

JOR 2018/156, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem 27-03-2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2893, 200.140.750 (met annotatie van mr. S.C.M. van Thiel) Schending bancaire zorgplicht, Toerekenbare tekortkoming en tevens onrechtmatig handelen jegens aandeelhouders persoonlijk, Huisbankier maakt misbruik van noodtoestand en economische dwangpositie contractspartijen bij termsheet, Verwijzing naar schadestaatprocedure

Wetsbepaling(en):

BW BOEK 6 artikel 162, BW BOEK 7 artikel 401

Ook gepubliceerd in:

ECLI:NL:GHARL:2018:2893, INS-Updates.nl 2018-0105

JOR 2018/156, Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 27-03-2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2893, 200.140.750 (annotatie)

Inhoudsindicatie

Schending bancaire zorgplicht, Toerekenbare tekortkoming en tevens onrechtmatig handelen jegens aandeelhouders persoonlijk, Huisbankier maakt misbruik van noodtoestand en economische dwangpositie contractspartijen bij termsheet, Verwijzing naar schadestaatprocedure

Ga direct naar

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

Gegevens

Instantie	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
Datum uitspraak	27-03-2018
Publicatie	JOR 2018/156 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 6, 2018
Annotator	<ul style="list-style-type: none">• mr. S.C.M. van Thiel
ECLI	ECLI:NL:GHARL:2018:2893
Zaaknummer	200.140.750
Overige publicaties	<ul style="list-style-type: none">• ECLI:NL:GHARL:2018:2893• INS-Updates.nl 2018-0105• NTHR 2018, afl. 3, p. 161
Rechtsgebied	Bank- en effectenrecht, financiering
Rubriek	Bank- en effectenrecht
Rechters	<ul style="list-style-type: none">• mr. Steeg• mr. Wammes• mr. Rinkes

Partijen	<p>1. Appellant, 2. appellante 1, 3. de Stichting Administratiekantoor, appellante 2, appellanten, advocaat: mr. J.V. van Ophem, tegen: Coöperatieve Rabobank UA, als gevolg van fusie rechtsopvolgster onder algemene titel van: Coöperatieve Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank BA en van Coöperatieve Rabobank Rijn en Veenstromen UA te Amsterdam, geïntimeerde, advocaat: (voorheen mr. H. Pasma, thans:) mr. R.M. Vermaire.</p>
Regelgeving	<ul style="list-style-type: none"> • BW Boek 6 - 162 • BW Boek 7 - 401

Samenvatting

Aan de orde zijn de gedragingen van Rabobank in de aanloop naar het faillissement van bouwbedrijf Midreth. Na jaren van oplopende financieringen en toenemende ernstige liquiditeitsproblemen is in 2010 een ultieme, maar vergeefse, poging gedaan de Midreth Groep van de ondergang te redden. De Midreth Groep en haar middellijke aandeelhouders, appellant en appellante 2, verkeerden op dat moment in bijzondere omstandigheden: niet alleen in noodtoestand en een economische dwangpositie, maar ook in de voor huisbankier Rabobank wegens ontbrekende bancaire alternatieven kenbare afhankelijkheid van Rabobank, die inmiddels alle denkbare zekerheden, waaronder de verhoging van de privéborgtocht van appellant naar € 5.000.000,=, zeer nadelige tegenprestaties in de vorm van de handhaving van de renteswap, de equity kicker en de fee van € 2.000.000,= en een toenemende zeggenschap had verkregen. Daardoor stonden voor appellant en appellante 1 privé ook hun inkomsten, schulden uit verstrekte zekerheden, pensioen en hun (financiële) existentie op het spel.

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

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

Met al het voorafgaande heeft Rabobank ook jegens appellant en appellante 2 persoonlijk onrechtmatig gehandeld. De door hen geleden schade is het gevolg van een samenhangend geheel van onrechtmatige gedragingen van Rabobank, die niet alleen ertoe hebben geleid dat de waarde van hun aandelen ernstig is aangetast door het onzorgvuldige beleid van Rabobank maar ook tot gevolg hebben gehad dat zij vervolgens die aandelen – onder druk van Rabobank – op een zeer ongunstig tijdstip en tegen een prijs van € 1,= hebben moeten verkopen, zodat de door de waardevermindering ontstane schade definitief ten laste van hun vermogen is gekomen en niet meer kan worden opgeheven door een eventuele schadevergoeding van Rabobank aan de vennootschappen van Midreth Groep, terwijl bovendien ten tijde van de aan Rabobank verweten gedragingen hun belangen sterk met die van het concern waren

verweven, mede in verband met de door hen in privé gegeven zekerheden en hun afhankelijkheid, voor wat betreft hun inkomen en vermogensvorming, van het door hen opgebouwde, in Midreth Groep uitgeoefende bedrijf. Vergelijk HR 2 mei 1997, [ECLI:NL:HR:1997:ZC2365](#) (Kip en Sloetjes/Rabobank Winterswijk).

De aandelen hadden naar het oordeel van het hof mogelijk enige (verwachtings)waarde, zodat de mogelijkheid van schade aannemelijk is en appellante 2 daarmee de voor een schadestaatprocedure vereiste, lage drempel hebben genomen.

Uitspraak

(...; red.)

4. De beoordeling van de grieven en de vorderingen

Fusie

4.1. Naar [appellanten] niet hebben weersproken, zijn Rabobank c.s. als gevolg van fusie per 1 januari 2016 opgegaan in Coöperatieve Rabobank U.A. (verder: Rabobank). De gevorderde hoofdelijkheid is daarom niet langer toewijsbaar.

Inhoud van de zaak; feiten

4.2. Deze zaak gaat over het volgende.

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

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

[appellant] via [appellante 2] in Beheer tot 40%. Nadat Rabobank eerder had afgehaakt, waarop haar bestuurder [bestuurder] later terugkwam, is tussen de vier participanten alsmede Beheer, Bouwbedrijf, Investments, [appellant] en [appellante 2] ten slotte een reddingsfinanciering tot stand gekomen en neergelegd in de overeenkomst van 13 oktober 2010, de zogenaamde termsheet.

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

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

Van de termsheet bepaalde vervolgens artikel 15

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

a. Betaling van de aan Rabobank verschuldigde fee (...) als bedoeld in artikel 10 sub e van deze overeenkomst ad € 2.000.000,= en vervolgens;

b. € 20.000.000,= als fee voor de Participanten en [appellant] in de volgende verhouding:

Rabobank 28,125%

[Bedrijf 6] 18,75%

[Persoon 1] 9,375%

[Bedrijf 1] 18,75%

[appellant] 25%.”

Ten slotte verplichtte artikel 21 van de termsheet [appellant] en [appellante 2] tot overdracht van 60% van de door haar gehouden aandelen voor € 1,= aan de participanten in de verhouding Rabobank 37,5%, [Bedrijf 6] 25%, [Persoon 1] 12,5% en [Bedrijf 1] 25%.

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

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

Verwijten van [appellanten]

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

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

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

4.5. Hierover oordeelt het hof als volgt.

Rechtsvorderingen tot vernietiging van een rechtshandeling verjaren ingevolge artikel 3:52 lid 1, aanhef en onder b. BW in geval van misbruik van omstandigheden drie jaren nadat deze invloed heeft opgehouden te werken. Artikel 3:54 lid 2 BW bouwt hierop voort doordat de rechter op verlangen van een der partijen, in plaats van een vernietiging wegens misbruik van omstandigheden uit te spreken, ter opheffing van het nadeel de gevolgen van de rechtshandeling kan wijzigen. Naar aanleiding van een parallelle situatie van een vordering op grond van artikel 6:230 lid 2 BW, strekkende tot opheffing van het nadeel bij dwaling, overwoog HR 8 juli 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BQ5068](#):

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

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

Waardevermindering resterende 40% aandelen?

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

4.7. Hierover oordeelt het hof als volgt.

De enkele omstandigheid dat Rabobank en de andere participanten de 60% aandelen hebben overgenomen voor een symbolische koopprijs van, mogelijk tegen de zin van [appellanten], € 1,= brengt niet zonder meer mee dat de waarde van de aan [appellant] resterende 40% aandelen door toedoen van de participanten, of van door Rabobank gepleegd misbruik van omstandigheden, is verminderd, laat staan tot een waarde van € 1,= of nihil. Voor zover [appellanten] het standpunt innemen dat Rabobank door haar gedrag in de maanden na oktober 2010 de aandelenwaarde heeft laten vernietigen door aanstelling van niet capabele interim consultants en managers, waarbij [appellant] in feite als directeur buiten spel was gezet, strandt deze, overigens in het licht van het verweer daartegen onvoldoende feitelijk onderbouwde, vordering hierop dat het hier gaat om afgeleide schade, terwijl [appellanten] niet hebben uiteengezet, noch zonder nadere toelichting, die ontbreekt, valt in te zien waarom de opstelling en het gedrag van Rabobank na de totstandkoming van de termsheet in strijd zou zijn met de jegens [appellant] en/of [appellante 2] als aandeelhouder in privé specifiek vereiste zorgvuldigheid. Daartoe is niet voldoende dat de vennootschappen zonder enige invloed van [appellant] zijn gefailleerd noch dat de belangen van [appellanten] (bestaande uit in privé verstrekte zekerheden en afhankelijkheid van de Midreth Groep wat betreft inkomen, pensioen en vermogensvorming) in aanzienlijke mate waren verweven met zijn vennootschappen.

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

Vorderingen 1, 5 subsidiair en 6 subsidiair

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

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

Wijziging van Euribor rente naar Rabobank Basisrente

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

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

Zoals bekend is de euribor basis voor de werkkapitaalfinanciering bij Rabobank in het eerste kwartaal van 2009 op voorstel van Rabobank losgelaten. Hiermee werd ook de relatie tussen de door Rabobank verstrekte rentederivaten enerzijds en de door Rabobank verstrekte financieringen anderzijds (waarschijnlijk onbewust) doorbroken. Gevolg is dat wij op dit moment niet alleen de contractueel beoogde Rabobank Basisrente +1,5% betalen op onze werkkapitaalfinanciering maar over € 20 mln ook nog het verschil tussen 3-maands euribor (...). Over de eerste € 20 mln van onze faciliteit betalen wij daardoor op dit moment 4,85% (zijnde de actuele Rabobank Basisrente) +1,5% (zijnde de actuele marge) +3,365% = 9,715% (!), Ten opzichte van de actuele Rabobank Basisrente een credit spread van 4,865%. Ten opzichte van de 3-maand Euribor een onwaarschijnlijke credit spread van 9,08%. Dit kan natuurlijk niet de bedoeling zijn. (...)”.

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

Naar aanleiding hiervan oordeelt het hof als volgt.

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

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

Renteswap

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

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

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

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

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

Equity kicker

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

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

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

Mislukking overnamegesprekken

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

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

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

Een fee van € 2.000.000,= en een fee van € 20.000.000,=

4.15. Verder heeft Rabobank twee fees bedongen, op 7/8 september 2009 een eerste fee van € 2.000.000,=, al snel te voldoen op 1 juli 2010 (productie 7 bij memorie van grieven), en in de termsheet van 13 oktober 2010 een tweede fee voor zichzelf van (28,125% x € 20.000.000,=) € 5.625.000,=, waarbij tevens nader is bepaald dat de eerste fee op 31 december 2010 moest zijn voldaan (producties 38 bij inleidende dagvaarding). De beide fees worden nog eens herhaald in artikel 12 van de Gewijzigde en wederom volledig vastgestelde leningsovereenkomst van 12 november 2010 met Rabobank (productie 39 bij inleidende dagvaarding).

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

De fee van € 2.000.000,= was voor een kredietuitbreiding met € 7.500.000,= en moest binnen 10 maanden worden terugbetaald, hetgeen uiteraard een grote druk op de toch al krappe liquiditeit legde. De fee van € 20.000.000,=, waarvan € 5.625.000,= aan Rabobank toekwam, hing samen met de

kredietuitbreiding met in totaal € 20.000.000,=, waarvan Rabobank deelnam voor € 3.625.000,= aan bestaand krediet en voor nog eens € 3.875.000,= (faciliteiten A en deels B); deze fee betrof ook volgens Rabobank een enorm bedrag. Volgens haar waren fees van 10% niet ongewoon, maar naar het oordeel van het hof overtroffen deze beide fees blijkens het voorgaande dat percentage verre. Anders dan Rabobank ter comparitie zonder nader onderbouwing voor het eerst heeft aangevoerd, kunnen deze fees elk afzonderlijk niet als rentevergoeding worden aangemerkt noch strekken tot uitstel van een rentevergoeding; dat was ook niet overeengekomen en is door [appellanten] gemotiveerd betwist. Hun hoogte houdt met rente(-uitstel) geen, te beredeneren, verband. Het bedrag van € 20.000.000,= zou volgens Rabobank zijn ontleend aan de door [appellant] veronderstelde overwaarde in het onroerend goed, maar dit rechtvaardigt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, nog niet een fee van een dergelijke buitensporige omvang (€ 5.625.000,= voor Rabobank). Zelfs indien de kredietuitbreidingen riskant waren en daarvoor geen aanvullende zekerheden meer beschikbaar waren, dan nog staan beide fees in geen enkele redelijke verhouding tot die kredietuitbreidingen. Niet van belang is dat de tweede fee niet, zoals Rabobank aanvoert, door haar zou zijn bedongen maar zou zijn opgekomen op initiatief van een of meer van de andere participanten (Zadelhoff) en door haar, Rabobank, alleen maar zou zijn aanvaard. Evenmin valt een fee van een dergelijk excessieve omvang te verdedigen met de verklaring namens Rabobank ter comparitie dat daarmee voor het geval van realisatie van meerwaarde van onroerend goed, ter vermijding van kapers op de kust, tevoren een potentiële claim wordt gelegd voor het geval die meerwaarde zich realiseert. Ook hier moeten de fees worden aangemerkt als voor [appellanten] zeer nadelig.

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

4.16. Dan komt aan de orde de verplichting in de termsheet van [appellant] en [appellante 2] tot overdracht van 60% van de door hen gehouden aandelen voor € 1,= aan de participanten, waarvan aan Rabobank 37,5% toekwam (en aan [Bedrijf 6] 25%, [Persoon 1] 12,5% en [Bedrijf 1] 25%), zodat Rabobank (Investments B.V.) 22,5% van het totaal van de geplaatste aandelen verkreeg. Rabobank heeft er terecht op gewezen dat het aannemen van risicodragend kapitaal voor een bank heel bijzonder is. Dit had Rabobank jegens [appellant] en [appellante 2] moeten bewegen tot de nodige, voorzichtige terughoudendheid. Rabobank heeft wel aangevoerd dat de tegenprestatie niet € 1,= bedroeg maar bestond uit de verstrekking van de redding financiering, echter dit verweer miskent de dwingende bewijskracht van de termsheet in de onderhandse akte, waaruit blijkt van een koopprijs van € 1,= en van diverse andere, wel aan de kredietuitbreiding verbonden tegenprestaties. Naar het oordeel van het hof staat wel voldoende vast dat het idee van de aandelenoverdracht is voortgekomen uit het eerder in oktober 2010 gepresenteerde overlevingsplan en de daarin voorgenomen verstrekking door de participanten van risicodragend kapitaal tegen verwatering van het aandelenbelang van [appellant] via [appellante 2] in Beheer tot 40%, een idee van Van Zadelhoff. Daarin kon een aandelenoverdracht als regel nog wel goed passen, zodat het niet vreemd of verwijtbaar was dat Rabobank in dat kader in haar brief van 5 oktober 2010 (productie 27 bij inleidende dagvaarding) nog uitging van een wijziging van de aandelenverhouding (zij met een rigoureuze reductie van het aandelenkapitaal van [appellanten] tot 10%). Dat was echter, naar Rabobank redelijkerwijs behoorde te begrijpen, niet langer het geval toen partijen in de termsheet hadden besloten tot verstrekking van krediet in plaats van risicodragend kapitaal. Voor zover het de participanten, waaronder Rabobank, ging om verkrijging van de stemrecht en zeggenschap in de Midreth Groep bestonden daarvoor voldoende alternatieven (zo kon bijvoorbeeld de statutenwijziging van maart 2010 waarbij verpanding van aandelen met stemrecht werd uitgesloten, worden teruggedraaid) en was een definitieve aandelenoverdracht zeker niet noodzakelijk. Of de waardering van € 1,= voor de 60% aandelen al dan niet marktconform was (afhankelijk van continuïteit en discontinuïteit, waarvoor een deskundigenonderzoek noodzakelijk lijkt), het neemt in ieder geval niet weg dat daarmee aan [appellant] en [appellante 2] (als middellijk aandeelhouders) voor 60% de mogelijkheid werd ontnomen om te profiteren van verdere waardeontwikkelingen in de Midreth Groep of, zoals Rabobank (in haar memorie van antwoord sub 132) uitdrukt: “dat zijn in oktober 2010 waardeloze aandelen toch weer waarde zouden (kunnen) krijgen” indien een faillissement kon worden vermeden. Daarom is de mogelijkheid van schade op dit punt aannemelijk. Al met al geldt ook deze door Rabobank aanvaarde overdracht als zeer nadelig voor [appellanten] Of Rabobank daartoe bemiddelend opdrachtnemer is geweest, zoals [appellanten] aanvoeren en Rabobank betwist, behoeft dan geen beantwoording meer.

Noodtoestand, economische dwangpositie en afhankelijkheid

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

Normschendingen door Rabobank

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

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

4.20. Met al het voorafgaande heeft Rabobank ook jegens [appellant] en [appellante 2] persoonlijk onrechtmatig heeft gehandeld. De door hen geleden schade is het gevolg van een samenhangend geheel van onrechtmatige gedragingen van Rabobank, die niet alleen ertoe hebben geleid dat de waarde van hun aandelen ernstig is aangetast door het onzorgvuldige beleid van Rabobank maar ook tot gevolg hebben gehad dat zij vervolgens die aandelen – onder druk van Rabobank – op een zeer ongunstig tijdstip en tegen een prijs van € 1,= hebben moeten verkopen, zodat de door de waardevermindering ontstane schade definitief ten laste van hun vermogen is gekomen en niet meer kan worden opgeheven door een eventuele schadevergoeding van Rabobank aan de vennootschappen van Midreth Groep, terwijl bovendien ten tijde van de aan Rabobank verweten gedragingen hun belangen sterk met die van het concern waren verweven, mede in verband met de door hen in privé gegeven zekerheden en hun afhankelijkheid, voor wat betreft hun inkomen en vermogensvorming, van het door hen opgebouwde, in Midreth groep uitgeoefende bedrijf. Vergelijk HR 2 mei 1997, [ECLI:NL:HR:1997:ZC2365](#) (Kip en Sloetjes/Rabobank Winterswijk).

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

Mogelijkheid van schade aannemelijk

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

Dwaling door Rabobank?

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

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

Normschendingen door Rabobank na de termsheet?

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

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

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

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

Tussenconclusie

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

Wettelijke rente

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

Vordering 7: de privé borgtocht van [appellant]

4.26. Ten slotte verlangen [appellant] en [appellante 1] in hun vorderingen in conventie onder 7 op uiteenlopende gronden verval van de verplichtingen uit de op 16 oktober (bedoeld zal zijn: 22 september) 2009 tot € 5.000.000,= verhoogde borgtocht (productie 14 bij inleidende dagvaarding), hetgeen Rabobank bestrijdt.

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

4.28. Bij zijn beoordeling stelt het hof verder voorop dat de termsheet geen bepaling inhoudt van verval, vervanging of vernieuwing van de borgtocht, integendeel: volgens artikel 7, tweede volzin van de termsheet zou de zekerhedenstructuur van Rabobank niet negatief worden beïnvloed, hetgeen, naar [appellant] niet heeft weersproken, betekende dat op geen enkele wijze afbreuk mocht worden gedaan aan de toenmalige (zekerheids-)positie van Rabobank. Volgens [appellant] verklaring ter comparitie heeft bij de onderhandelingen over de totstandkoming van de termsheet niemand (dus ook hij niet) iets over de borgtocht gezegd, welk standpunt Rabobank bevestigt. Aan [appellant] moet worden toegegeven dat zijn borgtocht later niet (meer) voorkwam in Schedule 3 (Openbaringen van onder meer toegestane zekerheden) bij de Gewijzigde en wederom volledig vastgestelde leningsovereenkomst met Rabobank en de andere participanten van 12 november 2010 en evenmin in Annex II (Rabobank Zekerheden) bij de Intercreditor overeenkomst van 19 november 2010, beide uitwerkingen van de termsheet van 13 oktober 2010. Maar dit is niet bepalend want [appellant] is volgens zijn verklaring ter comparitie daarnaar pas gaan kijken toen hij door Rabobank aansprakelijk werd gesteld, zodat niet kan worden volgehouden dat hij op die grond bij de totstandkoming van de termsheet daadwerkelijk heeft vertrouwd op verval, vervanging, vernieuwing of een andere vorm van tenietgaan van de borgtocht. Daar komt bij dat [appellant] geen partij was bij deze leningsovereenkomst van 12 november 2010, waarvan artikel 10.1.8 bepaalde dat de in dat artikel aangeduide garantie een aanvulling was op andere gevestigde of te vestigen zekerheden. Voor zover [appellant] hier bedoelt dat hij als derde heeft vertrouwd op deze overeenkomsten – artikel 3:36 BW – is het hof van oordeel dat dit vertrouwen niet gerechtvaardigd is, waarbij nog komt dat voor de bescherming op grond van dit artikel nodig is dat [appellant] op grond van dat vertrouwen heeft voortgebouwd, waarover hij niets heeft gesteld en waarvan het hof ook niets is gebleken. Verder bepaalde artikel 6.1.2 van de Intercreditor overeenkomst dat de Rabobank Zekerheden niet het onderwerp van deze overeenkomst waren en Annex II enkel de voor de participanten relevante zekerheden vermeldde ten aanzien van de in die overeenkomst als schuldenaar genoemde vennootschappen, waartoe [appellant] niet behoorde. Ook is nog van belang dat [appellant] namens de

Midreth Groep op 19 oktober 2010 het financieringsvoorstel (productie 8 bij inleidende dagvaarding) heeft ondertekend inclusief de daarin opgenomen vermelding dat de bestaande zekerheden gehandhaafd bleven. Ten slotte heeft [appellant] niet uiteengezet dat en zo ja welk nadeel hij zou hebben geleden doordat Rabobank hem bij de termsheet niet uit de borgtocht heeft ontslagen. De omstandigheden dat [appellant] sedert de termsheet niet langer de meerderheid van de aandelen zou houden en geen vennootschapsbestuurder meer zou zijn, brengen, ook in onderling verband en samenhang bezien, niet mee dat de borgtocht daarom zou vervallen of voortaan als particuliere borgtocht zou gelden dan wel dat [appellant] daarop in redelijkheid zou mogen vertrouwen. [appellant] kon wel nagaan dat Rabobank, naarmate de financiering opliep, de liquiditeitskrapte toenam en de zekerheden schaarser werden, niet zomaar stilzwijgend de borgtocht van € 5.000.000,= prijs gaf.

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

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

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

4.31. Voor de meer subsidiaire vordering is allereerst artikel 6:248 lid 2 BW van belang, dat inhoudt: een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

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

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

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

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

Bewijsaanbiedingen

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

5. De slotsom

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

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

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

5.4. Het eindvonnis zal in reconventie worden bekrachtigd.

6. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

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

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

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

verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

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

bekrachtigt dat eindvonnis in reconventie;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Noot

1. In dit arrest wordt Rabobank aansprakelijk gehouden jegens de (indirecte) aandeelhouders van bouwbedrijf Midreth in verband met een lening van € 20 miljoen, die Rabobank in 2010 samen met drie anderen verstrekke om het bedrijf van de ondergang te redden. Het hof oordeelt dat Rabobank onrechtmatig jegens de aandeelhouders heeft gehandeld en in strijd met de bancaire zorgplicht van art. 2 van de Algemene Bankvoorwaarden (ABV). Rabobank ontvangt daarbij enkele stevige reprimandes.

2. De bancaire zorgplicht kan zowel een publiekrechtelijke als civielrechtelijke grondslag hebben. Bij het eerste (in het bijzonder van belang voor kredietverlening aan particuliere cliënten) gaat het vooral om voorschriften uit de Wft en de uitwerking daarvan in lagere regelgeving zoals het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen (BGfo). Civielrechtelijk wordt de bancaire zorgplicht gestoeld op de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 BW, de algemene zorgplicht van de opdrachtnemer ex art. 7:401 BW (uiteraard voor zover de bank als zodanig optreedt, bijvoorbeeld als de bank is ingeschakeld door een klant als adviseur) en art. 2 ABV. De civielrechtelijke zorgplicht volgt voorts uit het ongeschreven recht. In het arrest *MeesPierson/Ten Bosch* (HR 9 januari 1998, «JOR» 1998/116, m.nt. SCJJK) bevestigde de Hoge Raad dat de maatschappelijke functie van banken een bijzondere zorgplicht met zich brengt, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Een schending van deze maatschappelijke zorgvuldigheidsverplichting zal doorgaans ook een toerekenbare tekortkoming in het contractuele kader zijn (als dat er is) en vice versa. Er is in die gevallen dus sprake

van samenloop. In het onderhavige geval lag de nadruk op het contractuele kader, in het bijzonder art. 2 lid 1 ABV 2009: “De bank neemt bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht en houdt daarbij naar beste vermogen rekening met de belangen van de cliënt. Geen van de bepalingen van deze algemene bankvoorwaarden of van de door de bank gebruikte bijzondere voorwaarden kan aan dit beginsel afbreuk doen.” De huidige ABV (versie 2017) bevatten een bepaling van gelijke strekking.

3. De zorgplicht die op de bank rust, beoogt de belangen van de klant te beschermen. De reikwijdte hangt af van de omstandigheden van het geval (HR *MeesPierson/Ten Bosch*). Bij particuliere klanten zal de reikwijdte in het algemeen groter zijn dan bij zakelijke (d.w.z. bedrijfsmatige) klanten (vgl. par. 3.8 van de conclusie van A-G Wissink bij HR 1 december 2017, «JOR» 2018/71, m.nt. 't Hart). De zorgplicht, zowel de contractuele als die op grond van het ongeschreven recht, is allesoverheersend en kan daarom ook grenzen stellen aan de – meestal zeer ruime – contractuele bevoegdheden van de bank. Zie bijvoorbeeld het vonnis van 14 maart 2018 (twee weken voor het onderhavige arrest) van Rechtbank Zeeland-West-Brabant ([ECLI:NL:RBZWB:2018:1603](#)). In die zaak had Rabobank in beginsel de contractuele bevoegdheid om de renteopslag eenzijdig te verhogen. Echter, omdat de bank had verzuimd de gevolgen die dit voor de leningnemer zou hebben in kaart te brengen en in haar beoordeling te betrekken, handelde de bank in strijd met de zorgplicht van art. 2 ABV en was zij niet bevoegd om de opslag te verhogen.

4. De onderhavige zaak gaat, zoals in het begin vermeld, over een lening van € 20 miljoen om het noodlijdende bouwbedrijf Midreth te redden. De aandelen waren via de StAK (appellante 2) in handen van appellant (hierna aangeduid als L.) en appellante 1 (echtgenote van L., hierna tezamen met L. aangeduid als L. c.s. of het echtpaar L.). Midreth kampte sinds 2008 met liquiditeitstekorten. Het krediet dat Rabobank, de huisbankier van Midreth, verstreekte, liep steeds verder op. Begin 2009 had Rabobank bijna € 50 miljoen aan Midreth geleend. In februari 2009 stelde Rabobank wederom aanvullend krediet ter beschikking, ditmaal ter hoogte van € 7,5 miljoen. Naar aanleiding daarvan werd de rente verhoogd en werd de borgtocht van L. verhoogd van € 1 miljoen naar € 5 miljoen. Verder bedong Rabobank een vergoeding (“fee”) van € 2 miljoen en een zogeheten “equity kicker”. Deze laatste gaf Rabobank recht op een deel van de opbrengst van de verkoop van bepaalde bedrijfsonderdelen. Toen in de loop van 2010 verdere liquiditeitstekorten zichtbaar werden, heeft L. op aandringen van Rabobank overnamegesprekken gevoerd met de bouwbedrijven Volker Wessels en, nadien, Van Wijnen. Deze gesprekken hadden echter geen resultaat. In oktober 2010 verkeerde Midreth in acute liquiditeitsproblemen. Er is toen overleg geweest tussen L. en vier “participanten” over een overlevingsplan. Rabobank was een van die participanten. De anderen waren zakenrelaties c.q. crediteuren (onderaannemers). De gedachte was dat Midreth met een injectie van € 20 miljoen in elk geval tot eind 2011 gefinancierd zou zijn. De financiële injectie was oorspronkelijk voorzien in de vorm van risicodragend kapitaal; een uitgifte van aandelen met verwatering van L. c.s. Uiteindelijk werd er echter gekozen voor het verstrekken van een geldlening, die in het arrest de “reddingfinanciering” wordt genoemd. Die reddingfinanciering kwam niet voor niets. De financiers bedongen naast de rente van 5,75% een vergoeding van € 20 miljoen. Het aandeel van Rabobank in die vergoeding was € 5,6 miljoen en kwam bovenop de reeds eerder bedongen vergoeding van € 2 miljoen. Bij elkaar bedong Rabobank voor zichzelf dus een vergoeding van ruim € 7,5 miljoen. Verder bedongen de financiers de verkoop van 60% van de aandelen van L. c.s. aan de financiers tegen € 1,=. De voorwaarden voor de reddingfinanciering werden in een termsheet van 13 oktober 2010 vastgelegd. De redding bleek helaas echter van korte duur. Al vroeg in 2011 was de € 20 miljoen volledig gebruikt. Korte tijd later ging het bouwbedrijf failliet.

5. Na het faillissement richtten L. c.s. hun pijlen op Rabobank met het verwijt dat deze jegens hen onrechtmatig heeft gehandeld en/of contractueel tekortgeschoten is. Zij wezen daarbij onder meer op de onwillige houding van de bank in de overnamegesprekken met Volker Wessels en Van Wijnen, de onredelijk hoge vergoedingen die Rabobank bedong en het afdwingen van de aandelenoverdracht. De rechtbank oordeelde echter dat Rabobank in de gegeven omstandigheden toelaatbaar had gehandeld dan wel dat L. c.s. op punten onvoldoende hadden gesteld, bijvoorbeeld ter zake de rechtstreekse normschending die nodig is in verband met het leerstuk van afgeleide schade (Rb. Midden-Nederland 23 oktober 2013, [ECLI:NL:RBMNE:2013:5230](#)).

6. In het onderhavige hoger beroep beriepen L. c.s. zich expliciet(er) op schending van de zorgplicht van art. 2 ABV (en art. 7:401 BW). Zij vorderden naast schadevergoeding ook aanpassing van de koopprijs van € 1,= in de vorm van opheffing van nadeel wegens misbruik van omstandigheden (art. 3:54 lid 2 BW). Die laatste vordering strandt op grond van verjaring (r.o. 4.5). Dan komt de vraag aan de orde of Rabobank tekort is geschoten in haar zorgplicht jegens L. c.s. Daarbij loopt het hof eerst de verschillende gedragingen van Rabobank tot en met het aangaan van de termsheet af. De renteverhoging die Rabobank in februari 2009 doorvoerde, bij de verstrekking van het aanvullend krediet van € 7,5 miljoen, acht het hof niet onredelijk of onbegrijpelijk gezien de toegenomen risico's en de financiële crisis (r.o. 4.10). Ook het handelen van Rabobank in de overnamegesprekken met Volker Wessels en Van Wijnen was niet laakbaar (r.o. 4.14). Het hof gaat wel mee in de klacht over het nodeloos handhaven van de in 2007 opgelegde kostbare renteswap. Maar dat is pas de prelude op het oordeel over de equity kicker, de vergoedingen voor Rabobank en de gedwongen aandelenoverdracht. Het hof geeft Rabobank op die punten een stevige, in de praktijk zeldzame draai om de oren. De equity kicker die in 2009 werd bedongen en die Rabobank recht gaf op een deel van de opbrengsten van bedrijfsonderdelen, werd door Rabobank verdedigd met het argument dat op deze manier werd voorkomen dat de rentelast nóg verder opgevoerd zou worden, waardoor de liquiditeitsproblemen enkel zouden toenemen. Het hof antwoordt hierop vermanend dat dat probleem opgelost had kunnen (lees: moeten) worden door uitstel te verlenen voor de renteverplichtingen, "maar een beding inhoudende een opbrengstpercentage uit liquidatieverkoop, zoals hier, bevat geen reëel, zakelijk en te berekenen verband meer met enig rente uitstel, hetgeen wegens het voor L. c.s. zeer nadelige karakter van zo'n constructie ernstig te denken geeft." Ook de omvang van de bedongen vergoedingen van ruim € 7,5 miljoen wordt stellig afgekeurd. Deze houden, aldus het hof, geen enkel verband met rente(-uitstel) en zijn buitensporig, zelfs al waren de kredietuitbreidingen riskant en waren er geen aanvullende zekerheden meer beschikbaar. Ten slotte wordt de gedwongen verkoop van de 60% aandelen tegen € 1,= gekraakt. Een bank behoort altijd terughoudend te zijn bij het "aannemen van risicodragend kapitaal", maar zeker in dit geval. Toen het plan veranderde van participatie middels aandelen in een zuivere financiering, hadden de participanten (lees: financiers), waaronder Rabobank, af moeten zien van het (over)nemen van aandelen. Het hof legt bij dit alles nadruk op de bijzondere omstandigheden waarin Midreth en haar aandeelhouder verkeerden: er was sprake van een noodtoestand, een economische dwangpositie en kenbare afhankelijkheid van Rabobank. Voor L. en zijn echtgenote kwam daar nog bij dat hun "(financiële) existentie" op het spel stond (r.o. 4.18). Door in die omstandigheden de betrokken vergoedingen en de aandelenoverdracht (tegen € 1,=) te bedingen, handelde Rabobank jegens L. c.s. in strijd met de zorgplicht van art. 2 lid 1 ABV 2009. Ook de daaraan voorafgaande handhaving van de renteswap en de equity kicker kwalificeren als misbruik door Rabobank en zijn jegens hen onrechtmatig geweest.

7. De aansprakelijkheidsgrondslagen, toerekenbare tekortkoming (art. 2 ABV) en onrechtmatige daad, lijken in het arrest wat door elkaar heen te lopen. Het hof verwijst in r.o. 4.18 uitdrukkelijk naar art. 2 ABV, maar in de daaropvolgende paragrafen lijkt het vooral over een onrechtmatige daad te gaan. In het dictum wordt de onrechtmatige daad ook vooropgesteld, gevolgd door – nevensgeschikt – de schending van art. 2 ABV. Veel maakt het niet uit, omdat er sprake is van samenloop. Dat neemt niet weg dat voor mij onduidelijk is op welke contractuele rechtsverhouding tussen L. c.s. en Rabobank het hof concreet doelt met zijn oordeel dat de contractuele zorgplicht van art. 2 ABV is geschonden. L. c.s. waren immers geen kredietnemer. Ik vermoed dat het hof op de gewraakte termsheet doelt, maar deze is pas aangegaan nadat de gewraakte handelingen hadden plaatsgevonden, d.w.z. het bedingen van onredelijke condities en gold toentertijd dus nog niet.

8. Daar waar een aandeelhouder gewoonlijk tegen het leerstuk van de afgeleide schade aanloopt, lag dat in het geval van het echtpaar L. anders. Het geconstateerde onrechtmatige handelen van Rabobank was in onderling verband en samenhang tevens onrechtmatig jegens hen (en de StAK) persoonlijk. Het hof verwijst naar HR Kip en Sloetjes (HR 2 mei 1997, NJ 1997/662, m.nt. Maeijer) waarmee de casus inderdaad de nodige gelijkenissen vertoont. Net als het echtpaar Kip en Sloetjes ten aanzien van de Elkagroep, waren de belangen van het echtpaar L. zeer nauw met die van de Midreth-groep verweven. In het kader van afgeleide schade is de "gedwongen" verkoop van 60% van de aandelen het cruciale element omdat de schade voor de aandeelhouders daardoor definitief is geworden. Indien die aandelenoverdracht niet had plaatsgevonden, zouden de vorderingen van L. c.s. naar mijn verwachting op het leerstuk van afgeleide schade zijn afgeketst. Een aanwijzing daarvoor lees ik in r.o. 4.7 waarin het hof de vordering in verband met de waardedaling van de 40% die L. c.s. behield, afwijst op grond van afgeleide schade.

9. Ten slotte is het natuurlijk de vraag wat de schade is die het echtpaar L. door toedoen van Rabobank leed. Het hof hoefde zich hierover niet uit te spreken, dat moet in de schadestaatprocedure worden vastgesteld. Het overwoog wel dat de 60% aandelen ten minste enige “(verwachtings-)waarde” hadden (r.o. 4.21). L. c.s. zelf zijn veel stelliger. Uit de gevorderde (maar afgewezen) aanpassing van de koopprijs met € 42 miljoen (r.o. 3.4) leid ik af dat zij hun schade op dat bedrag stellen, althans op het aandeel van Rabobank daarin. Of en zo ja, hoeveel schade Rabobank uiteindelijk aan L. c.s. moet vergoeden, zal vooral afhangen van de vraag of Midreth het had overleefd indien het gewraakte handelen niet had plaatsgevonden. Was er dan wel een reddingfinanciering gekomen en, los daarvan, was de onderneming vervolgens niet failliet gegaan? Daar zullen in de schadestaatprocedure deskundigen zich over buigen. Vooralsnog lijkt de uitkomst van deze zaak vooral een belangrijke morele overwinning voor L. c.s. op Rabobank. Voor Rabobank en andere banken zal deze uitspraak waarschijnlijk een helder leermoment zijn, al was het maar om niet (andermaal) in de klassieke valkuil van de gedwongen aandelenoverdracht te trappen.

mr. S.C.M. van Thiel, advocaat bij Evers Soerjatin