

ANNOTATIE

Het Uniform Herstelkader Rentederivaten MKB en verrekening van de vergoeding in faillissement

mr. I.F.M. Lakwijk

*Annotatie bij Rechtbank Amsterdam, 14-07-2021,
ECLI:NL:RBAMS:2021:3826 (INS-2021-0225)*

Dit is het derde vonnis van de rechtbank Amsterdam over verrekening van een UHK-vergoeding in faillissement in 2021. Op 3 februari 2021 wees de rechtbank Amsterdam over dit onderwerp ook al vonnis in twee zaken van curator Timmer – de ene zaak tegen Deutsche Bank in het faillissement van Trouwborst Beheer B.V. (ECLI:NL:RBAMS:2021:360, INS-Updates 2021-0094) en de andere zaak tegen ABN AMRO in het faillissement van v.o.f. De Raat (ECLI:NL:RBAMS:2021:361, INS-Updates 2021-0083).

Het UHK is tot stand gekomen nadat in 2014 was gebleken dat banken op tamelijk grote schaal financieringen hadden verstrekt met daaraan gekoppelde rentederivaten (swaps, collars en caps), waarbij vaak geen goede afstemming bestond tussen de financiering en de omvang en looptijd van het rentederivaat (mismatch) en vaak zonder dat er aan de klant voldoende informatie was verstrekt over de risico's (potentiële zorgplichtschending). Banken zijn vanaf 2014 zelf aan de slag gegaan om de problemen met de rentederivaten voor hun klanten op te lossen, maar dat ging naar mening van de AFM en de Staat niet goed genoeg en niet snel genoeg. Toen is een Onafhankelijke Derivatencommissie aan het werk gezet om een Uniform Herstelkader op te stellen. Het UHK is op 5 juli 2016 gepubliceerd en op 19 december 2016 tot een definitieve versie bijgewerkt. Alle banken in Nederland hebben zich er (soms schoorvoetend) aan gecommitteerd. Het UHK geeft een methode om mismatches tussen de rentederivaten en de bijbehorende financiering te herstellen, te berekenen wat er aan de klant moet worden terugbetaald om ten onrechte doorberekende kosten en renteopslagen te

compenseren en tot slot om een zogeheten ‘coulancevergoeding’ te becijferen, waarmee wordt beoogd een eventuele zorgplichtschending goed te maken. Het aanbod dat uit de rekensom op basis van het UHK rolt, komt neer op een schikkingsaanbod; bij aanvaarding van het aanbod verleent de klant aan de bank finale kwijting voor iedere (potentiële) aansprakelijkheid in verband met het afgesloten rentederivaat.

Met een aanbod dat voortvloeit uit het UHK erkent de bank geen aansprakelijkheid. Met name staat door het uitbrengen van een aanbod uit hoofde van het UHK nog niet vast dat er sprake is geweest van een zorgplichtschending. In de woorden van het UHK wordt er bij het formuleren van een aanbod tot een coulancevergoeding voor gekozen om ‘in hoge mate te abstraheren van het onderliggende dossier van een MKB-klant’ (tekst UHK, p. 20/57)

Het UHK schrijft voor dat banken prudent om moeten gaan met het verrekenen van de UHK-vergoeding met vorderingen op de klant (tekst UHK, p. 48/57). Zo is het bijvoorbeeld expliciet niet de bedoeling dat de bank de UHK-vergoeding gebruikt om door middel van verrekening een lopende kredietovereenkomst met de mkb-klant in te perken. Maar als de klant een (niet door de bank gedoogde) betalingsachterstand of ‘overstand’ heeft, mag de bank daar van het UHK wel mee verrekenen (Q&A bij UHK, III.30 p. 70-71).

Als banken een UHK-vergoeding aanbieden aan klanten die inmiddels gefailleerd zijn – wat met enige regelmaat voorkomt, mede omdat sommige banken er jaren over gedaan hebben om aan alle betrokken klanten een aanbod te sturen – dan beroepen zij zich doorgaans op verrekening van de UHK-vergoeding met de nog openstaande vordering van de bank in het faillissement. Faillissementscuratoren zijn hier over het algemeen niet gelukkig mee. Door de verrekening krijgen zij immers alsnog geen geld op de boedelrekening, terwijl het bovendien enigszins wrang is dat de bank zich met voorrang boven alle andere schuldeisers verhaalt op een vergoeding die zij aanbiedt voor haar eigen fouten.[1]

Er zijn verschillende argumenten die door faillissementscuratoren tegen de verrekening van de UHK-vergoeding plegen te worden aangevoerd:

- (1) Dat de verrekening niet voldoet aan de vereisten van artikel 53 Fw. Het argument komt erop neer dat de UHK-vergoeding niet voortvloeit uit handelingen die voor de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht, maar voortvloeit uit een overeenkomst die na de faillietverklaring met de curator tot stand is gekomen.
- (2) Dat de verrekening in strijd is met artikel 6:135 sub b BW. Dit artikel bepaalt dat een schuldeiser zijn vordering niet kan verrekenen met een vergoeding voor schade die hij opzettelijk heeft veroorzaakt.

(3) Dat de verrekening zich niet verhoudt met de inhoud en strekking van het UHK. Dit argument houdt impliciet ook in dat de curator stelt dat hij/zij rechtstreeks beroep op het UHK kan doen. In dit verband discussiëren banken en curatoren over de vraag of het UHK een derdenbeding in de zin van artikel 6:253 BW is/bevat, dan wel of het UHK op te vatten is als 'recht' waaraan de rechter moet toetsen als bedoeld in artikel 79 Wet RO.

Met de twee vonnissen van 3 februari 2021 en het meer recente vonnis van 14 juli 2021 samen, heeft de rechtbank Amsterdam inmiddels (expliciet dan wel impliciet) een standpunt ingenomen over ieder van deze argumenten.

In de zaak tussen curator Timmer en ABN AMRO heeft de rechtbank geoordeeld dat er zodanige samenhang bestaat tussen een aanbod uit hoofde van het UHK en de voor faillissement met de gefailleerde afgesloten financiering-met-rentederivaat, dat aan de vereisten uit artikel 53 Fw voor verrekening 'over de faillissementsdatum heen' voldaan is. In hetzelfde vonnis laat de rechtbank impliciet merken dat er weinig hoeft te worden verwacht van een beroep op artikel 6:135 sub b BW, want in r.o. 4.17 overweegt de rechtbank: 'Als de curator een succesvolle schadevergoedingsactie zou hebben ingesteld tegen de Bank, zou de daaruit voortvloeiende schuld zonder meer voor verrekening in aanmerking komen, ook in een faillissementssituatie. Tegen die achtergrond ligt het niet voor de hand dat een schuld die voortvloeit uit een alternatief voor een dergelijke schadevergoedingsactie, namelijk een vrijwillig aangeboden coulancevergoeding in ruil voor finale kwijting, niet verrekend zou kunnen worden.'

In de zaak tussen curator Timmer en Deutsche Bank heeft de rechtbank geoordeeld dat het UHK geen recht is in de zin van artikel 79 Wet RO, omdat het niet afkomstig is van een overheidsorgaan (r.o. 4.13). Volgens de rechtbank kan ook niet worden aangenomen dat er sprake is van een derdenbeding, allereerst omdat het UHK geen overeenkomst is en voorts omdat uit de tekst van het UHK volgt dat er aan het UHK juist géén rechten kunnen worden ontleend als een aanbod niet aanvaard wordt zoals het is gedaan (r.o. 4.11).

Waar in de zaak tussen curator Timmer en ABN AMRO nog werd geoordeeld dat de verrekening van de UHK-vergoeding met de openstaande financiering geen onderdeel was van het aanbod, maar pas (afzonderlijk) plaatsvond in de fase van de uitbetaling van de vergoeding, komt de rechtbank in de onderhavige zaak van curator Nuiten tegen Deutsche Bank tot de conclusie dat de verrekening in dit geval wél onderdeel van het aanbod zelf was. De rechtbank maakt met deze uitspraak nogmaals duidelijk dat een klant geen rechtstreekse aanspraken kan ontfemen aan het UHK: als een aanbod de klant (in welk opzicht of om welke redenen dan ook) niet zint, hoeft het niet geaccepteerd te worden, maar dat geeft de klant nog

geen recht op een ander/beter aanbod op grond van het UHK.

De rechtbank zag in de zaak tussen curator Timmer en ABN AMRO onvoldoende reden om prejudiciële vragen te stellen alvorens zij besliste over de toepassing van artikel 53 Fw in het geval van een na faillietverklaring door de curator aanvaard UHK-aanbod. In het faillissement van Stichting Bedrijvencentrum Sliedrecht heeft curator Nuiten in zijn meest recente openbare faillissementsverslag opgetekend dat verschillende curatoren die over vergelijkbare casussen hebben geprocedeerd, hoger beroep hebben ingesteld. Het laatste woord is er met de uitspraken van de rechtbank Amsterdam dus nog niet over gezegd.

[1] Voor de coulancevergoeding geldt weliswaar dat deze wordt aangeboden zonder dat vaststaat dat in het individuele geval een zorgplichtschending heeft plaatsgevonden, maar voor de correcties voor mismatches waar het UHK in voorziet ligt dat mogelijk anders.