

ECLI:NL:RBROT:2021:4634

□ Rechtspraak.nl, Rechtbank Rotterdam, 19-05-2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4634, C/10/587913 / HA ZA 19-1170

Rabobank heeft onrechtmatig gehandeld door, wetende dat het faillissement van de vennootschappen onafwendbaar was, toe te stemmen in de overdracht van onroerende goederen met bijbehorende financiering onder voor de vennootschappen ongunstige voorwaarden

GEGEVENS

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	19-05-2021
Datum publicatie	01-06-2021
Publicatie	Rechtspraak.nl
ECLI	ECLI:NL:RBROT:2021:4634
Zaaknummer	C/10/587913 / HA ZA 19-1170
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Rechtsgebied	Insolventierecht
Overige publicaties	INS-Updates.nl 2021-0164

UITSpraak

vonnis

RECHTBANK ROTTERDAM

Team handel en haven

zaaknummer / rolnummer: C/10/587913 / HA ZA 19-1170

Vonnis van 19 mei 2021

in de zaak van

1. MR. [naam curator 1]

in hoedanigheid van curator in het faillissement van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **KONINGSGRACHT I B.V.**, kantoorhoudende te Rotterdam,

2. MR. [naam curator 2]

in hoedanigheid van curator in het faillissement van de besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid

FORTRESS DEVELOPMENT B.V. en **HTK WESTPOORT B.V.**,

kantoorhoudende te Rotterdam,

eisers,

advocaat mr. J.P.M. Borsboom te Rotterdam,

tegen

de coöperatie

COÖPERATIEVE RABOBANK U.A.,

gevestigd te Amsterdam,

gedaagde,

advocaat mr. E.J. Oppedijk van Veen te Amsterdam.

Eisers zullen hierna gezamenlijk de Curatoren worden genoemd en afzonderlijk mr. [naam curator 1] (q.q.) en mr. [naam curator 2] (q.q.). Gedaagde zal hierna Rabobank worden genoemd en de gefailleerde vennootschappen Koningsgracht, Fortress en Westpoort.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 19 november 2019, met producties;
- de conclusie van antwoord tevens houdende incidentele vordering tot relatieve onbevoegdheid ex artikel 11 Rv van Rabobank, met producties;
- de conclusie van antwoord in het incident van de Curatoren;
- het vonnis in incident van 1 april 2020, waarbij de vordering van Rabobank tot onbevoegdverklaring en verwijzing naar de rechtbank Amsterdam is afgewezen;

- de conclusie van repliek van de Curatoren, met producties;
- de conclusie van dupliek van Rabobank, met producties;
- de akte uitlating producties van de Curatoren.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

- 2.1. Koningsgracht, Fortress en Westpoort (hierna gezamenlijk de Fortress-vennootschappen) maken in de relevante periode deel uit van het Rotterdamse Fortress vastgoedconcern (hierna: het Fortress-concern). Fortress Participations B.V. (hierna: Fortress Participations) is de moedermaatschappij. De heer [naam persoon] (hierna: [naam persoon]) is (indirect) bestuurder en aandeelhouder van de vennootschappen binnen het Fortress-concern.
- 2.2. Het Fortress-concern hield zich bezig met het aan- en verkopen en beheren van vastgoed(-portefeuilles) en projectontwikkeling. De onroerende goederen waren ondergebracht in aparte vennootschappen. Koningsgracht had een kantoorgebouw aan de [adres 1] te Haarlem in eigendom, Westpoort een voortdurend recht van erfpacht van een grootschalig winkelcomplex aan de [adres 2] te Amsterdam en Fortress verschillende bedrijfsgebouwen en kantoorruimtes aan de [adres 3] te Waalwijk (hierna gezamenlijk: het onroerend goed). Het onroerend goed werd verhuurd aan derden.
- 2.3. Rabobank en FGH Bank zijn gefuseerd waarbij Rabobank de verkrijgende en FGH Bank de verdwijnende rechtspersoon was (hierna worden Rabobank en FGH Bank zonder onderscheid Rabobank genoemd). Rabobank was - samen met andere banken - financier van het Fortress-concern. De Fortress-vennootschappen hebben in het kader van de financiering een recht van hypotheek op het hun toebehorend onroerend goed aan Rabobank verstrekt. De huurinkomsten zijn in 2009 stil verpand aan Rabobank. [naam persoon] heeft zich borg gesteld voor de schulden van (onder meer) de Fortress-vennootschappen en is hoofdelijk medeschuldenaar voor € 8.000.000,00.
- 2.4. Vanaf 20 september 2013 heeft Rabobank aan de huurders mededeling gedaan van haar pandrecht op de huurvorderingen.
- 2.5. Op verzoek van het Fortress-concern zijn mr. [naam curator 1] en mr. [naam curator 2] op 25 februari 2014 in het kader van een zogenoemde pre-pack aangesteld tot stille bewindvoerders van de topholding van het Fortress-concern, Fortress Participations. De bewindvoerders hebben met de financiers van het Fortress-concern, waaronder Rabobank, gesproken over een compartimentering en overdracht van het vastgoed van het Fortress-concern aan andere vennootschappen. Daarover is geen overeenstemming bereikt waarna de pre-pack op 10 maart 2014 is geëindigd.
- 2.6. Op 25 maart 2014 is de Stichting Administratiekantoor Avarua Holdings (hierna: de Stichting) opgericht door Rovobel B.V., een vennootschap van [naam persoon].
- 2.7. Op 25 maart 2014 heeft de Stichting Avarua Holdings B.V. (hierna: Avarua Holdings) opgericht.
- 2.8. Op 26 maart 2014 heeft Avarua Holdings Nieuwe Burght Holding B.V. (hierna: Nieuwe Burght Holding) opgericht, met benoeming van een voormalig functionaris van Rabobank tot indirect bestuurder.
- 2.9. Op 26 maart 2014 heeft Nieuwe Burght Holding Nieuwe Burght 1 B.V., Nieuwe Burght 2 B.V. en Nieuwe Burght 3 B.V. opgericht (hierna: Nieuwe Burght 1, 2 respectievelijk 3 en gezamenlijk de Nieuwe Burght-vennootschappen), waarbij Nieuwe Burght Holding tot statutair bestuurder is benoemd.
- 2.10. Op 6 mei 2014 hebben de vennootschappen binnen het Fortress-concern waarvan Fortress Participations de moedermaatschappij is, als verkoper en Nieuwe Burght 1, Nieuwe Burght 2 dan wel Nieuwe Burght 3 als koper een overeenkomst gesloten betreffende de koop/verkoop van het onroerend goed. Daarin is opgenomen:

"C. Verkoper en andere tot het Fortress-concern behorende entiteiten zijn verzuim (default) bij (onder meer) de diverse financiers van het Fortress-concern. Het Fortress-concern ondergaat in verband daarmee een herstructurering als gevolg waarvan, onder andere, de Verkoper het Verkochte alsmede de Financieringsovereenkomsten zal overdragen aan een groepsmaatschappij binnen het Fortress-concern.

D. Doel van deze transactie is om te trachten op termijn een hogere opbrengst te realiseren van het Verkochte (en andere onroerende zaken, toebehorend aan vorenbedoelde entiteiten), dan in geval van een executoriale verkoop, zulks in het belang van zowel schuldeisers (daaronder begrepen vorenbedoelde financiers) alsook de schuldenaar (Verkoper).

E. De onderhavige verkoop van het Verkochte heeft mede tot gevolg dat de bankposities van Verkoper grotendeels worden ontvlecht, waardoor de continuïteit van gebouwgebonden leveranties en diensten wordt gewaarborgd en dat Koper daarmee in staat wordt gesteld om de hoogste mogelijke prijs voor het Verkochte te realiseren.

[...]

- 3.4 Verkoper spreekt bij deze af - onder opschortende voorwaarde van het verlijden van de Akte van Levering - dat:
 - a. Verkoper geen regres- of subrogatierechten zal verkrijgen in verband met of voortvloeiende uit de Financieringsovereenkomsten of daarmee verband houdende garantstellingen, hoofdelijkheden en zekerheden;"
- 2.11. Op 26 mei 2014 is een notariële akte verleden waarin onder meer het volgende is vermeld. Koningsgracht verkoopt en levert aan Nieuwe Burght 2 het haar toebehorende kantoorgebouw aan de [adres 1] te Haarlem, dat belast is met hypothecaire inschrijvingen en beslagen. De koopprijs bedraagt € 5.780.000,00 en betaling heeft plaatsgevonden door overname van de verplichtingen uit de financieringsovereenkomsten met Rabobank, onder instandhouding van de hypothecaire inschrijvingen waarmee dit onroerend goed belast is en hoofdelijke aansprakelijkheid van Koningsgracht voor de verplichtingen uit de financieringsovereenkomsten tot het bedrag dat Rabobank netto te vorderen heeft. Rabobank heeft toestemming verleend voor de contractsoverneming
- 2.12. Op 26 mei 2014 is een notariële akte verleden waarin onder meer het volgende is vermeld. Westpoort verkoopt en levert aan Nieuwe Burght 3 het voortdurend recht van erfpacht van een grootschalig winkelcomplex aan de [adres 2] te Amsterdam, dat belast is met hypothecaire inschrijvingen en beslagen. De koopprijs bedraagt € 14.060.000,00 en betaling heeft plaatsgevonden door overname van de verplichtingen uit de financieringsovereenkomsten, onder instandhouding van de hypothecaire inschrijvingen waarmee dit onroerend goed is belast en hoofdelijke aansprakelijkheid van Westpoort voor de verplichtingen uit de financieringsovereenkomsten tot het bedrag dat Rabobank ten tijde van de verkoop netto te vorderen heeft. Rabobank heeft toestemming verleend voor de contractsoverneming
- 2.13. Op 26 mei 2014 is een notariële akte verleden waarin onder meer het volgende is vermeld. Fortress verkoopt en levert aan Nieuwe Burght 1 een bedrijvencomplex met kantoorgebouwen, magazijn, opslagloods, parkeerterrein en ondergrond aan de [adres 3] te Waalwijk, dat belast is met hypothecaire

inschrijvingen. De koopprijs bedraagt € 1.670.000,00 en betaling heeft plaatsgevonden door overname van de verplichtingen uit de financieringsovereenkomst, onder instandhouding van de hypothecaire inschrijvingen waarmee dit onroerend goed is belast en hoofdelijke aansprakelijkheid van Fortress voor de verplichtingen uit de financieringsovereenkomst tot maximaal het bedrag dat Rabobank ten tijde van de verkoop netto te vorderen heeft. Rabobank heeft toestemming verleend voor de contractsovername.

- 2.14. Op 22 juli 2014 is Westpoort in staat van faillissement verklaard, op 11 november 2014 Koningsgracht en op 18 november 2014 Fortress, met benoeming van de Curatoren als zodanig. Bij beschikking van 1 mei 2018 is mr. [naam curator 1] ontslagen als curator in de faillissementen van Westpoort en Fortress en is mr. [naam curator 2] ontslagen als curator in het faillissement van Koningsgracht.
- 2.15. Rabobank heeft in de faillissementen van de Fortress-vennootschappen vorderingen ingediend tot in elk geval € 27.422.453,24 (Koningsgracht), € 21.844.297,52 (Westpoort) en € 37.480.343,48 (Fortress).
- 2.16. Eind 2015 en in 2016 is het onroerend goed door Nieuwe Burght 1, 2 respectievelijk 3 overgedragen aan derden. Deze vennootschappen zijn na verkoop en levering ontbonden en opgehouden te bestaan bij gebrek aan baten.
- 2.17. Bij brief van 6 januari 2017 hebben de Curatoren aan Rabobank meegedeeld dat zij van mening zijn dat de onroerend goedtransacties nietig en/of vernietigbaar zijn, althans niet rechtsgeldig zijn dan wel dat onrechtmatig is gehandeld is jegens de Fortress-vennootschappen en de gezamenlijke crediteuren van de gefailleerde vennootschappen. Zij stellen Rabobank aansprakelijk voor de als gevolg daarvan geleden schade.

3. Het geschil

- 3.1. De Curatoren vorderen dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

in het faillissement van Koningsgracht

a. Rabobank veroordeelt tot betaling aan mr. [naam curator 1] q.q. van € 1.480.557,00 (zijnde het totaal van i) € 1.349.351,00 aan huurpenningen die door Rabobank na datum faillissement Koningsgracht zijn geïncasseerd en ii) € 131.206,00 aan vorderingen die na openbaarmaking van het pandrecht zijn ontstaan) althans tot betaling van een bedrag dat de rechtbank juist en rechtvaardig acht;

Rabobank veroordeelt tot betaling aan mr. [naam curator 1] q.q. van de wettelijke rente over i) de door Rabobank in het faillissement van Koningsgracht ontvangen huurpenningen vanaf de datum van iedere ontvangst en ii) het bedrag waarmee de totale schuldenlast is toegenomen vanaf de datum van het faillissement op 11 november 2014, althans vanaf 6 januari 2017, althans vanaf de dag der dagvaarding.

in het faillissement van Westpoort

Rabobank veroordeelt tot betaling aan mr. [naam curator 2] q.q. van € 2.559.331,00 (zijnde het totaal van i) € 2.319.217,00 aan huurpenningen die door Rabobank na datum faillissement van Westpoort zijn geïncasseerd en ii) € 240.114,00 aan vorderingen die na openbaarmaking van het pandrecht zijn ontstaan) althans tot betaling van een bedrag dat de rechtbank juist en rechtvaardig acht;

Rabobank veroordeelt tot betaling aan mr. [naam curator 2] q.q. van de wettelijke rente over i) de door Rabobank in het faillissement van Westpoort ontvangen huurpenningen vanaf de datum van iedere ontvangst en ii) het bedrag waarmee de totale schuldenlast is toegenomen vanaf de datum van het faillissement op 22 juli 2014, althans vanaf 6 januari 2017, althans vanaf de dag der dagvaarding.

in het faillissement van Fortress

Rabobank veroordeelt tot betaling aan mr. [naam curator 2] q.q. van € 447.423,00 (zijnde het totaal van i) € 285.022,00 aan huurpenningen die door Rabobank na datum faillissement van Fortress zijn geïncasseerd en ii) € 162.401,00 aan vorderingen die na openbaarmaking van het pandrecht zijn ontstaan) althans tot betaling van een bedrag dat de rechtbank juist en rechtvaardig acht;

Rabobank veroordeelt tot betaling aan mr. [naam curator 2] q.q. van de wettelijke rente over i) de door Rabobank in het faillissement van Fortress ontvangen huurpenningen vanaf de datum van iedere ontvangst en ii) het bedrag waarmee de totale schuldenlast is toegenomen vanaf de datum van het faillissement op 18 november 2014, althans vanaf 6 januari 2017, althans vanaf de dag der dagvaarding.

in de bovengenoemde faillissementen

Rabobank veroordeelt in de kosten van het geding, de buitengerechtelijke (incasso-) kosten daaronder begrepen, te voldoen aan de Curatoren als hoofdelijk crediteuren in de zin van artikel 6:6 BW.

- 3.2. Rabobank voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen van de Curatoren, met veroordeling van hen in de proceskosten.
- 3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

- 4.1. In geschil is of Rabobank in strijd heeft gehandeld met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt door mee te werken aan de verkoop en overdracht van het onroerend goed door de Fortress-vennootschappen aan de Nieuw Burght-vennootschappen op de wijze als zij heeft gedaan. Rabobank heeft in het kader van een daartoe opgezette constructie toestemming gegeven voor overname van de verplichtingen uit de financieringsovereenkomsten en instandhouding van de hypothecaire inschrijvingen onder de voorwaarde dat de Fortress-vennootschappen hoofdelijk aansprakelijk blijven en geen regres kunnen nemen, waardoor de huurpenningen niet langer in het vermogen van de Fortress-vennootschappen vielen.
- 4.2. De Curatoren zijn van mening dat Rabobank hierdoor in strijd heeft gehandeld met haar zorgplicht en met de maatschappelijke betamelijkheid. Rabobank heeft volgens hen ten koste van de (overige schuldeisers van de) Fortress-vennootschappen haar eigen (verhaals-) positie verbeterd. Aldus heeft Rabobank volgens de Curatoren in strijd gehandeld met het gesloten wettelijke systeem van uitwinning van zekerheidsrechten en met de gevolgen van het arrest van de Hoge Raad van 30 januari 1987 (WUH/Emmerig q.q., ECLI:NL:HR 1987: AG 5528). Daarnaast heeft Rabobank volgens de Curatoren ook in strijd met haar zorgplicht gehandeld omdat zij ten onrechte de schijn van kredietwaardigheid heeft gewekt. Zij heeft na het openbaar maken van haar pandrecht op de huurpenningen haar hypotheekrecht niet geëxecuteerd en heeft daarbij nagelaten voorzieningen te treffen voor het voortzetten van de exploitatie van het onroerend goed. Dit alles is in de visie van de Curatoren in strijd met artikel 3:84 (lid 3) BW en/of artikel 3:40 BW en/of artikel 42 Fw en/of artikel 6:162 BW. Zij verlangen daarom dat Rabobank de ten onrechte ontvangen huurtermijnen aan de boedels betaalt en ook het bedrag waarmee de schuldenlast ná 20 september 2013 is toegenomen.

- 4.3. Rabobank heeft bestreden dat zij in strijd met haar zorgplicht heeft gehandeld. Zij heeft in dat verband aangevoerd dat zij na openbaarmaking van haar pandrecht gelden aan de Fortress-vennootschappen ter beschikking heeft gesteld ter dekking van operationele kosten. De Fortress-vennootschappen hadden volgens Rabobank al het initiatief genomen om het concern te herstructureren en het onroerend goed onder te brengen in andere vennootschappen, de Nieuwe Burght-vennootschappen. Deze vennootschappen stonden niet onder controle van Rabobank en de handelingen van deze vennootschappen kunnen daarom niet aan haar worden toegerekend en Rabobank kan niet worden vereenzelvigd met de Nieuwe Burght-vennootschappen. Rabobank heeft enkel toestemming gegeven voor de transacties en Rabobank is van mening dat haar dat vrijstond. Onmiddellijke uitwinning van hypotheekrechten zou juist hebben geleid tot nadeel omdat de opbrengst dan gelijk zou zijn aan de executiewaarde en de waarde van het onroerend goed zou verdampen omdat de exploitatie niet had kunnen worden voortgezet. De transacties hebben geleid tot een hogere opbrengst zodat de restschuld van de Fortress-vennootschappen aan Rabobank meer is afgenomen dan bij een executoriale verkoop het geval zou zijn geweest. De opbrengst zou nooit zo hoog zijn geweest dat de andere crediteuren gedeeltelijk hadden kunnen worden voldaan. Ook de huurpenningen zouden nooit in de boedel zijn gevloeid omdat zij waren verpand aan Rabobank. In de visie van Rabobank zijn huurvorderingen op grond van de huidige wettelijke regeling geen toekomstige vorderingen, maar vorderingen uit een duurverbintenis en daarom bestaande vorderingen onder een opschortende voorwaarde.

huurpenningen

- 4.4. De rechtbank oordeelt als volgt. De verkoop en overdracht van het onroerend goed heeft plaatsgevonden nadat duidelijk was geworden dat een faillissement onafwendbaar was. Dat dit ook Rabobank duidelijk was volgt reeds daaruit dat zij bij conclusie van antwoord heeft opgemerkt dat 1) in het eerste kwartaal van 2014 duidelijk werd dat de financiers niet meer bereid waren de benodigde aanvullende financiering beschikbaar te stellen, 2) op 25 februari 2014 is verzocht om stille bewindvoering in het kader van een zogenoemde pre-pack en 3) met de stille bewindvoerders is gesproken over het onderbrengen van het onroerend goed in andere vennootschappen. Rabobank heeft daaraan toegevoegd dat de stille bewindvoerders daarvoor in ruil onder meer een voor Rabobank onacceptabele vergoeding aan de boedels - gelijk aan drie maanden huur - verlangden en dat de stille bewindvoering daarna is geëindigd. Eerst ná het einde van de pre-pack zijn de Nieuwe Burght-vennootschappen opgericht en is het onroerend goed daarin ondergebracht. Hierdoor viel het onroerend goed en de daarmee gegenereerde huuropbrengsten buiten het faillissement van de Fortress-vennootschappen; de Nieuwe Burght-vennootschappen maakten weliswaar deel uit van het Fortress-concern maar bleven buiten het faillissement.
- Nu het Rabobank duidelijk was dat een faillissement onafwendbaar was, had zij daarmee rekening moeten houden bij het nemen van haar beslissing tot het geven van toestemming voor (het initiëren van) de transacties van de Fortress-vennootschappen met de Nieuwe Burght-vennootschappen. Deze waren voor haar zeer voordelig omdat als (beoogd) gevolg daarvan de huurpenningen niet in de boedel vloeiden, zoals het geval zou zijn geweest als de Fortress-vennootschappen eigenaar waren gebleven. In dat geval zou op grond van het WUH/Emmerig q.q. arrest van de Hoge Raad geen pandrecht hebben gerust op de na de faillissementsdatum verschuldigd geworden huurpenningen omdat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat cessie (en verpanding) van huurtermijnen van tot de boedel behorende, aan derden verhuurde onroerende goederen is te beschouwen als cessie (verpanding) van toekomstige vorderingen die niet tegen de boedel kan worden ingeroepen. Anders dan Rabobank meent, is de Hoge Raad hiervan niet teruggekomen. Door in de wetenschap dat een faillissement onvermijdelijk was haar toestemming te verlenen voor de in haar belang geïnitieerde transacties heeft Rabobank onrechtmatig, want in strijd met de maatschappelijke betamelijkheid gehandeld. Zij had rekening moeten houden met de gerechtvaardigde belangen van de andere schuldeisers van de Fortress-vennootschappen en met het algemene belang dat faillissementen op een correcte manier kunnen worden afgewikkeld. De wetgever heeft daartoe een wettelijk systeem ontwikkeld waarbij conform de uitleg die de Hoge Raad aan dat systeem heeft gegeven een afweging van de belangen van de betrokken partijen is gemaakt, welk wettelijk systeem Rabobank, wetende dat een faillissement onafwendbaar was, naar letter en ratio had behoren te respecteren.
- 4.5. Nu de ná de faillissementsdatum verschenen en betaalde huurtermijnen niet in de boedel zijn gevloeid, zijn de schuldeisers van de Fortress-vennootschappen in het faillissement benadeeld; zij hebben schade geleden. Rabobank heeft aangevoerd dat geen sprake is van benadeling omdat voorkomen is dat zij onmiddellijk is overgegaan tot uitwinning van haar hypotheekrechten waardoor een hogere waarde dan de executiewaarde is gerealiseerd en de restschuld van de Fortress-vennootschappen lager is uitgekomen. Daarbij ziet Rabobank er allereerst aan voorbij dat de hoogte van die restschuld zolang er geen baten onder de concurrente schuldeisers kunnen worden verdeeld voor andere concurrente schuldeisers iedere praktische relevantie mist. Voorts ziet Rabobank eraan voorbij dat het voor haar ook binnen het wettelijk systeem mogelijk zou zijn geweest om in overleg met curatoren uitwinning van hypotheekrechten uit te stellen zonder dat eerst een constructie zou worden opgezet om het daarheen te leiden dat werd voorkomen dat de huurpenningen na faillissementsdatum conform geldend recht in de boedel zouden vallen. Dat Rabobank in de hypothetische situatie zonder constructie voor directe uitwinning van hypotheekrechten zou hebben gekozen, is niet aannemelijk. Zij vreesde immers dat zij daarmee een veel lagere opbrengst zou genereren dan bij onderhandse verkoop op iets langere termijn. Het (begrijpelijke) streven van Rabobank was om een zo hoog mogelijke verkoopopbrengst te genereren, in welk verband zij het aangevoerde vond om in verband met de slechte actuele marktomstandigheden langer met de verkoop te wachten; het onroerend goed stond volgens Rabobank "ver onder water" (conclusie van antwoord onder 5.1). De rechtbank acht aannemelijk dat Rabobank de aan het langer wachten met verkoop verbonden nadelen – lopende kosten, huurpenningen die in de boedel vielen – zou hebben geaccepteerd in verband met het door haar verwachte voordeel van een aanzienlijk hogere opbrengst bij onderhandse verkoop op termijn onder kennelijk door Rabobank verwachte veel betere marktomstandigheden. In dit verband is mede van belang dat – zoals Rabobank heeft benadrukt – zij in de faillissementen veruit de grootste schuldeiser was. Volgens haar stellingen vertegenwoordigt haar vordering in elk van de drie faillissementen meer dan 97% van het totale bedrag aan faillissementscrediteuren (conclusie van antwoord onder 1.2). Rabobank kon er derhalve rekening mee houden dat onder de concurrente crediteuren te verdelen actief voornamelijk aan Rabobank zou toekomen.
- 4.6. Uiteraard is er altijd een stuk onzekerheid verbonden aan het formuleren van een redelijke verwachting over wat er in een hypothetische situatie zou zijn geschied. Het is echter Rabobank die onrechtmatig heeft gehandeld. Dat niet zeker is wat er in de hypothetische situatie waarin dat onrechtmatig handelen wordt weggedacht zou zijn geschied, komt daarom tot op zekere hoogte voor haar risico. De gezamenlijke schuldeisers van de Fortress-vennootschappen zijn in de visie van de rechtbank benadeeld doordat de huuropbrengsten na faillissement, niettegenstaande de uitgestelde informele uitwinning van de hypotheekrechten, niet in de boedel zijn gevloeid. Dat andere schuldeisers dan Rabobank mogelijk slechts een zeer gering percentage van het totale bedrag aan faillissementscrediteuren vormden, doet daar niet aan af. Dat brengt uiteraard niet mee dat hun belangen mochten worden veronachtzaamd. Opmerking verdient hierbij dat het ook een belang is van de gezamenlijke schuldeisers – en tevens een algemeen maatschappelijk belang – dat in een faillissementsboedel voldoende middelen vloeien zodat curatoren hun werk onafhankelijk en op een adequate manier kunnen verrichten, rekening houdend met de gerechtvaardigde belangen van alle betrokkenen.
- 4.7. De omstandigheid dat de huurtermijnen na de verkoop en overdracht werden geïnd door de Nieuwe Burght-vennootschappen is niet van belang voor het oordeel over het handelen van Rabobank; hierdoor wordt het causale verband tussen het onzorgvuldig handelen van Rabobank – het in de gegeven omstandigheden verlenen van toestemming voor de verkoop waardoor deze kon worden gerealiseerd – en de schade – het daardoor niet in de boedel vallen van de huurpenningen – niet doorbroken. De – juridisch – zelfstandige positie van de Nieuwe Burght-vennootschappen maakt evenmin dat een en ander niet aan Rabobank als bij uitstek deskundige partij kan worden toegerekend.
- 4.8. Rabobank heeft er in het kader van de door haar gevoerde verweren op gewezen dat er kosten in verband met de exploitatie van het onroerend goed na de verkoop door de Nieuwe Burght-vennootschappen zijn voldaan. Er is geen reden om door de Nieuwe Burght-vennootschappen betaalde kosten zonder meer in mindering te brengen op het door Rabobank te betalen bedrag ter zake van ten onrechte niet in de boedel gevloeide huurpenningen. Zoals Rabobank in ander verband terecht heeft aangevoerd bestaat er geen aanleiding om

Rabobank en de Nieuwe Burght-vennootschappen met elkaar te vereenzelvigen. Handelingen en verplichtingen van de Nieuwe Burght-vennootschappen kunnen niet zonder meer kunnen worden toegeschreven aan Rabobank. Indien de constructie met de Nieuwe Burght-vennootschappen niet voorafgaande aan de faillissementen zou zijn opgezet, ligt het in de rede dat in verband met de door Rabobank in haar belang gewenste uitgestelde verkoop afspraken met de curatoren zouden zijn gemaakt over eventuele kosten die niet volledig gedekt werden door aan huurders naast de huur in rekening gebrachte servicekosten. In die hypothetische situatie zouden curatoren waarschijnlijk hebben bedongen dat Rabobank die kosten voor haar rekening zou nemen.

- 4.9. Nu aan Rabobank is toe te rekenen dat het onroerend goed door middel van een daartoe opgezette constructie uit het vermogen van de Fortress-vennootschappen is gebracht, zal zij veroordeeld worden tot betaling van de bedragen van de na de faillissementsdatum verschenen en betaalde huurtermijnen. Ook de over die bedragen gevorderde rente zal worden toegewezen; Rabobank heeft daartegen geen afzonderlijk verweer gevoerd.

toename totale schuldenlast

- 4.10. De Curatoren hebben gesteld dat Rabobank de Fortress-vennootschappen de gelegenheid heeft geboden om nieuwe onbetaald gebleven schulden te maken en zo de schuldenlast te laten oplopen, hoewel zij wist dan wel behoorde te weten dat de Fortress-vennootschappen ten dode waren opgeschreven. Volgens de Curatoren heeft Rabobank zo een schijn van kredietwaardigheid gewekt en geen oplossing geboden voor de crediteuren van de nieuwe schulden. Volgens de Curatoren is dit een schending van de zorgvuldigheidsnorm ook jegens de reeds bestaande schuldeisers omdat het totale tekort is toegenomen en het uitkeringspercentage in het faillissement is afgenomen.
- 4.11. Terecht is niet in geschil dat een curator op grond van artikel 68 lid 1 Fw bevoegd is om ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers een vordering jegens derden in te stellen uit onrechtmatige daad. Dit is anders indien slechts een deel van de schuldeisers is benadeeld, althans slechts jegens een deel van de schuldeisers onrechtmatig is gehandeld of nagelaten. Dan heeft een curator die bevoegdheid niet, in die situatie optreden voor een deel van de schuldeisers valt buiten zijn wettelijke beheers- en vereffeningstaak. De omstandigheid dat hij voornemens is de opbrengsten in de boedel te laten vallen waardoor de gezamenlijke schuldeisers zouden kunnen profiteren van een toename van het boedelactief, maakt dat niet anders. De bestemming van de opbrengst is in dit verband geen relevant gegeven. Voor zover door Rabobank een onrechtmatige daad zou zijn gepleegd jegens individuele nieuwe schuldeisers, zouden die schuldeisers een vordering op Rabobank kunnen hebben. Die eventuele vorderingen kunnen naar geldend recht niet door de curatoren worden ingesteld. Jegens individuele nieuwe schuldeisers zou het niet te rechtvaardigen zijn indien aan hen toekomende vorderingen door curatoren zouden (kunnen) worden geïnd, waarna de (netto) opbrengst niet aan die nieuwe schuldeisers zou toekomen, maar onder de gezamenlijke schuldeisers zou worden verdeeld. Jegens Rabobank zou het niet te rechtvaardigen zijn indien zowel curatoren (ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers) als individuele schuldeisers (ten behoeve van zichzelf) cumulatief vergoeding van dezelfde schade van Rabobank zouden kunnen vorderen.
- Een eventuele vordering tot betaling van het bedrag waarmee de vorderingen zijn toegenomen na de openbaarmaking van het pandrecht zou slechts kunnen worden ingesteld ten behoeve van de schuldeisers met vorderingen die zijn ontstaan na 20 september 2013. Alleen deze schuldeisers kunnen rechtstreeks zijn benadeeld doordat – volgens de Curatoren – Rabobank op jegens deze schuldeisers onrechtmatige wijze een schijn van kredietwaardigheid heeft gewekt. Nu de vorderingen tot betaling van € 131.206,00 in het faillissement van Koningsgracht, € 240.114,00 in het faillissement van Westpoort en € 162.401,00 in het faillissement van Fortress in ieder geval niet toekomen aan de gezamenlijke schuldeisers en dit evenmin vorderingen van de Fortress-vennootschappen betreft, zullen zij worden afgewezen. Voor zover curatoren deze vorderingen namens de gezamenlijke schuldeisers hebben ingesteld is wellicht juridisch juist te zeggen dat zij in zoverre daarin niet-ontvankelijk zijn.

kosten

- 4.12. De Curatoren vorderen een bedrag van in totaal € 6.775,00 aan buitengerechtelijke (incasso-)kosten. De rechtbank stelt vast dat het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten van toepassing is nu het verzuim na 1 juli 2012 is ingetreden. De Curatoren hebben voorts voldoende gesteld en onderbouwd dat buitengerechtelijke werkzaamheden zijn verricht welke een vergoeding van de gestelde omvang kunnen rechtvaardigen. De rechtbank zal de gevorderde vergoeding van buitengerechtelijke kosten toewijzen.
- 4.13. Rabobank zal als de grotendeels in het ongelijk te stellen partij in de proceskosten worden veroordeeld. Omdat een aanzienlijk deel van het gevorderde bedrag wordt afgewezen, begroot de rechtbank de proceskosten aan de zijde van de Curatoren op basis van het toegewezen bedrag op:
- dagvaarding € 81,83
 - griffierecht 1.599,00
 - salaris advocaat 9.997,50 (2,5 punten × tarief € 3.999,00)
- Totaal € 11.678,33

uitvoerbaarheid bij voorraad

- 4.14. De rechtbank zal dit vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad verklaren. Afwikkeling van de faillissementen zal niet mogelijk zijn totdat partijen overeenstemming hebben bereikt, dan wel een tussen partijen gewezen rechterlijke uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan. Het belang van curatoren bij uitvoerbaarheid bij voorraad weegt in dit geval minder zwaar dan het belang van Rabobank bij het in deze eerste feitelijke instantie achterwege blijven daarvan.

5. De beslissing

De rechtbank

- 5.1. veroordeelt Rabobank tot betaling

in het faillissement van Koningsgracht

aan mr. [naam curator 1] q.q. een bedrag van € 1.349.351,00 aan huurpenningen die door Rabobank na datum faillissement Koningsgracht zijn geïncasseerd, vermeerderd met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW over deze huurpenningen vanaf de datum van iedere ontvangst tot de dag van volledige betaling

in het faillissement van Westpoort

aan mr. [naam curator 2] q.q. een bedrag van € 2.319.217,00 aan huurpenningen die door Rabobank na datum faillissement van Westpoort zijn geïncasseerd, vermeerderd met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW over deze huurpenningen vanaf de datum van iedere ontvangst tot de dag van volledige betaling

in het faillissement van Fortress

aan mr. [naam curator 2] q.q. een bedrag van € 285.022,00 aan huurpenningen die door Rabobank na datum faillissement van Fortress zijn geïncasseerd, vermeerderd met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW over deze huurpenningen vanaf de datum van iedere ontvangst tot de dag van volledige betaling

in bovengenoemde faillissementen

- 5.2. veroordeelt Rabobank tot vergoeding aan de Curatoren als hoofdelijk crediteuren van de buitengerechtelijke kosten ter hoogte van € 6.775,00;
- 5.3. veroordeelt Rabobank in de proceskosten, aan de zijde van de Curatoren tot op heden begroot op € 11.678,33;
- 5.4. wijst het meer of anders gevorderde af.
Dit vonnis is gewezen door mr. C. Bouwman en in het openbaar uitgesproken op 19 mei 2021.
[2066/1729]

Copyright 2021 - Sdu - Alle rechten voorbehouden.