

Buitenlandse (rechtspersoon-)bestuurder

16. Art. 2:11 BW geldt ook als de rechtspersoon-bestuurder een Nederlandse vennootschap en haar bestuurder een buitenlandse vennootschap is. De eerstegraadsbestuurder is opgericht naar Nederlands recht, zodat op grond van art. 10:119 aanhef, sub e BW art. 2:11 BW van toepassing is op de verhouding tussen de eerstegraadsbestuurder en haar bestuurder. Art. 2:11 BW is echter niet van toepassing op de rechtsverhouding tussen de buitenlandse tweedegraadsbestuurder en haar bestuurder. Op die verhouding is Nederlands recht namelijk niet van toepassing (HR 18 maart 2011, «JOR» 2011/144, m.nt. G. van Solinge (*D Group Europe/Schreurs q.q.*) en HR 21 juni 2013, «JOR» 2013/238, m.nt. H.L.E. Verhagen (*Van der Meer q.q./Pieper*)).

Tot slot

17. Dit arrest van de Hoge Raad is te verwelkomen. Het schept duidelijkheid. Dat art. 2:11 BW ook van toepassing is op bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW past dogmatisch bij de andere grondslagen van aansprakelijkheid die Boek 2 BW kent (waarbij de hoedanigheid van bestuurder centraal staat), ook wat betreft de mogelijkheid tot disculpatie. Terecht is de Hoge Raad niet meegegaan met de overweging van het hof dat voor het vestigen van aansprakelijkheid op grond van art. 2:11 BW eerst sprake moet zijn van een persoonlijk ernstig verwijt aan het adres van de betreffende bestuurder.

R.A. Wolf

UdinkSchepel, Universiteit Leiden en Maastricht University (ICGI)

336

52
Rechtbank Limburg 15 februari 2017, nr. 04 5090560/CV 16-5344 ECLI:NL:RBLIM:2017:1517 (mr. Krens) Noot E.S. Ebels
Faillissementsrecht. Terugvordering van betaling. Toepassing JPR/Gunning bij surseance van betaling.
Arrest van de Hoge Raad van 20 maart 2015 (ECLI:NL:HR:2015:689 JPR Advocaten/Gunning q.q.) ziet ook op de situatie van surseance van betaling.
[BW art. 6:114 lid 2; Fw art. 23]

De kantonrechter stelt voorop dat in faillissementen die na de uitspraak van de Hoge Raad van 20 maart 2015 (ECLI:NL:HR:2015:689 (hierna verder te noemen: JPR Advocaten/Gunning q.q.)) worden uitgesproken de curator op grond van art. 23 Fw steeds alle bedragen kan terugvorderen waarmee de rekening van de crediteur na de aanvang van de dag van de faillietverklaring van de debiteur is gecrediteerd. In dit arrest komt de Hoge Raad uitdrukkelijk terug op eerdere jurisprudentie zoals Vis q.q./NMB (HR 31 maart 1989, NJ 1990/1) met betrekking tot de uitvoering van betaalopdrachten op of na de datum van faillietverklaring van de rekeninghouder. Sinds het arrest Vis q.q./NMB gold de regel dat de curator van de rekeninghouder het overgemaakte bedrag kon terugvorderen van de ontvanger indien de bank van de schuldenaar voor de aanvang van de dag van de faillietverklaring niet alle handelingen had verricht die nodig waren ter effectuering van de betaling. In JPR Advocaten/Gunning q.q. kiest de Hoge Raad een andere

koers. De Hoge Raad vindt het – bij nader inzien – beter stroken met de in art. 23 Fw neergelegde regel dat de schuldenaar met ingang van de dag van de faillietverklaring het beheer en de beschikking over zijn vermogen verliest om aan te nemen dat de curator steeds het bedrag kan terugvorderen waarmee na dit moment de rekening van de schuldeiser is gecrediteerd. De Hoge Raad verwijst hier ook naar art. 6:114 lid 2 BW, dat het moment van creditering aanwijst als het moment van betaling door een schuldenaar.

De vraag dient beantwoord te worden of de uitspraak JPR Advocaten/Gunning q.q. ook van toepassing is op de surseance van betaling.

Anders dan de onderhavige zaak ziet de zaak JPR Advocaten/Gunning q.q. immers op de situatie van faillissement.

De kantonrechter beantwoordt deze vraag met de curator bevestigend. Zij overweegt daartoe – onder verwijzing naar voormelde uitspraken en noot van Kortmann; zoals opgenomen in rechts-overweging 4.5 – dat het beginsel van art. 23 Fw voor wat betreft surseances is neergelegd in art. 228 lid 1 Fw. Zonder toestemming van de bewindvoerder kan de sursiet immers niet over diens vermogen beschikken en kunnen geen (beschikkings)handelingen ten aanzien van het vermogen worden verricht. In dit geval is niet gebleken dat de voormalig bewindvoerder (thans zijnde de curator) deze toestemming heeft gegeven. Het in dit kader gevoerde verweer van [X] Advocaten dat verdedigbaar is dat de bewindvoerder wel zou hebben ingestemd (gelet op de aard van de uitgevoerde werkzaamheden en de omstandigheid dat de bewindvoerder nooit bezwaar heeft gemaakt), kan [X] Advocaten niet baten. Dat de bewindvoerder toentertijd geen bezwaar heeft gemaakt tegen de betaling wil niet zonder meer zeggen dat er sprake is van instemming. Dit geldt eveneens voor de aard van de door [X] Advocaten uitgevoerde werkzaamheden die betrekking hadden op het indienen van een verzoekschrift tot surseance.

J.H. mr. Van Seters, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van en (voormalig) bewindvoerder in de surseance van betaling van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid HE-JA B.V., kantoorhoudende te Roermond, eisende partij, gemachtigde mr. L.G.H. Willems, tegen de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [X] Advocaten B.V., gevestigd te [vestigingsplaats X], gedaagde partij, gemachtigde mr. M.A. Vles.

Partijen worden hierna genoemd de curator en [X] Advocaten.

Rechtbank:*1 De procedure*

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de conclusie van antwoord
- de conclusie van repliek tevens houdende eisvermeerdering
- de conclusie van dupliek.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 De feiten

2.1. Bij beschikking van 1 april 2015 van de rechtbank Limburg, locatie Roermond, is de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid He-ja BV (hierna: curanda) in staat van faillissement verklaard. Eiser is bij voormeld vonnis aangesteld als curator. Voorafgaand aan de faillietverklaring is bij beschikking

van de rechtbank Limburg, locatie Roermond, van 27 maart 2015 aan curanda surseance van betaling verleend.

2.2. Curanda is voorafgaand aan de surseance en de faillietverklaring bijgestaan door [X] Advocaten en meer in het bijzonder door mr. M.A. Vles.

2.3. De rekening van curanda is op 26 maart 2015 (vóór surseance) gedebiteerd voor een betaling aan [X] Advocaten van € 2783,-. Op 27 maart 2015 (na surseance en vóór de faillietverklaring) is de rekening van [X] Advocaten gecrediteerd voor voormeld bedrag.

2.4. De curator heeft bij e-mail van 18 maart 2016 [X] Advocaten verzocht en aangemaand voormeld bedrag terug te betalen. [X] Advocaten heeft dit geweigerd.

De curator heeft [X] Advocaten daarom in rechte betrokken.

3 *Het geschil*

3.1. De curator vordert (na eisvermeerdering) – samengevat – veroordeling van [X] Advocaten tot betaling van € 2783,-, vermeerderd met rente, buitengerechtelijke incassokosten van € 960,- dan wel € 403,30 en proceskosten.

3.2. [X] Advocaten voert verweer.

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

4 *De beoordeling*

4.1. De kantonrechter stelt voorop dat in faillissementen die na de uitspraak van de Hoge Raad van 20 maart 2015 ECLI:NL:HR:2015:689 (hierna verder te noemen: JPR Advocaten/Gunning q.q.) worden uitgesproken de curator op grond van art. 23 Fw steeds alle bedragen kan terugvorderen waarmee de rekening van de crediteur na de aanvang van de dag van de faillietverklaring van de debiteur is gecrediteerd. In dit arrest komt de Hoge Raad uitdrukkelijk terug op eerdere jurisprudentie zoals Vis q.q./NMB (HR 31 maart 1989, NJ 1990/1) met betrekking tot de uitvoering van betaalopdrachten op of na de datum van faillietverklaring van de rekeninghouder. Sinds het arrest Vis q.q./NMB gold de regel dat de curator van de rekeninghouder het overgemaakte bedrag kon terugvorderen van de ontvanger indien de bank van de schuldenaar voor de aanvang van de dag van de faillietverklaring niet alle handelingen had verricht die nodig waren ter effectuering van de betaling. In JPR Advocaten/Gunning q.q. kiest de Hoge Raad een andere koers. De Hoge Raad vindt het – bij nader inzien – beter stroken met de in artikel 23 Fw neergelegde regel dat de schuldenaar met ingang van de dag van de faillietverklaring het beheer en de beschikking over zijn vermogen verliest om aan te nemen dat de curator steeds het bedrag kan terugvorderen waarmee na dit moment de rekening van de schuldeiser is gecrediteerd. De Hoge Raad verwijst hier ook naar artikel 6:114 lid 2 BW, dat het moment van creditering aanwijst als het moment van betaling door een schuldenaar.

4.2. Het verweer van [X] Advocaten dat de Hoge Raad met de uitspraak JPR Advocaten/Gunning q.q. de spreekwoordelijke plank mislaat, zal de kantonrechter passeren. Deze uitspraak zoals hiervoor weergegeven is immers nog steeds leidend met betrekking tot de problematiek rondom betaalopdrachten op of na datum faillietverklaring. Dat [X] Advocaten daar anders over denkt en een eigen theorie daarover heeft, moge zo zijn, maar kan niet leiden tot een ander oordeel. Dit verweer dient dan ook verworpen te worden.

4.3. [X] Advocaten heeft daarnaast als verweer aangevoerd dat binnen INSOLAD de ongeschreven regel bestond/bestaat dat het on gepast is om als curator de betaling voor werkzaamheden leidende tot faillissement dan wel surseance van zijn failliet bij de advocaat van de gefailleerde terug te vorderen. De curator

heeft dit verweer gemotiveerd bestreden. In het licht daarvan ligt het op de weg van [X] Advocaten om haar verweer te (nader) onderbouwen, hetgeen zij heeft nagelaten. [X] Advocaten heeft bij dupliek niet meer gereageerd op het standpunt van de curator daarover. Dit verweer dient dan ook als niet, althans onvoldoende, onderbouwd afgewezen te worden.

4.4. Ten slotte dient de vraag beantwoord te worden of de uitspraak JPR Advocaten/Gunning q.q. ook van toepassing is op de surseance van betaling.

Anders dan de onderhavige zaak ziet de zaak JPR Advocaten/Gunning q.q. immers op de situatie van faillissement.

4.5. De curator beantwoordt deze vraag bevestigend en verwijst naar een tweetal uitspraken van de rechtbank Den Haag van 10 december 1997, JOR 1998, 48 en 49 met noot van Kortmann, die betoogt dat de regel uit Vis q.q./NMB (met een latere uitwerking en nadere nuancering in JPR Advocaten/Gunning q.q.) mutatis mutandis geldt voor surseance van betaling.

4.6. [X] Advocaten beantwoordt deze vraag ontkennend. Zij voert daartoe aan dat in tegenstelling tot faillissement bij surseance in principe wel betalingen worden verricht mits met instemming van de bewindvoerder. In dit geval had curanda geen instemming nodig, omdat op het moment dat curanda opdracht gaf aan de bank tot betaling nog geen surseance was uitgesproken. Daarnaast voert [X] Advocaten aan dat verdedigbaar is dat de bewindvoerder wel zou hebben ingestemd, omdat enerzijds de bewindvoerder nooit bezwaar heeft gemaakt tegen de betaling en anderzijds de werkzaamheden zagen op het verzoekschrift strekkende tot surseance (en bijbehorende griffierecht).

4.7. De kantonrechter beantwoordt deze vraag met de curator bevestigend. Zij overweegt daartoe – onder verwijzing naar voormelde uitspraken en noot van Kortmann; zoals opgenomen in rechtsoverweging 4.5 – dat het beginsel van artikel 23 Fw voor wat betreft surseances is neergelegd in artikel 228 lid 1 Fw. Zonder toestemming van de bewindvoerder kan de sursiet immers niet over diens vermogen beschikken en kunnen geen (beschikkings)handelingen ten aanzien van het vermogen worden verricht. In dit geval is niet gebleken dat de voormalig bewindvoerder (thans zijnde de curator) deze toestemming heeft gegeven. Het in dit kader gevoerde verweer van [X] Advocaten dat verdedigbaar is dat de bewindvoerder wel zou hebben ingestemd (gelet op de aard van de uitgevoerde werkzaamheden en de omstandigheid dat de bewindvoerder nooit bezwaar heeft gemaakt), kan [X] Advocaten niet baten. Dat de bewindvoerder toentertijd geen bezwaar heeft gemaakt tegen de betaling wil niet zondermeer zeggen dat er sprake is van instemming. Dit geldt eveneens voor de aard van de door [X] Advocaten uitgevoerde werkzaamheden die betrekking hadden op het indienen van een verzoekschrift tot surseance.

4.8. Ook het verweer, dat curanda geen instemming behoefde op het moment dat curanda opdracht gaf aan de bank, kan [X] Advocaten niet baten. Immers gelet op het bepaalde in voormeld artikel 6:114 lid 2 BW geldt het moment van creditering als het moment van betaling door een schuldenaar. Op het moment van creditering was de surseance van betaling reeds verleend.

4.9. De conclusie van al het voorgaande is dan ook dat de curator gerechtigd is het bedrag van € 2783,- terug te vorderen. Dit bedrag zal aan de curator worden toegewezen. Dit geldt eveneens voor de gevorderde onweersproken wettelijke handelsrente.

4.10. De curator maakt daarnaast aanspraak op buitengerechtelijke incassokosten. De curator heeft niet gesteld en evenmin onderbouwd welke buitengerechtelijke werkzaamheden verricht zijn. Daarnaast kan de stelling van de curator dat deze kos-

ten voor het eerst bij repliek worden gevorderd vanwege de proceshouding van [X] Advocaten niet als grondslag dienen voor deze vordering. Er dient dan ook een afwijzing te volgen van deze gevorderde kosten.

4.11. [X] Advocaten zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van deze procedure. De kosten aan de zijde van de curator worden begroot op:

- dagvaarding € 83,75
- griffierecht € 223,=
- salaris gemachtigde € 350,= (2 × tarief € 175,=)
- totaal € 656,75

4.12. De kantonrechter zal dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad verklaren.

5 De beslissing

De kantonrechter

5.1. veroordeelt [X] Advocaten om tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de curator te betalen een bedrag van € 2783,= vermeerderd met de wettelijke handelsrente vanaf 27 maart 2015 tot aan de voldoening,

5.2. veroordeelt [X] Advocaten in de proceskosten aan de zijde van de curator gevallen en tot op heden begroot op € 656,75,

5.3. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.4. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

1. In deze zaak vorderde de curator terugbetaling van de declaratie die (toen nog) sursiet voorafgaand aan de surseance van betaling aan haar advocaten had betaald voor advies omtrent de surseanceaanvraag.

2. Het heeft altijd iets ongemakkelijks als curatoren hun vakbroeders (curatoren zijn over het algemeen ook advocaten) aanspreken tot terugbetaling van de vergoeding die de inmiddels failliete cliënt voorafgaand aan het faillissement voor de juridische bijstand betaalde (vaak voor het aanvragen van datzelfde faillissement). Dat voelt niet lekker. Aspirant-faillieten hebben recht op rechtsbijstand en hun advocaten op vergoeding daarvoor.

3. Het is echter nóg ongemakkelijker om te lezen dat diezelfde advocaten vervolgens als verweer het standpunt innemen dat de Hoge Raad “*de spreekwoordelijke plank*” heeft misgeslagen (r.o. 4.2). Zeker als het gaat om een recent arrest, waarin de Hoge Raad, na kritiek, uitdrukkelijk is teruggekomen op een eerdere uitspraak en daarmee duidelijkheid schepte in het betalingsverkeer rondom de faillissementsdatum.

4. Dat recente arrest was van 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689 (*JPR/Gunning q.q.*, ook een zaak tussen curator en advocaten) waarin de Hoge Raad terugkwam van zijn eerdere uitspraak van 31 maart 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0705 (*Vis q.q./NMB*).

5. In het *Vis q.q./NMB*-arrest had de Hoge Raad geoordeeld dat de curator alleen een betaling kan terugvorderen als de bank van de schuldenaar ten tijde van het faillissement nog niet alle handelingen had verricht die zij als opdrachtnemer van die schuldenaar ter effectuering van de betaling aan de schuldeiser moest verrichten.

6. In het *JPR/Gunning q.q.*-arrest kwam de Hoge Raad daarop terug. In de feitelijke instanties in die procedure was namelijk gebleken dat niet alleen de curator, maar ook de schuldeiser, met de *Vis q.q./NMB*-regel voor grote bewijs- en betwistingsproblemen kwamen te staan, vooral als schuldenaar en schuldeiser bij een andere bank bankierden. Dat had onder andere te maken met de diensten van financieel intermediair Equens die belast is met het interbancaire betalingsverkeer en

met de debitering resp. creditering van de rekening-courant die de bank van de schuldenaar resp. de bank van de schuldeiser met DNB hebben. Informatie die de curator en de schuldeiser doorgaans niet hebben en niet kunnen weten.

7. Om die reden heeft de Hoge Raad in *JPR/Gunning q.q.* een nieuwe, heldere regel gegeven (die de Hoge Raad overigens uitdrukkelijk heeft beperkt tot faillissementen die na dat arrest zijn uitgesproken). De Hoge Raad verwees eerst naar art. 6:114 lid 2 BW, waaruit volgt dat een girale betaling pas is voltooid door de bijschrijving op de rekening van de schuldeiser. Vervolgens stelde hij dat niet alleen de bank van de schuldenaar, maar dat *alle* banken en intermediairs die bij de uitvoering van een betalingsopdracht zijn betrokken aan te merken zijn als instanties van wier diensten de schuldenaar direct of indirect gebruikmaakt. De Hoge Raad overwoog dat het, gelet hierop, met art. 23 Fw strookt om aan te nemen dat de curator steeds betalingen kan terugvorderen waarmee de rekening van de schuldeiser na de faillietverklaring (0:00 uur de dag van de uitspraak) is gecrediteerd.

8. De curator hoeft vanaf 21 maart 2015 dus niet meer na te gaan wanneer de bank van zijn gefailleerde alle handelingen heeft verricht die nodig waren ter effectuering van de betaling en ook maakt het geen verschil meer of schuldenaar en schuldeiser bij een andere bank bankieren. Het enige dat de curator nu moet aantonen is het moment van creditering van de bankrekening van de schuldeiser. Dat is – zij het wellicht met enige moeite – aantoonbaar.

9. Een heldere regel dus, die recent staande jurisprudentie is geworden. Om die reden verwerpt de kantonrechter het argument van de advocaten dat de Hoge Raad in arrest de plank heeft misgeslagen. Ook een eigen theorie, die de advocaten kennelijk hadden, kan niet tot een ander oordeel leiden.

10. De écht relevante rechtsvraag die in deze zaak speelde, is de vraag of de regel van *JPR/Gunning q.q.* ook geldt in gevallen van betaling rondom de verlening van surseance van betaling.

11. Die vraag beantwoordt de kantonrechter bevestigend (r.o. 4.7). Dat is naar mijn mening terecht. Aangezien de Hoge Raad in *JPR/Gunning q.q.* uitdrukkelijk naar art. 23 Fw verwijst, is de overweging dat die regel voor wat betreft surseance van betaling is neergelegd in art. 228 lid 1 Fw een logische; na verlening van de surseance van betaling kan ook de sursiet niet meer vrijelijk over zijn vermogen beschikken en is de bewindvoerder bevoegd alles te doen om de boedel schadeloos te stellen als de sursiet zonder zijn toestemming heeft gehandeld. Ik zie daarom geen reden om de *JPR/Gunning q.q.*-regel in surseance niet toe te passen. Zie in dat kader ook art. 249 lid 1 sub 2 Fw, waarin de bevoegdheid van art. 228 Fw in een opvolgend faillissement ook aan de curator wordt toegekend.

12. Het verweer van de advocaten dat de toestemming van de bewindvoerder ten tijde van de betalingsopdracht, vóór surseance, nog niet was vereist wordt verworpen met een verwijzing naar art. 6:114 lid 2 BW. De betaling was in dit geval immers pas voltooid door bijschrijving op de bankrekening van de schuldeiser op het moment dat de surseance al was verleend en op dat moment was de toestemming van de bewindvoerder wél vereist.

13. De advocaten stelden nog dat er binnen INSOLAD een ongeschreven regel bestaat dat het ongepast is om als curator dit soort betalingen van advocaten terug te vorderen. Zoals hierboven gezegd kan ik dat gevoel begrijpen maar van zo'n ongeschreven regel is mij niets bekend. Het moge dan wellicht ongepast zijn, gelet op de *JPR/Gunning q.q.*-regel zou de curator zijn werk mogelijk niet goed doen als hij de betaling *niet* terugvorderde en daarmee zou hij mogelijk zelfs persoonlijke aansprakelijkheid riskeren. Gelet op de omstandigheden van dit

geval lijkt mij daar overigens geen sprake van. Sterker nog, ik begrijp eerlijk gezegd niet waarom de curator (toen bewindvoerder) niet gewoon alsnog heeft ingestemd met de betaling ex art. 228 Fw. De (hoogte van de) factuur lijkt redelijk en heeft de schuldeisers vast niet benadeeld.

14. Wat mij in dat kader opvalt, is dat de belangen in deze en hierboven aangehaalde zaken steeds beperkt is. In casu ging het om een betaling van € 2783,=. Men kan zich niet aan de indruk onttrekken dat zowel advocaten als curator (iets te veel?) gezegend zijn met koppig- en/of eigenwijsheid, dat advocaten vaak zo eigen is. Ik vraag mij ook af wat de rol van de rechter-commissaris in dezen is geweest. Ik kan mij niet voorstellen dat de gezamenlijke schuldeisers gebaat zijn met deze procedure; de kosten ervan lijken de baten te overstijgen.

15. Advocaten(kantoren) zouden dit 'ongepaste' handelen van de curator overigens relatief eenvoudig kunnen voorkomen door een voorschot te vragen wanneer zij insolvente cliënten bijstaan. Betaling, ook via verrekening, voor juridische dienstverlening voorafgaand aan insolventieprocedure is in beginsel immers niet paulianeus (Rb. Rotterdam 9 september 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BL0321 en Rb. Amsterdam 20 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW3250).

E.S. Ebels
UdinkScheepel Advocaten

Civiel recht

53

Hoge Raad
27 januari 2017, nr. 15/04193
ECLI:NL:HR:2017:95
ECLI:NL:PHR:2016:932
ECLI:NL:PHR:2016:931 (Niet opgenomen; Red.)
(mr. Numann, mr. Heisterkamp, mr. Snijders, mr. De Groot, mr. Du Perron)
(concl. A-G mr. Wesseling-van Gent)
Noot G. te Winkel

Contractenrecht. Verbreking joint venture. Kwijtingsbeding in vaststellingsovereenkomst. Misbruik van omstandigheden.

Voor de vraag of sprake is van misbruik van omstandigheden spelen alle omstandigheden bij de totstandkoming van die rechtshandeling een rol. Benadeling van degene die zich op vernietiging beroept is niet vereist maar wel is vereist dat hij zonder het misbruik van omstandigheden de overeenkomst niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten.

[BW art. 3:44 lid 4]

Tot uitgangspunt dient dat misbruik van omstandigheden volgens art. 3:44 lid 4 BW aanwezig is als iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het tot stand komen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden. Bij de beoordeling daarvan komt het aan op alle omstandigheden die een rol hebben gespeeld bij de totstandkoming van die rechtshandeling. Niet is vereist dat degene die zich op vernietiging beroept door het aangaan van de overeenkomst is benadeeld; wel is vereist dat hij zonder het misbruik van omstandigheden de overeenkomst niet of niet op dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten. (HR 5 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1947, NJ 1996/320; HR 19 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9559, NJ 2001/159; HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH7854, NJ 2009/398)

Anders dan het middel in zaak 15/04124 in de onderdelen 1.4 en 2 betoogt, heeft het hof niet miskend dat voor een geslaagd beroep op misbruik van omstandigheden is vereist dat Delta wist dat S'Energy door bijzondere omstandigheden is bewogen tot het tekenen van de vaststellingsovereenkomst, en dat Delta zich mede op grond van deze wetenschap van het sluiten van de overeenkomst had behoren te onthouden. In r.o. 3.10 (hiervoor in 3.2.6 geciteerd) ligt besloten dat het hof deze vereisten heeft onderkend.

Het middel voert in de hierna te bespreken onderdelen evenwel terecht aan dat het hof in zijn motivering onvoldoende blijk ervan heeft gegeven dat het alle omstandigheden bij het aangaan van de overeenkomst in zijn beoordeling heeft betrokken, en dat het daarbij essentiële stellingen van Delta c.s. heeft gepasseerd. Zoals onderdeel 1.1 betoogt, is het oordeel van het hof dat voor S'Energy geen reële alternatieven openstonden, onvoldoende gemotiveerd in het licht van de in feitelijke instanties door Delta c.s. aangevoerde stelling dat S'Energy de in de aandeelhoudersovereenkomst vastgelegde procedure had kunnen voortzetten waarbij Delta haar moest uitkopen op basis van een door deskundigen vastgestelde