

5.21 Deze grief moet eveneens falen. Ook na de overeenkomst was de financiële en zakelijke positie van [D] (voorzienbaar) zodanig, dat [C] ten tijde van het aangaan van die overeenkomst diens faillissement en een tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid kon voorzien. Gelet op de aard en omvang van die positie ([D] bleef met een grote schuldenlast zitten en had geen onderneming meer die hij kon exploiteren), kon niet worden volstaan met het verweer dat de sanering van de schulden met hulp van de vriendin van [D] (die een eigen inkomen had) een reële optie was.

#### Proceskosten

5.22 De erven zullen in het hoger beroep als de overwegend in het ongelijk gestelde partij en in de proceskosten worden verwezen (tariefgroep II, in principaal en incidenteel tezamen 1,5 punten). Op die constatering strandt *grief V in het principaal appel*, die uitsluitend op de proceskostenveroordeling betrekking heeft. De proceskostenveroordeling in eerste aanleg blijft in stand.

#### 6 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

##### *in het principaal en het incidenteel appel*

vernietigt het vonnis van de rechtbank Noord-Nederland van 17 februari 2016, voor zover de erven daarbij zijn veroordeeld tot vergoeding aan de curator van enige schade, op te maken bij staat;

doet opnieuw recht:

veroordeelt de erven tot betaling aan de curator van een schadevergoeding van € 18.515,-, te vermeerderen met de daarover verschenen wettelijke rente vanaf 15 juli 2012 tot en met de datum van betaling;

bekrachtigt dit vonnis voor het overige;

veroordeelt de erven in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van de curator vastgesteld op € 718,- voor verschotten en op € 1.341,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

veroordeelt de erven in de nakosten, begroot op € 131,-, met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 68,- in geval de erven niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak heeft voldaan én betekening heeft plaatsgevonden;

verklaart dit arrest ten aanzien van de daarin vervatte veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mr. M.W. Zandbergen, mr. I. Tubben, en mr. J. Smit en is door de rolraadsheer in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 10 april 2018.

#### RI 2018/56

##### HOF ARNHEM-LEEWARDEN

27 maart 2018, nr. 200.140.750

(Mrs. A.W. Steeg, H. Wammes, J.G.J. Rinkes)

Art. 3:52, 3:54. 6:162, 6:248 BW; art. 2 ABV

ECLI:NL:GHARL:2018:2893

##### **Bancaire aansprakelijkheid. Economische dwangpositie. Borgtocht.**

##### **Is de bank jegens aandeelhouder(s) van een kredietnemer aansprakelijk als buitensporige tegenprestaties bij verruiming van het (nood)krediet het faillissement van kredietnemer tot gevolg hebben?**

*Rabobank was huisbankier van bouwbedrijf Midreth Groep. Tussen 2007 en eind 2009 steeg de liquiditeitsbehoefte van Midreth Groep van € 22 miljoen tot ca. € 57 miljoen. Rabobank financierde de kredietuitbreiding. Zij bedong daarvoor in 2009 een vaste rente (in plaats van de tot dan geldende Euribor), een equity kicker van 10% bij verkoop van bedrijfsonderdelen, een verhoging van de privé-borgtocht van € 1 miljoen naar € 5 miljoen, hogere hypothecaire inschrijvingen en, in 2010, een fee van € 2 miljoen. In oktober 2010 ontstonden opnieuw liquiditeitsproblemen. Rabobank zou aanvankelijk met drie andere participanten risicodragend kapitaal verstrekken tegen verkrijging van aandelen. Later werd dit een reddingsfinanciering van € 20 miljoen. Bij de termsheet waren ubo Leliveld en de stichting administratiekantoor (als (in)directe aandeelhouders) mede partij. De termsheet voorzag in een fee van € 20 miljoen voor de participanten, te betalen na terugbetaling van het krediet, en overdracht van 60% van de aandelen voor € 1. In januari 2011 was het extra krediet al verbruikt. In februari 2011 volgde het faillissement. Rabobank vordert van borg Leliveld € 5 miljoen.*

*Borg Leliveld en zijn vrouw, alsmede de stichting administratiekantoor (in deze uitspraak: appellanten) vorderen in conventie een verklaring voor recht inhoudende de aansprakelijkheid van Rabobank, en een verbod tot uitwinning van de borgtocht. In reconventie vordert Rabobank betaling onder de borgtocht. De rechtbank heeft de conventionele vorderingen af- en de reconventionele vordering toegewezen.*

*Hof: Vernietiging van de termsheet wegens misbruik van omstandigheden, voor zover het de aandelenoverdracht betreft, slaagt niet. Die vordering is verjaard. Daarom kan ook geen opheffing van het nadeel plaatsvinden.*

*Midreth Groep en haar middellijke aandeelhouders (appellanten) verkeerden in bijzondere omstandigheden door de (economische) noodtoestand, de economische dwangpositie en de voor*

Rabobank kenbare afhankelijkheid van haar. Rabobank heeft jegens appellanten als partijen bij de termsheet in strijd gehandeld met haar contractuele zorgplicht van art. 2 lid 1 ABV: de bedongen fees van € 2 en € 20 miljoen (waarvan € 5,6 miljoen voor Rabobank) voor kredietuitbreidingen van € 7,5 respectievelijk € 20 miljoen nu de hoogte van de fees geen met rente(uitstel) te beredeneren verband hield; de overdrachtsverplichting van 60% van de aandelen voor € 1, die in de regel nog wel bij verstrekking van risicodragend kapitaal, maar niet bij verstrekking van krediet past. Met de voortzetting van de renteswap na de vervanging van de (variabele) Euribor door een (vaste) basisrente met toeslag en de equity kicker die geen reëel, zakelijk en te berekenen verband met enig rente-uitstel bevatte, heeft Rabobank jegens appellanten tevens misbruik van de situatie gemaakt. Met al het voorgaande heeft Rabobank jegens appellanten persoonlijk onrechtmatig gehandeld. De door aandeelhouders geleden schade is het gevolg van een samenhangend geheel van onrechtmatige gedragingen van Rabobank. Die gedragingen hebben niet alleen geleid tot waardevermindering van Midreth Groep, maar ook tot verkoop van de aandelen. Door die verkoop is de waardevermindering definitief ten laste van de aandeelhouders gekomen (de schade). De schade kan immers niet meer worden opgeheven door een eventuele schadevergoeding van Rabobank aan Midreth Groep. Bovendien zijn de belangen van de aandeelhouders sterk met die van Midreth Groep verweven. De aandeelhouders hebben in privé zekerheden gegeven en zijn voor wat betreft hun inkomen en vermogensvorming afhankelijk van het door hen opgebouwde, in Midreth Groep uitgeoefende bedrijf (vgl. HR 2 mei 1997, *Kip en Sloetjes/Rabobank*). De aandelen hadden mogelijk wel enige (verwachtings)waarde, zodat schade aannemelijk is (als vereist voor een schadestaatprocedure).

Voor aantasting van de niet particuliere borgtocht wegens verval, onvoorziene omstandigheden of de redelijkheid en billijkheid is geen aanleiding.

**Zie ook:**

- HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5068, RO 2011/63: over opheffing van nadeel bij dwaling die alleen kan plaatsvinden als vordering tot vernietiging van overeenkomst wegens dwaling nog niet is verjaard;
- HR 2 mei 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2365, NJ 1997/662: over (afgeleide) schade van aandeelhouder die alleen toewijsbaar is in geval de normschending wegens bijkomende omstandigheden jegens de aandeelhouder zelf onrechtmatig is (*Kip en Sloetjes/Rabobank*);
- HR 2 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1564, NJ 1995/288 (*Poot/ABP*);

- Rb. Midden-Nederland, 4 november 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7748, RI 2016/9: over onvoldoende onderbouwing van de onrechtmatige daad jegens de aandeelhouder zelf (*StAK OAD/Rabobank*).

**Zie anders:**

- Rb Midden-Nederland 23 oktober 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5230 (deze zaak).

**Wenk:**

Deze uitspraak gaat over de aansprakelijkheid van de bank voor haar handelen in een financiële noodsituatie waarin haar kredietnemer dreigt om te vallen. De bank bevindt zich dan in een weinig benijdenswaardige positie. Te snel beëindigen van het krediet leidt mogelijk tot aansprakelijkstelling door de kredietnemer. Voortzetting van de financiering en het verschaffen van noodkrediet leidt mogelijk tot aansprakelijkstelling door de andere schuldeisers van de kredietnemer of pauliana-risico's. In het laatste geval doet de bank mogelijk zichzelf te kort, omdat zowel haar vordering, als haar kredietrisico toenemen (zekerheden nemen niet of niet in dezelfde mate toe).

**De bank, de aandeelhouder en aansprakelijkheid voor (afgeleide) schade**

Niet de kredietnemer, maar haar (middellijke) aandeelhouders spreken de bank aan tot vergoeding van schade. Dat lijkt – geleet op de jurisprudentie (*Poot/ABP en Kip en Sloetjes/Rabobank*) – niet de eenvoudigste weg. Vordert een aandeelhouder zogenaamde afgeleide schade – dat is schade die hij lijdt als gevolg van de schade die de vennootschap door toedoen van een derde in haar vermogen lijdt – dan komt de aandeelhouder de vordering jegens de derde in beginsel niet toe. Immers, de schade van de aandeelhouder zal verdwijnen, indien de vennootschap de derde met succes aansprakelijk stelt. Deze hoofdregel lijdt uitzondering onder bijkomende omstandigheden, bijv. als de schade niet meer door toedoen van de vennootschap kan worden hersteld (*Poot/ABP*).

Naast de afgeleide schade bestaat de schade die de aandeelhouder zelf (rechtstreeks) lijdt als gevolg van het handelen van een derde jegens de vennootschap. Vergoeding van deze schade kan de aandeelhouder zelf van de derde vorderen. Vereist is – evenals voor de uitzondering op de hoofdregel bij afgeleide schade – dat de derde ook rechtstreeks jegens de aandeelhouder onrechtmatig heeft gehandeld (*Kip en Sloetjes/Rabobank*). Onzorgvuldig handelen van de derde jegens de vennootschap alleen is onvoldoende voor onzorgvuldig

handelen jegens de aandeelhouder (zie ook *StAK OAD/Rabobank*).

De rechtstreekse onzorgvuldige handeling van Rabobank jegens de aandeelhouders is de onder bijzondere economische omstandigheden afgedwongen overdracht door de aandeelhouders aan de participanten van 60% van de aandelen voor € 1. Zo een overdracht past volgens het hof nog wel bij het verschaffen van risicodragend kapitaal, maar niet bij het verstrekken van (nood)kredieten. Deze handeling, die op de aandelen ziet, is per definitie gericht op de aandeelhouder (en niet op de vennootschap). Vervolgens legt het hof voor de schade een link naar de afgeleide schade. Door het verlies van de aandelen hebben de aandeelhouders de schade, in de zin van waardevermindering van hun aandelen, definitief geleden. Mocht de vennootschap Rabobank nog met succes tot schadevergoeding aanspreken, dan profiteren de gewezen aandeelhouders daar niet meer van.

#### *Pyrrusoverwinning?*

Het hof acht de mogelijkheid van schade aannemelijk en verwijst naar een schadestaatprocedure. Daarin zullen bestaan en omvang van de schade en vooral het causaal verband tussen handeling en schade aan de orde komen: zouden op het toetsmoment de aandelen zonder de handelingen van Rabobank wel enige waarde hebben gehad? Of was het faillissement van Midreth hoe dan ook ingetreden en niet het gevolg van de handeling van Rabobank? Mogelijk zal dit arrest over een aantal jaren een Pyrrusoverwinning voor de aandeelhouders blijken (zie voor een voorbeeld na tien jaar procederen, *Rb Overijssel 7 januari 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:311, Nijhuis/Rabobank*).

#### *Art. 2 ABV*

Het hof oordeelt dat Rabobank jegens de aandeelhouders als partijen bij de termsheet 'in strijd [heeft] gehandeld met haar contractuele bancaire zorgplicht onder artikel 2 lid 1 van de ABV 2009 (om bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht te nemen en daarbij naar beste vermogen rekening te houden met de belangen van de cliënt)'. De vraag is of (middellijk) aandeelhouder(s) en bestuurder(s) van een vennootschap (de klant van de bank!) mede als cliënten van de bank in de zin van art. 2 ABV zijn te beschouwen. Vermoedelijk is dat niet het geval en komt hen geen (rechtstreeks) beroep op art. 2 ABV toe. Het hof heeft ofwel het cliëntbegrip opgerekt, dan wel een zekere reflexwerking aan art. 2 ABV toegedicht. Met het oordeel dat Rabobank (ook) onrechtmatig jegens de aandeelhou-

ders heeft gehandeld, lijkt een eventuele discussie op dit punt ondervangen.

J.A. Stal

Arrest in de zaak van

1. [Appellant],
  2. [Appellante 1], en
  3. De Stichting [Appellante 2],
- appellanten, in eerste aanleg: eisers in conventie, appellant sub 1 tevens verweerder in reconventie, advocaat: mr. J.V. van Ophem, tegen
- Coöperatieve Rabobank U.A., als gevolg van fusie rechtsopvolgster onder algemene titel van: Coöperatieve Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank B.A. en van Coöperatieve Rabobank Rijn en Veenstromen U.A., gevestigd te Amsterdam, geïntimeerde, in eerste aanleg: gedaagde in conventie, van wie Coöperatieve Rabobank Rijn en Veenstromen U.A. tevens eiseres in reconventie is, hierna als rechtsopvolger: Rabobank en als rechtsvoorgangers: Rabobank c.s., advocaat: voorheen mr. H. Pasma, thans mr. R.M. Vermaire.

#### **Hof, locatie Arnhem:**

- 1 *Het verdere verloop van het geding in hoger beroep*
  - 1.1 Het hof neemt de inhoud van het tussenaarrest van 29 november 2016 hier over.
  - 1.2 Het verdere verloop blijkt uit:
    - hetgeen is verhandeld ter de comparitie na memorie van antwoord van 11 januari 2018.
  - 1.3 Vervolgens hebben partijen de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.
- 2 *De vaststaande feiten*

Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven in rov. 2.1 tot en met 2.13 van het eindvonnis van 23 oktober 2013, gepubliceerd onder ECLI:NL:RBMNE:2013:5230, met dien verstande dat ingevolge de grieven 1.1 en 1.2 niet vaststaat dat [appellanten], Rabobank c.s. en de participanten vanaf begin oktober 2010 met elkaar in onderhandeling zijn getreden en evenmin dat het bedrag van € 20.000.000 ter beschikking werd gesteld aan [appellante 2] (in plaats van aan Memid Investments B.V.).
- 3 *Het geschil en de beslissing in eerste aanleg*
  - 3.1 Na wijzigingen van eis hebben [appellanten] in conventie gevorderd dat de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:
    - I. zal verklaren voor recht dat Rabobank c.s. onrechtmatig jegens [appellanten] hebben gehandeld en/of Rabobank c.s. toerekenbaar tekort zijn geschoten in de nakoming van de op hen rustende verplichtingen jegens [appellanten] en dat Rabobank c.s. uit dien hoofde hoof-

delijk aansprakelijk zijn voor de schade die [appellanten] als gevolg daarvan lijden;

II. Rabobank c.s. hoofdelijk, des dat de één betaald de ander zal zijn bevrijd, zal veroordelen tot betaling van een schadevergoeding aan [appellanten], nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet en te vermeerderen met een vergoeding aan wettelijke rente (ex artikel 6:119 BW) vanaf de dag van aansprakelijkstelling, althans vanaf de dag der dagvaarding, althans vanaf een door de rechtbank in goede justitie te bepalen datum;

III. Rabobank c.s. hoofdelijk zal veroordelen tot betaling aan [appellanten], binnen vijf dagen na het in deze te verkrijgen vonnis, van een bedrag van € 1.000.000,00 ten titel van voorschot op het totale schadebedrag;

IV. primair: de borgtochtvereenkomst van 16 oktober 2009 tussen [appellant] en [appellante 1] en Rabobank Rijn en Veenstromen U.A. zal ontbinden op de voet van artikel 6:258 lid 1 BW en daaraan terugwerkende kracht zal verlenen in die zin dat Rabobank Rijn en Veenstromen U.A. geen beroep meer toekomt op het overeengekomene;

subsidiair: zal verklaren voor recht dat de borgtochtvereenkomst van 16 oktober 2009 tussen [appellant] en [appellante 1] en Rabobank Rijn en Veenstromen U.A. op de voet van artikel 6:248 lid 2 BW geen toepassing meer toekomt;

V. Rabobank c.s. zal verbieden om tot uitwinning van de borgtochtvereenkomst tussen [appellant] en [appellante 1] en Rabobank Rijn en Veenstromen U.A. over te gaan, zulks op straffe van een dwangsom van € 500.000,00, te vermeerderen met een dwangsom van € 50.000,00 voor iedere dag dat de overtreding van dit verbod voortduurt, zulks met een maximum aan te verbeuren dwangsommen van € 5.000.000,00;

VI. Rabobank Rijn en Veenstromen zal gebiedten om tot opheffing van alle ten laste van [appellant] gelegde (conservatoire) beslagen over te gaan, zulks binnen 48 uren na betekening van het in deze procedure te verkrijgen vonnis, zulks op straffe van een dwangsom van € 10.000,00 voor iedere dag dat zij hiermee in gebreke blijft;

VII. Rabobank c.s. hoofdelijk, des dat de één betaald, de andere zal zijn bevrijd, zal veroordelen in de proceskosten, te vermeerderen met de nakosten en tevens te vermeerderen met de wettelijke rente indien deze kosten niet binnen een termijn van veertien dagen na dagtekening van het vonnis zijn voldaan.

3.2 In reconventie heeft Rabobank Rijn en Veenstromen na vermeerdering van eis gevorderd dat de rechtbank bij vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, [appellant] zal veroordelen:

I. tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan haar te betalen het bedrag van € 5.000.000,00 waarvoor de borgtocht tot zekerheid strekt, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 27 juni 2012 tot de dag der algehele voldoening;

II. in de beslagkosten;

III. in de kosten van de procedure, met bepaling ten aanzien van de proceskostenveroordeling dat wettelijke rente verschuldigd zal zijn vanaf veertien dagen na de datum van het vonnis.

3.3 Bij tussenvonnis van 16 mei 2012 heeft de rechtbank de door Rabobank c.s. opgeworpen bevoegdheids- en vrijwaringsincidenten afgewezen. Nadat de zaak was afgeconcludeerd, heeft de rechtbank in haar eindvonnis [appellante 1] en [appellante 2] niet-ontvankelijk verklaard in hun vorderingen in conventie onder IV, primair en subsidiair, V en VI, de andere vorderingen in conventie afgewezen, in reconventie [appellant] veroordeeld tot betaling van € 5.000.000 met de wettelijke rente daarover vanaf 27 juni 2012 tot de dag van volledige betaling en ten slotte [appellanten] in conventie en reconventie veroordeeld in de proces- en beslagkosten.

3.4 Tegen het eindvonnis komen [appellanten] op met hun grieven in hoger beroep. Daarbij hebben zij hun vordering in conventie in hoger beroep aldus vermeerderd dat deze nu inhoudt dat het hof bij arrest, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

“1. zal verklaren voor recht dat Rabobank heeft gehandeld in strijd met de op haar rustende zorgplicht ex artikel 2 van de bankvoorwaarden en artikel 7:401 BW en uit dien hoofde schadelijkt is jegens [appellanten];

2. de contractueel tussen Rabobank c.s. en [appellanten] overeengekomen koopprijs van € 1 zal wijzigen in een bedrag van € 42.000.000, dan wel subsidiair deze koopprijs zal bepalen op basis van redelijkheid en billijkheid;

3. Rabobank c.s. hoofdelijk zal veroordelen tot betaling aan [appellanten], binnen vijf dagen na het in deze te verkrijgen arrest, van € 42.000.000 ten titel van de gewijzigde koopsom voor de door [appellanten] aan Rabobank en de participanten geleverde 60% aandelen, dan wel Rabobank c.s. hoofdelijk zal veroordelen tot betaling aan [appellanten], binnen vijf dagen na het in deze te verkrijgen arrest, van € 11.900.000 ten titel van de gewijzigde koopsom voor de door [appellanten] aan Rabobank geleverde 28,33% aandelen, dan wel Rabobank c.s. hoofdelijk zal veroordelen tot betaling aan [appellanten] van een door het hof op basis van redelijkheid en billijkheid vast te stellen

bedrag als koopsom voor de geleverde aandelen;

4. Rabobank c.s. hoofdelijk zal veroordelen tot betaling aan [appellanten], binnen vijf dagen na het in dezen te verkrijgen arrest, van € 28.000.000 ten titel van de door [appellanten] geleden schade, bestaande uit de waardevermindering van de resterende, niet overgedragen 40% aandelen, dan wel Rabobank c.s. hoofdelijk zal veroordelen tot betaling aan [appellanten] van een door het hof op basis van redelijkheid en billijkheid vast te stellen bedrag als schadevergoeding wegens de waardevermindering van deze resterende, niet overgedragen aandelen;

5. subsidiair: zal verklaren voor recht dat Rabobank c.s. onrechtmatig jegens [appellanten] hebben gehandeld en dat Rabobank c.s. uit dien hoofde hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade die [appellanten] als gevolg daarvan lijden;

6. subsidiair: Rabobank c.s., hoofdelijk, des dat de een betaalt de ander zal zijn bevrijd, zal veroordelen tot betaling van een schadevergoeding aan [appellanten], nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet en te vermeerderen met een vergoeding aan wettelijke rente (ex artikel 6:119 BW) vanaf de dag van aansprakelijkstelling, althans vanaf de dag der dagvaarding, althans vanaf een door het hof in goede justitie te bepalen datum;

7.1. zal verklaren voor recht dat de borgtochtovereenkomst d.d. 16 oktober 2009 tussen [appellant] en [appellante 1] en Rabobank Rijn en Veenstromen is komen te vervallen c.q. dat de rechten uit de borgtocht teniet zijn gegaan;

7.2. subsidiair: de borgtochtovereenkomst d.d. 16 oktober 2009 tussen [appellant] en [appellante 1] en Rabobank Rijn en Veenstromen zal ontbinden op de voet van artikel 6:258 lid 1 BW en daaraan terugwerkende kracht zal verlenen in die zin dat Rabobank c.s. geen beroep meer toekomt op het overeengekomene;

7.3. meer subsidiair: zal verklaren voor recht dat aan de borgtochtovereenkomst d.d. 16 oktober 2009 tussen [appellant] en [appellante 1] en Rabobank Rijn en Veenstromen op de voet van artikel 6:248 lid 2 BW dan wel op basis van dwaling ex artikel 6:228 BW geen toepassing meer toekomt;

8. Rabobank c.s. zal veroordelen in de kosten van beide instanties."

#### 4 *De beoordeling van de grieven en de vorderingen*

##### Fusie

4.1 Naar [appellanten] niet hebben weersproken, zijn Rabobank c.s. als gevolg van fusie

per 1 januari 2016 opgegaan in Coöperatieve Rabobank U.A. (verder: Rabobank). De gevorderde hoofdelijkheid is daarom niet langer toewijsbaar.

##### Inhoud van de zaak; feiten

4.2 Deze zaak gaat over het volgende.

4.2.1 Bij de onder [appellante 2] ressorterende [Beheer] (verder: Beheer) en haar dochtervennootschappen Midreth Real Estate B.V., Memid Investments B.V. en Bouwbedrijf Midreth B.V. met (klein-)dochters (verder: de Midreth Groep; zie het organogram in productie 1 bij inleidende dagvaarding) was Rabobank sedert jaren huisbankier van haar bouw- en vastgoedactiviteiten (niet van de door anderen hypothecair gefinancierde activa) tegen zekerheden. In 2007 had Rabobank al aan de Midreth Groep een renteswap (rentederivaat) op haar leningportefeuille opgelegd. Na 2007 werd de Midreth Groep keer op keer geconfronteerd met ernstige liquiditeitstekorten en vroeg zij aan Rabobank meermalen om oplopende financiering (het uitstaande bankobligo bedroeg eind 2007 circa € 22.000.000, in 2008 circa € 35.000.000 en in 2009, sedert februari 2009 onder Bijzonder Beheer, circa € 57.000.000) waartegenover Rabobank, naast een rentewijziging in 2009, toenemende zekerheden heeft verlangd, op 12 juni 2009 een equity kicker van 10% van de netto-opbrengst in geval van verkoop van Memid Galgenwaard en/of van Bouwbedrijf Midreth en op 7/8 september 2009 voor een aanvullende kredietfaciliteit van € 7.500.000 een verhoging van [appellant] privéborgtocht van € 1.000.000 naar € 5.000.000 (afgegeven op 22 september 2009), verhoging van de hypothecaire inschrijvingen van tweemaal € 15.000.000 naar tweemaal € 30.000.000 alsmede een op 1 juli 2010 te betalen fee van € 2.000.000 (producties 6, 7 en 9 bij memorie van grieven).

4.2.2 Na in opdracht van Rabobank uitgebrachte onderzoeksrapporten van KwikGielen & Co van 18 november 2009 en van HWH Partners van april 2010, waaruit opnieuw van liquiditeitsproblemen bleek (producties 27 bij memorie van grieven en 59 bij dagvaarding in eerste aanleg) en toen in de neergaande markt verdere liquiditeitstekorten zichtbaar werden, is Rabobank gaan aandringen op een crediturenakkoord. Daarvoor heeft [appellant] in september 2010 gesprekken gevoerd met de bouwbedrijven Volker Wessels en Van Wijnen, die echter niet zijn ingestapt. Toen de Midreth Groep in oktober 2010 in acute liquiditeitsproblemen verkeerde, heeft [appellant] overleg gevoerd over een overlevingsplan, vervolgens op schrift gesteld op 9 oktober 2010 (producties 30 en 31 bij dagvaarding in eerste aanleg) met vier participanten - Rabobank, [Bedrijf 1] van makelaar Zadelhoff en twee onderaannemers tevens schuldeisers [Bedrijf 6] en [Per-

soon 1] (Vastgoed B.V.) - die aanvankelijk risicodragend kapitaal zouden moeten verstrekken tegen verwatering van het aandelenbelang van [appellant] via [appellante 2] in Beheer tot 40%. Nadat Rabobank eerder had afgehaakt, waarop haar bestuurder [bestuurder] later terugkwam, is tussen de vier participanten alsmede Beheer, Bouwbedrijf, Investments, [appellant] en [appellante 2] ten slotte een redingsfinanciering tot stand gekomen en neergelegd in de overeenkomst van 13 oktober 2010, de zogenaamde termsheet.

4.2.3 In de termsheet (productie 38 bij inleidende dagvaarding tevens 17 bij memorie van grieven) hebben de betrokken partijen, elke groep bijgestaan door een advocaat, overwogen dat de Midreth Groep liquiditeitsproblemen had die een onmiddellijke bedreiging vormden voor haar continuïteit en dat zij de participanten had geïnformeerd dat de tot ultimo 2011 benodigde liquiditeit € 20.000.000 betrof en zijn partijen, zakelijk weergegeven, het volgende overeengekomen.

[Appellant] zou terugtreden als statutair directeur van de Midreth Groep ([persoon 2] volgde hem per 12 november 2010 op, hof). Voor het vastgoed zou een verkoopplan worden opgesteld. De door Rabobank verstrekte financiering zou worden geherstructureerd, waarbij de bestaande kredietruimte van € 3.625.000 Faciliteit A vormde. De participanten zouden € 16.375.000 uitleenen (Faciliteit B, waarin Rabobank deelnam voor € 3.875.000). De beide faciliteiten van tezamen € 20.000.000 zouden worden aangewend ter aflossing van de intercompany schuld van Memid aan Midreth (deze was ontstaan doordat Midreth door haar gebouwd en inmiddels elders overkoopbaar onroerend goed had verkocht aan Memid). De rentevergoeding over de Faciliteiten werd bepaald op de Rabobank Basisrente (toen 4,25%) plus 1,5%.

Van de termsheet bepaalde vervolgens artikel 15:

“Na volledige aflossing van de Faciliteiten zal de vrije cashflow als volgt worden aangewend:

- a. Betaling van de aan Rabobank verschuldigde fee (...) als bedoeld in artikel 10 sub e van deze overeenkomst ad € 2.000.000,- en vervolgens;
- b. EURO 20.000.000,- als fee voor de Participanten en [appellant] in de volgende verhouding:  
Rabobank 28,125%  
[Bedrijf 6] 18,75%  
[Persoon 1] 9,375%  
[Bedrijf 1] 18,75%  
[appellant] 25%.”

Ten slotte verplichtte artikel 21 van de termsheet [appellant] en [appellante 2] tot overdracht van 60% van de door haar gehouden

aandelen voor € 1 aan de participanten in de verhouding Rabobank 37,5%, [Bedrijf 6] 25%, [Persoon 1] 12,5% en [Bedrijf 1] 25%.

4.2.4 Een en ander is uitgewerkt in de Gewijzigde en wederom volledig vastgestelde leningsovereenkomst met Rabobank en de andere participanten van 12 november 2010 en de Intercreditor overeenkomst van 19 november 2010 (producties 39 en 40 bij inleidende dagvaarding).

4.2.5 De injectie van € 20.000.000 was echter al op in januari 2011. Na faillietverklaringen van Bouwbedrijf Midreth op 14 februari 2011 en van Midreth Real Estate en Memid Investments op 28 juni 2011 heeft Rabobank nog een openstaande vordering van ongeveer € 53.000.000, uit hoofde waarvan zij [appellant] onder de borgtochtovereenkomst voor € 5.000.000 heeft aangesproken en waarvoor zij inmiddels een voorziening heeft getroffen.

Verwijten van [appellanten]

4.3 Met een beroep op een aantal normschendingen en remedies bestrijden [appellanten] de diverse gedragingen van Rabobank in de aanloop van het jaar naar en bij de totstandkoming van de termsheet van 13 oktober 2010 alsook nadien. Deze zullen hierna worden behandeld naar aanleiding van de in hoger beroep gewijzigde vorderingen in conventie.

Vorderingen onder 2 en 3 (en mogelijk 4); verjaring beroep misbruik van omstandigheden?

4.4 [Appellanten] gronden hun vorderingen onder 2 en 3 (en mogelijk 4) hier op dat Rabobank bij de termsheet wat betreft de aandelenoverdracht misbruik van omstandigheden heeft gemaakt, waarop [appellanten] in plaats van een vernietiging wegens misbruik van omstandigheden op grond van artikel 3:54 lid 2 BW verlangen dat het hof ter opheffing van het nadeel de gevolgen van de termsheet wijzigt wat betreft de koopprijs. Hiertegenover heeft Rabobank zich beroepen op verjaring ingevolge artikel 3:52 lid 1, aanhef en onder b. BW op de grond dat een termijn van drie jaren is verstreken nadat deze invloed heeft opgehouden te werken. Ter comparitie hebben [appellanten] zich hierover uitgelaten.

4.5 Hierover oordeelt het hof als volgt.

Rechtsvorderingen tot vernietiging van een rechtshandeling verjaren ingevolge artikel 3:52 lid 1, aanhef en onder b. BW in geval van misbruik van omstandigheden drie jaren nadat deze invloed heeft opgehouden te werken. Artikel 3:54 lid 2 BW bouwt hierop voort doordat de rechter op verlangen van een der partijen, in plaats van een vernietiging wegens misbruik van omstandigheden uit te spreken, ter opheffing van het nadeel de gevolgen van de rechtshandeling kan wijzigen. Naar aanleiding

van een parallelle situatie van een vordering op grond van artikel 6:230 lid 2 BW, strekkende tot opheffing van het nadeel bij dwaling, overwog HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5068:

“Daarmee is beoogd het veel ingrijpendere middel van de vernietiging achterwege te laten, indien de gevolgen van de rechtshandeling ter opheffing van het nadeel gewijzigd kunnen worden (aldus T.M., Parl. Gesch. Boek 3, blz. 241, bij art. 3:54 BW, dat een overeenkomstige mogelijkheid biedt bij misbruik van omstandigheden). Bij het voorgaande past dat de mogelijkheid om een wijziging van de gevolgen van de overeenkomst te vorderen niet meer bestaat, als de rechtsoverdring tot vernietiging van de overeenkomst is verjaard.”

[Appellanten] hebben aangevoerd dat hun vorderingen ook al in de eerste aanleg steunden op de inhoudelijke rechtsgrond van misbruik van omstandigheden, hetgeen volgens hen doorslaggevend is, terwijl in hun visie niet beslissend is welk gevolg zij daaraan toen hebben verbonden. Naar het oordeel van het hof hebben [appellanten] in eerste aanleg hun vordering niet afzonderlijk gegrond op vernietiging wegens misbruik van omstandigheden maar op een, misbruik van omstandigheden omvatende, onrechtmatige daad. Bij de in artikel 3:52 BW voorziene verjaring gaat het, evenals bij de in Boek 3, Titel 11 BW vanaf artikel 3:306 BW geregelde verjaringen, juist om de rechtsoverdring. [Appellanten] hebben niet bestreden dat een mogelijke rechtsoverdring tot vernietiging van de termsheet wegens misbruik van omstandigheden niet is ingesteld en al was verjaard voordat zij bij hun memorie van grieven van 1 december 2015 alsnog hun daarop voortbouwende vordering tot opheffing van nadeel hebben ingesteld. Daarom slaagt het verjaringsverweer tegen die vordering en zullen de vorderingen in conventie onder 2 en 3 en, voor zover daarop mede gebaseerd, onder 4 worden afgewezen.

Waardevermindering resterende 40% aandelen?

4.6 [Appellant] baseren hun vorderingen onder 4 (verder) hierop dat hun resterende 40% aandelen door en na de overdracht door toedoen van Rabobank in waarde zijn verminderd, waar Rabobank een aantal verweren tegenover stelt.

4.7 Hierover oordeelt het hof als volgt.

De enkele omstandigheid dat Rabobank en de andere participanten de 60% aandelen hebben overgenomen voor een symbolische koopprijs van, mogelijk tegen de zin van [appellanten], € 1 brengt niet zonder meer mee dat de waarde van de aan [appellant] resterende 40% aandelen door toedoen van de participanten, of van door Rabobank gepleegd misbruik van om-

standigheden, is verminderd, laat staan tot een waarde van € 1 of nihil. Voor zover [appellanten] het standpunt innemen dat Rabobank door haar gedrag in de maanden na oktober 2010 de aandelenwaarde heeft laten vernietigen door aanstelling van niet capabele interim consultants en managers, waarbij [appellant] in feite als directeur buiten spel was gezet, strandt deze, overigens in het licht van het verweer daartegen onvoldoende feitelijk onderbouwde, vordering hierop dat het hier gaat om afgeleide schade, terwijl [appellanten] niet hebben uiteengezet, noch zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt in te zien waarom de opstelling en het gedrag van Rabobank na de totstandkoming van de termsheet in strijd zou zijn met de jegens [appellant] en/of [appellante 2] als aandeelhouder in privé specifiek vereiste zorgvuldigheid. Daartoe is niet voldoende dat de vennootschappen zonder enige invloed van [appellant] zijn gefailleerd noch dat de belangen van [appellanten] (bestaande uit in privé verstrekte zekerheden en afhankelijkheid van de Midreth Groep wat betreft inkomen, pensioen en vermogensvorming) in aanzienlijke mate waren verweven met zijn vennootschappen.

Ook op grond van het voorgaande moet de vordering onder 4 worden afgewezen.

Vorderingen 1, 5 subsidiair en 6 subsidiair

4.8 De vorderingen onder 1 en 5 subsidiair (met als sequeel 6 subsidiair) van [appellanten] strekken tot vaststelling van diverse tekortkomingen en/of onrechtmatige gedragingen van Rabobank jegens hen in de aanloop van het jaar naar en bij de totstandkoming van de termsheet alsmede nadien, hetgeen Rabobank gemotiveerd betwist.

4.9 Ter comparitie is namens [appellanten] verklaard dat het hen gaat om het gedrag van Rabobank in de aanloop van het jaar naar en tot en met de termsheet van 13 oktober 2010.

Wijziging van Euribor rente naar Rabobank Basisrente

4.10 In de onweersproken e-mail van 6 april 2010 (productie 18 bij inleidende dagvaarding heeft ([persoon 3]) [appellanten] aan Rabobank onder meer bericht:

“Met de contracten is destijds beoogd om het variabele renterisico van Midreth Groep, vanwege de toen op euribor gebaseerde werkkapitaalfaciliteiten bij Rabobank, af te dekken. (...)

Zoals bekend is de euribor basis voor de werkkapitaalfinanciering bij Rabobank in het eerste kwartaal van 2009 op voorstel van Rabobank losgelaten. Hiermee werd ook de relatie tussen de door Rabobank verstrekte rentederivaten enerzijds en de door

Rabobank verstrekke financieringen anderszids (waarschijnlijk onbewust) doorbroken. Gevolg is dat wij op dit moment niet alleen de contractueel beoogde Rabobank Basisrente +1,5% betalen op onze werkkapitaal financiering maar over € 20 mln. ook nog het verschil tussen 3-maands euribor (...). Over de eerste € 20 mln van onze faciliteit betalen wij daardoor op dit moment 4,85% (zijnde de actuele Rabobank Basisrente) +1,5% (zijnde de actuele marge) +3,365% = 9,715% (!), Ten opzichte van de actuele Rabobank Basisrente een credit spread van 4,865%. Ten opzichte van de 3-maand Euribor een onwaarschijnlijke credit spread van 9,08%. Dit kan natuurlijk niet de bedoeling zijn. (...)."

Verder heeft Rabobank de rente wegens een omissie in het systeem alsnog gecorrigeerd in het concept verslag van 11 april 2011 (productie 43 bij memorie van grieven).

Naar aanleiding hiervan oordeelt het hof als volgt.

Voor zover Rabobank voor de toenemend riskante financiering, naast de niet onbegrijpelijke noch onredelijke uitbreiding van haar zakelijke en persoonlijke zekerheden, in de uitgebreide rekening-courant verhouding wegens de toegenomen risico's hogere rentetarieven in rekening zou hebben gebracht, valt, zonder nadere toelichting die ontbreekt, niet zonder meer in te zien dat zij door gebruikmaking van die bevoegdheid is tekortgeschoten jegens de lenende vennootschappen noch onrechtmatig zou hebben gehandeld jegens [appellanten]. Ook de omzetting van Euribor naar de Rabobank Basisrente is in het licht van de toenmalige financiële crisis (zie rov. 4.12) niet onbegrijpelijk noch zonder meer als onredelijk te bestempelen.

Ten slotte hebben [appellanten], op wie ter zake stelplicht rust, niet uiteengezet hoe het voormelde concept verslag in andere zin zou moeten worden begrepen. In de rentekwestie valt daarom op zichzelf beschouwd geen normschending te ontdekken.

#### Renteswap

4.11 Rabobank had al in 2007 in verband met de Euribor rente een derivaat in de vorm van een renteswap voorgeschreven voor € 20.000.000 van de totale leningportefeuille van destijds circa € 132.000.000. De hierover tussen partijen gesloten overeenkomst gold van 7 juli 2007 tot 1 juli 2012. Deze renteswap betrof de zogenaamde Super Collar (productie 3 bij memorie van grieven) en kostte gemiddeld per kwartaal ongeveer € 200.000 (zie productie 4 bij memorie van grieven). Dit strekte volgens partijen ter bescherming van de Midreth Groep tegen het risico van verhogingen van de Euribor rente.

Rabobank heeft ter comparitie aangevoerd dat de wijziging van het tarief van Euribor rente naar Rabobank Basisrente aanvankelijk betrekking had op de rekening-courant en blijvend op diverse andersoortige geldleningen van de Midreth Groep niet alleen bij Rabobank maar ook bij andere banken.

Naar het oordeel van het hof heeft Rabobank deze betwisting van [appellant] stelling echter tegenover de kredietdocumenten (in producties 4 en 16 bij inleidende dagvaarding en productie 2 bij memorie van grieven) onvoldoende feitelijk onderbouwd, zodat aan dit verweer wordt voorbijgegaan. Wel oordeelt het hof het niet onredelijk dat Rabobank in de toenemende kredietafhankelijkheid van de Midreth Groep aanleiding heeft gevonden om deze beschermingsmaatregel dringend te adviseren c.q. min of meer op te leggen.

4.12 Wat betreft de handhaving van de renteswap klagen [appellanten] er over dat als gevolg van het door Rabobank in 2009 gewijzigde rentebeleid (voortaan met een vaste Rabobank Basisrente met opslag en zonder de variabele Euribor rente) de kostbare renteswap voortaan nutteloos was geworden, zodat Rabobank in april/mei 2010 op verzoek van de Midreth Groep (producties 40-43 bij memorie van grieven) ofwel de rente ofwel de rentederivaten kostenneutraal had moeten oplossen, hetgeen Rabobank echter weerspreekt.

Dit standpunt van [appellanten] oordeelt het hof juist omdat niet is komen vast te staan dat de renteswap ook betrekking had op andere dan de Rabobankkredieten die aanvankelijk golden tegen een Euribor rentetarief (zie producties 18 bij inleidende dagvaarding en 40 bij memorie van grieven). De verplichting tot voortzetting van de renteswap was daarom zeer nadelig voor [appellanten].

#### Equity kicker

4.13 Hetzelfde geldt voor de equity kicker d.d. 12 juni 2009 van 10% van de netto-opbrengst in geval van verkoop van Memid Galgenwaard en/of van Bouwbedrijf Midreth (productie 9 bij memorie van grieven). Volgens de toelichting namens Rabobank ter comparitie worden klanten met een verhoogd risico geconfronteerd met hogere tarieven, terwijl zij juist liquiditeit nodig hebben; dan is de modus om de rente gelijk te houden en pas af te rekenen als het beter gaat; de equity kicker is zo een goed instrument om de rente op hetzelfde niveau te houden, de liquiditeit op dat moment niet te belasten en het banktaandeel (de gemiste rente) in de toekomst alsnog te verzilveren.

Het hof constateert dat Rabobank in de processtukken niet eerder deze stelling heeft betrokken en dat van de zijde van [appellanten] ook is betwist dat de renteverhoging vanwege

de equity kicker niet in rekening gebracht is gebracht.

Uitgaande van de door Rabobank gestelde ratio van de equity kicker oordeelt het hof voor een dergelijk geval goed voorstelbaar dat later de tot dan toe opgeschorte en daardoor gecumuleerde renteverplichtingen worden ingelost, maar een beding inhoudende een opbrengstpercentage uit liquidatieverkoop, zoals hier, bevat geen reëel, zakelijk en te berekenen verband meer met enig rente uitstel, hetgeen wegens het voor [appellanten] zeer nadelige karakter van zo'n constructie ernstig te denken geeft. Dit wordt niet anders door de door Rabobank aangevoerde omstandigheden dat de aanvullende financiering in feite risicodragend kapitaal betrof en dat onvoldoende additionele zekerheden voorhanden waren.

#### Mislukking overnamegesprekken

4.14 [Appellanten] verwijten Rabobank dat de overnamegesprekken met Volker Wessels en met Van Wijnen zijn mislukt.

Wat betreft Volker Wessels heeft Rabobank daar echter onweersproken tegenover aangevoerd dat Volker Wessels alleen mankracht wilde leveren tegen een optie op alle aandelen en dat Rabobank dan de financiële middelen van uiteindelijk € 25.000.000 ter beschikking diende te stellen, waarop € 10.000.000 niet zou worden terugbetaald en waarvoor geen zekerheden konden worden verschaft (zie haar brief van 30 september 2010, productie 15 bij memorie van grieven). Onder deze gegeven omstandigheden was Rabobank naar het oordeel van het hof in redelijkheid niet verplicht om aan een dergelijke sanering mee te werken.

Rabobank betwist verder dat de mislukking bij Van Wijnen aan haar te wijten zou zijn. Volgens haar werd in de optie Van Wijnen van haar verlangd de onderneming nog langere tijd in de lucht te houden door middel van een nieuwe liquiditeitsondersteuning (in januari 2011), terwijl de uitkomst van het door Van Wijnen nog te verrichten due diligence onderzoek op zich zou laten wachten en bovendien ongewis was. Hiertegenover hebben [appellanten], hoewel dit van hen mocht worden verwacht, geen nadere feitelijke onderbouwing gegeven van hun stelling, zodat die bij gebrek aan feitelijke grondslag niet opgaat.

Een fee van € 2.000.000 en een fee van € 20.000.000

4.15 Verder heeft Rabobank twee fees bedongen, op 7/8 september 2009 een eerste fee van € 2.000.000, al snel te voldoen op 1 juli 2010 (productie 7 bij memorie van grieven), en in de termsheet van 13 oktober 2010 een tweede fee voor zichzelf van  $(28,125\% \times € 20.000.000 =) € 5.625.000$ , waarbij tevens nader is bepaald dat de eerste fee op 31 de-

cember 2010 moest zijn voldaan (producties 38 bij inleidende dagvaarding). De beide fees worden nog eens herhaald in artikel 12 van de Gewijzigde en wederom volledig vastgestelde leningsovereenkomst van 12 november 2010 met Rabobank (productie 39 bij inleidende dagvaarding).

Ter comparitie heeft Rabobank aangevoerd dat de fee van € 2.000.000 is vervangen door de equity kicker hetgeen toen door [appellanten] is betwist en ook niet blijkt uit de vastlegging van de equity kicker in de geaccordeerde brief van 12 juni 2009 en uit de volgorde van deze brief ten opzichte van de termsheet van 13 oktober 2010. Het blijkt evenmin uit de hiervoor vermelde overeenkomst van 12 november 2010, terwijl Rabobank ook niet heeft opgegeven wanneer, waarom en hoe tot die vervanging zou zijn besloten en/of deze schriftelijk door Rabobank zou zijn vastgelegd en geaccordeerd, zodat daarvan naar het oordeel van het hof niet kan worden uitgegaan.

De fee van € 2.000.000 was voor een kredietuitbreiding met € 7.500.000 en moest binnen 10 maanden worden terugbetaald, hetgeen uiteraard een grote druk op de toch al krappe liquiditeit legde. De fee van € 20.000.000, waarvan € 5.625.000 aan Rabobank toekwam, hing samen met de kredietuitbreiding met in totaal € 20.000.000, waarvan Rabobank deelnam voor € 3.625.000 aan bestaand krediet en voor nog eens € 3.875.000 (faciliteiten A en deels B); deze fee betrof ook volgens Rabobank een enorm bedrag. Volgens haar waren fees van 10% niet ongewoon, maar naar het oordeel van het hof overtroffen deze beide fees blijkens het voorgaande dat percentage verre. Anders dan Rabobank ter comparitie zonder nader onderbouwing voor het eerst heeft aangevoerd, kunnen deze fees elk afzonderlijk niet als rentevergoeding worden aangemerkt noch strekken tot uitstel van een rentevergoeding; dat was ook niet overeengekomen en is door [appellanten] gemotiveerd betwist. Hun hoogte houdt met rente(-uitstel) geen, te beredeneren, verband. Het bedrag van € 20.000.000 zou volgens Rabobank zijn ontleend aan de door [appellant] veronderstelde overwaarde in het onroerend goed, maar dit rechtvaardigt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, nog niet een fee van een dergelijke buitensporige omvang (€ 5.625.000 voor Rabobank). Zelfs indien de kredietuitbreidingen risicant waren en daarvoor geen aanvullende zekerheden meer beschikbaar waren, dan nog staan beide fees in geen enkele redelijke verhouding tot die kredietuitbreidingen. Niet van belang is dat de tweede fee niet, zoals Rabobank aanvoert, door haar zou zijn bedongen maar zou zijn opgekomen op initiatief van een of meer van de andere participanten (Zadelhoff) en door haar, Rabobank, alleen maar zou zijn aanvaard.

Evenmin valt een fee van een dergelijk excessieve omvang te verdedigen met de verklaring namens Rabobank ter comparitie dat daarmee voor het geval van realisatie van meerwaarde van onroerend goed, ter vermindering van kapers op de kust, tevoren een potentiële claim wordt gelegd voor het geval die meerwaarde zich realiseert. Ook hier moeten de fees worden aange-merkt als voor [appellanten] zeer nadelig.

Overdracht(sverplichting) van 60% van de aandelen voor € 1

4.16 Dan komt aan de orde de verplichting in de termsheet van [appellant] en [appellante 2] tot overdracht van 60% van de door hen gehouden aandelen voor € 1 aan de participanten, waarvan aan Rabobank 37,5% toekwam (en aan [Bedrijf 6] 25%, [Persoon 1] 12,5% en [Bedrijf 1] 25%), zodat Rabobank (Investments B.V.) 22,5% van het totaal van de geplaatste aandelen verkreeg. Rabobank heeft er recht op gewezen dat het aannemen van risicodragend kapitaal voor een bank heel bijzonder is. Dit had Rabobank jegens [appellant] en [appellante 2] moeten bewegen tot de nodige, voorzichtige terughoudendheid. Rabobank heeft wel aangevoerd dat de tegenprestatie niet € 1 bedroeg maar bestond uit de verstrekking van de redding financiering, echter dit verweer miskent de dwingende bewijskracht van de termsheet in de onderhandse akte, waaruit blijkt van een koopprijs van € 1 en van diverse andere, wel aan de kredietuitbreiding verbonden tegenprestaties. Naar het oordeel van het hof staat wel voldoende vast dat het idee van de aandelenoverdracht is voortgekomen uit het eerder in oktober 2010 gepresenteerde overlevingsplan en de daarin voorgenomen verstrekking door de participanten van risicodragend kapitaal tegen verwatering van het aandelenbelang van [appellant] via [appellante 2] in Beheer tot 40%, een idee van Van Zadelhoff. Daarin kon een aandelenoverdracht als regel nog wel goed passen, zodat het niet vreemd of verwijtbaar was dat Rabobank in dat kader in haar brief van 5 oktober 2010 (productie 27 bij inleidende dagvaarding) nog uitging van een wijziging van de aandelenverhouding (zij met een rigoureuze reductie van het aandelenkapitaal van [appellanten] tot 10%). Dat was echter, naar Rabobank redelijkerwijs behoorde te begrijpen, niet langer het geval toen partijen in de termsheet hadden besloten tot verstrekking van krediet in plaats van risicodragend kapitaal. Voor zover het de participanten, waaronder Rabobank, ging om verkrijging van de stemrecht en zeggenschap in de Midreth Groep bestonden daarvoor voldoende alternatieven (zo kon bijvoorbeeld de statutenwijziging van maart 2010 waarbij verpanding van aandelen met stemrecht werd uitgesloten, worden teruggedraaid) en was een definitieve aande-

lenoverdracht zeker niet noodzakelijk. Of de waardering van € 1 voor de 60% aandelen al dan niet marktconform was (afhankelijk van continuïteit en discontinuïteit, waarvoor een deskundigenonderzoek noodzakelijk lijkt), het neemt in ieder geval niet weg dat daarmee aan [appellant] en [appellante 2] (als middellijk aandeelhouders) voor 60% de mogelijkheid werd ontnomen om te profiteren van verdere waardeontwikkelingen in de Midreth Groep of, zoals Rabobank (in haar memorie van antwoord sub 132) uitdrukt: *“dat zijn in oktober 2010 waardedoelzame aandelen toch weer waarde zouden (kunnen) krijgen”* indien een faillissement kon worden vermeden. Daarom is de mogelijkheid van schade op dit punt aannemelijk. Al met al geldt ook deze door Rabobank aanvaarde overdracht als zeer nadelig voor [appellanten] Of Rabobank daartoe bemiddelend opdrachtnemer is geweest, zoals [appellanten] aanvoeren en Rabobank betwist, behoeft dan geen beantwoording meer.

Noodtoestand, economische dwangpositie en afhankelijkheid

4.17 Naar tussen partijen niet in geschil is, had de Midreth Groep in het laatste jaar voor de termsheet van 13 oktober 2010 meermalen toenemende ernstige liquiditeitsproblemen, die een onmiddellijke bedreiging vormden voor haar continuïteit (een betalingsopdracht op 8 oktober 2010 werd bij voorbeeld niet meteen uitgevoerd). Ook indien de Midreth Groep toen voldoende solvabel zou zijn geweest, dan nog lagen door die liquiditeitsproblemen een continuïteitsbreuk met sureances, faillietverklaringen, ontslagen (van 170 personeelsleden, aldus [appellant] ter comparitie) en activeliquidatie onder openlijke druk in het verschiet. De Midreth Groep en haar middellijke aandeelhouders [appellant] en [appellante 2] verkeerden daardoor in bijzondere omstandigheden, niet alleen in noodtoestand en een economische dwangpositie maar ook in de voor huisbankier Rabobank wegens ontbrekende bancaire alternatieven kenbare afhankelijkheid van Rabobank, die inmiddels alle denkbare zekerheden, waaronder de verhoging van [appellant] privé borgtocht naar € 5.000.000 (zie verder vanaf rov. 4.26), zeer nadelige tegenprestaties in de vorm van de handhaving van de renteswap, de equity kicker en de fee van € 2.000.000 en een toenemende zeggenschap had verkregen. Naar Rabobank in hoger beroep niet gemotiveerd heeft weersproken en voor de hand ligt, stonden daardoor voor [appellant] en [appellante 1] privé ook diens inkomsten, schulden uit verstrekte zekerheden, pensioen en hun (financiële) existentie op het spel. Advocatenbijstand aan de zijde van [appellanten] en Midreth Groep bij de totstandkoming van de termsheet kon daarin uiteraard geen verande-

ring brengen. Zo Rabobank dit al niet wist, had zij een en ander redelijkerwijs behoren te begrijpen.

#### Normschendingen door Rabobank

4.18 Door onder die omstandigheden in de termsheet de eerste fee (van € 2.000.000) te handhaven en de tweede fee (van € 20.000.000, waarvan aan Rabobank € 5.625.000 toekwam) op te leggen en ten slotte de verplichting tot overdracht van 60% (aan Rabobank kwam dan 22,5% van alle aandelen toe) van de aandelen voor € 1 te accepteren, met, ten minste op papier, grote nadelen voor [appellanten] en onevenredig grote voordelen voor Rabobank, heeft Rabobank jegens haar contractspartijen bij de termsheet [appellant] en [appellante 2], die aldus 60% van hun aandelen voor € 1 hebben moeten overdragen, in strijd gehandeld met haar contractuele bancaire zorgplicht onder artikel 2 lid 1 van de ABV 2009 (om bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht te nemen en daarbij naar beste vermogen rekening te houden met de belangen van de cliënt). Dit geldt eens te meer wanneer die normschendingen, zoals hier onvermijdelijk, in onderling verband en samenhang worden beschouwd.

4.19 Evenals bij het afdwingen van voornadelige condities in de termsheet heeft Rabobank met de handhaving van de renteswap en de oplegging van de equity kicker aan Midreth Groep misbruik gemaakt van de situatie waarin niet alleen Midreth Groep maar ook [appellant] en [appellante 2] als aandeelhouder zich bevonden.

4.20 Met al het voorafgaande heeft Rabobank ook jegens [appellant] en [appellante 2] persoonlijk onrechtmatig heeft gehandeld. De door hen geleden schade is het gevolg van een samenhangend geheel van onrechtmatige gedragingen van Rabobank, die niet alleen ertoe hebben geleid dat de waarde van hun aandelen ernstig is aangetast door het onzorgvuldige beleid van Rabobank maar ook tot gevolg hebben gehad dat zij vervolgens die aandelen – onder druk van Rabobank – op een zeer ongunstig tijdstip en tegen een prijs van € 1 hebben moeten verkopen, zodat de door de waardevermindering ontstane schade definitief ten laste van hun vermogen is gekomen en niet meer kan worden opgeheven door een eventuele schadevergoeding van Rabobank aan de vennootschappen van Midreth Groep, terwijl bovendien ten tijde van de aan Rabobank verweten gedragingen hun belangen sterk met die van het concern waren verweven, mede in verband met de door hen in privé gegeven zekerheden en hun afhankelijkheid, voor wat betreft hun inkomen en vermogensvorming, van het door hen opgebouwde, in Midreth groep uitgeoefende bedrijf. Vergelijk HR 2 mei 1997,

ECLI:NL:HR:1997:ZC2365 (Kip en Sloetjes/Rabobank Winterswijk).

Anders dan Rabobank verdedigt, was hier voor geen actie van curatoren vereist en evenmin een vooropgezet doel van Rabobank.

#### Mogelijkheid van schade aannemelijk

4.21 Voor verwijzing naar de schadestaatprocedure is nodig maar ook voldoende dat de mogelijkheid aannemelijk is dat de hier aanwezig geoordeelde normschendingen schade hebben veroorzaakt. Rabobank heeft wel bestreden dat de aandelen in de Midreth Groep ten tijde van de overdracht enige waarde hadden en aangevoerd dat Bouwbedrijf Midreth en/of de Midreth Groep ook zonder de redingsoperatie van € 20.000.000 zou(-den) zijn gefailleerd in oktober 2010 en anders wel, losgekoppeld van de aandelenoverdracht, met dezelfde slechte liquiditeitspositie, in een van de volgende maanden. Naar het oordeel van het hof hadden de aandelen mogelijk wel enige (verwachtings-)waarde (zie rov. 4.16), zodat [appellant] en [appellante 2] daarmee de voor een schadestaatprocedure vereiste, lage drempel hebben genomen.

#### Dwaling door Rabobank?

4.22 Voor het geval de vorderingen van [appellant] niet op andere gronden sneuvelen, roept Rabobank bij wege van verweer de vernietiging in van de termsheet op de grond dat deze is tot stand gekomen onder invloed van dwaling als bedoeld in artikel 6:228 lid 1, aanhef en onder a., b. en c. BW en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten. Daartoe voert Rabobank aan dat de Midreth Groep en [appellant] haar tegen beter weten in keer op keer in die onjuiste zin hebben geïnformeerd dat € 20.000.000 voldoende zou zijn voor de continuïteit tot ultimo 2011, terwijl dat gezinszins het geval was.

Naar het oordeel van het hof kan dit verweer niet wegnemen dat Rabobank bij de totstandkoming van de termsheet onder persie ontrecte voordelen heeft binnengehaald en gehandhaafd die haar niet toekwamen, waarna redding van de Midreth Groep uiteraard nog moeilijker zo niet onmogelijk was geworden. Daarom kan dit verweer, wat daar overigens van zij, niet afdoen aan de mede op onrechtmatige daad gebaseerde vorderingen.

#### Normschendingen door Rabobank na de termsheet?

4.23 [Appellanten] hebben aangevoerd dat Rabobank in de maanden na de termsheet in strijd met de op haar rustende zorgplicht heeft gehandeld door alternatieve, goede oplossingen te weigeren, waartoe zij verwijzen naar een e-mail van [appellant] van 24 januari 2011, waarin hij een transactie met Van Wijnen heeft

voorgesteld en naar een e-mail van [persoon 2] van 24 januari 2011 waarin twee voorstellen van de participanten [Bedrijf 6], [Persoon 1] en [Bedrijf 1] worden bevestigd voor overname van vastgoed ter verkrijging van een flinke kapitaalsinjectie van € 10.000.000 (producties 32 en 33 bij memorie van grieven). Hiertegen heeft Rabobank echter het volgende aangevoerd. Ondanks de redding financiering van € 20.000.000 zijn al snel opnieuw liquiditeitsproblemen ontstaan. In januari 2011 is geen transactie met Van Wijnen tot stand gekomen met name omdat Van Wijnen tijd nodig had om projecten en dergelijke te onderzoeken. De oplossingen in de e-mail van [persoon 2] waren niet acceptabel omdat deze onvoldoende waren, onduidelijk was wat het kopen van tijd bood en de oplossingen in strijd kwamen met de Intercreditor overeenkomst van 19 november 2010 en tevens als paulianeus konden worden aangemerkt.

Naar het oordeel van het hof hebben [appellanten] deze verweren niet weerlegd, zodat hun grondslag niet opgaat.

[Appellanten] hebben nog aangevoerd dat Rabobank, indien zij na de termsheet voortvarend had gehandeld bij de verstrekking van de toegezegde financiering, er geen nieuw tekort was ontstaan en het faillissement van de Midreth Groep had kunnen worden voorkomen, hetgeen Rabobank gemotiveerd heeft betwist.

Naar het oordeel van het hof hebben [appellanten] deze stelling tegenover de gemotiveerde betwisting van Rabobank echter onvoldoende feitelijk onderbouwd, zodat zij niet opgaat.

#### Tussenconclusie

4.24 Op grond van het voorgaande zijn de vorderingen in conventie onder 1, 5 en 6 beperkt toewijsbaar zoals hieronder vermeld. Daaraan doet, als gezegd, niet af dat de curatoren in de faillissementen van de Midreth Groep geen vordering tegen Rabobank hebben ingesteld en evenmin dat niet zou zijn gebleken dat Rabobank heeft gehandeld met een vooropgezet doel.

#### Wettelijke rente

4.25 De vordering tot vergoeding van de wettelijke rente zal in de schadestaatprocedure aan de orde kunnen komen. In dit stadium is deze vordering niet toewijsbaar omdat deze afhangt van het ontstaan van de schadeposten, waarover onduidelijkheid bestaat.

#### Vordering 7: de privé borgtocht van [appellant]

4.26 Ten slotte verlangen [appellant] en [appellante 1] in hun vorderingen in conventie onder 7 op uiteenlopende gronden verval van de verplichtingen uit de op 16 oktober (bedoeld

zal zijn: 22 september) 2009 tot € 5.000.000 verhoogde borgtocht (productie 14 bij inleidende dagvaarding), hetgeen Rabobank bestrijdt.

4.27 Toen [appellant] de borgtocht van € 5.000.000 op 22 september 2009 (niet: 16 oktober 2009) verstrekke, heeft hij deze rechtshandeling verricht als bestuurder van diverse besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, waarvan hij alleen, middellijk of onmiddellijk, de meerderheid der aandelen hield, terwijl de borgtocht geschiedde ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschappen. Daarom betrof het een borgtocht onder artikel 1:88 lid 5 BW. Tot zover zijn partijen het eens. Dat initiele karakter van een zakelijke borgtocht heeft, anders dan [appellant] aanvoert, geen particulier karakter gekregen doordat [appellant] later bij de termsheet van 13 oktober 2010 (in feite) geen bestuurder meer was en de meerderheid van de aandelen moest overdragen.

4.28 Bij zijn beoordeling stelt het hof verder voorop dat de termsheet geen bepaling inhoudt van verval, vervanging of vernieuwing van de borgtocht, integendeel: volgens artikel 7, tweede volzin van de termsheet zou de zekerhedenstructuur van Rabobank niet negatief worden beïnvloed, hetgeen, naar [appellant] niet heeft weersproken, betekende dat op geen enkele wijze afbreuk mocht worden gedaan aan de toenmalige (zekerheids-)positie van Rabobank. Volgens [appellant] verklaring ter comparitie heeft bij de onderhandelingen over de totstandkoming van de termsheet niemand (dus ook hij niet) iets over de borgtocht gezegd, welk standpunt Rabobank bevestigt. Aan [appellant] moet worden toegegeven dat zijn borgtocht later niet (meer) voorkwam in Schedule 3 (Openbaringen van onder meer toegestane zekerheden) bij de Gewijzigde en wederom volledig vastgestelde leningsovereenkomst met Rabobank en de andere participanten van 12 november 2010 en evenmin in Annex II (Rabobank Zekerheden) bij de Intercreditor overeenkomst van 19 november 2010, beide uitwerkingen van de termsheet van 13 oktober 2010. Maar dit is niet bepalend want [appellant] is volgens zijn verklaring ter comparitie daarnaar pas gaan kijken toen hij door Rabobank aansprakelijk werd gesteld, zodat niet kan worden volgehouden dat hij op die grond bij de totstandkoming van de termsheet daadwerkelijk heeft vertrouwd op verval, vervanging, vernieuwing of een andere vorm van tenietgaan van de borgtocht. Daar komt bij dat [appellant] geen partij was bij deze leningsovereenkomst van 12 november 2010, waarvan artikel 10.1.8 bepaalde dat de in dat artikel aangeduide garantie een aanvulling was op andere gevestigde of te vestigen zekerheden. Voor zover [appellant] hier bedoelt dat hij als derde heeft ver-

trouwd op deze overeenkomsten - artikel 3:36 BW - is het hof van oordeel dat dit vertrouwen niet gerechtvaardigd is, waarbij nog komt dat voor de bescherming op grond van dit artikel nodig is dat [appellant] op grond van dat vertrouwen heeft voortgebouwd, waarover hij niets heeft gesteld en waarvan het hof ook niets is gebleken. Verder bepaalde artikel 6.1.2 van de Intercreditor overeenkomst dat de Rabobank Zekerheden niet het onderwerp van deze overeenkomst waren en Annex II enkel de voor de participanten relevante zekerheden vermelde ten aanzien van de in die overeenkomst als schuldenaar genoemde vennootschappen, waartoe [appellant] niet behoorde. Ook is nog van belang dat [appellant] namens de Midreth Groep op 19 oktober 2010 het financieringsvoorstel (productie 8 bij inleidende dagvaarding) heeft ondertekend inclusief de daarin opgenomen vermelding dat de bestaande zekerheden gehandhaafd bleven. Ten slotte heeft [appellant] niet uiteengezet dat en zo ja welk nadeel hij zou hebben geleden doordat Rabobank hem bij de termsheet niet uit de borgtocht heeft ontslagen. De omstandigheden dat [appellant] sedert de termsheet niet langer de meerderheid van de aandelen zou houden en geen vennootschapsbestuurder meer zou zijn, brengen, ook in onderling verband en samenhang gezien, niet mee dat de borgtocht daarom zou vervallen of voortaan als particuliere borgtocht zou gelden dan wel dat [appellant] daarop in redelijkheid zou mogen vertrouwen. [Appellant] kon wel nagaan dat Rabobank, naarmate de financiering opliep, de liquiditeitskrapte toenam en de zekerheden schaarser werden, niet zomaar stilzwijgend de borgtocht van € 5.000.000 prijs-gaf.

4.29 Al met al doen zich hier niet de door [appellanten] ingeroepen gevallen voor van schuldvernieuwing, al dan niet stilzwijgende toestemming en/of opgewekt vertrouwen in verval van de verplichtingen uit de borgtocht. Evenmin valt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, in te zien dat Rabobank bij het aangaan en het verhogen ervan haar contractuele zorgplicht zou hebben geschonden.

4.30 Voor de subsidiair gevorderde ontbinding van de borgtocht op grond van onvoorziene omstandigheden vereist artikel 6:258 lid 1 BW dat deze, niet in de overeenkomst verdisconteerde, omstandigheden van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten.

Naar het oordeel van het hof hebben [appellanten] deze bestreden vordering niet met feiten en/of omstandigheden onderbouwd, zodat deze zal worden afgewezen.

4.31 Voor de meer subsidiaire vordering is allereerst artikel 6:248 lid 2 BW van belang,

dat inhoudt: een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Het hof onderschrijft rov. 4.55 tot en met 4.63 van het eindvonnis en wijst daarom de meer subsidiaire vordering af.

4.32 De vorderingen onder 7 van [appellant] zijn derhalve terecht afgewezen en niet toewijsbaar. Daaruit vloeit voort dat voor [appellante 1] hetzelfde geldt.

4.33 Voor het geval van afwijzing van de vorderingen onder 7 heeft [appellant] subsidiair aangevoerd dat hij bij het aangaan van de termsheet heeft gedwaald; indien hij had geweten dat zijn privé borgtocht zou worden gehandhaafd, had hij de termsheet niet of niet onder dezelfde voorwaarden gesloten. Daarop grondt hij (kennelijk tevens) de (partiële) vernietiging van de borgstellingsovereenkomst.

Naar het oordeel van het hof kan de vernietiging van de borgstellingsovereenkomst van 22 september 2009 niet worden gebaseerd op feiten en omstandigheden die later hebben plaatsgevonden. Voor de vernietiging van de termsheet van 13 oktober 2010 wegens dwaling heeft [appellant] voorts geen feiten en omstandigheden aangevoerd als bedoeld in een van de drie gevallen onder artikel 6:228 lid 1 BW, zodat dit dwalingsberoep daarop strandt.

#### Bewijsaanbiedingen

4.34 Partijen hebben geen feiten en/of omstandigheden aangevoerd die, indien bewezen, tot een andere beslissing zouden moeten leiden. Daarom wordt aan hun bewijsaanbiedingen voorbijgegaan.

#### 5 De slotsom

5.1 Het hoger beroep slaagt in conventie in beperkte mate en faalt voor het overige. Het bestreden eindvonnis zal in conventie worden vernietigd.

5.2 De vorderingen in conventie onder 1, 5 en 6 zullen worden beperkt toegewezen zoals hieronder vermeld.

5.3 Nu beide partijen voor een deel in het ongelijk worden gesteld, zullen de kosten van de eerste aanleg in conventie en in hoger beroep worden gecompenseerd zoals hierna vermeld. De beslagkosten zijn in reconventie terecht aan Rabobank toegewezen.

5.4 Het eindvonnis zal in reconventie worden bekrachtigd.

#### 6 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

vernietigt het eindvonnis van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, van 23 oktober 2013 in conventie en doet in zoverre opnieuw recht:

verklaart voor recht dat Rabobank jegens [appellant] en [appellante 2] onrechtmatig en in strijd met de op haar rustende zorgplicht ex artikel 2 van de bankvoorwaarden heeft gehandeld, zoals hiervoor overwogen, en uit dien hoofde schadeplichtig is jegens hen;

veroordeelt Rabobank tot betaling aan [appellant] en [appellante 2] van een schadevergoeding ter zake het voorgaande, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

bepaalt dat iedere partij haar eigen kosten van de eerste aanleg in conventie en van het hoger beroep draagt;

bekrachtigt dat eindvonnis in reconventie;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.W. Steeg, H. Wammes en J.G.J. Rinkes, en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 27 maart 2018.

## RI 2018/57

### HOF ARNHEM-LEEUWARDEN

13 maart 2018, nr. 200.203.795

(L.J. de Kerpel-van de Poel, M.B. Beekhoven van den Boezem, H.M.L. Dings)

Art. 68, 180, 181 Fw; art. 3:86, 3:258 BW

ECLI:NL:GHARL:2018:2440

#### Rechten pandhouder

**Behoudt pandhouder voorrang na verkoop van roerende zaken door curator, die (niet op de hoogte van het pandrecht) de zaken krachtens eigen executiebevoegdheid heeft verkocht?**

*De bank verstrekt krediet aan A en krijgt een pandrecht op haar roerende zaken. A faillieert. De bank dient haar vordering in onder vermelding van haar pandrecht, maar bericht de curator later toch geen pandrecht te hebben. Na verkoop van de zaken door de curator, maar vóór de verificatievergadering bericht de bank de curator dat zij toch een pandrecht op de zaken had en dat zij zich met voorrang op de verkoopopbrengst wil verhalen. De curator betwist deze voorrang. Lindorff spant namens de bank een procedure aan tegen de curator. De bank vordert erkenning van haar recht van voorrang. De curator beroept zich op verval van pandrecht ex art. 3:86 lid 2 BW en afstand van recht. Volgens de rechtbank is het pandrecht van de bank tenietgegaan, maar heeft zij haar voorrang op de opbrengst behouden. De rechtbank overweegt:*

(i) ook i.g.v. een stil verpande vordering behoudt de pandhouder zijn voorrang op het geïnd op een executie door de curator en tenietgaan

van het pandrecht (HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641);

(ii) in het door art. 58 Fw bestreken geval doet verkoop door de curator van een verpande zaak evenzo het pandrecht tenietgaan, terwijl die pandhouder zijn voorrang op de opbrengst behoudt;

(iii) i.g.v. executie van een stil verpande vordering door een (derden)beslaglegger vervalt het pandrecht, maar behoudt de pandhouder zijn voorrang bij verdeling van de executieopbrengst (HR 23 april 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2896).

Aan analoge toepassing van deze rechtsregels staat niet in de weg dat de curator de zaken krachtens eigen executiebevoegdheid heeft verkocht. De verkoopopbrengst geldt als opbrengst in de zin van art. 180 lid 2 Fw, die aan de schuldeisers overeenkomstig hun rang wordt uitgekeerd. De rechtbank acht erkenning van de voorrang van de bank bovendien in lijn met HR 28 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:440, waaruit rechtbank concludeert dat ook bij tenietgaan van een pandrecht op een zaak ex art. 3:86 lid 2 BW de pandhouder zijn recht op voorrang behoudt. Niet gebleken is dat de bank afstand van recht heeft gedaan. Uit de brief van Lindorff kan geen afstand worden afgeleid. Uit de brief volgt dat de bank geen kennis had van haar pandrecht. De curator kan of mocht uit de brief evenmin hebben begrepen dat de bank zich van haar pandrecht bewust was (vgl. HR 18 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7008). De curator moet de voorrang van de bank respecteren. Wel moet de bank het verbindend worden van de uitdelingslijst moet afwachten en bijdragen in de algemene faillissementskosten. De curator gaat in appel.

*Hof: De arresten en wetsartikelen waarop de rechtbank zich beroept kunnen analoog worden toegepast en rechtvaardigen de conclusie dat de bank voorrang op de verkoopopbrengst toekomt. Daaraan doet niet af dat een stil pandrecht op vorderingen moet worden onderscheiden van een bezitloos pandrecht op roerende zaken en dat inning door de curator iets anders is dan executie door de curator met daaropvolgend verlies van een pandrecht ingevolge art. 3:86 lid 2 BW (waarbij het hof in het midden laat of het pandrecht ook in dit geval niet al op het moment van de executie is tenietgegaan ingevolge – analoge toepassing van – art. 188 Fw). Ook is niet doorslaggevend dat het stil pandrecht op vorderingen een andere historie kent dan het bezitloos pandrecht op roerende zaken. Belangrijker dan deze verschillen acht het hof namelijk de omstandigheid dat de arresten en wetsartikelen alle ertoe strekken de beperkt gerechtigde wiens recht door of na executie is vervallen, te beschermen. Het hof acht het behoud van voorrang bovendien in overeenstemming met het fixatiebeginsel. Uit de brief van Lindorff kan geen afstand van recht door de bank worden afgeleid. De curator kan of*