

C/M/S/ Derks Star Busmann

OPENBAAR VERSLAG EX.ARTIKEL 73 A FAILLISSEMENTSWET

FAILLISSEMENTSVERSLAG Nummer 13 Datum: 9 maart 2009

Gegevens onderneming : Altitude Software B.V.
gevestigd te Amsterdam, kantoorhoudende te
(3542 AW) Utrecht aan de Savannahweg 17

Faillissementsnummer : 03.0074F

Datum uitspraak : 18 februari 2003

Curator : Mr B. ten Doesschate

R-C : Mr R.H.C. Jongeneel

Activiteiten onderneming : Software voor callcenters

Omzetgegevens : Zie eerdere verslagen

Personeel gemiddeld aantal : zie eerdere verslagen

Verslagperiode : 18 september 2008 tot en met 28 februari 2009

Bestede uren in verslagperiode : Mr B. ten Doesschate: 21 uur en 25 minuten
Mr. H.R. Eekhof: 55 minuten

Bestede uren Totaal : 476 uur en 35 minuten

C/M/S/ Derks Star Busmann

1. Inventarisatie

Ook in deze verslagperiode hebben zich alleen ontwikkelingen voorgedaan in de procedure tegen E-Millennium. Zie punt 8.2.

1.1 Directie en organisatie

Zie eerdere verslagen.

Andere activa

1.2 Beschrijving

Op de boedelrekening stond per 9 januari 2009 een saldo van € 1.008.827,15.

8. Crediteuren

8.1 Aantal concurrente crediteuren

Zie eerdere verslagen.

8.2 Bedrag concurrente crediteuren

In de verificatieprocedure heeft de curator ter rolle van 15 oktober 2008 een antwoordakte genomen en is ter rolle van 10 december 2008 door E-Millennium een akte uitlating productie genomen. Deze conclusie en deze akte zijn in kopie aan dit verslag gehecht. Door de Rechtbank Amsterdam is op 4 februari 2009 eindvonnis gewezen. De vordering van E-Millennium is afgewezen met veroordeling van E-Millennium in de kosten van de procedure voor een bedrag van in totaal € 10.676,75. Ook van het vonnis d.d. 4 februari 2009 is een kopie aan dit verslag gehecht.

In het in de verificatieprocedure gewezen vonnis d.d. 28 februari 2007 was de vordering van E-Millennium grotendeels reeds afgewezen, doch is door de Rechtbank in het nadeel van Altitude wel geoordeeld dat Altitude – kort gezegd – inbreuk had gemaakt op aan E-Millennium gegeven garanties doordat – wederom kort gezegd – vorderingen op debiteuren in Brazilië niet inbaar bleken te zijn. De reden dat de vordering van E-Millennium in het eindvonnis toch integraal is afgewezen, is hierin gelegen dat –

C/M/S/ Derks Star Busmann

wederom kort gezegd – E-Millennium er niet in is geslaagd aan te tonen dat het verloren gaan van de investering van E-Millennium in Altitude het gevolg is van een inbreuk op de eerdergenoemde garantie.

8.3 Verwachte wijze van afwikkeling

Indien de door E-Millennium gepretendeerde vordering buiten beschouwing zou kunnen worden gelaten, kunnen de concurrente schuldeisers een aanzienlijke uitkering tegemoet zien. Met het oog op de mogelijkheid dat E-Millennium hoger beroep instelt, is het naar het oordeel van de curator te vroeg om hierover nu reeds uitspraken te doen.

8.5 Aantal concurrente crediteuren

In eerdere verslagen is melding gemaakt van de nagekomen vordering van de Amerikaanse schuldeiser Powerware Corporation. Daarover is al geruime tijd niets meer gehoord, doch met het oog op een mogelijk verzet tegen de slotuitdelingslijst heeft de curator de advocaat van Powerware gerappelleerd.

Utrecht, 9 maart 2009

B. ten Doesschate
(curator)

CMS Derks Star Busmann N.V.
Postbus 85250
3508 AG UTRECHT
Tel: 030 21 21 524
Fax: 030 21 21 164
E-mail: barent.tendoesschate@cms-dsb.com

C/M/S' Derks Star Busmann

Bij dit verslag zijn de volgende bijlagen gevoegd:

Bijlage I	rekeningafschrift nummer 1 d.d. 9 januari 2009 boedelrekening (saldo € 1.008.827,15).
Bijlage II	urenspecificatie verslagperiode
Bijlage III	antwoordakte curator d.d. 15 oktober 2008
Bijlage IV	akte uitlating productie E-Millennium d.d. 10 december 2008
Bijlage V	vonnis Rechtbank Amsterdam d.d. 4 februari 2009

Overzicht geldrekening

De heer mr B. ten Doesschate q.q. curator
in het faillissement van Altitude Software B.V.
h/o Altitude Software (F.nr.03.0074-D)

00-70-42467
De heer mr B. ten Doesschate
Postbus 85250
3508 AG UTRECHT

boekdatum / valutadatum	omschrijving	bedrag
09-01-09 01-01-09	RENTE KWARTAAL ONZE REF : RN 222998113EUR	8.344,54 +
INFO INFO INFO	SALDO PER 31-12-2008 : 1.000.482,61+ Indien u met deze saldo-opgave per 31 december niet akkoord gaat verzoeken wij u onze Interne Accountantsdienst in te lichten	

datum vorig overzicht 03-10-2008	vorig saldo 1.000.482,61 +
datum overzicht 09-01-2009	nieuw saldo 1.008.827,15 +

TIJDREGISTRATIE PER TIJDSCHRIJFGROEP

10204181 - Altitude/Surseance

Verslagnummer : 13
Verslagperiode : 9/18/2008 t/m 2/28/2009

Curator : Mr. B. ten Doesschate
Nummer faillissement : 03.0074F
Naam faillissement : Altitude Software B.V.

Rechter-commissaris : Mr. R.H.C. Jongeneel
Rechtbank : Amsterdam

A - Algemeen basistarief

			Sub t/m	Nieuw	Totaal
0528 - Erkens, P.J.G.					
				0:00	
Totaal 0528 - Erkens, P.J.G.			0:55	0:00	0:55
0594 - Liempdt, C.P. van					
				0:00	
Totaal 0594 - Liempdt, C.P. van			0:20	0:00	0:20
2063 - Eekhof, H.R.					
				0:00	
6/2/2009	Kennisname ingek. corresp./stukken	Vonnis Rb Amsterdam (in afwezigheid Ten Doesschate)		0:10	
Totaal 2063 - Eekhof, H.R.			2:05	0:10	2:15
Totaal A			3:20	0:10	3:30

F - Faillissement

			Sub t/m	Nieuw	Totaal
0111 - Groenewegen, J.L.M.					
				0:00	
Totaal 0111 - Groenewegen, J.L.M.			11:30	0:00	11:30
0217 - Doesschate, B. ten					
				0:00	
Totaal 0217 - Doesschate, B. ten			278:30	0:00	278:30
0322 - Storm, S.E.					
				0:00	
Totaal 0322 - Storm, S.E.			0:15	0:00	0:15
0368 - Mathijssen, M.C.					
				0:00	
Totaal 0368 - Mathijssen, M.C.			0:15	0:00	0:15
0387 - Bos, D.J.					
				0:00	
Totaal 0387 - Bos, D.J.			49:20	0:00	49:20
0389 - Haas, F.E.					
				0:00	
Totaal 0389 - Haas, F.E.			9:00	0:00	9:00

TIJDREGISTRATIE PER TIJDSCHRIJFGROEP

0595 - Schenk, J.W.A.

Totaal 0595 - Schenk, J.W.A.		

Sub t/m	Nieuw	Totaal
	0:00	
0:15	0:00	0:15

2018 - Segers, V.M.

Totaal 2018 - Segers, V.M.		

Sub t/m	Nieuw	Totaal
	0:00	
1:45	0:00	1:45

Totaal F	350:50	0:00	350:50
----------	--------	------	--------

F01 - Faillissement Inventarisatie

0217 - Doesschate, B. ten

Totaal 0217 - Doesschate, B. ten		

Sub t/m	Nieuw	Totaal
	0:00	
0:20	0:00	0:20

2063 - Eekhof, H.R.

24/10/200	Correspondentie aanpassen	E-mail Bazin
8	Correspondentie aan derden	E-mail Bazin
	Studie stukken / dossier	Mbt aandelen
27/10/200	Correspondentie aanpassen	bazin
8	Intern juridisch overleg	ten Doesschate

Sub t/m	Nieuw	Totaal
	0:00	
	0:05	
	0:15	
	0:10	
	0:10	
	0:05	
27:50	0:45	28:35

Totaal 2063 - Eekhof, H.R.

Totaal F01	28:10	0:45	28:55
------------	-------	------	-------

F03 - Faillissement Activa

0217 - Doesschate, B. ten

Totaal 0217 - Doesschate, B. ten		

Sub t/m	Nieuw	Totaal
	0:00	
0:25	0:00	0:25

Totaal F03	0:25	0:00	0:25
------------	------	------	------

F04 - Faillissement Debiteuren

0217 - Doesschate, B. ten

Totaal 0217 - Doesschate, B. ten		

Sub t/m	Nieuw	Totaal
	0:00	
0:05	0:00	0:05

Totaal F04	0:05	0:00	0:05
------------	------	------	------

F05 - Faillissement Bank / Zekerheden

0217 - Doesschate, B. ten

Totaal 0217 - Doesschate, B. ten		

Sub t/m	Nieuw	Totaal
	0:00	
1:05	0:00	1:05

2043 - Hunfeld, M.J.N.M.

Totaal 2043 - Hunfeld, M.J.N.M.		

Sub t/m	Nieuw	Totaal
	0:00	
0:50	0:00	0:50

TIJDREGISTRATIE PER TIJDSCHRIJFGROEP

Totaal F05	1:55	0:00	1:55
------------	------	------	------

F06 - Faillissement Doorstart / Voortzetting

0217 - Doesschate, B. ten	Sub t/m	Nieuw	Totaal
---------------------------	---------	-------	--------

		0:00	
Totaal 0217 - Doesschate, B. ten	1:15	0:00	1:15

2043 - Hunfeld, M.J.N.M.	Sub t/m	Nieuw	Totaal
--------------------------	---------	-------	--------

		0:00	
Totaal 2043 - Hunfeld, M.J.N.M.	2:30	0:00	2:30

Totaal F06	3:45	0:00	3:45
------------	------	------	------

F07 - Faillissement Rechtmatigheid

0217 - Doesschate, B. ten	Sub t/m	Nieuw	Totaal
---------------------------	---------	-------	--------

18/9/2008	Processtukken opstellen	Antwoord-akte	0:00	
	Studie juridische probl./jurisprudentie	Arrest de Vries/Voorst	1:30	
1/10/2008	Processtukken opstellen	antwoordakte	0:10	
	Studie juridische probl./jurisprudentie	verschil warranty/representation	0:45	
3/10/2008	Processtukken opstellen	E-Millennium: antwoordakte	0:30	
8/10/2008	Processtukken opstellen	akte	5:10	
10/10/2008	Processtukken opstellen	Akte E-Millennium (11-10)	2:40	
8		conclusie E-millennium	4:00	
	Studie stukken / dossier	Jaarrekeningen e.d.	2:45	
13/10/2008	Processtukken aanpassen	E-millennium	2:00	
8	Telefoongesprek derden	Gould	0:55	
22/12/2008	Studie processtukken		0:05	
8			0:15	
9/2/2009	Correspondentie aan derden	Gould	0:10	
	Studie processtukken	eindvonnis E-millennium	0:10	
Totaal 0217 - Doesschate, B. ten	43:45	21:05	64:50	

Totaal F07	43:45	21:05	64:50
------------	-------	-------	-------

F08 - Faillissement Crediteuren

0217 - Doesschate, B. ten	Sub t/m	Nieuw	Totaal
---------------------------	---------	-------	--------

		0:00	
Totaal 0217 - Doesschate, B. ten	9:05	0:00	9:05

2063 - Eekhof, H.R.	Sub t/m	Nieuw	Totaal
---------------------	---------	-------	--------

		0:00	
Totaal 2063 - Eekhof, H.R.	0:45	0:00	0:45

Totaal F08	9:50	0:00	9:50
------------	------	------	------

F09 - Faillissement Rechtbank

0217 - Doesschate, B. ten	Sub t/m	Nieuw	Totaal
---------------------------	---------	-------	--------

18/9/2008	Opstellen diverse stukken	Openbaar verslag	0:00	
			0:20	
Totaal 0217 - Doesschate, B. ten	11:55	0:20	12:15	

2043 - Hunfeld, M.J.N.M.	Sub t/m	Nieuw	Totaal
--------------------------	---------	-------	--------

		0:00	
--	--	------	--

TIJDREGISTRATIE PER TIJDSCHRIJFGROEP

Totaal 2043 - Hunfeld, M.J.N.M.	0:10	0:00	0:10
Totaal F09	12:05	0:20	12:25

T - Toevoeging

0217 - Doesschate, B. ten	Sub t/m	Nieuw	Totaal
		0:00	
Totaal 0217 - Doesschate, B. ten	0:05	0:00	0:05
Totaal T	0:05	0:00	0:05
Totaal geschreven uren	454:15	22:20	476:35

Rechtbank te Amsterdam
Zitting d.d. 15 oktober 2008
Rolnummer 04-1363

ANTWOORDAKTE

inzake:

MR. B. TEN DOESSCHATE,
in zijn hoedanigheid van curator van de besloten
vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Altitude Software B.V.,
wonende te Bilthoven

gedaagde

advocaat: mr. B. ten Doesschate

tegen:

E-MILLENNIUM 1 GMBH & CO. KG,
gevestigd en kantoorhoudende te München,
Duitsland,

eiseres,

advocaat: mr. P.L.M. Hustinx

Gedaagde, hierna: “**de curator**”, verzoekt akte.

1. De curator betwist de stellingen van eiseres, hierna: “**E-Millennium**”, voorzover hij de juistheid daarvan niet uitdrukkelijk erkent. De curator volhardt bij zijn eerdere stellingen, voorzover hij daar in deze akte niet expliciet op terugkomt.

2. Inleiding

- 2.1 Het grootste gedeelte van de stellingen van E-Millennium in haar akte, tevens houdende wijziging van eis, kan de curator in zoverre niet anders zien dan als een herhaling van zetten, dat E-Millennium terugkomt op geschilpunten waarover de Rechtbank reeds heeft beslist. De curator zal daar niet, althans slechts in beperkte mate, op ingaan, daar door E-Millennium niet wordt betoogd dat Uw Rechtbank de desbetreffende beslissingen dient te heroverwegen. Een betoog van die strekking zou ook geen hout snijden, daar de bewuste beslissingen van Uw Rechtbank niet berusten op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag en door E-Millennium ook niet is gesteld dat dit wél het geval is.
- 2.2 In de onderhavige akte doet de curator wél een beroep op Uw Rechtbank om te heroverwegen de kennelijke eindbeslissing onder ro. 4.17 van het vonnis d.d. 28 februari 2007 dat – kort gezegd – in Schedule G onder 6.6 een garantie is gegeven met betrekking tot het binnen twee maanden kunnen incasseren van de desbetreffende vorderingen, alsmede te heroverwegen de kennelijke eindbeslissing onder ro. 4.18 van het vonnis d.d. 28 februari 2007, hierna: “**het Tussenvonnis**”, inhoudend dat het als oninbaar te beschouwen bedrag van R\$ 24 miljoen onderdeel is van de in Schedule G onder 6.6 bedoelde “accounts receivable” en dat er derhalve voor moet worden gehouden, dat deze inkomsten in strijd met die garantie niet binnen twee maanden incasseerbaar bleken te zijn. In de onderhavige akte zal de curator toelichten op welke gronden het verzoek tot heroverweging is gebaseerd. De curator probeert daarbij zoveel mogelijk om herhalingen te voorkomen. Tevens zal de curator wijzen op aspecten die in deze procedure niet of onvoldoende aan de orde zijn gekomen en/of hebben kunnen

komen. Bij het verzoek om heroverweging gaat de curator uit van het criterium dat kan worden ontleend aan het arrest De Vries/Gemeente Voorst (Hoge Raad 25 april 2008, RvdW 2008, 481). Dit houdt in dat naar het oordeel van de Hoge Raad de eisen van een goede procesorde meebrengen dat de rechter, aan wie is gebleken dat een eerdere door hem gegeven, maar niet in een einduitspraak vervatte eindbeslissing berust op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag, bevoegd is om, nadat partijen de gelegenheid hebben gekregen zich dienaangaande uit te laten, over te gaan tot heroverweging van die eindbeslissing, teneinde te voorkomen dat hij op een ondeugdelijke grondslag einduitspraak zou doen.

3. Artikel 6.6 van Schedule G

- 3.1 De Rechtbank heeft aangenomen dat het gestelde onder 6.6 van het eerder vermelde Schedule G moet worden beschouwd als een garantie en voorts dat sprake is van een inbreuk op die garantie. In het onderstaande zal de curator de redenering, die de Rechtbank daartoe heeft gevolgd, in het kort samenvatten. Bij het bespreken van de verschillende onderdelen van die samenvatting zal de curator afwijken van de volgorde van de overwegingen in het tussenvonnis. De curator zal eerst stilstaan bij het rapport van Elaine Ferreira (zie ro. punt 2.25 van het Tussenvonnis), omdat het ook voor een juiste uitleg van de bepaling met betrekking tot de vorderingen op debiteuren dienstig is om inzicht te hebben in de onder andere uit Brazilië afkomstige verwachte kasstroom, waarvan is uitgegaan bij het sluiten van de Subscription Agreement. De curator vat de overwegingen van de Rechtbank aldus samen:

- A. In het rapport van Elaine Ferreira is per 1 oktober 2002 een bedrag van R\$ 24 miljoen als oninbaar opgenomen. De Rechtbank is ervan uitgegaan dat tussen partijen niet in geschil is dat de desbetreffende inkomsten onderdeel zijn van de in Schedule G onder 6.6 bedoelde “accounts receivable”, zodat het ervoor moet worden gehouden dat deze inkomsten in strijd met de garantie niet binnen twee maanden incasseerbaar bleken te zijn.

- B. Op grond van een taalkundige uitleg van de tekst in Schedule G onder 6.6 moet worden uitgegaan van een garantie.
- C. Onder de in het vonnis geschetste omstandigheden kan zonder nadere uitleg, die ontbreekt, niet worden aangenomen dat E-Millennium zou hebben ingestemd met een beperkte garantie die slechts inhield dat de geboekte vorderingen “redelijkerwijs” geïnd zouden kunnen worden.
- D. Een beperkte uitleg van de garantie is ook niet te rijmen met de in de bewuste bepaling opgenomen voorziening voor dubieuze debiteuren, dan wel de bepaling met betrekking tot een verzekering terzake van het debiteurenrisico.
- E. Slechts met betrekking tot vorderingen die niet zijn verzekerd, dan wel met betrekking tot vorderingen waarvoor een voorziening dubieuze debiteuren is opgenomen, zou geen beroep kunnen worden gedaan op de garantie.

In het onderstaande zal de curator ingaan op de verschillende onderdelen van de door de Rechtbank gevolgde redenering. Daarbij is het de curator er veeleer om te doen dat een nieuw licht op de zaak wordt geworpen dan dat de curator beoogt het oordeel van de Rechtbank ter discussie te stellen.

3.2 Ad A – Rapport Elaine Ferreira in verhouding tot garantie 6.6

- 3.2.1 In haar memo d.d. 1 oktober 2002 stelde Elaine Ferreira als CFO van Altitude Brazilië voor om een bedrag ad R\$ 24 miljoen (toentertijd US\$ 8,8 miljoen; zie ro. 4.19 van het Tussenvonnis) af te boeken. De overweging van Uw Rechtbank dat tussen partijen niet in geschil is dat het bedrag van R\$ 24 miljoen onderdeel is van de in garantie 6.6 bedoelde “accounts receivable”, moet op een misverstand berusten. De curator betwist dat op het bedrag van R\$ 24 miljoen garantie 6.6 van toepassing kan zijn. Dit wordt hieronder toegelicht. Onder Ad B zal vervolgens worden ingegaan op de uitleg die in het kader van deze procedure dient te worden gegeven aan het begrip “garantie”.

3.2.2 Van welk bedrag terzake van openstaande facturen zijn partijen uitgegaan bij het sluiten van de Subscription Agreement? De curator verwijst in dit verband naar de in ro. 2.17 van het Tussenvonnis bedoelde cashflow projection. Voor de “outstanding receivables” van alle Altitude-vennootschappen is daarin een te ontvangen bedrag opgenomen van US\$ 4.310.000,-, waarvan werd verwacht dat het zou binnenkomen in de periode tot 1 juli 2002 (het bedrag ad US\$ 4,31 miljoen is het totaal van de bedragen in de horizontale kolom waarvan het eerste bedrag 110 en het laatste bedrag 20 is).

Indien partijen ervan zouden zijn uitgegaan dat alleen al van de per datum Subscription Agreement openstaande Braziliaanse facturen binnen “two months from their due date”, uitgaand van de maximale door Altitude gehanteerde betalingstermijn van 30 dagen en derhalve vóór 1 juli 2002, een bedrag zou zijn binnengekomen van R\$ 24 miljoen (US\$ 8,8 miljoen), dan zou het hiervoor genoemde op alle Altitude-vennootschappen betrekking hebbende bedrag ad US\$ 4,31 miljoen uiteraard veel hoger zijn uitgevallen. E-Millennium kende genoemde cashflow projection, zoals ook in het Tussenvonnis is aangenomen. Zij mocht er derhalve niet van uitgaan dat de Braziliaanse receivables waarop het memo van Elaine Ferreira betrekking heeft binnen twee maanden na het verstrijken van de betalingstermijn betaald zouden worden.

3.2.3 De curator wijst voorts naar de onder ro. 2.12 van het Tussenvonnis vermelde e-mail van Goold, waarin hij op 15 april 2002, derhalve ongeveer een week vóór het aangaan van de Subscription Agreement, aan Van Schie, de door E-Millennium ingeschakelde accountant van Arthur Andersen die betrokken was bij het due diligence onderzoek, mededeelde dat de te verwachten ontvangsten van debiteuren over het tweede kwartaal 2002 in de cashflow US\$ 3,4 miljoen lager waren dan gebudgetteerd. Goold:

“This is partly due to cash collection in Q1, partly due to a conservative forecast for Brazil and partly due to lower than budget revenues in Q1.”

Het was E-Millennium derhalve bekend dat in verband met de inkomsten uit Brazilië

werd uitgegaan van een naar beneden bijgesteld en zeer bescheiden verwachtingspatroon.

- 3.2.4 Uit de bovenvermelde e-mail van Goold blijkt tevens dat in Brazilië het probleem speelde van de “timing of the Brazilian collectibles”. In verband daarmee was gekozen voor “a very conservative view of the expected collections, both in terms of amount and timing”. Met “timing” werd vooral bedoeld op het feit dat, naar de curator heeft begrepen, het in Brazilië niet zo werkte dat de afnemers van de software Altitude zich bij hun betalingsgedrag lieten leiden door de van Altitude ontvangen facturen. Veeleer was het zo dat afnemers pas betaalden nadat de geleverde software volledig was geïmplementeerd en sprake was van een “draaiend systeem”.
- 3.2.5 Overigens zijn partijen het er kennelijk wel over eens dat op 23 april 2002 de debiteurenportefeuille van Altitude dermate “oud” was dat, indien zou moeten worden uitgegaan van een garantie, het realiteitsgehalte daarvan nihil of slechts zeer gering zou zijn. De curator leidt dit af uit het gestelde onder punt 29 van de akte van E-Millennium (“*Dit blijkt uit het feit dat het merendeel van de vorderingen op het moment van tekenen van de Subscription Agreement al een looptijd had van meer dan twee maanden na hun respectieve vervaldatum.*”). Wat betreft de feiten bestaat derhalve over de leeftijd van de debiteurenportefeuille kennelijk geen verschil van mening, doch dat geldt niet over de consequentie die daaraan moet worden verbonden. E-Millennium voert immers aan dat de vermeende garantie al bij voorbaat was geschonden, welke schending door de curator wordt betwist. Daartoe merkt de curator nog eens op dat het ook bij E-Millennium bekend was dat het debiteurenprobleem in Brazilië dermate groot was, dat een garantie met betrekking tot het binnen twee maanden kunnen incasseren van de desbetreffende vorderingen uit het ongerijmde zou zijn gekomen. In dat verband verwijst de curator bijvoorbeeld naar de “significant revenue recognition issue and cash collection risk in Brazil” in het due diligence report (zie ro. 2.9 van het Tussenvonnis). In dit verband is veelzeggend de volgende tekst in het due diligence rapport:

"Per April 4, 2002 only Euro 522 has been received from the four largest Brazilian debtors that account for Euro 9,6 million receivables of the total Euro 13,3 million Brazilian debtors balance as per December 31, 2001."

- 3.2.6 De curator brengt hierbij in het geding een overzicht "Invoices To Be Canceled" (**Productie 19**), dat als bijlage is gevoegd bij het rapport van Elaine Ferreira. Onder de kolom "Emission" vindt men de factuurdata. Daar blijkt uit dat zelfs de meest recente facturen al vóór 31 december 2001 waren verzonden en dat op 23 april 2002, de datum van de Subscription Agreement, de betalingstermijn van alle facturen reeds meer dan twee maanden was verstreken.

De conclusie van een en ander kan naar het oordeel van de curator slechts zijn dat, indien het gestelde sub 6.6 in Schedule G moet worden opgevat als een garantie, deze garantie uitsluitend betrekking heeft op facturen waarvan de betalingstermijn op 23 april 2002 nog niet meer dan twee maanden was verstreken. Bij dit alles moet ook in aanmerking worden genomen dat in Brazilië in het eerste kwartaal van 2002 gerealiseerde omzet slechts US\$ 1,98 miljoen heeft bedragen.

- 3.2.7 De curator meent genoegzaam te hebben aangetoond dat de facturen die worden genoemd in het memo van Elaine Ferreira niet vallen onder de "accounts receivable", die worden bedoeld in Schedule G onder 6.6. De bewijslast van het tegendeel rust op E-Millennium, doch voorzover nodig biedt de curator bewijs aan van de hiervoor genoemde stelling. Dit bewijs zou kunnen worden geleverd aan de hand van de administratie van de Braziliaanse dochter van Altitude, die zich bevindt bij de Portugese vennootschap die de activiteiten van Altitude heeft voortgezet. Deze administratie is voor de curator moeilijk, althans niet zonder het maken van de nodige kosten toegankelijk, maar onmogelijk is dit niet. Tevens zou de curator onder anderen Goold als getuige naar voren kunnen brengen en het bewuste bewijs zou ook aan de hand van een deskundigenrapport geleverd kunnen worden.

3.3 Ad B – Garantie?

- 3.3.1 In verband met de taalkundige uitleg van de “warranty” is van belang de definitie van een “Warranty” in de Subscription Agreement (productie 1 bij het overzicht producties d.d. 2 juni 2004 van E-Millennium) Een “Warranty” is gedefinieerd als volgt:

“Warranties means the representations and warranties as contained in this Agreement and in schedule G hereto”.

Onder “Warranties” worden derhalve zowel “warranties” als “representations” verstaan. Dat doet de vraag rijzen of deze beide begrippen dezelfde betekenis hebben. Die vraag dient naar het oordeel van de curator ontkennend te worden beantwoord. Legt men in verband met de “receivables” de tekst “can be collected” uit als een “warranty”, dan is de “breach of warranty” vooral een kwestie van risicoverdeling. Uitgaand van een “warranty” met betrekking tot vorderingen op debiteuren betekent de oninbaarheid van de desbetreffende vordering dat het risico daarvan in beginsel zonder meer voor risico zou zijn van degene die de “warranty” heeft gegeven. Een “representation” moet vooral worden gezien als een verklaring met betrekking tot de juistheid van een feitelijke mededeling. Degene die zich beroept op “misrepresentation” zal moeten aantonen dat degene die de “representation” heeft gegeven op de hoogte was van de onjuistheid daarvan, terwijl ook de wetenschap van degene tot wie de “representation” is gericht van belang is. De tekst “can be collected” is een “representation” die, veel meer dan het geval zou zijn bij een “warranty”, aansluit bij het gestelde onder punt 6.6. van the disclosure letter:

“6.6 There are certain accounts receivable in Brazil, principally relating to Embratel, Caixa Economica Federal, and Quadrata where there are previously disclosed issues on the timing of the collection. However, it is the opinion of the management that there is limited risk of failure to collect on these amounts.”

Voorafgaand aan het Tussenvonnis is door de curator niet stilgestaan bij het verschil tussen een “warranty” en een “representation”. Uw rechtbank heeft met dit verschil ook geen rekening gehouden. Dat impliceert dat uw rechtbank niet heeft kunnen uitgaan van de juiste feitelijke grondslag, althans daarvan niet is uitgegaan.

3.4 Ad C – Beperkte “garantie” onbegrijpelijk?

3.4.1 E-Millennium wist dat de situatie met betrekking tot de vorderingen op debiteuren in Brazilië problematisch was. Om de transactie toch doorgang te kunnen laten vinden, heeft men in de Subscription Agreement gekozen voor de “ratchet structure” als oplossing voor de ongewisse situatie in Brazilië. De “ratchet structure”, inhoudend dat de tweede en derde termijnen van de door E-Millennium te fourneren gelden slechts verschuldigd zouden worden indien bepaalde resultaten zouden worden gerealiseerd, is juist dáárom overeengekomen, omdat in het due diligence onderzoek een probleem was gesignaleerd met betrekking tot de debiteuren in Brazilië. Voor zover nodig biedt de curator ook hiervan bewijs aan, onder verwijzing naar de bovenvermelde bewijsmiddelen. Daarbij moet ook in aanmerking worden genomen dat de Warranties primair werden gegeven door de Company. De waarde van de door de Company gegeven zekerheid was beperkt, omdat het in de rede lag dat de Company niet meer in staat zou zijn enige garantie te honoreren tegen de tijd dat het nodig zou zijn daarop een beroep te doen. De garanties van het Management boden weinig soelaas, al was het maar omdat het Management niet kapitaalkrachtig was. Er werd daarom voor gekozen dat van de overeengekomen kapitaalinjectie van € 10.000.000 de helft zou worden ingehouden. De “ratchet structure” bood E-Millennium een zeer aanzienlijke bescherming. Dit kan worden afgeleid uit artikel 4.6.2 van de Subscription Agreement. Het aldaar en in artikel 4.6.1. gestelde komt er in het kort op neer dat E-Millennium de tweede termijn reeds dan niet verschuldigd zou zijn, indien op 15 augustus 2002 zou blijken dat de doelstellingen over het eerste en tweede kwartaal 2002 niet waren gehaald. Ook de derde termijn zou dan niet verschuldigd worden. Omdat het debiteurenrisico in Brazilië bekend was en de “ratchet structure” E-Millennium in verband daarmee de nodige “comfort” bood, is het niet onbegrijpelijk dat E-Millennium

het debiteurenrisico in Brazilië accepteerde en naarmate meer gewicht werd gehecht aan de “ratchet structure”, werd het belang van het bepaalde in artikel 6.6 van Schedule G navenant minder zwaarwegend.

3.5 Ad D – Voorziening en verzekering debiteurenrisico?

3.5.1 Zoals volgt uit het hierboven ad A gestelde, heeft de bepaling in artikel 6.6 van Schedule G niet betrekking op de invoices in het memo van Elaine Ferreira, daar de vervaldatum van de bewuste invoices al meer dan twee maanden was verstreken op het moment dat de “garantie” werd gegeven. Zelfs indien het in artikel 6.6 van Schedule G bepaalde moet worden gezien als een garantie, betekent de oninbaarheid van het bedrag van R\$ 24.000.000 derhalve niet dat sprake is van een inbreuk op de bewuste garantie. Dat zo zijnde, is in verband met het gestelde in artikel 6.6 van Schedule G evenmin van belang de voorziening dubieuze debiteuren. Afgezien daarvan was, naar de curator inmiddels naar aanleiding van een nader gesprek met Goold heeft begrepen, in verband met de vorderingen op Braziliaanse debiteuren geen voorziening getroffen, noch in de op het jaar 2000 betrekking hebbende Accounts, noch nadien. Aan de hand van de administratie van Altitude heeft de curator niet kunnen vaststellen dat de Braziliaanse debiteuren (gedeeltelijk) waren voorzien en naar zeggen van Goold was er ook geen voorziening voor deze debiteuren. Dat was E-Millennium bekend, daar zij in het kader van de due diligence ook een boekenonderzoek heeft gedaan en derhalve heeft geconstateerd, althans heeft kunnen constateren, dat voor de vorderingen op Braziliaanse debiteuren geen voorziening was getroffen. Voorzover nodig biedt de curator ook daarvan bewijs aan, onder verwijzing naar de hierboven genoemde bewijsmiddelen.

3.5.2 Voorzover de curator kan beoordelen, moeten de zinsneden met betrekking tot de voorziening dubieuze debiteuren en de verzekering van het debiteurenrisico aldus worden uitgelegd, dat de bewuste bepalingen zijn opgenomen *voor het geval dat* voor af te boeken vorderingen een voorziening mocht zijn getroffen of daarvoor een verzekering mocht zijn gesloten. De curator baseert deze opvatting ook op het feit dat

Altitude überhaupt geen verzekering als vorenbedoeld blijkt te hebben gehad, zo heeft Goold de curator met grote stelligheid medegedeeld.

3.6 Ad E – Voorziening of verzekering enige “escape” in verband met “garantie”?

De curator verwijst naar het hierboven ad E gestelde.

4. Schade

4.1 In het Tussenvonnis heeft Uw Rechtbank onder ro. 4.22 aangegeven dat partijen zich kunnen uitlaten over de wijze van vaststelling van de omvang van de schade die zou zijn geleden als gevolg van de door de Rechtbank aangenomen schending van garantie 6.6. Tevens heeft de Rechtbank aangegeven dat – kort gezegd – met betrekking tot de aard en de omvang van de schade de bewijslast rust op E-Millennium.

4.2 E-Millennium stelt dat haar schade € 5 miljoen bedraagt, zijnde het totale bedrag van de eerste termijn van de storting krachtens de Subscription Agreement. Als oorzaak van het faillissement van Altitude wijst E-Millennium de oninbaarheid van de Braziliaanse vorderingen aan. Dat blijkt bijvoorbeeld uit het gestelde onder punt 3 van de Akte:

“De oninbaarheid daarvan (= van de Braziliaanse vorderingen; toevoeging curator) heeft het faillissement veroorzaakt, met als gevolg dat E-Millennium’s investering teniet is gegaan.”

Voorts stelt E-Millennium dat, indien de veronderstelde garantie met betrekking tot de vorderingen op debiteuren niet was gegeven, zij haar investering zeker niet zou hebben gedaan. Aldus beschouwt E-Millennium de garantie met betrekking tot de vorderingen op debiteuren als de oorzaak van haar investering en daaruit volgt naar het oordeel van E-Millennium dat haar schade bestaat uit het gehele investeringsbedrag. Uit de eerdere stellingen van de curator moge duidelijk zijn dat de curator van oordeel is dat E-Millennium niet staande kan houden dat zij haar investering heeft “opgehangen” aan de debiteurengarantie. Het zij herhaald dat juist de debiteuren in Brazilië een groot probleem vormden en dat dit in het due diligence rapport ook uitgebreid is signaleerd. Op grond daarvan werd gekozen voor de “ratchet structure”. Afgezien

daarvan constateert de curator dat E-Millennium, waar het gaat over de aard en de omvang van de schade als gevolg van de schending van garantie 6.6, de oninbaarheid van de Braziliaanse vorderingen als oorzaak van het faillissement beschouwt. Voorts kan worden geconstateerd dat E-Millennium zich in dit verband met betrekking tot de hoogte van haar schade uitsluitend baseert op de stelling dat als gevolg van het faillissement haar investering van € 5 miljoen verloren is gegaan. Aldus moet worden geconcludeerd dat met het oog op de door E-Millennium gestelde schade en de in verband daarmee aan de orde zijnde causaliteitsvraag de oorzaak van het faillissement van cruciaal belang is. Meer in het bijzonder moet worden geconcludeerd dat E-Millennium zal moeten aantonen dat Altitude niet in staat van faillissement zou zijn verklaard indien de Braziliaanse vorderingen “*within a time period of two months from their due date*” zouden zijn betaald.

Ook hier stelt de curator voorop dat met betrekking tot de Braziliaanse vorderingen geen garantie is gegeven en dat, zelfs indien wél sprake zou zijn van een garantie, deze niet zou gelden voor een bedrag dan R\$ 24.000.000. Zonder ook maar enigszins van deze standpunten af te wijken, zal de curator in het onderstaande aantonen dat Altitude ook in staat van faillissement zou zijn verklaard indien de garantie met betrekking tot de Braziliaanse debiteuren wél in vorenbedoelde zin zou kunnen worden uitgelegd. In de stellingen van de curator staat daarbij centraal dat Altitude in 2002 werd geconfronteerd met een dramatische daling van haar omzet. Deze omzetsdaling was zodanig dat, wat er ook zij van de Braziliaanse vorderingen, het faillissement onafwendbaar was.

- 4.3 Volgens de begroting waarnaar in de Subscription Agreement is verwezen (Schedule H: Business Plan of the Company), is de totale omzet van Altitude voor het eerste halfjaar 2002 begroot op US\$ 16.571.000 miljoen (Q1 US\$ 7,532 miljoen en Q2 US\$ 9,039 miljoen). In werkelijkheid heeft de omzet over de eerste helft van het jaar 2002 in totaal slechts US\$ 9.647.000 bedragen. Dat was derhalve alleen al over de eerste zes maanden van het jaar 2002 bijna US\$ 7 miljoen minder dan begroot.

- 4.4 Uit de gegevens waar de curator over kan beschikken blijkt dat het resultaat van alle Altitude-vennootschappen over het eerste halfjaar 2002 het volgende beeld oplevert:

Altitude Group	1,000's USD
Revenues	9 647
Total Costs of Goods Sold	4 611
Operating Margin	5 035
Total Operating expenses	12 723
Operating Income	(7 688)
Non-Operating Income & Expense	(4 039)
Net Income (P/L)	(11 721)

Zoals blijkt uit de bovenvermelde opstelling, bedroeg het verlies over de eerste zes maanden 2002 derhalve maar liefst US\$ 11.721.000, hetgeen resulteerde in een negatief eigen vermogen per 30 juni 2002 van US\$ 1.478.000.

- 4.5 In het Business Plan werd voor het gehele jaar 2002 een omzet begroot van US\$ 39.760.000. In werkelijkheid heeft de omzet in 2002 slechts ongeveer US\$ 16,5 miljoen bedragen. Over het gehele jaar 2002 was dat derhalve ongeveer US\$ 23,2 miljoen minder dan begroot en in de tweede helft van 2002 heeft de neerwaartse trend zich derhalve alleen maar versterkt doorgezet.
- 4.6 De bovenvermelde daling van de omzet moet worden gezien tegen de achtergrond van, zoals het wordt uitgedrukt door de mensen van Altitude, de “total collapse of the market” na de gebeurtenissen op 11 september 2001 in New York. In de loop van 2002 stortte de IT-markt volledig in en in het bijzonder in Brazilië waren de economische omstandigheden voor IT-bedrijven desastreus. In de Verenigde Staten werd MCI

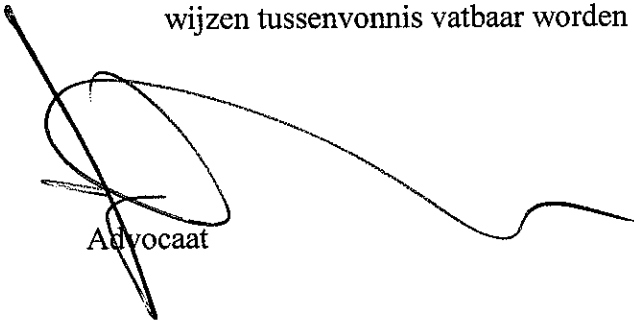
Worldcom in staat van faillissement verklaard en in dat verband werd gesproken over “the world’s largest bankruptcy”. Uiteraard was dit van invloed op Embratel in Brazilië, een zeer belangrijke afnemer van Altitude in Brazilië, waarin MCI Worldcom een controlerend belang van 19% had. Al met al kwam het erop neer dat Altitude in Brazilië haar software “aan de straatstenen niet meer kwijt kon”.

- 4.7 Onder punt 26 van haar akte wijst E-Millennium op de totale opbrengsten van US\$ 37.063.000, waarvan US\$ 14.696.000 afkomstig zou zijn uit Brazilië. Deze bedragen volgen inderdaad uit de bewuste Cashflow Fore-cast, die onderdeel is van het Business Plan, maar daarbij mag het onderscheid tussen cashflow en omzet niet uit het oog worden verloren. Bovendien – en dat is belangrijker – was het E-Millennium bekend dat de bewuste fore-cast inmiddels was achterhaald toen de Subscription Agreement werd aangegaan. Dat blijkt uit de in ro. 2.17 van het Tussenvonniss bedoelde cashflow projection die hiervoor (zie punt 3.2.2 e.v. van deze akte) uitgebreid is besproken. Deze cashflow projection was kort vóór de Subscription Agreement opgesteld en het was E-Millennium bekend dat hierin werd uitgegaan van een veel lagere cashflow vanuit Brazilië.

Bij lezing van het gestelde onder punt 26 van de Akte van E-Millennium zou men overigens de indruk kunnen krijgen dat van het door E-Millennium vermelde bedrag ad US\$ 14.696.000 (begrote cashflow Brazilië voor het gehele jaar 2002) een groot gedeelte werd gevormd door openstaande Braziliaanse vorderingen per 31 december 2001. Het begrote bedrag bestaat echter uit de in Brazilië te verwachten inkomsten uit openstaande receivables per 31 december 2001 én de inkomsten uit de in 2002 in Brazilië te realiseren omzet. Er dient voor de te worden gewaakt dat cashflow en omzet met elkaar worden verward. In dat verband wijst de curator ook op het gestelde in de akte van E-Millennium, waar zij spreekt over de vitale levensvatbare Braziliaanse onderneming van Altitude, die inkomsten genereerde ter hoogte van het gegarandeerde niveau. Dat wijst in de richting van een omzetgarantie. Daarvan was in de Subscription Agreement uiteraard geen sprake. Altitude heeft niet gegarandeerd dat haar

onderneming in Brazilië levensvatbaar was en een dergelijke garantie voor de toekomst zou ook hoogst ongebruikelijk zijn geweest.

- 4.8 De curator meent genoegzaam te hebben aangetoond dat het faillissement van Altitude niet het gevolg is van tegenvallende inkomsten uit hoofde van vorderingen op Braziliaanse debiteuren per datum Subscription Agreement. De bewijslast van het tegendeel rust op E-Millennium. Voorzover nodig biedt de curator aan te bewijzen dat het faillissement van Altitude het gevolg is van – kort gezegd – sterk verslechterende marktomstandigheden die zich (ook) hebben voorgedaan na het aangaan van de Subscription Agreement.
- 4.9 Nu de oorzaak van het faillissement van Altitude niet is gelegen in het onbetaald blijven van de Braziliaanse receivables, moet worden geconcludeerd dat E-Millennium niet heeft bewezen dat zij enige schade heeft geleden. De vordering van E-Millennium is derhalve ongegrond. Afgezien hiervan zou E-Millennium de wettelijke rente pas kunnen vorderen vanaf de dag dat zij aanspraak heeft gemaakt op vergoeding van haar vermeende schade en dat was na het uitspreken van de voorlopige surséance van betaling op 12 november 2002.
- 4.10 De vordering onder punt 66 van de akte van E-Millennium van € 1 miljoen terzake van juridische kosten en andere gemaakte kosten is in het geheel niet onderbouwd. De bewuste vordering wordt door de curator betwist.
- 4.11 De curator maakt bezwaar tegen het verzoek van E-Millennium onder punt 68 van haar vordering, inhoudend dat – kort gezegd – het Tussenvonnis en een eventueel nader te wijzen tussenvonnis vatbaar worden gemaakt voor hoger beroep.



Advocaat

Deze zaak wordt behandeld door:

Mr. B. ten Doesschate
CMS Derks Star Busmann
Postbus 85250
NL-3508 AG Utrecht
T 030 – 2121625
F 030 – 2121172
E barent.tendoesschate@cms-dsb.com

C/M/S/ Derks Star Busmann

PRODUCTIE 19

Easyphone Altitude Software Ltda - ASLA

Invoices To Be Canceled

<u>Emission</u>	<u>Number</u>	<u>Client</u>	<u>Product</u>	<u>Amount</u>	<u>Taxes To Be Recovered (Tax Credit)</u>			
					<u>PIS</u>	<u>Cofins</u>	<u>ISS</u>	<u>Total</u>
28-06-2000	000314	TMKT	Software	547.050,00	3.555,83	16.411,50	2.735,25	22.702,58
28-06-2000	000315	TMKT	Software	805.170,00	5.233,61	24.155,10	4.025,85	33.414,56
29-06-2000	000317	Bco Itau	Software	128.000,00	832,00	3.840,00	640,00	5.312,00
29-06-2000	000318	Bco Itau	Services	31.259,60	203,19	937,79	156,30	1.297,27
29-06-2000	000319	EDS	Software	836.970,00	5.440,31	25.109,10	4.184,85	34.734,26
29-12-2000	000533	CSU	Software	4.782.379,23	31.085,46	143.471,38	23.911,90	198.468,74
29-03-2001	000676	Telesp	Software	572.519,06	3.721,37	17.175,57	2.862,60	23.759,54
25-06-2001	000774	Embratel	Software	3.985.961,39	25.908,75	119.578,84	19.929,81	165.417,40
25-06-2001	000776	Bco Itau	Software	561.600,00	3.650,40	16.848,00	2.808,00	23.306,40
29-06-2001	000817	CEF	Software	4.259.327,29	27.685,63	127.779,82	21.296,64	176.762,08
28-12-2001	001068	Contax SA	Maintenance	55.211,27	358,87	1.656,34	276,05	2.291,26
28-12-2001	001067	Contax SA	Software	460.093,90	2.990,61	13.802,82	2.300,46	19.093,89
28-12-2001	001071	Embratel	Software	7.433.495,84	48.317,72	223.004,88	37.167,48	308.490,08
Total				24.459.037,58	158.983,74	733.771,13	122.295,17	1.015.050,04

Valores em Reais

Easyphone Altitude Software Ltda - ASLA

Invoices To Be Canceled

<u>Emission</u>	<u>Number</u>	<u>Client</u>	<u>Product</u>	<u>Amount</u>	<u>Taxes To Be Recovered (Tax Credit)</u>			
					<u>PIS</u>	<u>Cofins</u>	<u>ISS</u>	<u>Total</u>
28-06-2000	000314	TMKT	Software	547.050,00	3.555,83	16.411,50	2.735,25	22.702,58
28-06-2000	000315	TMKT	Software	805.170,00	5.233,61	24.155,10	4.025,85	33.414,56
29-06-2000	000317	Bco Itau	Software	128.000,00	832,00	3.840,00	640,00	5.312,00
29-06-2000	000318	Bco Itau	Services	31.259,60	203,19	937,79	156,30	1.297,27
29-06-2000	000319	EDS	Software	836.970,00	5.440,31	25.109,10	4.184,85	34.734,26
29-12-2000	000533	CSU	Software	4.782.379,23	31.085,46	143.471,38	23.911,90	198.468,74
29-03-2001	000676	Telesp	Software	572.519,06	3.721,37	17.175,57	2.862,60	23.759,54
25-06-2001	000774	Embratel	Software	3.985.961,39	25.908,75	119.578,84	19.929,81	165.417,40
25-06-2001	000776	Bco Itau	Software	561.600,00	3.650,40	16.848,00	2.808,00	23.306,40
29-06-2001	000817	CEF	Software	4.259.327,29	27.685,63	127.779,82	21.296,64	176.762,08
28-12-2001	001068	Contax SA	Maintenance	55.211,27	358,87	1.656,34	276,05	2.291,26
28-12-2001	001067	Contax SA	Software	460.093,90	2.990,61	13.802,82	2.300,46	19.093,89
28-12-2001	001071	Embratel	Software	7.433.495,84	48.317,72	223.004,88	37.167,48	308.490,08
<u>Total</u>				24.459.037,58	158.983,74	733.771,13	122.295,17	1.015.050,04

Valores em Reais

Rechtbank
te Amsterdam

Datum zitting: 10 december 2008
Rolnummer: HA ZA 04-1363

AKTE UITLATING PRODUCTIE

inzake:

E-Millennium 1 GMBH & Co. KG ("**e-Millennium**"),
gevestigd en kantoorhoudend te Munchen, Duitsland,
eiseres,
advocaten: mr. I. Wassenaar en mr. P.L.M. Hustinx

tegen:

Barent ten Doesschate ("**Curator**"),
In zijn hoedanigheid van curator van de besloten vennootschap met beperkte
aansprakelijkheid Altitude Software B.V. ("**Altitude**"),
wonende te Bilthoven,
gedaagde,
advocaat: mr. B. ten Doesschate

E-Millennium vraagt akte van het volgende:

1. Inleiding

- 1.1 E-Millennium ontkent en betwist het door de Curator bij antwoordakte gestelde en handhaaft al hetgeen zij bij akte tevens wijziging van eis heeft gesteld. E-Millennium beperkt zich met deze akte uitlating productie tot de door de Curator in het geding gebrachte Productie 19 en de daarmee verband houdende stellingen.

2. Productie 19 bevestigt schending garantie alsmede dwaling / bedrog

- 2.1 Productie 19 betreft een overzicht van oninbare Braziliaanse vorderingen met als titel "*Invoices To Be Canceled*", dat als bijlage is gevoegd bij het rapport van Elaine Ferreira d.d. 1 oktober 2002. Dit rapport dateert van een klein half jaar na e-Millenniums investering in Altitude en betekende de opmaat voor de (een maand daarna uitgesproken) surseance van betaling en het faillissement van Altitude; de afschrijving van deze Braziliaanse vorderingen is Altitude fataal geworden.
- 2.2 Deze productie bevestigt het eerder door e-Millennium geschetste beeld dat Altitude onmiskenbaar kennis had omtrent de binnen haar groep heersende financiële wantoestand, en dat Altitude haar informatieplicht heeft geschonden door haar financiële wantoestand te verzwijgen voor e-Millennium.
- 2.3 Productie 19 specificeert verzendingsdata van facturen van 28 juni 2000 tot en met 28 december 2001. Uitgaande van een (door de curator in 3.2.2 bij antwoordakte eveneens gehanteerde) maximale betalingstermijn van 30 dagen was de betalingstermijn van de genoemde Braziliaanse facturen bij het sluiten van de Subscription Agreement reeds ruimschoots verlopen.
- 2.4 Met andere woorden: bij het afgeven van de garantie was al duidelijk voor Altitude dat een bedrag ad US\$ 8.800.000 niet binnen 2 maanden na vervaldatum inbaar zou zijn, terwijl slechts voor een bedrag ad US\$ 1.305.000 een voorziening was getroffen. Op het moment van afgeven schond Altitude de garantie aldus voor een bedrag ad US\$ 7.495.000.
- 2.5 Dit maakt duidelijk dat Altitude zich op het moment van het afgeven van de garantie welbewust was van de onjuistheid van de garantie en de betekenis die de daaromtrent niet meegedeelde informatie had voor de investeringsbeslissing van e-Millennium.
- 2.6 Een en ander bevestigt e-Millenniums stellingen omtrent bedrog en dwaling.

- 2.7 Onder r.o. 4.6 van het vonnis d.d. 28 februari 2007 is bepaald dat niet kan worden aangenomen dat e-Millennium is misleid ten aanzien van de inbaarheid van de Braziliaanse vorderingen. Deze conclusie is (mede) gebaseerd op de overwegingen dat:
- 'niet is gebleken dat een onjuiste voorstelling van zaken het gevolg zou zijn van een door Altitude ten onrechte verstrekte of onthouden inlichting'; en
 - 'niet is gebleken dat al voor de totstandkoming van de overeenkomst vast stond dat de Braziliaanse omzet niet geïncasseerd zou kunnen worden'.
- 2.8 Productie 19 laat er geen twijfel over bestaan dat wel degelijk sprake was van een 'onthouden inlichting' en dat wel degelijk vaststond dat de Braziliaanse omzet niet zou kunnen worden geïncasseerd. Op het moment dat Altitude de Subscription Agreement sloot (april 2002) moet de inhoud van productie 19 - gelet op de ouderdom van de facturen (2000 en 2001) - bekend worden verondersteld.
- 2.9 E-Millennium heeft omtrent de inbaarheid van de Braziliaanse vorderingen gedwaald en zou nooit over zijn gegaan tot het sluiten van de Subscription Agreement indien Altitude een juiste voorstelling van zaken had gegeven. Gebleken is immers dat Altitude reeds ten tijde van het sluiten van de Subscription Agreement op de hoogte was van de oninbaarheid van de Braziliaanse vorderingen, dat het innen daarvan van levensbelang voor Altitude was en zij hiervan kennelijk bewust en opzettelijk geen mededeling heeft gedaan aan e-Millennium.
- 2.10 Op grond van voornoemde gronden verzoekt e-Millennium Uw Rechtbank de beslissingen omtrent dwaling en bedrog vervat in r.o. 4.6 - r.o. 4.10 te heroverwegen.¹
- 3. Ondeugdelijke draai Curator aan Productie 19**
- 3.1 De Curator doet een aantal creatieve maar vergeefse pogingen het aan Productie 19 gekoppelde oninbare bedrag ad US\$ 7.495.000 uit de garantiesfeer te halen.
- 3.2 De Curator poogt aan te tonen dat de facturen die worden genoemd in het rapport van Elaine Ferreira, met een totaalbedrag van US\$ 8.800.000, niet vallen onder de '*accounts receivable*' als bedoeld in de garantie in Schedule G onder 6.6 van de Subscription Agreement. De garantie heeft volgens de Curator

¹ HR 25 april 2008, RvdW 2008, 481

slechts betrekking op facturen waarvan de betalingstermijn op 23 april 2002 nog niet meer dan twee maanden was verstreken.

- 3.3 Deze redenering is niet te volgen; de respectieve betalingstermijnen van de in productie 19 genoemde facturen waren immers meer dan twee maanden verstreken. Partijen zijn uitdrukkelijk geen tweedeling van facturen of uitzondering van '*receivables*' overeengekomen en zeker geen uitzondering van de Braziliaanse inkomsten. Met andere woorden: de garantie had een algemene strekking, vandaar ook de woorden '*all receivables*' in garantie 6.6.
- 3.4 De redenering van de Curator veronderstelt wetenschap van de inhoud van het rapport van Elaine Ferreira, welke wetenschap Altitude wel had, maar e-Millennium nu juist niet. E-Millennium kon dus ook niet - zoals de Curator graag wil doen geloven - inschatten wat de juistheid was van de (nota bene achteraf onjuist gebleken) cashflow projection, noch kon zij daaruit afleiden of en in hoeverre de Braziliaanse vorderingen daarin waren meegenomen.
- 3.5 Vanwege de tijdens de (beperkte) due diligenceesignaleerde problemen in '*revenue recognition*' was voor de investering van e-Millennium van groot belang dat de Braziliaanse inkomsten daadwerkelijk inbaar waren. Door het afgeven van de garantie dat dit het geval was en de Disclosure Letter die aangaf dat er een '*limited risk of failure to collect these amounts*' was, heeft E-Millennium geïnvesteerd.²
- 3.6 Na de investering van e-Millennium bleek dat de cash flow van Altitude over het tweede kwartaal van 2002 US\$ 7.1 miljoen negatief uitviel (Productie 7.25 CvE). Dit tekort in de kaspositie zou niet zijn ontstaan indien het bedrag ad US\$ 7.495.000 inbaar was geweest. Deze Braziliaanse inkomsten waren derhalve van zeer groot belang om Altitude (financieel) te redden.
- 3.7 Een andere poging om het aan productie 19 gekoppelde bedrag ad US\$ 7.495.000 uit de garantiesfeer te halen, betreft het betoog van de Curator in paragraaf 3.3 van de antwoordakte dat er een onderscheid gemaakt dient te worden tussen een '*warranty*' en een '*representation*'. De tekst '*can be collected*', zoals opgenomen in Schedule G onder 6.6 van de Subscription Agreement, zou volgens de Curator gezien moeten worden als slechts een '*representation*' en derhalve niet kwalificeren als een garantie.
- 3.8 Niet valt in te zien hoe de Curator tot dit onderscheid komt, voorzover dat onderscheid al relevant is. De letterlijke tekst van paragraaf 7.1 van de Subscription Agreement luidt:

² Voor zover van belang: ook het door de Curator omschreven betalingsgedrag van afnemers was e-Millennium onbekend.

"The Company represents and warrants to each of the Investors, that, the Warranties as attached hereto as Schedule G, are true and accurate as per the Signing Date and undertake to represent and warrant the Warranties being true and accurate on and as per the Closing Date..".

- 3.9 De Garantie, opgenomen in Schedule G onder 6.6 van de Subscription Agreement, luidt als volgt:

"All accounts receivable included in the Accounts and all accounts receivable arising or having arisen since the date thereof represent valid receivables which either can be collected [...] from the debtors involved within a time period of two months from their due date and without any loss on collection [...]."

- 3.10 De letterlijke tekst van de overeenkomst en de garanties laat er aldus geen misverstand over bestaan dat er geen onderscheid moet worden gemaakt tussen een 'representation' en een 'warranty'. Garantie 6.6 is dus zowel een 'warranty' als een 'representation'. Het lijkt geen twijfel dat dit in Nederlandsrechtelijke context als garantie moet worden gezien.
- 3.11 In een zuiver commerciële transactie geldt dat voor de uitleg van een bepaling in de tussen professionele partijen, bijgestaan door professionele adviseurs, gesloten overeenkomst dicht bij de letterlijke tekst van de bepaling dient te worden gebleven.³ Er kan geen misverstand bestaan dat e-Millennium en Altitude met bovenstaande tekst een harde garantie bedoeld hebben. Uit niets blijkt dat e-Millennium en Altitude een beperktere betekenis hebben willen geven aan de garantie dan op grond van de letterlijke tekst blijkt.
- 3.12 Te meer geldt dit, omdat de resultaten van de Braziliaanse vestiging vanwege de beperkte tijd niet door of namens e-Millennium ten volle konden worden onderzocht en de Disclosure Letter bij de overeenkomst tijdens Altitude melding maakt van een *"limited risk of failure to collect on these amounts"*. Onder deze omstandigheden zou e-Millennium nooit akkoord zijn gegaan met een beperking van bovengenoemde garantie.
- 3.13 Als er al een onderscheid kan en moet worden gemaakt en garantie 6.6 slechts een 'representation' is en niet als garantie kan worden gelezen, was de hierin door Altitude gegeven 'voorstelling van zaken' minst genomen misleidend, gelet op de kennis die zij had van de oninbaarheid van de in productie 19 vervatte vorderingen.

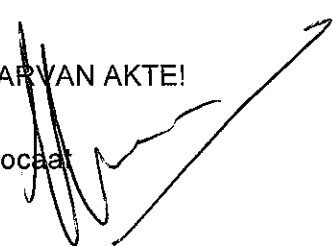
³

HR 29 juni 2007, NJ 2007/576 en HR 19 januari 2007, JOR 2007/166.

- 3.14 Ten slotte poogt de Curator om het aan productie 19 gekoppelde bedrag ad US\$ 7.495.000 uit de garantiesfeer te halen, door vergezochte redeneringen omtrent de '*ratchet structure*', voorzieningen en verzekerd debiteurenrisico. Gelet op het hiervoor verwoorde stellingen van e-Millennium alsmede de duidelijke tekst van zowel de garantie als productie 19 zijn deze stellingen niet slechts vergezocht, maar bovenal onjuist.

WAARVAN AKTE!

Advocaat



Deze zaak wordt behandeld door mr. I. Wassenaar
Postbus 75505 1070 AM Amsterdam T +31 (0)20 605 6958 F +31 (0)20 605 6712 M +31 (0)6
202 153 73
i.wassenaar@houthoff.com

vonnis

IN NAAM DER KONINGIN!

RECHTBANK AMSTERDAM

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 288375 / HA ZA 04-1363

Vonnis van 4 februari 2009

in de zaak van

de vennootschap naar Duits recht
E-MILLENNIUM 1 GMBH & Co. KG,
gevestigd en kantoorhoudende te München, Duitsland,
eiseres,
advocaat: mr. P.L.M. Hustinx,

tegen

Barent TEN DOESSCHATE

in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van de besloten vennootschap met
beperkte aansprakelijkheid Altitude Software B.V.,
wonende te Bilthoven,
gedaagde,
advocaat: voorheen mr. C.B.M. Scholten van Aschat, thans mr. B. ten Doesschate. ✓

Partijen zullen hierna E-Millennium en de curator worden genoemd.

1. De procedure

- 1.1. Het verdere verloop van de procedure blijkt uit:
- het tussenvonnis van 28 februari 2007 (hierna: het tussenvonnis), met de daarin vermelde gedingstukken;
 - de akte, tevens houdende wijziging van eis, van 23 april 2008 aan de zijde van E-Millennium;
 - de antwoordakte, met één productie, van 15 oktober 2008 aan de zijde van de curator;
 - de akte uitlating productie van 10 december 2008 aan de zijde van E-Millennium.
- 1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De verdere beoordeling

- 2.1. E-Millennium heeft bij akte haar vordering aldus gewijzigd, dat zij thans de wettelijke rente vordert vanaf 7 mei 2002. De curator heeft tegen de eiswijziging geen bezwaar gemaakt, zodat bij de verdere beoordeling van de gewijzigde eis zal worden uitgegaan.

-
- 2.2. De rechtbank ziet in hetgeen partijen over en weer daartoe hebben gesteld geen aanleiding terug te komen van enige in het tussenvonnis genomen beslissing.
- 2.3. In het tussenvonnis (r.o. 4.19.) is geoordeeld dat Altitude is tekortgeschoten in de nakoming van de in de tussen partijen gesloten Subscription Agreement (de overeenkomst) opgenomen garantie 6.6, doordat vorderingen van haar Braziliaanse dochteronderneming tot een bedrag van US\$ 7.495.000,-- niet (tijdig) inbaar zijn gebleken, terwijl door Altitude voor dit bedrag niet een voldoende voorziening was getroffen. Voor de diensgevolge door E-Millennium geleden en door Altitude te vergoeden schade kan zij in beginsel als concurrente schuldeiser worden toegelaten in het faillissement van Altitude.
Omdat evenwel in het tussen partijen gevoerde debat de wijze van vaststelling van de omvang van de als gevolg van de schending van garantie 6.6 door E-Millennium geleden schade nog niet aan de orde was geweest, zijn partijen in de gelegenheid gesteld zich daarover alsnog bij akte uit te laten.
- 2.4. E-Millennium heeft vervolgens in haar akte van 23 april 2008 gesteld dat de Braziliaanse vorderingen vitaal waren voor de onderneming van Altitude. De oninbaarheid daarvan heeft het faillissement van Altitude veroorzaakt, met als gevolg dat E-Millennium's investering van EUR 5.000.000,-- geheel verloren is gegaan en zij begroot haar schade als gevolg van het schenden van de garantie om die reden op het bedrag van haar investering, vermeerderd met een bedrag van EUR 1.000.000,-- aan juridische en andere kosten.
- 2.5. De curator heeft bij akte gemotiveerd verweer gevoerd.
- 2.6. Bij de beoordeling van de vraag welke, door Altitude te vergoeden schade E-Millennium als gevolg van de schending van de garantie heeft geleden strekt hetgeen partijen daaromtrent in de overeenkomst hebben afgesproken tot uitgangspunt. Artikel 7.10 van de overeenkomst bepaalt dat::
- "The damages payable by the Company or the Managers in respect of any Breach shall be limited to the amount of the effect as a result of such Breach and be compensated euro for euro, subject to the provisions of this Agreement."*
- 2.7. Daarbij rust, zoals in het tussenvonnis uitdrukkelijk is overwogen, op E-Millennium de last feiten en omstandigheden te stellen waaruit de aard en de omvang van door haar als gevolg van de schending van de garantie geleden schade kan volgen.
E-Millennium heeft dat echter niet gedaan. Allereerst heeft E-Millennium verzuimd te stellen dat en, zo ja, waarom en in hoeverre het als gevolg van het faillissement verloren gaan van haar investering ook als een 'effect as a result of the breach' van garantie 6.6. als bedoeld in artikel 7.1 van de Subscription Agreement heeft te gelden. Daarbij komt dat E-Millennium, ook tegenover de gemotiveerde betwisting daarvan door de curator, niet met feiten heeft onderbouwd dat en op welke wijze het oninbaar blijken van de Braziliaanse vorderingen de oorzaak van het faillissement van Altitude is geweest. Evenmin heeft E-Millennium toegelicht dat en op welke wijze zij zonder de schending van de garantie en of het faillissement, haar investering in Altitude wél had kunnen terugverdienen.

Aldus heeft E-Millennium, ook nadat dat zij daartoe uitdrukkelijk in de gelegenheid is gesteld, onvoldoende concrete feiten en omstandigheden gesteld waaruit het bestaan en de omvang van de door Altitude aan haar als gevolg van de schending van garantie 6.6 te vergoeden schade kunnen volgen. Onder deze omstandigheden ziet de rechtbank geen aanleiding E-Millennium overeenkomstig haar verzoek, in de gelegenheid te stellen haar schade nogmaals nader toe te lichten. De vordering zal in zoverre bij gebreke van een voldoende draagkrachtige onderbouwing worden afgewezen.

- 2.8. Ten aanzien van de door E-Millennium gevorderde juridische en andere kosten van EUR 1.000.000,-- is reeds in het tussenvonnis geoordeeld dat deze niet voor afzonderlijke vergoeding in aanmerking komen (r.o. 4.23.).
- 2.9. E-Millennium zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van deze procedure aan de zijde van de curator, tot op heden begroot op EUR 241,-- aan vast recht en EUR 10.435,75 (3,25 x tarief VIII) salaris advocaat.

3. De beslissing

De rechtbank

- 3.1. wijst de vordering af;
- 3.2. veroordeelt E-Millennium in de kosten van deze procedure aan de zijde van de curator, tot op heden begroot op EUR 10.676,75.

Dit vonnis is gewezen door mr. A.W.H. Vink en in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 4 februari 2009.



UITGEGEVEN VOOR DE GRIFFIER
De griffier van de
Rechtbank Amsterdam

