

van de redelijke kosten te beslissen.¹³³ Een eventueel geschil over de omvang en de redelijkheid van de gemaakte kosten zal op grond van art. 36 WOR aan de kantonrechter kunnen worden voorgelegd. Opmerking verdient verder dat de curator niet in persoon aansprakelijk is voor deze kosten. Het verzoekschrift richt zich niet tot de curator in persoon en voorts is niet gesteld of gebleken dat is voldaan aan de hoge eisen voor persoonlijke aansprakelijkheid van de curator zoals geformuleerd in het *Maclou*-arrest.¹³⁴ De verplichting tot vergoeding van de redelijke kosten is dus een schuld van de boedel.

7.6 In het verzoekschrift tot cassatie is voorts verzocht om de proceskosten in cassatie rechtens vast te stellen. Nu, wat mij betreft, alle drie de onderdelen van het cassatiemiddel gegrond zijn, is er aanleiding om DA Retailgroep c.s., als overwegend in het ongelijk gestelde partij, te veroordelen in de (forfaitaire) kosten van de cassatieprocedure.

7.7 Dan resteert enkel nog de gevraagde verklaring voor recht. Dit verzoek zou naar mijn mening eveneens direct door Uw Raad kunnen worden afgedaan. Een verklaring voor recht is uitsluitend toewijsbaar wanneer daarbij voldoende belang bestaat.¹³⁵ De verzochte verklaring kan niet resulteren in voorzieningen die tegen NDS als derde verkrijger kunnen worden ingeroepen (art. 25 lid 6 WOR) en kan evenmin een vordering tot schadevergoeding dragen. Het belang van de gevraagde verklaring is daarmee slechts gelegen in beantwoording van de voorliggende principiële vraag en de mogelijk daarvan uitgaande preventieve werking (hiervoor 4.19). Ik meen dat aan dit belang voldoende recht is gedaan met het slagen van de klachten en de hierna voorgestelde wijze van afdoening. Het verzoek kan dus zonder nader feitenonderzoek bij gebrek aan be-

lang worden afgewezen. Het dictum van de OK kan daarom in zoverre in stand blijven.

7.8 De afdoening op de hier voorgestane wijze resulteert in de voorliggende zaak in:

- een vernietiging van de beschikking van de OK van 26 mei 2016, doch uitsluitend voor wat betreft de afwijzing van het verzoek met betrekking tot de redelijke kosten van de procedure bij de OK;
- een verklaring dat DA Retailgroep c.s. gehouden zijn de redelijke kosten van de OR DA van de procedure bij de OK te voldoen;
- met veroordeling van DA Retailgroep c.s. in de kosten van het geding in cassatie.

7.9 Deze wijze van afdoening verdient naar mijn mening de voorkeur boven terugwijzing van de zaak naar de OK. Na terugwijzing zou worden voortgeprocedeerd over een verklaring voor recht met (voornamelijk) academische waarde. Dat lijkt mij, zeker gezien de kosten die daaraan voor de boedel zijn gemoeid, geen wenselijk resultaat. Daar komt bij dat de OR DA in het bijzonder algemene beantwoording van de voorliggende principiële vraag beoogde, die hier (in de door hem gewenste zin) wordt gegeven.

8. Conclusie

De conclusie strekt tot

- vernietiging van de beschikking van de Ondernemingskamer van 26 mei 2016, doch uitsluitend voor wat betreft de afwijzing van het verzoek met betrekking tot de redelijke kosten van de procedure bij de OK; en
- afdoening op de wijze als hiervoor onder 7.8 vermeld.

RI 2017/81

HOF ARNHEM-LEEWARDEN

2 mei 2017, nr. 200.170.731

(Mrs. A.W. Steeg, R.A. van der Pol, M.G. van 't Westeinde)

Art. 6:248 BW; art. 54 Fw; art. 4:103 Wft

ECLI:NL:GHARL:2017:3699

Opzegging overeenkomst. Verrekening.

Is beëindiging van assurantiebemiddelingsovereenkomsten en overneming van portefeuillebeheer toegestaan? Ziet art. 54 lid 1 Fw op gecreëerde verrekenbare schulden?

Bedrijf X is assurantietussenpersoon en heeft diverse samenwerkingsovereenkomsten met ASR. Het bedrijf incasseert verzekeringspremies voor ASR. ASR is provisies aan Bedrijf X verschuldigd. Beide vorderingen worden in rekening-courant geboekt. In rekening-courant ontstaat een forse

133 In de literatuur wordt wel verdedigd dat de beoordeling van de omvang en de redelijkheid van de gemaakte kosten ingevolge art. 36 WOR uitsluitend door de kantonrechter kan geschieden. Zie in dat verband de annotatie van S.F.H. Jellinghaus en B.I. Kraaijpoel bij de hier bestreden beschikking in *JIN* 2016/210 onder 9 en Asser/J.M.M. Maeijer, M.J. Kroeze, Deel 2-1*, *De Rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 626. In het verzoekschrift tot cassatie, randnummer 37 bepleit de OR DA dat een toewijzing van de kosten door de OK wel mogelijk is. Daartoe wordt verwezen naar OK 1 april 2004, *JAR* 2004/110 (*EOR/Equant*). Een beoordeling van de omvang en de redelijkheid van de gemaakte kosten ligt in deze zaak niet voor. De juistheid van deze opvatting kan hier dus in het midden blijven.

134 HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 m.nt. W.M. Kleijn.

135 Zie in dat verband HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:760, NJ 2016/77 m.nt. J.B.M. Vranken (*AIG/M*) en N.E. Groeneveld-Tijssens, *De verklaring voor recht*, diss., Deventer: Kluwer 2015, nrs. 34-40.

schuld ten laste van Bedrijf X. Omdat Bedrijf X die uiteindelijk niet voldoet, beëindigt ASR de samenwerkingsovereenkomsten met Bedrijf X. ASR neemt het beheer van de portefeuille over en verkoopt deze. Conform de overeenkomsten is ASR een afkoopsom voor de provisies aan Bedrijf X verschuldigd. ASR verrekent deze afkoopsom met de schuld van Bedrijf X. Bedrijf X faillieert kort nadien. De curator verzet zich tegen de beëindiging van de samenwerkingsovereenkomsten, het in eigen beheer nemen van de verzekeringsportefeuille en de verrekening. De rechtbank heeft de vorderingen van de curator afgewezen.

Hof: Op grond van die samenwerkingsovereenkomsten kan de verzekeraar de samenwerking op ieder moment, zonder inachtneming van enige opzegtermijn, opzeggen indien de intermediair na in gebreke te zijn gesteld en na ommekomst van de daarbij gestelde termijn zijn verplichtingen uit de samenwerkingsovereenkomst niet, niet tijdig, of niet deugdelijk nakomt. Bedrijf X was met aflossing van de openstaande rekening-courantschuld in verzuim en er bestond geen concreet uitzicht op betaling. In het licht van de voorgeschiedenis heeft ASR ook niet in strijd met de daarbij in acht te nemen redelijkheid en billijkheid gehandeld door haar langdurig afwachende houding op dat moment te beëindigen.

Op grond van de samenwerkingsovereenkomsten was de verzekeraar na beëindiging van de samenwerking gerechtigd het beheer van de portefeuille over te nemen. Bedrijf X, evenals de verzekeraar een professionele partij, behoorde op basis van de niet voor verschillende uitleg vatbare tekst van de relevante contractsbepaling redelijkerwijs te begrijpen dat de verzekeraar erop vertrouwde dat zij de voorafgaande voorwaardelijke toestemming van Bedrijf X als bemiddelaar in de zin van het ter bescherming van de bemiddelaar dwingendrechtelijke art. 4:103 lid 3 Wft had opgenomen en gekregen.

Volgens de Hoge Raad rechtvaardigt de strekking van art. 54 Fw niet het toepassingsbereik daarvan te doen uitstrekken tot een geval waarin 'voor de faillietverklaring een goed van de schuldenaar wordt gekocht en aldus een verrekenbare schuld wordt gecreëerd'. De schuld van ASR aan Bedrijf X is voortgevloeid uit de afkoop van de provisieaanspraken van Bedrijf X. Er is dus, strikt genomen, geen sprake van het overnemen van een schuld (of van een vordering). Het toepassingsbereik van art. 54 lid Fw strekt zich niet uit tot het geval van het creëren van een verrekenbare schuld, hetgeen naar het oordeel van het hof eens te meer geldt wanneer, zoals hier, sprake is van een tevoren contractueel voorziene wijze van afrekening.

Zie ook:

- HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1825, RI 2015/85: over de strekking van art. 54 lid 1 Fw (*Wemaro/De Bok q.q.*);
- HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7199, RI 2013/90: over de tekst van art. 54 lid 1 Fw (*Eringa q.q./ABN AMRO*);
- HR 30 januari 1953, NJ 1953/578 (*Doyer en Kalff/Bouman q.q.*);
- Rb. Zeeland-West-Brabant 2 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8181, RI 2017/31: toepassing van voornoemde arresten (*Verwiel q.q./Vermeer Transport*);
- R. Verdaas, 'Insolventie van de bemiddelaar in verzekeringen en het recht van de verzekeraar of de gevolmachtigde agent om de assurantieportefeuille in eigen beheer te nemen: "all animals are equal, but some animals are more equal than others"', in: Faber et al. (red.), *Overeenkomsten en insolventie* (serie Onderneming en recht deel 72), Deventer: 2012, par. 5 tot en met 7, die het in eigen beheer nemen van de portefeuille (ook ter zekerheid) mogelijk acht.

Zie anders:

- Noot Faber onder HR 10 juli 2015, JOR 2015/282, m.n. nr. 2 (*Wemaro/De Bok q.q.*);
- R. Verdaas, 'Insolventie van de bemiddelaar in verzekeringen en het recht van de verzekeraar of de gevolmachtigde agent om de assurantieportefeuille in eigen beheer te nemen: "all animals are equal, but some animals are more equal than others"', in: Faber et al. (red.), *Overeenkomsten en insolventie* (serie Onderneming en recht deel 72), Deventer: 2012, par. 9.2, die het ontstaan van de schuld als gevolg van het in beheer nemen van de portefeuille door de verzekeraar kwalificeert als schuldoverneming in de zin van art. 54 Fw.

Wenk:

In het faillissement van een assurantiebemiddelaar is diens portefeuille doorgaans het meest waardevolle actief. Het verdient enerzijds, ter bescherming van de (bedrijfsvoering van de) bemiddelaar, bescherming; anderzijds kan het in het belang van de (bedrijfsvoering van de) bemiddelaar zijn, wanneer hij over de portefeuille kan beschikken en deze bijv. in zekerheid kan geven. Over de vermogensrechtelijke kwalificatie alsmede de verpandbaarheid en het beheer ervan bestaat (nog) geen zekerheid (zie Verdaas (Zie anders) alsmede Van Hees in zijn noot in JOR 2016/314). Ter bescherming van de assurantiebemiddelaar heeft de wetgever wel bepaald dat de verzekeraar de portefeuille alleen in beheer mag (over) nemen op verzoek van de verzekeringnemer of met toestemming van de bemidde-

laar (art. 4:103 Wft). Door overname van de portefeuille creëert de verzekeraar een (feitelijke) verhaalspositie ten opzichte van de bemiddelaar. Hij kan de portefeuille dan immers verkopen. De aan de bemiddelaar af te dragen opbrengst en/of provisieafkoop-som zal de verzekeraar verrekenen met zijn vordering op de bemiddelaar. De uitspraak stelt in dit verband tenminste twee relevante onderwerpen aan de orde: (i) de bevoegdheid van de verzekeraar de portefeuille in eigen beheer te nemen en, daarmee samenhangend, (ii) de toepassing van art. 54 lid 1 Fw.

Portefeuille in eigen beheer

Doorgaans bedingt de verzekeraar in de samenwerkingsovereenkomst met de bemiddelaar diens voorwaardelijke toestemming als bedoeld in art. 4:103 Wft (bijv. onder de voorwaarde van verzuim of een faillissement). Het hof (en eerder al Verdaas (zie ook)) meent dat wettekst, noch wetsgeschiedenis noch strekking van de wet daaraan in de weg staan. Het bestaan van de toestemmingsbepaling leidt het hof af uit de 'niet voor verschillende uitleg vatbare tekst' die de bemiddelaar als professionele partij redelijkerwijs als toestemmingsbepaling had behoren te begrijpen.

Art. 54 Fw?

Vervolg-vraag is of de verrekening door de verzekeraar wellicht door art. 54 lid 1 Fw wordt getroffen. Dit artikel lid bepaalt dat verrekening onbevoegd wordt verricht in geval een (rechts)persoon een schuld aan of een vordering op de gefailleerde voor faillissement van een derde overneemt en verrekent, als hij bij de overneming niet te goeder trouw heeft gehandeld. De overnemer is niet te goeder trouw indien hij wist dat de schuldenaar in zodanige toestand verkeerde dat zijn faillissement was te verwachten (HR 30 januari 1953, NJ 1953/578).

In het verleden is in de literatuur en (lagere) jurisprudentie wel verruiming van het begrip 'overneming van een derde' bepleit (zie Faber (zie anders)). Ook een schuld of vordering voortvloeiend uit een door de schuldeiser met de schuldenaar voor faillissement aangegane overeenkomst zou dan niet voor verrekening in aanmerking kunnen komen. De Hoge Raad heeft echter in zijn arrest *Wemaro/De Bok q.q.* (onder verwijzing naar zijn arrest *Eringa q.q./ABN AMRO*) het toepassingsbereik van art. 54 lid 1 Fw beperkt. Art. 54 lid 1 Fw strekt ertoe verrekening uit te sluiten indien een schuld of een vordering van een derde wordt overgenomen met het doel de overnemer de mogelijkheid van verrekening te verschaffen. Binnen dat bereik valt niet het creëren van een verrekenbare schuld of vordering

door de schuldeiser of schuldenaar van de gefailleerde zelf.

Geen overneming schuld van derde

In dit geval had Bedrijf X, een assurantie-tussenpersoon, aan ASR een rekening-courantschuld. Als gevolg van de beëindiging van de samenwerkingsovereenkomsten door ASR was ASR een provisieafkoop-som verschuldigd aan Bedrijf X. ASR heeft haar rekening-courantvordering op Bedrijf X voor datum faillissement verrekend met haar schuld aan Bedrijf X. De curator wenst met een beroep op art. 54 lid 1 Fw de vordering op ASR in de boedel te doen vloeien. Hij beroept zich erop dat ASR met beëindiging van de samenwerkingsovereenkomsten in strijd met art. 54 Fw een verrekeningsmogelijkheid heeft gecreëerd. Ook stelt de curator dat ASR door de voldoening van de afkoop-som de facto de koopsom voor de assurantieportefeuille van Bedrijf X die de koper aan ASR verschuldigd was, heeft overgenomen. Het laatste argument gaat niet op omdat de assurantieportefeuille weliswaar is verkocht aan een derde, maar niet door Bedrijf X, maar door ASR. Daarmee doet zich een situatie als bedoeld in art. 54 Fw niet voor.

Ter zake het eerste argument oordeelt het hof dat de schuld die ASR in verrekening brengt, geen overgenomen schuld is, maar een door haarzelf gecreëerde schuld en wel uit hoofde van de (beëindigde) samenwerkingsovereenkomsten, in het bijzonder de afkoop van de verschuldigde provisie. Het hof doet daarbij een beroep op een beperking van het toepassingsbereik zoals door de Hoge Raad aangegeven in zijn arresten *Wemaro/De Bok q.q.* en *Eringa q.q./ABN AMRO*. Een voorbeeld van deze benadering is ook de uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant 2 maart 2016, RI 2017/31.

Pauliana?

In zijn arrest *Wemaro/De Bok q.q.* merkt de Hoge Raad overigens op dat de niet-toepasselijkheid van art. 54 Fw de toepasselijkheid van de art. 42 Fw en 6:162 BW onverlet laat. De weg van art. 42 Fw heeft de curator niet bewandeld en dat lijkt terecht. De beëindiging van de samenwerkingsovereenkomsten (waaruit de schuld van ASR voortvloeit) zou als benadelende rechtshandeling aan de actio pauliana ten grondslag moeten liggen. Die rechtshandeling lijkt als verplichte rechtshandeling te kwalificeren.

(J.A. Stal)

Arrest in de zaak van:

Mr. Ebel Sebastiaan Ebels, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van [Bedrijf X], kantoorhoudende te Den Haag, appelland in

principaal appel, geïntimeerde in voorwaardelijk incidenteel appel, in eerste aanleg: eiser, hierna: de curator, advocaat: mr. E.S. Ebels, tegen

1. ASR Nederland N.V.,
2. ASR Levensverzekering N.V.,
3. ASR Schadeverzekering N.V., alle gevestigd te Utrecht,
4. ASR Basis Ziektekostenverzekering N.V.,
5. ASR Aanvullende Ziektekostenverzekering N.V., beide gevestigd te Amersfoort,
6. ASR Bank N.V., gevestigd te Utrecht,
7. N.V. Amersfoortse Algemene Verzekering Maatschappij,
8. ASR Ziektekostenverzekeringen N.V., beide gevestigd te Amersfoort,
9. Europeesche Verzekering Maatschappij N.V., gevestigd te Amsterdam Zuidoost, geïntimeerden in principaal appel, appellanten in voorwaardelijk incidenteel appel, in eerste aanleg: gedaagden, hierna: ASR c.s., advocaat: mr. K.M. van Zwieten.

Hof, locatie Arnhem:

1 *Het verdere verloop van het geding in hoger beroep*

1.1 Het hof neemt de inhoud van het tussenaarrest van 24 mei 2016 hier over, waarbij een comparitie van partijen is gelast.

1.2 Het verdere verloop blijkt uit de aantekeningen van de griffier van de zitting van 20 maart 2017.

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*

2.1 [Bedrijf X] (hierna: [Bedrijf X]) was een assurantiëtussenpersoon die diverse samenwerkingsovereenkomsten heeft gesloten met ASR c.s. (producties 1 tot en met 3 bij inleidende dagvaarding). Op grond van deze samenwerkingsovereenkomsten bemiddelde [Bedrijf X] als tussenpersoon bij de totstandkoming van verzekeringen tussen haar relaties en ASR c.s. Enig bestuurder van [Bedrijf X] was [bestuurder 1] (hierna: [bestuurder 1]).

2.2 ASR Nederland is (middellijk) bestuurder van ASR c.s.

2.3 De verzekeringspremies die [Bedrijf X] incasseerde bij de verzekerden, was zij verschuldigd aan ASR c.s. De verschuldigde premies werden geboekt in een tussen [Bedrijf X] enerzijds en ASR c.s. anderzijds bestaande rekening-courant. In deze rekening-courant werden tevens provisies – bestaande uit afsluitprovisies en prolongatieprovisies – geboekt die ASR c.s. aan [Bedrijf X] verschuldigd was.

2.4 Vanaf september 2009 had [Bedrijf X] een debetstand op haar rekening-courant met ASR c.s.

2.5 Naar aanleiding van een bespreking van partijen op 28 februari 2011 heeft ([persoon 1] namens) ASR c.s. per e-mail van 3 maart 2011 aan ([bestuurder 1] namens) [Bedrijf X] (productie 1 bij conclusie van antwoord en bij memorie van grieven) onder meer bericht:

“(…)De gehele portefeuille bij ASR-Nederland wordt per 1 april 2011 omgezet naar Maatschappij-incasso.

(…)

Duidelijk is inmiddels wel dat er een liquiditeitsprobleem gaat ontstaan na de omzetting naar maatschappijincasso.

Wij hebben aangegeven dat wij graag met u over een regeling van het overblijven de saldo willen praten indien aan onderstaande zal worden voldaan:

- In de maand maart 2011 dient er een redelijke betaling te worden gedaan.

- Dat de januari 2011prolongatie zal in april voldaan worden, minus de retour gezonden nota's.

Aan debiteuren saldo staat er nog een bedrag open ad 235K. Wij ontvangen van u een overzicht van de openstaande posten per 31 december 2010.(…)”

2.6 Naar aanleiding daarvan heeft [Bedrijf X] in maart 2011 in totaal € 40.000 afgelost, hetgeen ASR c.s. als redelijke betaling hebben aangemerkt. Op de januari 2011 prolongatie ad € 192.000 heeft [Bedrijf X] geen afbetaling gedaan.

2.7 ASR c.s. hebben in mei 2011 het premie-incasso in eigen beheer genomen. [Bedrijf X] was op dat moment op grond van de rekening-courantverhouding tussen partijen een bedrag van € 275.021,98 aan ASR c.s. verschuldigd.

2.8 Op 3 oktober 2011 hebben ASR c.s. en [Bedrijf X] met elkaar gesproken over de omzetting van de rekening-courantschuld in een lening.

2.9 Medio november 2011 is [Bedrijf X] in contact gekomen met [Bedrijf Y] (hierna: [Bedrijf Y]). [bestuurder 1] en [Bedrijf Y], vertegenwoordigd door [persoon 2] (hierna: [persoon 2]), hebben onderhandeld over de verkoop van de assurantiëportefeuille door [Bedrijf X] aan [Bedrijf Y] en over de verkoop van de aandelen [Bedrijf X] aan [Bedrijf Y]. [Bestuurder 1] werd daarbij bijgestaan door [persoon 3] en [persoon 4] van de firma [firma O].

2.10 Op 21 december 2011 hebben ASR c.s. en [Bedrijf X] opnieuw met elkaar gesproken over de omzetting van de rekening-courantschuld in een lening.

2.11 Per e-mail van 10 januari 2012 (08:26 uur) (productie 7 bij inleidende dagvaarding) heeft [firma O] aan [bestuurder 1] en [persoon 2] onder meer meegedeeld:

“(…)

Bijgaand zenden wij u de conceptkoop- en leveringsovereenkomst in verband met de aankoop van de assurantieportefeuille van [Bedrijf X] door [Bedrijf Y].

Vriendelijk verzoeken wij u een en ander door te lezen en ons zo spoedig mogelijk uw op- en/of aanmerkingen, ontbrekende gegevens c.q. aanvullingen door te mailen. Na ontvangst van uw commentaar zullen wij, na het doorvoeren van eventuele aanpassingen, de formele koop- en leveringsovereenkomst opstellen.

De afspraak voor het tekenen van de koopovereenkomst staat voor morgen (woensdag 11 januari) gepland om 14.00 uur bij [persoon 2] op kantoor. Mochten er vragen zijn naar aanleiding van deze mail, schroom dan niet contact met ons op te nemen. (...)"

2.12 Per e-mail van 10 januari 2012 (14.25 uur) (productie 8 bij inleidende dagvaarding) heeft [persoon 2] aan [bestuurder 1] en [firma O] het volgende meegedeeld:

"(...)

RE: Concept koop- en leveringsakte 11-1-2012

Heren en dame,

Ik krijg vanmorgen het concept en zou morgen moeten tekenen.

1 Ik wil hem op mijn gemak doorlezen en aan mijn adviseur voorleggen.

2 Ik heb al gezien dat m.b.t. de financiering van ASR 1 februari genoemd staat. Het is mij reeds verteld door [persoon 5] dat hier wel meer tijd overheen gaat. (...)"

2.13 In een e-mail van [persoon 2] aan [bestuurder 1] en [firma O] van 19 januari 2012 (productie 10 bij inleidende dagvaarding) staat het volgende:

"(...)

RE: concept koop- en leveringsakte 11-1-2012

(...)

Hierbij een aantal op- aanmerkingen van mij m.b.t. de koop - leveringsovereenkomst. (...)

Punt 1.1 staat met terugwerkende kracht tot 1 januari. Wil ik graag tot en met (eventueel met de verduidelijking inc prolongatie januari 2012)

incl website en emailadressen maart halen we zeker bij ASR niet. (...)

De betaling zal voor het grootste gedeelte niet geschieden op een rekening van [Bedrijf X] maar door overname van de r.c. schuld bij ASR. Het restant zal overgemaakt worden.

Ik ben niet akkoord met de nabetaling wanneer de provisie in 2012 meer blijkt te zijn. Financiering NN is niet bekend.

Artikelen 7.1 en 7.2 regelen een soort concurrentiebeding.

Na ons gesprek en mijn aanbod werd ik geconfronteerd met [E] die zich als partner/adviseur van [Bedrijf X] profileert terwijl mij verteld was dat [bestuurder 1] de enige was binnen [Bedrijf X]. (...) Graag wil ik met [E] de (on)mogelijkheden doornemen. Ik heb navraag gedaan en hij lijkt me kundig. Ik zie best een samenwerking hierin maar kan hier pas over oordelen als ik hem gesproken heb.

Artikel 7.7 Ik heb los van wat er in eerste instantie is opgestuurd niets meer ontvangen. Ontbindende voorwaarde op 1 februari laten aflopen is onzinnig. De financiering is dan zeker nog niet rond bij ASR. Daarnaast wil ik een bedrag van € 225.000 niet noemen als ontbindende voorwaarde maar: "de over te nemen r.c. schuld en minimaal € 225.000 ,--" Ik ben hierover in gesprek met ASR.

Gezien bovenstaande lijkt het mij niet mogelijk morgen te tekenen. Ik zie de aanpassingen graag tegemoet en zal z.s.m. met [E] om tafel zitten. (...)"

2.14 ASR Nederland heeft bij brief van 7 februari 2012 (productie 5 bij inleidende dagvaarding) aan [Bedrijf X] het voorstel gedaan de vordering die ASR c.s. op grond van de rekening-courant op [Bedrijf X] had van € 214.677,30 om te zetten in een geldlening. Het voorstel van ASR Nederland heeft niet geleid tot een overeenkomst van geldlening.

2.15 Bij brief van 5 april 2012 (productie 13 bij inleidende dagvaarding) heeft ASR Nederland - voor zover relevant - het volgende aan [Bedrijf X] geschreven:

"(...)

Al geruime tijd zijn wij met u in gesprek om te komen tot een oplossing voor de ASR Rekening Courant schuld van uw onderneming. Die gesprekken hebben echter niet geleid tot een oplossing. Deze situatie is voor ons niet langer aanvaardbaar.

Wij vorderen daarom het gehele openstaande saldo van € 207.527,19 op. U dient te zorgen dat dit bedrag binnen 10 dagen na heden is bijgeschreven op onze Bankrekening (...). Hebben wij dit bedrag niet binnen 10 dagen na heden ontvangen, dan zullen wij gebruik maken van onze rechten genoemd in de met u afgesloten Samenwerkingsovereenkomst, hetgeen in dit geval inhoudt dat wij uw aanspraak op provisie afkopen door vergoeding van een koopsom. De koopsom zal in uw rekening courant worden geboekt, waarbij verrekening zal plaatsvinden met het openstaande debetsaldo of andere openstaande vorderingen. Vanzelfsprekend blijft u volledig aansprakelijk voor betaling van een eventueel resterend saldo. (...)"

2.16 [Persoon 2] heeft [bestuurder 1] op 25 juni 2012 per e-mail (productie 16 bij inleidende dagvaarding) het volgende meegedeeld:

“(...)

Dat het inmiddels onwerkbaar is geworden is ook gebleken uit mijn gesprek met [persoon 6]. Het blijkt dat online pro niet meer werkt en de dossiers helemaal niet op orde zijn.

(...)

Nu lees ik mijn mail en zie ik een bericht van [persoon 7] waarin hij duidelijk aangeeft n.a.v. een bericht van mij dat ook bij een aandelentransactie het r.c. saldo van ASR direct ingelost moet worden. (niet alleen bij een portefeuille-overdracht). Hij stelt dat in de correspondentie met jou heel duidelijk vermeld is.

Ik heb je duidelijk aangegeven dat ik het saldo niet in een keer wens/kan in (te) lossen.

Na onze eerste gesprekken ben ik achtereenvolgens achter de volgende feiten gekomen:

Eerst [persoon 8] die zich (onterecht) uitgaft als partner maar wel nog geld tegoed heeft en klantcontact gehad heeft. Bleek ook bezig geweest te zijn [Bedrijf X] over te nemen.

Een schuld van [Bedrijf P] (dakbeheer) welke volgend jaar ingelost moet worden en dat dakbeheer aandeelhouder geweest is die vorig jaar de aandelen overgedaan heeft. Terwijl [Bedrijf P] zorgt voor de binding met de vele klanten.

Je broer met een assurantiëkantoor die ook aandeelhouder geweest is tot vorig jaar oktober.

[Bedrijf G] in curacao opgericht.

Een grote klant die failliet is en waar je van op de hoogte was

Het blijkt dat er op dit moment totaal geen polisadministratie is, dus zeker geen een die WFT op orde is.

Het schijnt dat je weet dat ASR het r.c. saldo opeist bij een aandelentransactie.

Ik heb duidelijk gezegd dat ik een persoonlijk gesprek met [G] wens. Ik wil er desnoods direct met je heen rijden.

Ik heb duidelijk gezegd dat ik alle correspondentie met de belasting wens.

Cijfers en saldi zijn mij eind mei aangeleverd. (na vijf maanden) Naast de schuld van

ASR bleek ook nog een tweetal andere niet genoemde r.c. schulden.

Naast de bevestigde uitgangspunten bleek nog een schuld van € 55000 aan [Bedrijf P]. Op papier staat duidelijk dat je geen vergoeding krijgt voor je arbeid maar uit de specificatie van de crediteuren blijkt de managementfee een groot gedeelte van deze crediteuren te zijn. Tegen de afspraken met [Bedrijf P] in.

Heel veel zaken die je mij vooraf had moeten vertellen en die zeker van invloed zijn op mijn besluitvorming.

Ik heb helaas geen geloof meer in een goede afloop van deze transactie. (...)”

2.17 Bij brief van 28 juni 2012 (productie 17 bij inleidende dagvaarding) heeft ASR c.s. de samenwerkingsovereenkomsten met [Bedrijf X] beëindigd. De inhoud van deze brief luidt – voor zover van belang – als volgt:

“(...)

Op 05-04-2012 hebben wij u gevorderd om het openstaande RC-saldo op RC [getal] binnen 10 dagen aan ASR te voldoen.

Ondanks veelvuldig contact en diverse gesprekken tussen u en ASR om een oplossing te vinden voor het aflossen van het openstaande RC-saldo, hebben wij moeten vaststellen dat die oplossing niet gevonden is, waardoor de vordering niet door u aan ons is voldaan.

Conform hetgeen vermeld in onze brief van 05-04-2012 hebben wij besloten om de samenwerkingsovereenkomst tussen ASR (hieronder te verstaan ASR, De Europeesche, Ardanta en De Amersfoortse) en uw bedrijf per heden te beëindigen. Uw aanspraak op ASR-provisie wordt afgekocht door vergoeding van een koopsom. De koopsom zal in uw rekening courant worden geboekt, waarbij verrekening zal plaatsvinden met het openstaande debetsaldo of andere openstaande vorderingen. Vanzelfsprekend blijft u volledig aansprakelijk voor betaling van een eventueel resterend saldo.

Het staat u thans niet meer vrij te beschikken over de ASR-verzekeringsportefeuille, op welke wijze dan ook. (...)”

2.18 ASR c.s. hebben vervolgens bij brief van 10 juli 2012 (productie 18 bij inleidende dagvaarding) een opgave gedaan aan [Bedrijf X] van de koopsom zoals deze in de brief van

Saldo RC ASR per 28-06-2012	-191.236,68
Saldo RC Amersfoortse per 28-06-2012	6.212,68
Restschuld voorschot pensioenen per 28-06-2012	-14.721,31
Koopsom afkoop provisierechten ASR	95.900,32
Koopsom afkoop provisierechten Amersfoortse	15.581,32
Toegezegde correctie i.v.m. debitering	30.732,36
Restschuld per 28-06-2012	-57.531,31

28 juni 2012 is vermeld. ASR c.s. schreef – onder meer – het volgende:

“(…)

Conform hetgeen in onze brief van 28 juni jl aan u is medegedeeld, informeren wij u bij deze over de koopsom i.v.m. de afkoop van provisierechten alsmede over de restschuld per 28-06-2012.

Wij vorderen de restschuld van € 57.531,31 op.(…)”

2.19 Bij overeenkomst van 10 respectievelijk 12 juli 2012 (productie 4 bij memorie van grieven) hebben ASR c.s. de portefeuille van [Bedrijf X] verkocht en geleverd aan [Bedrijf K], ressorterend onder [Bedrijf Y], voor een voorlopige koopprijs € 144.000, nader vast te stellen.

2.20 In een e-mail van [persoon 2] aan [firma O] van 13 juli 2012 (productie 19 bij inleidende dagvaarding) staat het volgende:

“(…)

Ik heb de koop niet door laten gaan waar jij bij bemiddelde. Zie mij mail van 25 juni j.l. Ik ben vervolgens rechtstreeks benaderd door ASR omdat ik daar met de financiering bezig geweest ben of ik de portefeuille van ASR wil kopen. (…)”

2.21 [Bedrijf X] is bij vonnis van de rechtbank Den Haag van 4 september 2012 in staat van faillissement verklaard met aanstelling van de curator als zodanig.

2.22 De inhoud van de verschillende samenwerkingsovereenkomsten luidt grotendeels gelijk. In deze samenwerkingsovereenkomsten is – voor zover relevant – in gelijkkluidende bepalingen het volgende bepaald:

“(…)

De Verzekeraar (hier: ASR c.s., hof) is gerechtigd met directe ingang zelf over te gaan tot premie-incasso en tot uitreiking van stukken die verband houden met de (verzekerings)overeenkomst indien zich één of meerdere van de wettelijke gronden daartoe voordoet, dan wel indien de Verzekeraar gerede twijfel heeft over de financiële gegoedheid van de Intermediair (hier: [Bedrijf X]; hof) en/of over het tijdig en naar behoren nakomen door de Intermediair van de verplichtingen voortvloeiende uit en/of samenhangende met de bepalingen van deze overeenkomst.

(…)

De Verzekeraar is indien de samenwerking tussen de Intermediair en de Verzekeraar eindigt als gevolg van een van de omstandigheden zoals genoemd in de artikelen 27.2 en 27.3, conform de in de bijlage 7 opgenomen Regeling Afkoop Provisieafspraken genoemde normering, gerechtigd het recht op provisie van de Intermediair af te kopen, het beheer en de administratie van de portefeuille over te nemen en/of te vor-

deren dat de portefeuille door de Intermediair of diens rechtsoptolgers binnen een termijn van vier maanden, of zoveel langer als partijen schriftelijk overeenkomen, wordt overgedragen aan een opvolgend intermediair tegen wie de Verzekeraar, overeenkomstig het bepaalde in artikel 13 van deze overeenkomst, geen gegronde bezwaren heeft.”

2.23 Artikel 1 van Bijlage 7 bij de samenwerkingsovereenkomsten luidt – voor zover hier van belang – als volgt:

“(…)

Regeling afkoop provisie-aanspraken (art. 28.3)

Artikel 1

Afkoopsummen

Indien de Verzekeraar ingevolge artikel 28.3 van de Samenwerkingsovereenkomst overgaat tot afkoop van de Provisie-aanspraken, zullen de volgende afkoopsummen verschuldigd zijn:

1. voor levensverzekeringen, waaronder uitvaartverzekeringen, 1 maal de jaarprovisie ter zake van het instandhouden of verlengen van de betrokken verzekering of het incasseren van de daaraan verbonden premie, alsmede de eventueel nog niet betaalde provisie ter zake van het afsluiten;
2. voor schadeverzekeringen 1,5 maal de jaarlijkse provisie ter zake van het instandhouden of verlengen van de verzekering of het incasseren van de daaraan verbonden premie, voor wat betreft:
 - a) broeiglasverzekeringen;
 - b) beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen;
 - c) kredietverzekeringen;
 - d) fraude- en berovingsverzekeringen;
 - e) aansprakelijkheidsverzekeringen;
 - f) ongevallenverzekeringen;
 - g) brandverzekeringen;

(…)

3. voor arbeidsongeschiktheidsverzekeringen 2 maal het bedrag van de jaarlijkse provisie ter zake van het instandhouden of verlengen van de verzekering of het incasseren van de daaraan verbonden premie;
4. voor ziektekostenverzekeringen 0,5 maal het bedrag van de jaarlijkse provisie ter zake van het instandhouden of verlengen van de verzekering of het incasseren van de daaraan verbonden premie;
5. voor alle niet onder 1.2. 1.3. en 1.4. genoemde schadeverzekeringen 1 maal het bedrag van de jaarlijkse provisie ter zake van het instandhouden of verlengen van de verzekering of het incasseren van de daaraan verbonden premie.(…)”

3 *Het geschil en de beslissing in eerste aanleg*

3.1 De curator heeft in eerste aanleg gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

I te verklaren voor recht dat het ASR Nederland c.s. niet was toegestaan de afkoop-som van de assurantieportefeuille van ASR te verrekenen met haar vordering uit rekening-courant of vorderingen op [Bedrijf X] uit welken hoofde dan ook;

II ASR c.s. te veroordelen tot betaling tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de curator van de afkoopsom van de assurantieportefeuille van € 111.481,64;

III ASR c.s. te veroordelen tot betaling tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de curator € 173.492,36;

IV ASR c.s. te veroordelen tot betaling tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de curator van € 66.716 uit hoofde van te weinig betaalde afkoopsommen;

V ASR c.s. wegens haar onrechtmatig handelen jegens de gezamenlijke schuldeisers van [Bedrijf X] te veroordelen tot betaling tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de curator van het gehele faillissementstekort, nader op te maken bij verificatievergadering dan wel nader op te maken bij staat;

VI. ASR c.s. te veroordelen tot betaling tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan de curator van de kosten van dit geding.

3.2 Na een conclusie van antwoord, een bij tussenvonnissen van 2 oktober 2013 bevolen en op 26 februari 2014 gehouden comparitie van partijen en daarna gevolgde conclusies van re- en dupliek heeft de rechtbank in haar eindvonnis van 12 november 2014 (verder: het eindvonnis) geïntimeerden 2 tot en met 9 veroordeeld tot betaling aan de curator van € 734, het meer of anders gevorderde afgewezen en de curator veroordeeld in de proceskosten. Het eindvonnis is gepubliceerd onder ECLI:NL:RBMNE:2014:5537.

4 *De grieven, de in het principaal appel gewijzigde vordering en hun beoordeling*

4.1 Tegen het tussenvonnis van 2 oktober 2013, waarin een comparitie van partijen na antwoord is gelast, staat op grond van artikel 131 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geen hogere voorziening open, zodat het hof de curator in zijn principaal hoger beroep daartegen niet-ontvankelijk zal verklaren.

4.2 In het principaal appel heeft de curator zes grieven tegen het eindvonnis gericht, zijn vordering tegen ASR Nederland ingetrokken met in zoverre berusting van het eindvonnis en verder (in zijn memorie van grieven onder 1.2) uiteengezet alleen nog hiertegen te appelleren dat ASR c.s. de samenwerkingsovereenkomsten hebben opgezegd, de verzekeringsportefeuille hebben ingenomen zonder toestemming van [Bedrijf X], de afkoopsom voor de verzeke-

ringsportefeuille onjuist hebben berekend en hun schuld uit hoofde van de koop van de verzekeringsportefeuille hebben verrekend met hun vordering uit hoofde van de rekening-courant. In aansluiting hierop heeft de curator zijn vordering in hoger beroep zodanig gewijzigd dat deze thans luidt dat het hof het eindvonnis zal vernietigen en, opnieuw rechtdoende, bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad:

Primair:

1. voor recht zal verklaren dat ASR c.s. de bemiddelingsovereenkomst niet mochten opzeggen en de verzekeringsportefeuille niet mochten innemen en daardoor onrechtmatig jegens [Bedrijf X] en haar gezamenlijke schuldeisers hebben gehandeld en/of

2 ASR c.s. zal veroordelen tot betaling van het gehele faillissementstekort dan wel € 162.789,63 (memorie van grieven sub 10.2) dan wel € 166.744,03 (idem sub 10.5) dan wel € 144.000 (idem sub 10.6) dan wel een bedrag door het hof in goede justitie te bepalen, zulks te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 28 juni 2012 tot en met de dag der algehele voldoening;

Subsidiair:

3 voor recht zal verklaren dat het ASR c.s. niet was toegestaan hun schuld als gevolg van de inname van de verzekeringsportefeuille te verrekenen met hun vordering uit hoofde van de rekening-courant en/of

4 ASR c.s. zal veroordelen tot betaling van het ten onrechte verrekende bedrag van € 162.789,63 (memorie van grieven sub 10.2) dan wel € 166.744,03 (idem sub 10.5) dan wel € 144.000 (idem sub 10.6) dan wel € 111.481,64, zulks te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 28 juni 2012 tot en met de dag der algehele voldoening;

Zowel primair als subsidiair:

5 ASR c.s. zal veroordelen in de kosten van dit geding, de kosten in eerste aanleg daaronder begrepen, met veroordeling van ASR c.s. tot terugbetaling aan de curator van hetgeen deze reeds ter uitvoering van het eindvonnis aan ASR c.s. heeft betaald, zulks te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling.

4.3 In het incidenteel appel hebben ASR c.s., onder de ter comparitie in hoger beroep verduidelijkte voorwaarde dat zij enig bedrag boven het toegewezen bedrag van € 734,06 aan de curator zouden moeten voldoen, één grief (A) gericht tegen de passering door de rechtbank van hun beroep op verrekening met hun tegenvordering van € 57.549,64.

In het principaal appel:

4.4 Tegen rov. 4.1 tot en met 4.6 van het eindvonnis heeft de curator geen grief gericht, zodat deze overwegingen aan het oordeel van het hof zijn onttrokken.

4.5 Met grief 1 komt de curator op tegen de vaststelling in rov. 2.11 van het eindvonnis dat [Bedrijf X] en ASR c.s. op 5 april 2012 een gesprek hebben gehad met als belangrijkste onderwerp de debetstand van [Bedrijf X] op de rekening-courant, die op dat moment € 207.527,19 bedroeg, en waarbij bleek dat partijen op korte termijn geen oplossing konden vinden voor vermindering ervan. Volgens de curator hebben partijen toen in het geheel geen gesprek gevoerd.

4.6 Hierover oordeelt het hof als volgt.

Hiertegenover hebben ASR c.s. (als producties 12 en 13 bij memorie van antwoord in principaal appel) een aantal e-mails overgelegd, waaronder een e-mail van ([persoon 7] namens) ASR, waarbij haar opeisingsbrief van 5 april 2012 aan [Bedrijf X] was gevoegd, en een antwoord e-mail van ([bestuurder 1] namens) [Bedrijf X] van diezelfde datum, inhoudend:

“Helaas staat deze brief haaks op eerdere uitlating van het gesprek vanmiddag.

Ik zal mij beraden.”

Hiermee ter comparitie in hoger beroep geconfronteerd, heeft de curator uiteengezet dat [bestuurder 1], die in productie 2 bij memorie van grieven het tegendeel had verklaard, desgevraagd hierop naar hem niet meer heeft gereageerd en heeft de curator verder tegenover deze documenten in ieder geval niet langer gemotiveerd betwist dat de bespreking toen heeft plaatsgevonden. Het bewijsaanbod van de curator om bestuurder [bestuurder 1] hierover als getuige te horen, wordt daarom gepasseerd. De curator heeft zich er wel op beroepen dat de brief van 5 april 2012 haaks stond op de eerdere uitlating van ASR in dat gesprek. Ook indien dit wat betreft het toen door ASR c.s. ingenomen standpunt juist zou zijn, dan neemt dit nog niet weg dat dit gesprek, in het verlengde van de besprekingen van 28 februari 2011, 3 oktober 2011 en 21 december 2011 en van de brief van ASR c.s. van 7 februari 2012 en bij gebreke van enige aanwijzing van een ander onderwerp, de regularisatie van de debetstand van [Bedrijf X] in de rekening-courantverhouding tot belangrijkste onderwerp moet hebben gehad. Nu de curator dit onvoldoende gemotiveerd heeft betwist, moet hiervan als vaststaand worden uitgegaan.

Grief 1 wordt daarom verworpen.

4.7 Onder grief 2 betoogt de curator dat ASR c.s. de bemiddelingsovereenkomsten niet wegens de debetstand van [Bedrijf X] op de rekening-courant mochten beëindigen en dat ASR c.s. de rekening-courant evenmin vanwege

deze reden hebben beëindigd; dat probleem was al in de bespreking van 28 februari 2011 aangepakt met aanvullende afspraken, die [Bedrijf X] - niet in verzuim - nakwam, waardoor de debetstand terugliep. Niet verzuim en/of de debetstand zijn de reden voor de opzegging geweest, maar de werkelijke reden was gelegen in het stuklopen van de onderhandelingen tussen [Bedrijf X] en [Bedrijf Y] en het verlies van vertrouwen in [Bedrijf X] 's bestuurder [bestuurder 1]; dit vormt echter geen opzeggingsgrond en dit geldt evenmin voor het niet snel genoeg inlopen van de rekening-courantschuld. Subsidiair acht de curator de opzegging op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dan wel een vorm van misbruik van recht.

4.8 Hierover oordeelt het hof als volgt.

Sedert 2009 heeft [Bedrijf X] een omvangrijke en verder oplopende debetstand op de rekening-courant laten ontstaan doordat zij de verzekeringsovereenkomsten onvoldoende afdroeg. Ingevolge artikel 4.1 van Bijlage 1 Regeling rekening-courant bij de samenwerkingsovereenkomsten dient de intermediair, indien het maandelijks overzicht van de rekening-courant een opeisbaar saldo ten laste van de hem geeft, dat debetsaldo binnen 10 dagen te voldoen. Blijkens de e-mail van 3 maart 2011 wilden ASR c.s. met [Bedrijf X] over het resterende debetsaldo praten indien [Bedrijf X] in maart 2011 een redelijke betaling zou doen en in april 2011 de januari 2011 prolongatie (minus de retour gezonden nota's) zou voldoen. Anders dan de curator aanvoert, vloeit uit de e-mail van 3 maart 2011 niet voort dat partijen toen aanvullende betalingsafspraken hebben gemaakt, maar zoals ASR c.s. aangeven, betreft het minimumvoorwaarden waaronder zij bereid waren [Bedrijf X] nog de gelegenheid te geven tot een voorstel voor de aflossing van het resterende debetsaldo. Een door de curator gestelde aanvullende afspraak is aldus niet komen vast te staan. In maart 2011 heeft [Bedrijf X] weliswaar € 40.000 betaald, door ASR c.s. als redelijke betaling aangemerkt, maar [Bedrijf X] heeft in april 2011 noch daarna (afgezien van door ASR c.s. gecrediteerde provisies) enige relevante betaling gedaan op de januari 2011 prolongaties. Het ging hier volgens de eensluidende verklaringen van partijen ter comparitie in hoger beroep om een bedrag van ongeveer € 192.000. Vervolgens hebben partijen een- en andermaal overleg gevoerd over omzetting van de rekening-courantschuld in een geldlening (in ieder geval op 3 oktober 2011, 21 december 2011 en 5 april 2012), waartoe ASR c.s. bij brief van 7 februari 2012 een voorstel hebben gedaan, volgens de eensluidende toelichting van partijen ter comparitie in hoger beroep met hoofdelijke aansprakelijkheid van [bestuurder 1] voor “commitment”, welke aansprakelijkheid echter

voor hem onacceptabel was, in ieder geval heeft hij het voorstel van ASR c.s. niet aanvaard. Bij brief van 5 april 2012 hebben ASR c.s. van [Bedrijf X], die de opeisbare rekening-courant schuld niet voldeed, het gehele openstaande saldo van € 207.527,19 opgevorderd binnen 10 dagen (met dreiging van afkoop van de provisie aanspraak, te boeken in de rekening-courant, waarbij verrekening zou plaatsvinden). Waar ASR c.s. een jaar eerder al betaling van de januari 2011 prolongaties hadden verlangd, was deze opeising geenszins onredelijk, laat staan onaanvaardbaar. Aan die opeising en ingebrekestelling heeft [Bedrijf X] echter niet voldaan, waardoor zij sedertdien in verzuim was. Intussen was [bestuurder 1] van [Bedrijf X] van november 2011 tot in juni 2012 bezig om - tot aflossing van haar rekening-courantschuld - haar verzekeringsportefeuille of zijn [Bedrijf X]-aandelen te verkopen aan [Bedrijf Y]. Per e-mail van 25 juni 2012 heeft [Bedrijf Y] echter definitief van zodanige koop afgezien, onder meer omdat haar duidelijk was geworden dat ASR c.s. niet alleen bij een portefeuille-overdracht maar ook bij een aandelen-transactie directe inlossing van de rekening-courantschuld verlangden alsook omdat [Bedrijf X] haar, [Bedrijf Y], een aantal andere in die e-mail genoemde voor haar besluitvorming relevante omstandigheden niet eerder had meegedeeld, zodat [Bedrijf Y] geen geloof meer had in een goede afloop van de voorgenomen transactie. Bij brief van 28 juni 2012 aan [Bedrijf X] hebben ASR c.s. toen de samenwerkingsovereenkomsten met onmiddellijke ingang beëindigd op de door hen gebezigde grond dat er voor de aflossing van de openstaande rekening-courant schuld nog steeds geen oplossing gevonden was. Volgens de eensluidende toelichting van partijen ter comparitie in hoger beroep zou de rekening-courantschuld bij het tot dan toe gevolgde afbetalingstempo pas ongeveer vijf jaar later zijn afgebouwd.

Aldus hebben ASR c.s. niet in strijd met de samenwerkingsovereenkomsten gehandeld. Volgens artikel 27.3 daarvan kan de verzekeraar de samenwerking namelijk op ieder moment, zonder inachtneming van enige opzegtermijn, opzeggen indien de intermediair na in gebreke te zijn gesteld en na ommekomst van de daarbij gestelde termijn zijn verplichtingen uit de samenwerkingsovereenkomsten niet, niet tijdig of niet deugdelijk nakomt: [Bedrijf X] was sedert 16 april 2012 met aflossing in verzuim. En er bestond geen concreet uitzicht op terugbetaling. Het stuklopen van de overname-onderhandelingen en het verlies van vertrouwen in ([bestuurder 1] van) [Bedrijf X] vormden op zichzelf geen opzeggingsgrond, maar hadden wel tot gevolg dat er niet langer een perspectief op aflossing bestond. In het licht van deze voor geschiedenis hebben ASR c.s. ook niet in strijd met de daarbij in acht te nemen redelijkheid en

billijkheid gehandeld door hun langdurig afwachtende houding op dat moment te beëindigen. [Bedrijf X] mocht in redelijkheid niet van ASR c.s. verlangen dat zij, zonder ander perspectief, nog eens vijf jaar op aflossing van de rekening-courantschuld zouden moeten wachten.

Uit het voorgaande vloeit eveneens voort dat de opzegging, anders dan de curator bevoegt, niet op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Evenmin berust de opzegging op misbruik van recht. Voor die beide stellingen heeft de curator, afgezien van zijn onterechte beroep op door hem c.q. [Bedrijf X] in de e-mail van 3 maart 2011 gelezen aanvullende afspraken, ook geen feiten en/of omstandigheden aangevoerd, terwijl al het hiervoor overwogene daarop evenmin wijst.

Grief 2 faalt dus.

4.9 Onder grief 3 voert de curator - met drie subgrievens - aan dat de rechtbank in strijd met artikel 4:103 Wft heeft geoordeeld dat er voor het in eigen beheer nemen door ASR c.s. van de portefeuille van [Bedrijf X] geen toestemming van [Bedrijf X] was vereist. De curator vult dit aan met de stelling dat [Bedrijf X] vooraf noch op dat moment toestemming heeft verleend voor het in eigen beheer nemen van haar portefeuille en dat, indien er al - in strijd met zijn standpunt - een impliciet en bij voorbaat gegeven toestemming zou worden aangenomen, deze ingevolge artikel 3:40 BW (ver) nietig(baar) is wegens strijd met het dwingendrechtelijk karakter van artikel 4:103 Wft dan wel dat het wegens de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is [Bedrijf X] aan zo'n toestemming te houden.

4.10 Hierover oordeelt het hof als volgt.

Volgens artikel 4:103 lid 3 Wft neemt een verzekeraar niet zonder toestemming van de bemiddelaar een verzekering in eigen beheer. Volgens de MvT op de Wft, p. 68 en 69, *kamerstukken 29507, nr. 3*, is het tweede deel van de definitie van bemiddelen betreffende het «assisteren bij het beheer en de uitvoering van overeenkomsten inzake verzekeringen (»)», gebaseerd op artikel 2 derde lid, van de richtlijn Verzekeringsbemiddeling (Richtlijn 2002/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 9 december 2002 betreffende verzekeringsovereenkomsten, Publicatieblad Nr. L 009 van 15/01/2003 blz. 0003 - 0010) en kan bij het assisteren bij het beheer onder meer gedacht worden aan het innen van premies ten behoeve van een aanbieder of het bijstaan van de consument wanneer deze jegens de aanbieder een beroep doet op de overeenkomst (bijvoorbeeld een schade claimt). Het premie incasso werd inmiddels niet meer verricht door [Bedrijf X] maar door ASR c.s., hetgeen overigens

niet tot gevolg had dat [Bedrijf X] al haar aanspraken op provisie verloor. Ingevolge artikel 28.3 van de samenwerkingsovereenkomsten waren echter ASR c.s. als verzekeraars na de beëindiging van de samenwerking als gevolg van een omstandigheid zoals genoemd in artikel 27.3, conform de in bijlage 7 opgenomen Regeling afkoop provisie-aanspraken opgenomen normering, gerechtigd het recht op provisie van [Bedrijf X] als intermediair af te kopen en het beheer en de administratie van de portefeuille over te nemen. Nu het hier gaat om een contractsbepaling tussen professionele partijen, verzekeraars en bemiddelaar, behoorde [Bedrijf X] op basis van deze niet voor verschillende uitleg vatbare tekst redelijkerwijs te begrijpen dat ASR c.s. erop vertrouwden dat zij aldus in artikel 28.3 de voorafgaande voorwaardelijke toestemming van [Bedrijf X] als bemiddelaar in de zin van het, ter bescherming van de bemiddelaar, dwingendrechtelijke artikel 4:103 lid 3 Wft hadden opgenomen en verkregen. De wettekst noch zijn voorgeschiedenis in voorafgaande wettelijke regelingen noch de strekking ervan dwingt ertoe aan te nemen dat de vereiste toestemming niet vooraf onder voorwaarden zou mogen worden verkregen maar, ongeacht welk voorafgaand beding, steeds (alsnog) zou moeten worden verleend op het moment dat ASR c.s. als verzekeraars gebruik wilden maken van hun afkooprecht. Indien [Bedrijf X] c.q. de curator op zo'n moment nog goedkeuring zou moeten verlenen dan zou deze de gelegenheid krijgen om opnieuw over de voorwaarden voor inname te onderhandelen. Dit kan niet de bedoeling zijn geweest nu partijen in de samenwerkingsovereenkomsten juist op voorhand hebben geregeld dat ASR c.s. onder omstandigheden de mogelijkheid had om tot inname van de portefeuille en afkoop van de provisie afspraken over te gaan en onder welke voorwaarden dit diende te geschieden.

De curator heeft zich nog beroepen op strijd met artikel 3:40 BW, maar dit verweer faalt omdat is voldaan aan het in artikel 4:103 lid 3 Wft opgenomen toestemmingsvereiste. Zijn stelling dat ASR c.s. zich wegens de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid niet op deze toestemming mogen beroepen, gaat al niet op omdat de curator daaraan geen andere feiten en/of omstandigheden ten grondslag heeft gelegd dan de reeds verworpen stelling dat ASR c.s. de bemiddelingsovereenkomsten niet vanwege de debetstand zouden hebben opgezegd maar vanwege het feit dat zij het niet meer zagen zitten met de bestuurder van [Bedrijf X].

Voor de in zijn vordering onder 1 gestelde onrechtmatigheid heeft de curator, afgezien van een beroep op de tekortkoming, geen bijzondere feiten en/of omstandigheden aange-

voerd, zodat evenmin onrechtmatigheid kan worden aangenomen.

Al met al kan grief 3 dus, wat er zij van de drie subgrievens, niet tot vernietiging van het eindvonnis leiden.

4.11 Onder grief 4 legt de curator zich erbij neer dat voor de berekening van de vergoeding moet worden uitgegaan van de omvang van de verzekeringsportefeuille van [Bedrijf X] op 28 juni 2012 en wel naar de stand van die portefeuille per 18 april 2012. Volgens de curator moet de afkoopsom worden berekend maar is zij niet berekend op basis van de toekomstige doorlooppovisie die ASR c.s. over een jaar zouden hebben betaald voor alle op 28 juni 2012 bestaande verzekeringen, dus ook voor de vóór 28 juni 2012 afgesloten nieuwe verzekeringen, alles doorlopend tot 27 juni 2013. Naar de opvatting van de curator is onweersproken dat de doorlooppovisie voor de gestelde verzekeringen gelijk was aan de afsluitprovisie, zodat die jaarprovisie niet € 80.780,55 + € 12.644,21 maar in totaal € 111.162,69 beloopt (uiteraard nog te vermenigvuldigen met de bijbehorende factor uit de bemiddelingsovereenkomsten).

4.12 Hierover oordeelt het hof als volgt.

Volgens de memorie van antwoord van ASR c.s. en blijkens de uitlatingen van partijen ter comparatie van partijen in hoger beroep zijn partijen het erover eens dat ASR c.s. ook voor nieuwe, in 2012 afgesloten verzekeringen, namelijk voor alle verzekeringen die zich op het moment van inname in de portefeuille bevonden, een afkoopsom dienden te voldoen. Bij memorie van antwoord hebben ASR c.s. voor de berekening van de afkoopsom door de Amersfoortse aan de hand van haar berekening (tweede blad van productie 4 bij conclusie van antwoord) gewezen op een afkoopsom voor de op 23 januari 2012 geboekte nieuwe polis met nummer 96912 van Stichting Cardia met een jaarpremie van € 71.126 en een incassoprovisie van € 7.112,60. Verder hebben ASR c.s. bij hun memorie van antwoord voor de berekening van de afkoopsom door ASR erop gewezen dat de curator heeft nagelaten te stellen en/of te onderbouwen welke nieuwe in 2011 en/of 2012 afgesloten verzekeringen ten onrechte buiten de berekening zouden zijn gehouden en er voorts op geattendeerd dat zij blijkens productie 11 bij conclusie van dupliek (eerste blad, 23e post) de op 28 februari 2011 geboekte polis van [Bedrijf B] met nummer [nummer] wel heeft meegenomen bij de berekening van de totale doorlooppovisie op het moment van de inname van de portefeuille.

Vervolgens had van de curator (met bijstand van voormalig bestuurder [bestuurder 1] en/of op basis van de administratie van [Bedrijf X]) mogen worden verwacht dat hij daarop nader en meer concreet was ingegaan, hetgeen hij heeft nagelaten, zodat hij onvoldoende ge-

motiveerd heeft betwist dat ASR c.s. ter zake hebben betaald en dat vordering in zoverre is tenietgegaan.

Grief 4 wordt verworpen.

4.13 Onder grief 5 voert de curator aan dat een ziekengeldverzekering (die een werkgever dekking biedt voor schade die deze lijdt omdat hij het loon van een arbeidsongeschikte werknemer moet doorbetalen) een arbeidsongeschiktheidsverzekering is en daarom voor de afkoop onder de bemiddelingsovereenkomsten een vergoedingsfactor 2 rechtvaardigt. Volgens de curator heeft de rechtbank ten onrechte niet meegenomen dat ASR c.s. hebben erkend geen afkoopsom voor de verzekering van de Europeesche te hebben betaald en dat ASR c.s. uit dien hoofde nog € 249,75 aan de curator verschuldigd zijn. Subsidiar wijst de curator erop dat ASR c.s. bij de verkoop van de portefeuille van [Bedrijf X] aan [Bedrijf Y] voor de gehele portefeuille één factor van 1,5 hebben gehanteerd, zodat de afkoopsom dan € 111.162,69 x 1,5 = € 166.744,03 beloopt. Op een en ander baseert de curator zijn betalingsvorderingen onder 2 en 4.

4.14 Hierover oordeelt het hof als volgt.

Volgens artikel 1, aanhef en onder 3. van de Regeling afkoop provisie-aanspraken in Bijlage 7 bij de samenwerkingsovereenkomsten zal (in afwijking van factor 1) voor arbeidsongeschiktheidsverzekeringen een afkoopsom verschuldigd zijn van tweemaal het bedrag van de jaarlijkse provisie ter zake van het in stand houden of verlengen van de verzekering of het incasseren van de daaraan verbonden premie. Anders dan de curator aanvoert, strekt een ziekengeldverzekering niet tot verzekering tegen arbeidsongeschiktheid van een werknemer of een ondernemer als verzekeringnemer of verzekerde maar tegen het risico van schade die een werkgever lijdt als gevolg van zijn verplichting loon door te betalen bij uitval van een werknemer wegens ziekte of arbeidsongeschiktheid. Ook naar algemeen spraakgebruik is een ziekengeldverzekering geen (vorm van) arbeidsongeschiktheidsverzekering. Als assurantietussenpersoon behoorde [Bedrijf X] uit dit artikel 1 redelijkerwijs te begrijpen dat een ziekengeldverzekering niet kon worden aangemerkt als (een vorm van) een arbeidsongeschiktheidsverzekering. Daarom geldt daarvoor niet factor 2 maar de algemene factor 1.

Het beroep van de curator op een algemene factor van 1,5 in de doorverkoop van ASR c.s. aan [Bedrijf Y] gaat niet op omdat [Bedrijf X] buiten die overeenkomst staat en nu eenmaal, anders dan [Bedrijf Y], is gebonden aan de overeengekomen Regeling afkoop provisie-aanspraken.

ASR c.s. hebben verder gemotiveerd betwist dat zij nog € 249,75 wegens afkoop van de Europeesche aan de curator verschuldigd zijn

op de grond dat dit bedrag wegvalt tegenover dan wel wordt verrekend met het met € 268,08 te veel betaalde bedrag voor de Amersfoortse. Daarop is de curator niet meer inhoudelijk ingegaan, zodat hij zijn vordering op dit punt onvoldoende heeft geadstrueerd.

Grief 5 treft geen doel.

4.15 Onder grief 6 omtrent de toepasselijkheid van artikel 54 Fw komt de curator op tegen het oordeel van de rechtbank dat de (voorwaardelijke) schuld van [Bedrijf Y] aan [Bedrijf X] uit hoofde van de koop van de portefeuille niet, ook niet de facto, door ASR c.s. is overgenomen in de zin van dat artikel. Volgens het subsidiaire standpunt van de curator hebben ASR c.s. met de beëindiging van de bemiddelingsovereenkomst en de inname van de portefeuille in strijd met artikel 54 Fw beoogd een verrekeningsmogelijkheid te creëren. Voor zover mocht worden geoordeeld dat de schuld van ASR c.s. jegens [Bedrijf X] geen de facto overname van een schuld in zin van artikel 54 Fw oplevert, omdat die schuld zou zijn verkregen op grond van de eerder gesloten bemiddelingsovereenkomst, wijst de curator erop dat de handeling waardoor het ontstaan van de schuld mogelijk werd (in dit geval de opzegging van de bemiddelingsovereenkomst) in dat geval als overname in de zin van artikel 54 Fw kan worden aangemerkt, waarbij ASR c.s. niet te goeder trouw waren.

4.16 Hierover oordeelt het hof als volgt.

Op grond van artikel 54 lid 1 Fw is degene die een schuld aan de gefailleerde of een vordering op de gefailleerde vóór de faillietverklaring van een derde heeft overgenomen, niet bevoegd tot verrekening, indien hij bij de overneming niet te goeder trouw heeft gehandeld. Blijkens HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1825 volgt uit de tekst dat het toepassingsbereik van deze uitzondering op de hoofdregel van artikel 53 Fw is beperkt tot het geval dat degene die gebruik wenst te maken van zijn bevoegdheid tot verrekening, niet te goeder trouw handelde toen hij een schuld aan de gefailleerde of een vordering op de gefailleerde overnam van een derde. Artikel 54 lid 1 Fw strekt er volgens dat arrest toe verrekening uit te sluiten in die gevallen waarin een schuldenaar of een schuldeiser van de boedel een vordering respectievelijk een schuld van een derde overneemt met het doel zichzelf de mogelijkheid van verrekening te verschaffen (vgl. HR 7 november 2003, ECLI:NL:HR:2003:AI0280, NJ 2004/61). Volgens het arrest rechtvaardigt deze strekking niet om het toepassingsbereik van deze bepaling te doen uitstrekken tot een geval waarin "voor de faillietverklaring een goed van de schuldenaar wordt gekocht en aldus een verrekenbare schuld wordt gecreëerd". Daarbij merkt de Hoge Raad nog op dat de artikelen 53 en 54 Fw de mogelijke toepasselijkheid van de

artikelen 42 Fw en 6:162 BW op gevallen als daar aan de orde onverlet laten.

ASR c.s. hadden een rekening-courant vordering op [Bedrijf X] uit hoofde van hun samenwerkingsovereenkomsten. Hun schuld aan [Bedrijf X] is voortgevloeid uit de afkoop van de provisieaanspraken van [Bedrijf X], voorzien in Bijlage 7 bij de samenwerkingsovereenkomsten en geëffectueerd bij de brief van 28 juni 2012. Er is dus, strikt genomen, geen sprake van het overnemen van een schuld (of van een vordering). Evenmin kan worden gezegd dat ASR c.s. een voorwaardelijke schuld van [Bedrijf Y] aan [Bedrijf X] heeft overgenomen. Tussen die laatste partijen was immers geen overeenkomst tot stand gekomen. ASR c.s. hebben de portefeuille doorverkocht aan [Bedrijf Y], maar daar staat [Bedrijf X] buiten.

Blijkens het aangehaalde arrest strekt het toepassingsbereik van artikel 54 lid 1 Fw zich niet uit tot het geval van het creëren van een verrekenbare schuld, hetgeen naar het oordeel van het hof eens te meer geldt wanneer, zoals hier, sprake is van een tevoren contractueel voorziene wijze van afrekening.

Daarnaast moet het volgende worden bedacht. Tegenover de gemotiveerde betwisting door ASR c.s. dat zij niet te goeder trouw zouden hebben gehandeld (zij beschikten niet over gedetailleerde informatie over de financiële positie van [Bedrijf X], tenminste niet zodanig dat zij wisten of redelijkerwijs hadden moeten weten dat van de afkoop en de verrekening het faillissement van [Bedrijf X] het gevolg zou zijn) heeft de curator geen feiten en/of omstandigheden aangevoerd waarop hij zijn stelling baseert. Zijn enkele opmerking dat het hier een één tweetje betreft tussen ASR c.s. en [Bedrijf Y] strandt op de gemotiveerde betwisting en bij gebreke van enige feitelijke onderbouwing. Bewijslevering heeft de curator op dit punt overigens ook niet aangeboden. Op elk van beide gronden faalt het beroep op artikel 54 lid 1 Fw.

Grief 6 wordt verworpen.

In het voorwaardelijk incidenteel appel:

4.17 Vanwege de daaraan verbonden voorwaarde, die gelet op het voorgaande niet is vervuld, behoeft het incidenteel appel geen behandeling en geen kostenbeslissing meer.

5 De slotsom

5.1 In zijn hoger beroep tegen het tussenvonnis van 2 oktober 2013 zal het hof de curator niet-ontvankelijk verklaren.

5.2 In het principaal appel falen de grieven tegen het eindvonnis en zal het gewijzigd gevorderde, inclusief de restitutievordering, worden afgewezen. Het voorwaardelijk incidenteel appel behoeft geen behandeling en geen kos-

tenbeslissing meer. Het bestreden eindvonnis zal worden bekrachtigd.

5.3 Als de in het ongelijk te stellen partij zal de curator worden veroordeeld in de kosten van het principaal hoger beroep.

De kosten voor de procedure in het principaal appel aan de zijde van ASR c.s. zullen worden vastgesteld op:

- griffierecht € 5.160

subtotaal verschotten € 5.160

- salaris advocaat € 5.264 (2 punten x appellatarief V)

totaal € 10.424.

6 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

in het principaal appel:

verklaart de curator niet-ontvankelijk in zijn hoger beroep van het tussen partijen gewezen tussenvonnis van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, van 2 oktober 2013;

bekrachtigt het eindvonnis van die rechtbank van 12 november 2014;

wijst de in hoger beroep gewijzigde vordering van de curator, inclusief de restitutievordering, af;

veroordeelt de curator in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van ASR c.s. vastgesteld op € 5.160 voor verschotten en op € 5.264 voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

instemt met het voorwaardelijk incidenteel appel;

verstaat dat dit geen behandeling en kostenbeslissing meer behoeft.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.W. Steeg, R.A. van der Pol en M.G. van 't Westeinde, en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 2 mei 2017.

RI 2017/82

HOF 'S-HERTOGENBOSCH

23 mei 2017, nr. 200.191.988_01

(Mrs. J.A.M. van Schaik-Veltman, H.A.G. Fikkers, G.A.J. Boekraad)

Art. 3:83 BW

NJF 2017/299

ECLI:NL:GHSHE:2017:2267

Onoverdraagbaarheidsbeding. Pandrecht.

Staat een onoverdraagbaarheidsbeding in de weg aan verpanding van vorderingen?

Bowie Recycling maakt deel uit van de Bontrup groep. De aandelen in Bowie Recycling worden gehouden door Bontrup Beheer. De aandelen in Bontrup Beheer worden gehouden door Bontrup Holding. Bij stampandakte van 31 december