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht, voorzieningenrechter civiel

zaaknummer / rolnummer: C/13/628725 / KG ZA 17-516 FB/MV

Vonnis in kort geding van 20 juli 2017

in de zaak van

de vennootschap naar Duits recht

HKB BANK GMBH,

gevestigd te Frankfurt am Main,

eiseres bij gelijklopende dagvaardingen van 18 en 19 mei 2017,

advocaten mrs. T. Ensink en T.M. Munnik te Rotterdam,

tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[gedaagde sub 1]

gevestigd te [plaats] ,
advocaat mr. G.A. Smit te Amsterdam,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

[gedaagde sub 2]

gevestigd te [plaats] ,
advocaat mr. G.A. Smit te Amsterdam,

3. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

DE RAAD FINANCIËEL MANAGEMENT B.V.,

gevestigd te Noordwijk,
advocaat mr. L. Weermeijer te Hoofddorp,

4. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

KITE CAPITAL B.V.,

gevestigd te Hazerswoude-Rijndijk,
advocaat mr. A.J.M. de Bruijn te Bussum,

5. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

CRES COMMUNITY FINANCE B.V.,

gevestigd te Amsterdam,
advocaat mr. J.P. Koets te Haarlem,
gedaagden.

Partijen zullen hierna ook HKB, [gedaagde sub 1] , [gedaagde sub 2] , De Raad, Kite en Cres worden genoemd.

1 De procedure

Ter terechtzitting van 29 juni 2017 heeft HKB gesteld en gevorderd overeenkomstig de in kopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding. Bij repliek heeft HKB haar eis willen wijzigen, maar dit is – na bezwaar hiertegen door gedaagden – door de voorzieningenrechter niet toegelaten vanwege strijd met de goede procesorde.

Gedaagden hebben verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening.

Alle partijen hebben producties en een pleitnota in het geding gebracht.

Ter zitting waren aanwezig:

aan de zijde van HKB: mrs. Ensink en Munnik;

aan de zijde van [gedaagde sub 1] : [naam 1] en [naam 2] met mr. Smit;

aan de zijde van [gedaagde sub 2] : [naam 3] en [naam 4] met mr. Smit;

aan de zijde van De Raad: [naam 5] met mr. Weermeijer;
aan de zijde van Kite: [naam 6] met mr. De Bruijn;
aan de zijde van Cres: [naam 7] met mr. Koets.
Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen.

2 De feiten

2.1. HKB is een in Duitsland gevestigde financiële instelling, die zich richt op het verstrekken van hypothecaire leningen ter financiering van onroerendgoed-transacties, zowel in Duitsland als in Nederland. Gedaagden zijn alle aandeelhouders in het kapitaal van HKB. Samen zijn zij eigenaar van 100% van de aandelen in HKB.

2.2. Op 18 april 2014 heeft HKB met gedaagden een overeenkomst gesloten, met het opschrift *Subscription and Guarantee Agreement relating to Shares Class C in HKB Bank GmbH* (hierna de SGA). In de SGA wordt HKB aangeduid als *Issuer*, gedaagden 1 tot en met 4 als *Guarantor* en Cres als *Subscriber*. In de SGA is – kort gezegd – overeengekomen dat Cres gedurende een periode van 30 maanden voor een bedrag van € 1.300.000,- per maand zal inschrijven op aandelen C, dan wel de desbetreffende bedragen (in totaal € 39.000.000,-) zal storten in het kapitaal van HKB, en dat de overige gedaagden zich garant stellen voor de nakoming van deze verplichting van Cres. Onder G van de considerans van de SGA is onder meer het volgende opgenomen:
it is the intention of the Parties to secure a minimum guarantee of EUR 1,300,000 per month to be paid on the newly issued shares by the Issuer to the Subscriber and backed by the Guarantors to enable the Issuer to fulfil its obligation under the five years planning of the Issuer (...)

2.3. Omdat het tijdpad waarin Cres op de aandelen C diende in te schrijven dan wel de desbetreffende stortingen diende te doen na het sluiten van de SGA is aangepast, zijn partijen op 12 mei 2014 een *First Amendment* (hierna het amendement) op de SGA overeengekomen. Artikel 1 van het amendement luidt als volgt:

To amend the obligation to subscribe in the Subscription Agreement as follows:

The Subscriber shall undertake to subscribe all shares C up to an amount of EUR 1,000,000 per month in the period from the 1st of June 2015 until and including the 31st of December 2015. From the 1st of January 2016 until and including the 30th of April 2017, the Subscriber shall undertake to subscribe all shares C up to an amount of EUR 2,000,000 per month. If the Subscriber does not fulfil these obligations in the full amount, then the Guarantors shall jointly subscribe all shares C up to the respective amounts mentioned above. These obligations only apply after the 1st of June 2015 until one of the following date or events occur, after which it ceases to exist: (i) after the 30th of April 2017 or (ii) the Issuer is liquidated or (iii) the Issuer loses its banking license.

In the event that neither the Subscriber nor the Guarantors subscribe the shares C and/or fulfil their obligation to pay in the full amounts as stated above as a contribution on the shares C (...), the Subscriber and the Guarantors shall jointly pay the stipulated amounts as stated above into the Issuers capital (...) for each respective month as stated above. For the avoidance of doubt: This obligation to pay in the full amounts as stated above also implies the case when the Issuer has not issued any shares. The contribution will then be paid into the capital reserve.

Onder C van de considerans van het amendement is onder meer het volgende opgenomen:
the Issuer has resolved on a businessplan with resolution of 31st of March 2014 ("the Bank Planning"). The Bank Planning was approved by the Beirat and the shareholders of the Issuer.

2.4. Op 26 juni 2015 heeft Cres ter uitvoering van haar in de SGA opgenomen verplichtingen een bedrag van € 2.000.000,- aan HKB overgemaakt.

2.5. Bij besluit van 20 juli 2015 heeft de Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (de Duitse

toezichthouder op de financiële sector, hierna BaFin) een aantal prudentiële maatregelen aan HKB opgelegd omdat HKB, naar het oordeel van BaFin, niet voldeed aan de geldende kapitaalsvereisten.

- 2.6. Bij brief van 15 juni 2016 heeft HKB Arkelhof Investments B.V. (hierna Arkelhof) onder meer het volgende medegedeeld:

Reference is made to your letter (...) in which you asked why HKB (...) had not taken legal action to enforce HKB's claims pursuant to the Subscription and Guarantee Agreement (...)

Currently the management board of HKB has decided not to enforce any claims pursuant to the Subscription Agreement. The sense and intent of the Subscription Agreement was that the capital provided under such agreement should be used for building the business according to the current business and strategy plan of HKB.

The Subscription Agreement is economically linked to the business development, mainly of the real estate financing in the Netherlands (as outlined in the current bank planning). The business building is slower than planned compared to HKB's business and strategy plan because of BaFin measures.

- 2.7. In een gezamenlijk opgesteld *Statement* van 20 juli 2017 hebben gedaagden 1 tot en met 4 onder meer het volgende opgenomen:

Under the Agreement the Parties are only obliged (...) to pay any amount into the capital of the Issuer if and when any Additional Capital is required as a direct and only consequence of the Subscriber and the Issuer succesfully undertaking activities on the Dutch financial market by providing mortgages to Dutch parties and, in such event, only to the extent that such activities in itself would require Additional Capital of the Issuer.

The envisaged joint activities of the Subscriber and Issuer on the Dutch financial market as mentioned above were laid down in two business plans containing a five years operational planning. Due to unforeseen circumstances (...) the planning has not been met, as a result of which none or only some of the envisaged joint activities (...) have taken place, for which activities no or only little Additional Capital was required (and, as far as required, such Additional Capital was provided).

- 2.8. Bij brieven van 6 september 2016 heeft de Duitse raadsman van HKB gedaagden aangeschreven tot betaling op grond van de SGA en het amendement. Cres heeft hierop gereageerd bij brief van 12 september 2016. De raadslieden van Kite, Van [gedaagde sub 2] en [gedaagde sub 1] hebben hierop gereageerd bij brieven van 16 september 2016. Gedaagden stelden niet te zullen overgaan tot betaling van de door HKB verlangde bedragen.

- 2.9. Bij brief van 5 december 2016 (de zogenoemde *Release Letter*) heeft HKB aan gedaagden bevestigd dat zij bereid was hun betalingsverplichting te verminderen omdat HKB mogelijk ook op andere wijze in haar kapitaalbehoefte kon voorzien. HKB voorzag namelijk een wijziging in de aandeelhoudersstructuur waarbij derden (onder wie Arkelhof) geleidelijk de plaats zouden innemen van gedaagden 1 tot en met 4. Wanneer HKB uit hoofde van verschillende stortingen door derden (*Capital Increases*) zou worden voldaan, was zij bereid de betalingsverplichting op grond van het amendement te verlagen tot een bedrag van in totaal € 10.000.000,-, aldus de *Release Letter*.

- 2.10. Nadien heeft HKB van een derde een *Capital Increase* ontvangen van € 5.316.661,35 waarna zij de betalingsverplichting van gedaagden heeft verlaagd tot voormeld bedrag van € 10.000.000,-. Verdere stortingen door derden zijn uitgebleven.

- 2.11. Op 8 mei 2017 heeft een buitengewone Algemene Vergadering van Aandeelhouders van HKB plaatsgevonden. Tijdens deze vergadering, waarbij 100% van de stemgerechtigden aanwezig was, is unaniem besloten de directie van HKB te verzoeken over te gaan tot liquidatie van HKB.

- 2.12. Bij brief van 26 juni 2017, gericht aan de Duitse raadslieden van HKB, heeft BaFin aan HKB met onmiddellijke ingang een "Kredit- und Einlagenverbot" opgelegd, als gevolg waarvan alle

handelsactiviteiten van HKB zijn stilgelegd.

3 Het geschil

- 3.1. HKB vordert – kort gezegd – gedaagden bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad hoofdelijk te veroordelen tot betaling van € 10.000.000,-, althans tot een door de voorzieningenrechter in goede justitie vast te stellen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente. Tevens vordert HKB gedaagden te veroordelen in de kosten van dit geding, te vermeerderen met de wettelijke rente en de nakosten.
- 3.2. HKB stelt daartoe – samengevat weergegeven – dat zij in het kader van haar financieringsbehoefte de SGA met gedaagden is overeengekomen. Cres diende op grond van de SGA in te schrijven op aandelen C, waarvoor gedaagden 1 tot en met 4 garant stonden. Indien die aandelen niet door HKB zouden worden geplaatst, diende Cres de desbetreffende bedragen te storten in de kapitaalreserve van HKB. Dit is expliciet opgenomen in het amendement, waar staat "*For the avoidance of doubt...*". Ook voor deze verplichting staan gedaagden 1 tot en met 4 garant. De verplichting van gedaagden is niet komen te vervallen. Weliswaar is de datum van 30 april 2017 verstreken, maar partijen hebben in het kader van een eerder aanhangig (doch ingetrokken) kort geding afgesproken dat gedaagden zich niet op het verstrijken van die datum zouden beroepen. Ook van een liquidatie van HKB of van het intrekken van de bankvergunning is geen sprake.

Nadat HKB gedaagden heeft aangeschreven (zie 2.8) kwamen zij met een onjuiste uitleg van de SGA en het amendement. Volgens gedaagden was geen sprake van een zogenoemde *stand-alone* verplichting, maar zou hun betalingsverplichting gekoppeld zijn aan het betreden door HKB van de Nederlandse markt en dit laatste is, aldus gedaagden, nooit van de grond gekomen. Aanvullende voorwaarden van deze inhoud of strekking zijn echter niet opgenomen in de SGA noch in het amendement, zodat gedaagden zich daarop niet kunnen beroepen. De letterlijke tekst van deze documenten is immers beslissend voor het bestaan en de omvang van hun verplichtingen. HKB heeft een spoedeisend belang bij toewijzing van haar vordering omdat zij moet voldoen aan de kapitaalsvereisten zoals die door BaFin worden gesteld. Dit vormde ook de achtergrond voor het sluiten van de SGA. Het spoedeisend belang van HKB is mede erin gelegen dat gedaagden – kennelijk om onder hun betalingsverplichting uit te komen – op de vergadering van 8 mei 2017 stappen hebben gezet in de richting van liquidatie van HKB.

Van een restitutierisico is geen sprake. HKB heeft weliswaar aanvullende financiële middelen nodig, maar dit zegt niets over haar liquiditeitspositie. Bovendien is zeer aannemelijk dat de vordering van HKB in een bodemprocedure zal worden toegewezen, zodat een mogelijk restitutierisico minder van belang is.

- 3.3. Gedaagden hebben verweer gevoerd.

- 3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

- 4.1. Een geldvordering is in kort geding alleen toewijsbaar indien voldoende aannemelijk is dat de bodemrechter de vordering eveneens zal toewijzen, en de eisende partij daarbij een spoedeisend belang heeft. Bij de afweging van de belangen van partijen wordt mede het restitutierisico betrokken.
- 4.2. HKB heeft haar vordering gegrond op de SGA en het amendement. Uit de wederzijdse standpunten blijkt dat partijen de SGA en het amendement elk in verschillende zin hebben

opgevat. Ter beantwoording van de vraag welke opvatting de juiste is, komt het aan op de zin die partijen hieraan in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Bij de uitleg van overeenkomsten geldt dat, ook indien groot gewicht toekomt aan de taalkundige betekenis van de gekozen bewoordingen, de overige omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat een andere (dan de taalkundige) betekenis aan de bepalingen van de overeenkomst moet worden gehecht.

Indien de overeenkomst een commerciële transactie betreft die is gesloten tussen zakelijke partijen kan de bodemrechter - temeer als partijen hebben onderhandeld over de precieze formulering daarvan, en als zij daarbij zijn bijgestaan door deskundigen - de (toepasselijke) Haviltexmaatstaf aldus toepassen, dat hij bij de uitleg daarvan als uitgangspunt beslissend gewicht toekent aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van die overeenkomst.

Indien een partij die een andere dan de taalkundige betekenis aan een overeenkomst hecht, in een geval als zojuist bedoeld voldoende heeft gesteld om tot tegenbewijs te worden toegelaten, is de bodemrechter gehouden deze partij daartoe in de gelegenheid te stellen.

(Vgl. voor dit alles de arresten van de Hoge Raad in de zaken Meyer Europe B.V./Pontmeyer B.V. (ECLI:NL:HR:2007:AZ3178), Derksen en Homburg/Uni-Invest (ECLI:NL:HR:2007:BA4909) en Lundiform B.V./Mexx Europe B.V. (ECLI:NL:HR:2013:BY8101))

4.3. Het geschil komt in de kern erop neer dat HKB de verplichting van gedaagden zoals opgenomen in de SGA en het amendement, met een beroep op de letterlijke tekst hiervan, ziet als een *stand-alone* verplichting, terwijl gedaagden zich op het standpunt stellen dat hun verplichting onverbreekelijk samenhangt met de (succesvolle) uitvoering van het businessplan van HKB, meer in het bijzonder het betreden van de Nederlandse hypotheekmarkt. Gedaagden hebben in dit verband erop gewezen dat het businessmodel van HKB, het zogenoemde *community* model, eruit bestaat dat elke cliënt voor 15% van het te lenen bedrag aandeelhouder wordt van HKB. Die 15% wordt niet daadwerkelijk door HKB aan de cliënt geleend. Hierdoor zou het eigen vermogen van HKB worden verhoogd, hetgeen nodig is voor haar noodzakelijke groei, en zou een langdurige en op wederzijds vertrouwen gebaseerde samenwerking tussen HKB en haar cliënten ontstaan. Cres had tot opdracht en doel de groei van de business (het verstrekken van hypothecaire leningen) in Nederland te faciliteren, met name in het midden- en kleinbedrijf en met toepassing van het *community* model. Zij diende derhalve alleen in te schrijven op de aandelen C voor zover die in waarde correspondeerden met 15% van de hypothecaire leningen die HKB volgens haar eigen planning zou gaan verstrekken. Als HKB om wat voor reden dan ook geen aandelen C zou uitgeven, ontstond voor Cres de verplichting om 15% van de daadwerkelijk verstrekte leningen in het kapitaal van HKB te laten vloeien. Dit laatste was dus niet een op zichzelf staande en onvoorwaardelijke verplichting van Cres. Haar verplichting (en dus ook die van de andere gedaagden) zou komen te vervallen op het moment dat het businessplan geacht werd te zijn uitgevoerd (30 april 2017), of dat HKB zou worden geliquideerd dan wel haar bankvergunning zou verliezen. De reden waarom de SGA en het amendement zijn overeengekomen, was dus niet dat gedaagden zich onvoorwaardelijk verbonden de operationele verliezen van HKB af te dekken.

Omdat BaFin aan HKB de eis stelde dat de verplichting van Cres op schrift zou worden gesteld en dat de aandeelhouders hiervoor een garantie zouden afgeven, hebben partijen de SGA en het amendement ondertekend, aldus nog steeds gedaagden.

4.4. Ter nadere ondersteuning van hun standpunt dat geen sprake was van een *stand-alone* verplichting hebben gedaagden zich beroepen op de considerans van de SGA en het amendement (zie 2.2 en 2.3) waarin een koppeling wordt gemaakt met het businessplan, op de brief van HKB aan Arkelhof (zie 2.6), op hun eigen Statement (zie 2.7) en op punt 25 van de dagvaarding waarin - kort gezegd - is opgenomen dat het amendement is overeengekomen om het tijdpad van de verplichtingen van Cres in overeenstemming te brengen met het tijdpad zoals opgenomen in het businessplan van HKB. Ook HKB erkent hiermee, aldus gedaagden, dat sprake is van een

koppeling tussen enerzijds de SGA en het amendement, en anderzijds het businessplan.

- 4.5. Gedaagden hebben verder onweersproken aangevoerd dat uitvoering van het businessplan van HKB niet van de grond is gekomen. Het is HKB niet of nauwelijks gelukt hypothecaire financieringen te verstrekken op de Nederlandse markt, mede vanwege de door BaFin op 20 juli 2015 getroffen maatregelen (zie 2.5). Wat betreft de weinige leningen die wel zijn verstrekt, is de daarmee corresponderende 15% aan kapitaal aan HKB daadwerkelijk gestort. Cres heeft in dit verband verwezen naar een door haar in het geding gebrachte verklaring van [naam 8], tot 15 februari 2017 bestuurder van Cres. Hieruit volgt dat HKB geen toestemming kreeg om op de Nederlandse markt hypothecaire leningen te verstrekken en dat Cres om die reden geen aandelen kon plaatsen. Om diezelfde reden is, aldus de verklaring, nooit eerder door HKB nakoming gevraagd van de verplichtingen uit de SGA.
- 4.6. Voorshands wordt aangenomen dat de bodemrechter bij de uitleg van de SGA en het amendement, als uitgangspunt beslissend gewicht zal toekennen aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van die bepaling (zie 4.2). Aldus zal de bodemrechter als uitgangspunt nemen dat op gedaagden een zelfstandige en onvoorwaardelijke betalingsverplichting rust. De bodemrechter zal gedaagden echter toelaten tot het leveren van tegenbewijs. Aangenomen wordt dat gedaagden zullen slagen in het bewijs van de feitelijke grondslag van hun hiervoor in 4.3-4.5 vermelde verweren, omdat (i) daarvoor nu al voldoende (in het vorenstaande vermelde) feitelijke aanknopingspunten zijn en (ii) gedaagden een alleszins plausible en voor de hand liggende grond hebben aangevoerd voor het aangaan van hun hier bedoelde verplichtingen, welke grond impliceert dat die verplichtingen in de concrete omstandigheden van het geval niet zijn ontstaan.
- 4.7. Ook na het sluiten van de SGA en het amendement zijn tussen partijen geen nadere afspraken gemaakt op grond waarvan een dergelijke verplichting kan worden aangenomen. Voor zover HKB zich in dit verband beroept op de zogenoemde *Release Letter* van 5 december 2016 (zie 2.9), dan geldt dat dit een eenzijdig door HKB opgestelde verklaring betreft waaraan zij ten opzichte van gedaagden geen rechten kan ontlenen.
- 4.8. Reeds op grond van hetgeen hiervoor is overwogen, moet de gevraagde voorziening worden geweigerd. Ten overvloede wordt voorts overwogen dat voorshands aannemelijk is dat (in elk geval) de in het amendement genoemde beëindigingsgronden (ii) en (iii), hiervoor in 2.3 vermeld ("*ii) the Issuer is liquidated or (iii) the Issuer loses its banking license*") zich voordoen. De situatie waarin HKB zich thans bevindt, waarin alle aandeelhouders unaniem hebben besloten tot een liquidatie van HKB (zie 2.11) en waarin BaFin een maatregel heeft opgelegd als gevolg waarvan alle handelsactiviteiten van HKB zijn stilgelegd (zie 2.12), dient op één lijn te worden gesteld met de gevallen vermeld in deze beëindigingsgronden.
- 4.9. Nog meer ten overvloede wordt overwogen dat het restitutierisico bijzonder groot is als gevolg van de onder 2.11 en 2.12 genoemde omstandigheden, mede in aanmerking genomen dat door gedaagden onweersproken is aangevoerd dat HKB vanaf 2010 uitsluitend verlies heeft geleden, op dit moment € 500.000,- per maand verlies lijdt, en nog juist over voldoende middelen beschikt om onmiddellijke en gedwongen liquidatie te voorkomen.
- 4.10. De conclusie is dat de geldvordering van HKB niet voldoet aan het onder 4.1 weergegeven criterium.
- 4.11. HKB zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] worden begroot op:
- griffierecht € 3.894,00
 - salaris advocaat 816,00
- Totaal € 4.710,00

De kosten aan de zijde van De Raad, Kite en Cres worden op dezelfde wijze begroot.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

- 5.1. weigert de gevraagde voorziening,
- 5.2. veroordeelt HKB in de proceskosten, aan de zijde van [gedaagde sub 1] en [gedaagde sub 2] tot op heden begroot op € 4.710,00,
- 5.3. veroordeelt HKB in de proceskosten, aan de zijde van De Raad tot op heden begroot op € 4.710,00,
- 5.4. veroordeelt HKB in de proceskosten, aan de zijde van Kite tot op heden begroot op € 4.710,00,
- 5.5. veroordeelt HKB in de proceskosten, aan de zijde van Cres tot op heden begroot op € 4.710,00,
- 5.6. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. F.B. Bakels, voorzieningenrechter, bijgestaan door mr. M. Veraart, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 20 juli 2017.¹

¹ type: MV coll: BB
