

**JOR 2018/286, Gerechtshof Amsterdam, 29-05-2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1832,
200.195.686/01 (annotatie)**

Instantie: Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak: 29-05-2018
Publicatie: JOR 2018/286 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 11, 2018
Annotator: <ul style="list-style-type: none"> • mr. Ph.W. Schreurs
ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:1832
Zaaknummer: 200.195.686/01
Overige publicaties: <ul style="list-style-type: none"> • ECLI:NL:GHAMS:2018:1832 • INS-Updates.nl 2018-0207
Rechtsgebied: Insolventierecht
Rubriek: Financiering, zekerheden en insolventie
Rechters: <ul style="list-style-type: none"> • mr. Oranje • mr. Melissen • mr. Van Tuyl van Serooskerken-Röell
Partijen: Mr. E.-P. Pandelitschka te Amsterdam, in zijn hoedanigheid van curator in de faillissementen van Netlijn Holding BV, Netlijn Techniek BV, Netlijn Amsterdam BV, Netlijn Rotterdam BV en Netlijn Utrecht BV, appellant, advocaat: mr. C.M. de Breet, tegen F. van Lanschot Bankiers NV te 's-Hertogenbosch, geïntimeerde, advocaat: mr. T.H.D. Struycken.
Regelgeving: <ul style="list-style-type: none"> • BW Boek 6 - 74 • BW Boek 6 - 162

Inhoudsindicatie

Driepartijenovereenkomst om overgang naar andere financier mogelijk te maken, Geen koppeling tussen percentage van de openstaande, verpande debiteuren en maximum debetstand opgenomen zoals in eerdere kredietovereenkomsten tussen bank en schuldenaar, Uitleg, Haviltex-maatstaf, Bank heeft koppeling tussen debetstand en beloop van verpande vorderingen niet prijsgegeven, Geen toerekenbare tekortkoming of onrechtmatige daad bank door verdere betalingen op te schorten dan wel te weigeren bij overschrijding maximum debetstand

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Samenvatting

Bij de uitleg van hetgeen partijen in de driepartijenovereenkomst van 15 juni 2012 zijn overeengekomen, komt het aan

op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. De omstandigheid dat ABN Amro tevens partij was bij de driepartijenovereenkomst, brengt nog niet met zich dat bij de uitleg van de driepartijenovereenkomst – in het bijzonder wat betreft de verhouding tussen geïntimeerde (de bank) en de Netlijn-groep – een groter gewicht aan de letterlijke tekst moet worden toegekend. In de tekst van de driepartijenovereenkomst is de koppeling tussen een percentage van de openstaande, verpande debiteuren en een maximum debetstand niet opgenomen. Niet in geschil is dat de eerdere kredietovereenkomsten van 2007 en 2008 wel voorzagen in deze koppeling. De laatste kredietovereenkomst is weliswaar door de bank bij brief van 24 mei 2012 opgezegd toen Netlijn Amsterdam BV in surseance van betaling kwam te verkeren, maar de bank is toen evenwel niet overgegaan tot opeising van het verstrekte krediet, doch is eind mei 2012 met de bewindvoerder in de surseance van betaling van Netlijn Amsterdam BV overeengekomen dat voor een bedrag van € 144.781 aan betalingen zou worden uitgevoerd, mits de Netlijn-groep haar vorderingen aan de bank zou blijven verpanden “zoals tot nu toe gebruikelijk”. In de daarna met medewerking van de bewindvoerder tot stand gekomen driepartijenovereenkomst is vermeld dat de bank niet bereid is de financiering van de Netlijn-groep op langere termijn te continueren. De driepartijenovereenkomst was derhalve bedoeld om een overgang naar een andere financier mogelijk te maken. Aan deze gang van zaken valt niet de gevolgtrekking te onttrekken dat de bank van de met de koppeling aan de financiering gestelde voorwaarde afstand heeft willen doen. Het ligt ook niet in de rede aan te nemen dat de bank, nadat Netlijn Amsterdam BV in surseance van betaling was komen te verkeren, alleen om aan de Netlijn-groep nog enige tijd te gunnen om een andere financier te zoeken, aan de financiering risicoverhogende soepelere voorwaarden heeft willen verbinden. Verder is in de driepartijenovereenkomst bepaald dat de debiteuren “op de gebruikelijke wijze” zouden worden verpand. In de e-mail van 29 mei 2012 (kort voor de totstandkoming van de driepartijenovereenkomst) van de bewindvoerder in de surseance van betaling van Netlijn Amsterdam BV wordt verwezen naar een financiering van 70% van de debiteurenstand. De Netlijn-groep heeft gezien deze omstandigheden, in onderlinge samenhang beschouwd, redelijkerwijs niet mogen begrijpen dat de bank met de driepartijenovereenkomst een nieuw krediet onder geheel nieuwe voorwaarden heeft verstrekt en dat de eerder overeengekomen koppeling tussen de debetstand en het beloop van de verpande vorderingen door de bank werd prijsgegeven. De (eerder overeengekomen) koppeling moet geacht worden ook onderdeel te hebben uitgemaakt van de afspraken die partijen voor de periode tot de overgang naar een nieuwe financier in de driepartijenovereenkomst hebben gemaakt. Uit het vorenstaande volgt dat niet kan worden gezegd dat de bank toerekenbaar tekort is geschoten of onrechtmatig heeft gehandeld door het uitvoeren van verdere betalingen op te schorten/te weigeren. De bank was op het moment dat de debetstand van de Netlijn-groep begin april 2013 hoger was dan het bedrag van 70% van de openstaande, verpande debiteuren, gerechtigd om te weigeren verdere betalingen uit te voeren.

Uitspraak

(...; *red.*)

2. Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Met grief 1 tot en met 8 komt de curator op onderdelen op tegen de juistheid en volledigheid van de door de rechtbank vastgestelde feiten. Met inachtneming van hetgeen partijen dienaangaande hebben gesteld, komen de feiten, samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, neer op het volgende.

2.1. De Netlijn-groep (hierna: Netlijn) bestaande uit Netlijn Holding B.V., Netlijn Techniek B.V., Netlijn Amsterdam B.V., Netlijn Rotterdam B.V. en Netlijn Utrecht B.V. was een groep van bedrijven die zich bezighielden met detachering, arbeidsbemiddeling en werving van personeel. Vanaf 2000 was [X] (hierna: [X]) statutair bestuurder en middelrijk aandeelhouder van Netlijn.

2.2. Bij overeenkomst van 13 juli 2007 heeft Van Lanschot aan Netlijn een krediet in rekening-courant verstrekt van € 450.000,--. In de overeenkomst is onder meer bepaald dat het debetsaldo niet meer mag bedragen dan 70% van de waarde van de op enig moment uitstaande en aan Van Lanschot verpande vorderingen (niet ouder dan 3 maanden en niet zijnde intercompanyvorderingen). Deze overeenkomst is vervangen door de kredietovereenkomst van 30

december 2008, waarbij het krediet is verhoogd tot € 550.000,--, welke overeenkomst op 28 april 2011 is verlengd. Ook daarin is bepaald dat het debetsaldo niet meer mocht bedragen dan 70% van de verpande vorderingen niet ouder dan 3 maanden.

2.3. Op 15 mei 2012 is aan Netlijn Amsterdam B.V. voorlopige surseance van betaling verleend met benoeming van mr. H. Kreikamp tot bewindvoerder.

2.4. Bij brief van 24 mei 2012 heeft Van Lanschot de kredietovereenkomst opgezegd.

2.5. Bij e-mail van 29 mei 2012 heeft mr. Kreikamp aan Van Lanschot en [X] bevestigd wat eerder die dag was afgesproken. In deze e-mail heeft Kreikamp onder meer bericht dat er naar schatting € 144.781,-- aan betalingen moeten worden gedaan, dat volgens de prognose voor ca. een bedrag van € 140.000,-- aan nieuwe vorderingen zal kunnen worden verpand, dat Van Lanschot uitgaande van een financiering van 70% normaal gesproken € 98.000,-- zou financieren, maar dat Van Lanschot voldoende vertrouwen heeft in het cash flow overzicht van de groep en bereid is voor een bedrag van € 144.781,-- betalingen uit te voeren.

2.6. Op 15 juni 2012 hebben Van Lanschot, Netlijn en ABN Amro N.V. (hierna: ABN Amro) een driepartijenovereenkomst gesloten waarin onder meer is opgenomen:

“(…)

– Van Lanschot is op langere termijn niet bereid de financiering van de Netlijn-groep te continueren.

– ABN Amro heeft de intentie de financiering van de Netlijn-groep van Van Lanschot over te nemen na sanering van de schulden. (...) Hiermee is enige tijd gemoeid, omdat er (nadat de schulden gesaneerd zijn) een procedure voor het verkrijgen van staatsgarantiekrediet doorlopen dient te worden die naar verwachting ca. 6 tot 8 weken zal duren;

(...) Indien met alle schuldeisers overeenstemming is bereikt en de schulden gesaneerd zijn, zal Van Lanschot ook in de periode 1 juli t/m 31 augustus 2012 in beginsel de betaling van alle vennootschappen binnen de Netlijn-groep blijven uitvoeren, teneinde overname van de financiering van de Netlijn-groep door ABN Amro op een redelijke en verantwoorde wijze mogelijk te maken. Het debetsaldo van de Netlijn-groep mag daarbij niet hoger worden dan € 495.000,-- en alle vorderingen van de Netlijn-groep op debiteuren dienen op de gebruikelijke wijze (middels wekelijkse indiening van pandlijsten) dagelijks aan Van Lanschot te worden verpand.

9. Voor het geval zich bijzondere omstandigheden voordoen waarin van Van Lanschot in alle redelijkheid niet verwacht kan worden dat zij zich aan de gemaakte afspraken houdt, behoudt Van Lanschot zich het recht voor te stoppen met de uitvoering van de betalingen. Dergelijke omstandigheden zijn o.a. (...). Van Lanschot zal met deze omstandigheden soepel en coulant om gaan.”

De driepartijenovereenkomst is tweemaal verlengd laatstelijk op 6 november 2012 tot

31 december 2012. Voor deze verlenging heeft Van Lanschot een behandelingsfee in rekening gebracht.

2.7. Op 17 juli 2012 is de surseance van Netlijn Amsterdam B.V. geëindigd door de homologatie van een akkoord.

2.8. Bij e-mail van 4 april 2013 heeft [X] aan Van Lanschot bericht dat herfinanciering van Netlijn (nog) niet is gelukt en een informeel verzoek gedaan aan Van Lanschot om alsnog over te gaan tot herfinanciering/uitbreiding van de financiering van Netlijn.

2.9. Op dezelfde dag heeft tussen [X] en Van Lanschot een telefoongesprek plaatsgevonden waaruit Van Lanschot heeft afgeleid dat op de door Netlijn ingediende debiteurenlijsten reeds betaalde vorderingen stonden. Bij e-mail van

4 april 2013 heeft Van Lanschot aan [X] om een nieuwe geschoonde debiteurenlijst gevraagd.

2.10. Bij e-mail van 5 april 2013 heeft [X] aan Van Lanschot een memo en (onder meer) een geschoonde

debiteurenlijst gezonden. In het memo heeft [X] onder meer vermeld dat hij al vanaf 2008 “vervulde” pandlijsten aanlevert en dat dit bij Van Lanschot bekend moet zijn omdat in 2008 al is afgesproken/geadviseerd de pandlijsten steeds per einde van de maand aan te leveren (vóór de verwerking van de bankmutaties in die periode).

2.11. Begin april 2013 bedroeg de debetstand op het rekening-courantkrediet van Netlijn bij Van Lanschot € 443.537,26. Het op dat moment uitstaande bedrag aan verpande vorderingen bedroeg € 475.200,-- (70% daarvan is € 332.640,--).

Op 11 april 2013 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen Netlijn en Van Lanschot, waarbij onder meer aan Netlijn is meegedeeld Van Lanschot niet langer bereid was de betalingsopdrachten uit te voeren.

2.12. Van Lanschot heeft na 4 april 2013 (nagenoeg) geen betalingen meer uitgevoerd.

2.13. Bij e-mail van 25 april 2013 heeft ABN Amro aan Netlijn geschreven, voor zover hier van belang:

“Graag ontvang ik de volgende informatie om te kunnen beoordelen of ABN Amro Commercial Finance tot een mogelijke passende aanbieding zou kunnen komen.

(...)

Zodra we de informatie hebben ontvangen, zal ik contact opnemen om het verdere vervolg af te stemmen. (...).”

2.14. Op 14 mei 2013 is de gehele Netlijn-groep op eigen aangifte failliet verklaard.

2.15. In het op 13 juni 2013 gedateerde faillissementsverslag is vermeld dat Netlijn in 2010 een verlies heeft geleden van € 264.266,--, in 2011 een operationeel verlies heeft geleden van bijna

€ 350.000,-- en een eenmalige bate had van ruim € 1 miljoen, in 2012 een verlies heeft geleden van € 287.045,-- en in 2013 tot aan het faillissement een verlies heeft geleden van € 101.434,--.

2.16. In december 2014 hebben getuigenverhoren ten overstaan van de rechter-commissaris in de faillissementen plaatsgevonden. In dat kader zijn onder andere [X] en [A], [B] en [C] (alledrie van Van Lanschot) door de rechter-commissaris gehoord.

3. Beoordeling

3.1. De curator heeft in eerste aanleg gevorderd de veroordeling van Van Lanschot tot betaling aan de curator ten behoeve van de boedel het bedrag van de schulden van Netlijn, voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, nader op te maken bij staat.

De rechtbank heeft samengevat geoordeeld dat ook onder de driepartijenovereenkomst de afspraak dat met inachtneming van het kredietmaximum het debetsaldo niet meer mocht bedragen dan een bedrag ten belope van 70% van de openstaande, verpande debiteuren (niet ouder dan

3 maanden en niet zijnde intercompany vorderingen) van toepassing was en dat Van Lanschot gezien de begin april 2013 bestaande overstand niet onrechtmatig heeft gehandeld of toerekenbaar tekort is geschoten door te weigeren nog verdere betalingen te verrichten. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt de curator met zeventien grieven op.

3.2. De grieven 9 tot en met 13 komen samengevat (voor zover van belang) op tegen het oordeel van de rechtbank dat de driepartijenovereenkomst (mede) inhield dat het debetsaldo van Netlijn niet meer mocht bedragen dan 70% van de openstaande, aan Van Lanschot verpande, vorderingen. Deze grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

3.3. Bij de uitleg van hetgeen partijen in de driepartijenovereenkomst van 15 juni 2012 zijn overeengekomen komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en

gedragingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Anders dan de curator heeft betoogd, brengt de omstandigheid dat ABN Amro, als financier van (en namens) investeerder Chipsoft, tevens partij was bij de driepartijenovereenkomst nog niet met zich dat bij de uitleg van de driepartijenovereenkomst – in het bijzonder wat betreft de verhouding tussen Van Lanschot en Netlijn – een groter gewicht aan de letterlijke tekst moet worden toegekend.

In de tekst van de driepartijenovereenkomst is de koppeling tussen een percentage van de openstaande, verpande debiteuren en een maximum debetstand niet opgenomen.

Niet in geschil is dat de eerdere kredietovereenkomsten van 2007 en 2008 wel voorzagen in deze koppeling. De laatste kredietovereenkomst is weliswaar door Van Lanschot bij brief van 24 mei 2012 opgezegd toen Netlijn Amsterdam B.V. in surseance van betaling kwam te verkeren, maar Van Lanschot is toen evenwel niet overgegaan tot opeising van het verstrekte krediet, doch is eind mei 2012 met de bewindvoerder in de surseance van betaling van Netlijn Amsterdam B.V. overeengekomen dat voor een bedrag van € 144.781,-- aan betalingen zou worden uitgevoerd, mits de Netlijn-groep haar vorderingen aan Van Lanschot zou blijven verpanden “zoals tot nu toe gebruikelijk”. In de daarna met medewerking van de bewindvoerder tot standgekomen driepartijenovereenkomst is vermeld dat Van Lanschot niet bereid is de financiering van de Netlijn-groep op langere termijn te continueren. De driepartijenovereenkomst was derhalve bedoeld om een overgang naar een andere financier mogelijk te maken.

Aan deze gang van zaken valt niet de gevolgtrekking te ontleen dat Van Lanschot van de met de koppeling aan de financiering gestelde voorwaarde afstand heeft willen doen. Het ligt ook niet in de rede aan te nemen dat Van Lanschot, nadat Netlijn Amsterdam B.V. in surseance van betaling was komen te verkeren, alleen om aan Netlijn nog enige tijd te gunnen om een andere financier te zoeken, aan de financiering risicoverhogende soepelere voorwaarden heeft willen verbinden. Het betoog van de curator dat Van Lanschot een uitruil beoogd heeft van afstand van de betrokken koppeling tegen nadere voorwaarden, inhoudende dat het kredietmaximum werd verlaagd en dat de pandlijsten voortaan wekelijks (in plaats van maandelijks) moesten worden aangeleverd, volgt het hof niet. Van Lanschot heeft dit weersproken en door de curator is, behoudens de verwijzing naar de tekst van de driepartijenovereenkomst, waarin de koppeling ontbreekt, niet nader toegelicht waaruit blijkt dat deze uitruil is beoogd.

Verder is in de driepartijenovereenkomst bepaald dat de debiteuren “op de gebruikelijke wijze” zouden worden verpand. In de e-mail van 29 mei 2012 (kort voor de totstandkoming van de driepartijenovereenkomst) van de bewindvoerder in de surseance van betaling van Netlijn Amsterdam B.V. wordt verwezen naar een financiering van 70% van de debiteurenstand (zie 2.5).

Netlijn heeft gezien deze omstandigheden, in onderlinge samenhang beschouwd, redelijkerwijs niet mogen begrijpen dat Van Lanschot met de driepartijenovereenkomst een nieuw krediet onder geheel nieuwe voorwaarden heeft verstrekt en dat de eerder overeengekomen koppeling tussen de debetstand en het beloop van de verpande vorderingen door Van Lanschot werd prijsgegeven. Dat Van Lanschot bij de verlenging van de driepartijenovereenkomst op 6 november 2012 een behandelingsfee aan Netlijn in rekening heeft gebracht, leidt in de gegeven omstandigheden niet tot een ander oordeel.

De (eerder overeengekomen) koppeling moet geacht worden ook onderdeel te hebben uitgemaakt van de afspraken die partijen voor de periode tot de overgang naar een nieuwe financier in de driepartijenovereenkomst hebben gemaakt.

Het bewijsaanbod van de curator (grief 16) dat de debiteurenkoppeling in de driepartijenovereenkomst is losgelaten, moet, bij gebreke van voldoende concrete stellingen waaruit dit blijkt, worden gepasseerd.

3.4. Uit het vorenstaande volgt dat niet kan worden gezegd dat Van Lanschot toerekenbaar tekort is geschoten of onrechtmatig heeft gehandeld door, zoals de curator stelt, het uitvoeren van verdere betalingen op te schorten/te weigeren. Van Lanschot was op het moment dat de debetstand van Netlijn begin april 2013 hoger was dan het bedrag van 70% van de openstaande, verpande debiteuren, gerechtigd om te weigeren verdere betalingen uit te voeren.

3.5. De curator heeft zijn betoog dat de (in de ogen van Van Lanschot) ongereguleerde overstand medio april 2013

was ingelopen gezien de betwising door Van Lanschot (3.10.1 MvA) en het in eerste aanleg als productie 9 door Van Lanschot overgelegde overzicht van de debetstanden en saldi van (70% van) de openstaande debiteuren, waaruit dit niet kan worden afgeleid, onvoldoende toegelicht.

3.6. Uit het voorgaande volgt dat de grieven 9 tot en met 13 tevergeefs zijn voorgesteld.

3.7. Grief 14 komt op tegen het oordeel van de rechtbank dat Van Lanschot niet eerder ervan op de hoogte hoefde te zijn dat de debetstand hoger was dan het bedrag van 70% van de uitstaande debiteuren en dat Van Lanschot niet gehouden was om de pandlijsten te controleren. Volgens de curator heeft Van Lanschot haar zorgplicht jegens Netlijn geschonden door in de periode van december 2008 tot 4 april 2013 nimmer de pandlijsten te controleren.

3.8. Het hof oordeelt hieromtrent als volgt. Van Lanschot was niet gehouden om te controleren of de door Netlijn op aangeleverde pandlijsten vermelde vorderingen reeds waren voldaan. Ook indien Van Lanschot vanaf december 2008 tot begin april 2013 steeds heeft goedgevonden dat door Netlijn vervuilde pandlijsten (dat wil zeggen pandlijsten waarop vorderingen stonden die reeds waren voldaan) werden aangeleverd, heeft Netlijn daaruit redelijkerwijs niet mogen afleiden dat een debetstand tot 70% van het totaalbedrag van die vervuilde pandlijsten was toegestaan. Netlijn wist immers, althans moet redelijkerwijs hebben geweten, dat de debetstand was gekoppeld aan (70% van) de nog openstaande vorderingen op debiteuren. Grief 14 faalt eveneens.

3.9. Grief 15 komt samengevat op tegen het oordeel van de rechtbank dat Van Lanschot in de gegeven omstandigheden mocht stoppen met het uitvoeren van verdere betalingen en naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid Netlijn geen langere termijn behoefde te gunnen om te kunnen overstappen naar een andere financier.

3.10. Het hof heeft niet kunnen vaststellen wat Van Lanschot op 11 april 2013 nu precies heeft gezegd (binnen 48 een oplossing zoeken voor de ongeoorloofde overstand of het gehele krediet aflossen). Nu sprake was van een ongereguleerde overstand was Van Lanschot, zoals gezegd, gerechtigd om verdere betalingen op te schorten. De omstandigheid dat Van Lanschot wist dat de gesprekken met ABN Amro pas zouden worden voortgezet na ontvangst van de definitieve jaarcijfers 2012 (die niet voor 3 mei 2013 gereed zouden zijn) maakt niet dat Van Lanschot gelet op de eisen van redelijkheid en billijkheid gehouden was niettegenstaande een ongeoorloofde overstand betalingen te blijven uitvoeren. Grief 15 is tevergeefs voorgesteld.

3.11. De grieven 1 tot en met 8 leiden niet tot een ander oordeel en behoeven geen verdere bespreking. De curator heeft geen stellingen ingenomen die, indien bewezen, tot een andere uitkomst kunnen leiden. Aan (nadere) bewijslevering komt het hof derhalve niet toe. De rechtbank heeft de curator op juiste gronden in de proceskosten veroordeeld. De grieven 16 en 17 falen eveneens.

3.12. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. De curator zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in hoger beroep.

4. Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt de curator in de kosten van het geding in hoger beroep, (...; *red.*);

verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. Met enige regelmaat wordt opgekomen tegen de beëindiging van een kredietovereenkomst door een bank. Het veel aangehaalde standaardarrest is HR 13 oktober 2014, «JOR» 2015/8, m.nt. Bertrams (*ING/De Keijzer*). Er zijn verschillende eisers denkbaar in dergelijke procedures. In de eerste plaats natuurlijk de kredietnemende vennootschap

zelf. Maar het komt ook met regelmaat voor dat een betrokken aandeelhouder in actie komt. Daar speelt het leerstuk van de afgeleide schade een rol. In dat leerstuk is uitgemaakt dat een aandeelhouder van een vennootschap geen vordering heeft op een veroorzaker van zijn indirecte schade (bestaande uit de waardedaling van de vennootschap waarin hij aandeelhouder is), indien die vennootschap zelf die schade ook rechtstreeks zou kunnen verhalen. Met name gelaedeerde minderheidsaandeelhouders lopen met enige regelmaat daartegenaan. Indien de schade van een dergelijke aandeelhouder echter "definitief" is, kan de aandeelhouder wel in zijn vordering ontvangen worden. Daarvan is bijvoorbeeld sprake indien de vennootschap is gefailleerd of de aandeelhouder gedwongen was zijn belang te verkopen (HR 2 december 1994, *NJ 1995/288 (ABP/Poot)* en HR 2 mei 1997, **«JOR» 1997/94**, m.nt NEDF (*Kip-Sloetjes/Rabo*)).

2. In deze zaak komt een eiser in beeld die minder vaak voorkomt, namelijk de curator van de kredietnemende vennootschap. Een bekend recent voorbeeld van een enigszins vergelijkbare zaak was die van OAD-familie Ter Haar, die samen met de curatoren optrok tegen Rabobank. Die curatoren hebben hun eventuele claimrechten inmiddels overgedragen aan de familie. Een ander voorbeeld was Rb. Den Haag 29 juni 2016, **«JOR» 2016/291**, m.nt. Dullaart (*Advistaal*) waarin ook Rabobank figureerde. In die zaak boekte de curator bepaald geen gering succes met haar stelling dat als de bank een redelijkere termijn voor aflossing zou hebben gegund, er een niet ondenkbeeldige overlevingskans was geweest. De bank werd daar veroordeeld tot vergoeding van de helft van de schade. Blijkens het openbaar faillissementsverslag loopt daar nog hoger beroep.

3. In de onderhavige zaak trekt de curator in twee instanties aan het kortste eind. De feiten waren als volgt. Van Lanschot financierde sinds enige jaren het Netlijn-concern (een detacheringsbureau) en wel op basis van 70% van de aan haar verpande handelsvorderingen. Op 15 mei 2012 vroeg Netlijn surseance aan. De bewindvoerder, mr. Kemp, bewerkstelligde voortzetting van het krediet, waarbij Netlijn vorderingen zou blijven verpanden "zoals tot nu toe gebruikelijk". Nadien sloot hij nog een overeenkomst met ABN AMRO en Van Lanschot om mogelijk te maken dat ABN AMRO opvolgend kredietverschaffer zou worden. Van Lanschot wilde namelijk zelf niet door, maar was wel bereid een overgang naar een nieuwe financier mogelijk maken. Nadat een jaar later door homologatie van een akkoord alle overige crediteuren waren gesaneerd, kwam de surseance ten einde en zette Netlijn haar activiteiten voort. De herfinanciering echter was op dat moment nog altijd niet rond. Bijna weer een jaar later, 4 april 2013, vroeg Netlijn aan Van Lanschot of die toch niet bereid zou zijn de financiering blijvend voort te zetten. Bij de daarop op verzoek van de bank aangeleverde informatie zat een lijst waaruit bleek dat Netlijn al die jaren "vervuilde" pandlijsten bij de bank had aangeleverd: aan het eind van elke maand werden wel nieuwe (aan debiteuren verzonden) facturen opgevoerd, maar de in diezelfde maand op oude facturen ontvangen betalingen werden pas verwerkt in de pandlijst van een maand later. Het laat zich raden dat de zekerheid van Van Lanschot hierdoor substantieel (ik schat 20 à 25%) kleiner was dan leek op grond van de pandlijst en in ieder geval werd die feitelijk ruimschoots minder dan 70%. Voor Van Lanschot vormde dit aanleiding geen betalingen meer uit te voeren, hetgeen ruim een maand later, op 14 mei 2013, uitmondde in het faillissement van Netlijn.

4. Tegen de achtergrond van deze feiten komt het mij als opvallend voor dat curator Pandelitschka Van Lanschot aansprakelijk heeft willen houden voor het tekort, stellende dat de bank jegens de gezamenlijke crediteuren onrechtmatig had gehandeld. Zijn verwijt was gegrond op de stelling dat in de afspraken die bewindvoerder Kemp in aanvang van de surseance had bewerkstelligd, door Van Lanschot niet langer de grens van 70% was aangehouden (maar die hoger zou zijn komen te liggen). De curator heeft voorafgaand aan de procedure ook getuigenverhoren laten plaatsvinden waaruit ik (mogelijk te lichtvaardig) afleid dat hard schriftelijk bewijs voor een dergelijke afspraak kennelijk niet voorhanden was.

5. De curator moest bovendien nog een tweede hobbel zien te nemen die (alweer: op afstand en dus zonder kennis van het dossier) nog moeilijker te nemen leek. Van Lanschot beriep zich immers niet geheel onbegrijpelijk op het feit dat zij op 4 april 2013 ontdekte dat Netlijn al die jaren een onrealistisch hoog debiteurensaldo als zekerheid had opgegeven. De curator pareerde dat verweer met de stelling dat op de bank een zorgplicht rustte om de pandlijsten kritisch te bestuderen, in welke zorgplicht de bank (door dat jaren niet te doen) tekort zou zijn geschoten. In de stellingen van partijen las ik slechts dat partijen twistten over de vraag of Van Lanschot *wist of behoorde te weten* dat de pandlijsten vervuild waren. Maar het hof gaat verder en oordeelt dat ook indien Van Lanschot heeft *goedgevonden* dat vervuilde pandlijsten werden ingediend, Netlijn moet hebben geweten dat (in de rede ligt dat) het krediet verbonden was aan 70% van de openstaande vorderingen en dat dus niet afdoet aan het feit dat de bank niet ruimer krediet

hoefde te verschaffen dan op basis van de (te geringe) aanwezige dekking. Daarmee maakt het hof duidelijk dat het de lat voor de curator hoog legt. Het hof zegt daarmee immers dat de stellingen van de curator er niet zo veel toe doen, omdat zelfs als de bank expliciet vervulde lijsten zou hebben aanvaard, dat nog niet zou leiden tot een verplichting van de bank om méér krediet (dan 70% van de openstaande debiteuren) te verschaffen. Dat zou dan wel opvallend zijn: als Van Lanschot uitdrukkelijk zou hebben goed gevonden dat de verwerking van de binnengekomen betalingen een maand later plaats vond en met inachtneming daarvan al jaren feitelijk met minder dekking genoegzaam, zou een andere uitkomst mijns inziens wel denkbaar zijn geweest. Maar een dergelijke expliciete instemming is nu eenmaal nooit aan de orde geweest. Al met al geen verrassende uitspraak.

6. Intussen ziet dit arrest wel op de herstructurering van een bedrijf in moeilijkheden en geeft het daarmee een goede gelegenheid na te denken over wat er gebeurd zou zijn als het consultatie-voorstel WHOA al wet geweest was vóór Netlijn surseance verzocht. Daarin wordt namelijk een voorziening getroffen die kredietverschaffing aan bedrijven in moeilijkheden moet vereenvoudigen en voorkomen dat deze achterwege blijft uit angst voor aantasting door een latere curator. In het huidige recht loopt een dergelijke kredietverschaffer aan tegen de oncomfortabele onduidelijkheden die arresten als HR 22 december 2009, **«JOR» 2011/19**, m.nt NEDF (*ABN AMRO/Van Dooren q.q. III*) en HR 7 april 2017, **«JOR» 2017/213**, m.nt Bergervoet (*Jongepier q.q./Drieakker c.s.*) achterlaten. De door de Europese Commissie gepubliceerde concept Herstructureringsrichtlijn zal indien ingevoerd lidstaten dwingen tot het opstellen van regels ter bescherming van nieuwe financiering in verband met herstructurering. Art. 16 van het eerste concept van die richtlijn (dat werd gepubliceerd in november 2016, COM(2016) 723 final) stelt dat nieuwe of overbruggingsfinancieringen niet als een voor de gezamenlijke crediteuren nadelige rechtshandeling, nietig, vernietigbaar of niet-tegenwerpbaar (mogen) worden verklaard in het kader van daaropvolgende insolventieprocedures, tenzij die transacties frauduleus of te kwader trouw werden uitgevoerd. In het consultatievoorstel WHOA (dat gepubliceerd werd in september 2017, <https://www.internetconsultatie.nl/wethomologatie>) is een nieuw art. 42a FW opgenomen waarin is geregeld dat kredieten en betalingen die nodig zijn voor de voortzetting in het kader van een akkoord, vermoed worden niet nadelig te zijn.

7. Zou een dergelijke bepaling consequenties hebben gehad in een iets aangepaste casus? Op het surseanceverzoek van Netlijn werd bewindvoerder Kemp benoemd die, samen met het bestuur, de driepartijenovereenkomst met Van Lanschot en ABN AMRO sloot. De surseance eindigde door middel van een gehomologeerd akkoord, maar de financiering werd gecontinueerd op basis van die afspraak. Later gaat het dan alsnog mis en komt een faillissement met een andere curator, mr. Pandelitschka. Deze curator stelt een Peeters/Gatzen-vordering in, stellende dat de bank onrechtmatig heeft gehandeld door te stoppen met het uitvoeren van betalingen. Maar stel nu dat die vordering gegrond zou worden op de stelling dat het noodkrediet als zodanig onrechtmatig was jegens de gezamenlijke crediteuren. Om dat te voorkomen zal dus ook ten aanzien van een dergelijke vordering de WHOA moeten bepalen dat de lat hoger komt te liggen bij het aantasten van noodkredieten. Het volstaat niet slechts de pauliana-bepaling aan te passen. Vergelijk ook de consultatiereacties van onder meer De Brauw sub 4.3, de Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen sub 4.6, de Nederlandse Vereniging van Banken p.11, Nauta Dutilh p. 5 en Boels Zanders sub 2.2 op <https://www.internetconsultatie.nl/wethomologatie/reacties>.

8. Intussen is een aangepast concept van de Herstructureringsrichtlijn gepubliceerd op 1 oktober 2018, 2016/0359(COD). Daarin is bepaald dat de verschaffers van noodkredieten “niet burgerlijk, administratief of strafrechtelijk aansprakelijk [worden] gesteld”. Bovendien bepaalt een nieuw art. 16 lid 1a dat de lidstaten dit mogen beperken tot noodkredieten die zijn voorzien in een plan dat “door een rechterlijke of administratieve instantie is bevestigd of waarin de tussentijdse financiering aan een controle vooraf was onderworpen”. Het is te hopen dat in het inmiddels naar de Raad van State gezonden wetsvoorstel van de WHOA een duidelijke voorziening wordt getroffen die dergelijke financieringen in alle opzichten en bij voorkeur vooraf als veilig oormerkt, vanzelfsprekend behoudens fraude of kwade trouw. Het redden van bedrijven in moeilijkheden is immers gediend met zoveel mogelijk duidelijkheid vooraf.

mr. Ph.W. Schreurs, advocaat bij Boels Zanders Advocaten te Eindhoven en als buitenpromovendus verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit