

ECLI:NL:GHARL:2024:1176

Instantie Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak 20-02-2024

Datum publicatie 20-02-2024

Zaaknummer 200.309.909

Rechtsgebieden Civiel recht

Bijzondere
kenmerken Hoger beroep

Inhoudsindicatie

Opzegging kredietrelatie. Vraag of bank is tekort geschoten in haar zorgplicht door plaatsing bij afdeling bijzonder beheer en door het stellen van (aanvullende) voorwaarden aan de kredietverstrekking en naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar heeft gehandeld door de kredietrelatie na het niet- vervuld zijn van deze voorwaarden op te zeggen en vraag of bank onrechtmatig of in strijd met de redelijkheid en billijkheid heeft gehandeld door het overbruggingskrediet niet te verlengen en te verruimen en door haar handelen het faillissement heeft veroorzaakt.

Vindplaatsen

Rechtspraak.nl

Sdu Nieuws Insolventierecht 2024/35

Sdu Nieuws Ondernemingsrechtpraktijk 2024/68

Uitspraak

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem, afdeling civiel

zaaknummer gerechtshof 200.309.909

zaaknummer rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht: 450297

arrest van 20 februari 2024

in de zaak van

de stichting

STICHTING ADMINISTRATIEKANTOOR OAD GROEP HOLDING,

rechtsopvolgster onder bijzondere titel van de curatoren in het faillissement van de OAD vennootschappen,
die is gevestigd in Goor,
die hoger beroep heeft ingesteld
en bij de rechtbank optrad als eisende partij,
hierna: OAD,
advocaat: mr. J.M. Wagenaar,

tegen

de coöperatie met uitgesloten aansprakelijkheid

COÖPERATIEVE RABOBANK U.A.,

die is gevestigd in Amsterdam,
die ook hoger beroep heeft ingesteld
en bij de rechtbank optrad als gedaagde partij,
hierna: de Rabobank,
advocaat: mr. J.L. van der Schrieck.

1 Het verloop van de procedure in hoger beroep

Naar aanleiding van het arrest van 21 februari 2023 heeft op 13 september 2023 een mondelinge behandeling bij het hof plaatsgevonden. Daarvan is een verslag gemaakt dat aan het dossier is toegevoegd (het proces-verbaal). Hierna hebben partijen het hof gevraagd opnieuw arrest te wijzen.

2 De kern van de zaak

- 2.1. De centrale vraag in deze procedure is of het Rabobank was toegestaan om (1) vanaf 2012, terwijl het bedrijf in een reorganisatie zat die in 2014 zou worden afgerond, extra eisen te stellen aan het gebruik van de aan OAD sinds 2003 ter beschikking staande krediet- en garantiefaciliteit, (2) de kredietrelatie met OAD op 6 september 2013 op te zeggen en (3) op 24 september 2013 niet te bewilligen in een verlenging en kortstondige verruiming van het door Rabobank ter beschikking gestelde overbruggingskrediet tot 1 oktober 2013 om de voorgenomen verkoop van haar busdivisie per die datum mogelijk te maken. Volgens OAD heeft het handelen van Rabobank ertoe geleid dat zij op 24 september 2013 haar faillissement heeft moeten aanvragen. OAD houdt Rabobank daarvoor aansprakelijk en vordert dat Rabobank de schade, bestaande uit de vernietiging van de waarde van het bedrijf die zij begroot op 71 miljoen, aan OAD vergoedt.
- 2.2. Het hof komt tot het oordeel dat de door OAD aan Rabobank verweten gedragingen onder de omstandigheden van het geval niet ongeoorloofd waren. Samengevat komt het oordeel van het hof erop neer dat Rabobank in het licht van de tussen partijen gesloten kredietovereenkomst en de verslechterde financiële positie van OAD niet ongeoorloofd heeft gehandeld door eind 2012 / begin 2013 aan het gebruik van de aan OAD ter beschikking staande krediet- en garantiefaciliteit de

aanvullende voorwaarden te verbinden dat OAD zekerheid zou stellen en het eigen vermogen van de onderneming zou versterken. Nu OAD er in de eerste helft van 2013, ook na verlenging door Rabobank van de daartoe gegeven termijn, niet in slaagde om aan de eis van kapitaalversterking te voldoen en haar financiële situatie in die periode nog meer verslechterde, net als de prognoses over een mogelijk herstel na uitvoering van de reorganisatie vanaf 2014, handelde Rabobank niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar door de kredietrelatie op 6 september 2013 op te zeggen. Ook het handelen van Rabobank na de opzegging tot aan het moment dat OAD haar eigen faillissement aanvroeg, was niet ongeoorloofd. Daarnaast oordeelt het hof dat de dienstverlening van Rabobank aan OAD niet onzorgvuldig is geweest. Rabobank heeft OAD vanaf de periode in 2012 toen OAD bij de afdeling bijzonder beheer werd geplaatst tot aan het faillissement in voldoende mate geïnformeerd over haar zienswijze en besluitvorming met betrekking tot OAD en de daaraan ten grondslag gelegde financiële analyses en risico inschattingen. Zij is daarover ook telkens in gesprek gegaan met OAD en heeft als kredietverstrekker naar beste vermogen rekening gehouden met het belang van OAD als klant en in voldoende mate haar medewerking verleend aan de zoektocht van OAD naar kapitaal om de door OAD en de bank voor haar herstel noodzakelijke geachte reorganisatie te kunnen realiseren. Dat dit niet is gelukt, berust op een samenstel van feiten en omstandigheden, waarop noch OAD noch Rabobank volledige invloed hadden en waarvan Rabobank geen verwijt treft. In de basis geldt dat als gevolg van de economische crisis (volgens OAD), financiële tegenvallers (het mislukken van de overname van Hotelplan en een ICT-project volgens Rabobank) en (volgens beide) de opkomst van goedkoop online-reisaanbod, de noodzaak ontstond te reorganiseren, terwijl de ondernemingsresultaten vanaf 2011 onvoldoende waren om alle daaruit voortvloeiende kosten te bestrijken. Het geschil ontstond doordat OAD, hoewel zij vanaf 2012 niet langer voldeed aan de daaraan gestelde eisen, volledig gebruik wilde maken van haar krediet- en garantiefaciliteit en Rabobank daaraan voorwaarden verbond. Dat Rabobank op grond van de haar door OAD ter beschikking gestelde financiële gegevens de kans dat de reorganisatie zou slagen en in 2014 tot een verbeterd resultaat zou leiden, lager inschatte dan OAD, is onder de gegeven omstandigheden niet onzorgvuldig of onredelijk. Tot slot oordeelt het hof dat in het licht van al deze omstandigheden OAD onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat als de kapitaalversterking op 27 september 2013 of kort daarna op 1 oktober 2013 zou zijn gerealiseerd, een faillissement van OAD zou zijn uitgebleven. De vordering van OAD om de schade te vergoeden die OAD heeft geleden als gevolg van het faillissement, wordt afgewezen. Ook de vordering van Rabobank tot vergoeding van de werkelijke proceskosten wordt afgewezen. Hieronder wordt toegelicht hoe het hof tot dit oordeel komt.

3 Het oordeel van het hof

Het geschil en het feitelijk kader

- 3.1. De rechtbank heeft in rechtsoverweging 3.1 tot en met 3.9 en 6.2 tot en met 6.51 van het eindvonnis de feiten vastgesteld die zij aan haar beslissing ten grondslag heeft gelegd.¹ Volgens OAD zijn de vastgestelde feiten niet volledig en/of op sommige punten onvolledig en/of onjuist geformuleerd (grief I). Deze klacht faalt. De feitenvaststelling van de rechtbank is bepaald aan de hand van documenten (brieven, e-mailberichten en door OAD aan de bank verstrekte financiële prognoses). OAD heeft de inhoud van deze schriftelijke documenten niet bestreden. Beide partijen nemen de inhoud tot uitgangspunt en baseren zich daarop. Wel verschillen zij van mening over de weging van een aantal van deze feiten, meer in het bijzonder de conclusies die hieraan door de rechtbank hadden moeten worden verbonden. Op deze bezwaren zal het hof hierna bij de bespreking van de grieven nader ingaan, als dat voor de uitkomst van de zaak relevant is. Bij de klacht van OAD dat de rechtbank nog meer en andere feiten als vaststaand had moeten aanmerken verwijst zij naar productie 59. Deze productie is echter geweigerd, omdat daarin niet (louter) feiten waren opgenomen, maar grotendeels ook standpunten van OAD. Deze productie maakt daardoor geen onderdeel uit van het procesdossier. Van het procesdossier is wel deel gaan uitmaken de later overgelegde productie 78 (van OAD) en

productie 111 (van Rabobank) waarin partijen elk een tijdlijn geven van de volgens hen relevante gebeurtenissen. Hieruit valt echter niet te destilleren welke feiten nog meer als vaststaand moeten worden aangenomen met dien verstande dat het hof bij de beoordeling van de overige grieven, voor zover nodig, andere (vast te stellen) feiten en omstandigheden zal betrekken. De conclusie luidt dat het hof zal uitgaan van de door de rechtbank in haar eindvonnis vastgestelde feiten.

- 3.2. Het geschil tussen OAD en Rabobank komt op het volgende neer. Rabobank is in 2003 een kredietrelatie aangegaan met diverse vennootschappen die behoorden tot de OAD Groep. Het verleende krediet bestond uit een rekening-courantkrediet van (maximaal) 20 miljoen, een garantiefaciliteit van (maximaal) 12,5 miljoen (hierna: de krediet- en garantiefaciliteit) en een overeenkomst financiële derivaten (gezamenlijk aangeduid als: de kredietovereenkomst). In de kredietovereenkomst spraken OAD en Rabobank af dat OAD van de krediet- en garantiefaciliteit gebruik mocht maken, mits zij voldeed aan twee financiële voorwaarden, ofwel financiële convenanten: (a) OAD moest voldoen aan een zogenoemde solvabiliteitsratio en (b) OAD moest voldoen aan de zogenoemde *Total Net Income*-ratio. Deze begrippen zullen hieronder nader worden toegelicht. In de kredietovereenkomst werd ook bepaald dat Rabobank de krediet- en garantiefaciliteit met onmiddellijke ingang, dus zonder opzegtermijn, mocht beëindigen wanneer OAD één van deze twee financiële convenanten schond.

2012

- 3.3. Vanwege tegenvallende bedrijfsresultaten, moeilijke marktomstandigheden en de hoge reorganisatiekosten die OAD in haar concept-jaarrekening 2010/2011 had voorzien, werd zij in maart 2012 door de bank bij de afdeling bijzonder beheer geplaatst. In juni 2012 ontving Rabobank een op 17 oktober 2011 bij OAD gehouden presentatie van de door haar ingeschakelde consultant Booz & Company (hierna: Booz). In deze presentatie heeft Booz vermeld dat OAD ernstig in haar voortbestaan werd bedreigd, dat een fundamentele koerswijziging noodzakelijk was en dat daarvoor weinig tijd was. Booz adviseerde om het aantal fysieke winkels ingrijpend te verminderen om de hoge kostenstructuur van OAD teniet te doen en de daarmee gerealiseerde besparingen te investeren in het verbeteren van het online-kanaal om de sterk teruglopende omzet te keren. De online verkopen van OAD van 9% (op 17 oktober 2011) diende OAD volgens Booz in 2015 te hebben verhoogd naar 49%. OAD heeft uitvoering gegeven aan het advies van Booz en in 2012 een reorganisatie (*turn around*) in gang gezet waarbij zij heeft ingezet op een overgang naar *dynamic packaging* en online verkopen. Met *dynamic packaging* wordt een klant in staat gesteld om zelf online een reis samen te stellen, inclusief hotelboekingen, vliegtickets en excursies. OAD kocht daarvoor een softwarepakket aan dat OAD XL werd genoemd. Deze website ging in het voorjaar van 2013 *live*. Als gevolg van deze reorganisatie werd in 2012 meer en vaker gebruik gemaakt van de krediet- en garantiefaciliteit. Dat was aanleiding voor Rabobank om haar bancaire relatie met OAD onder de loep te nemen. Op 26 september 2012 heeft Booz aan Rabobank een update gepresenteerd van haar herstructureringsplan. Daarin stond dat de markt zich negatiever had ontwikkeld dan voorzien. Booz verwachtte echter dat het resultaat als gevolg van de reorganisatie zou herstellen tot 3,1 miljoen in 2013, dat de debetstand op de kredietfaciliteit eind 2013 ten hoogste 12,6 miljoen zou bedragen en dat de liquiditeit daarna zou verbeteren. Rabobank heeft naar aanleiding van deze update om een financiële onderbouwing verzocht en deze doorgegeven aan haar zogenoemde Industry Knowledge Team met het verzoek om haar visie op OAD te geven. De bevindingen van dit Team in haar rapportage van 24 oktober 2012 waren niet gunstig: een van de conclusies was dat OAD achterbleef bij haar concurrenten en erg laat was met online gaan. Op 12 december 2012 vond een bespreking plaats tussen OAD en Rabobank. De inhoud daarvan is op 13 december 2012 schriftelijk bevestigd. In haar brief berichtte de bank aan OAD dat zij zich aan het beraden was op haar bancaire relatie met OAD en dat OAD zekerheden moest stellen ter verbetering van de zekerheidspositie van de bank, namelijk (a) een 1e pandrecht op de inventaris (waaronder begrepen het rollend materieel), voorraad, vorderingen en intellectueel eigendomsrechten van OAD, en (b) een recht van 1e hypotheek op alle onroerende zaken in eigendom van OAD.

2013

3.4. Tijdens een bespreking op 16 januari 2013, bevestigd in haar brief van 22 januari 2013, heeft de bank aan OAD meegedeeld dat zij het slechts verantwoord vond om de kredietrelatie met OAD voort te zetten als (1) OAD naast het stellen van zekerheid haar eigen vermogen zou versterken met 10 miljoen, (2) de bancaire tarieven zouden worden verhoogd en (3) nadere afspraken werden gemaakt over de financiële verslaglegging door OAD. OAD heeft tegen de door Rabobank gestelde voorwaarden bezwaar gemaakt bij brief van 4 februari 2013. In haar brief van 13 februari 2013 hield Rabobank echter vast aan de door haar gestelde voorwaarden. De bank deelt daarin onder meer mee dat zij de reorganisatie door OAD weliswaar steunt, maar niet bereid is om daarvan de naar haar mening aanzienlijke risico's te dragen. Deze dienen volgens de bank door de aandeelhouders van OAD gedragen te worden. Daarbij vermeldt de bank dat zij niet langer bereid is om toe te staan dat OAD de komende winterperiode (2013) trekt onder het krediet. OAD is vanaf die tijd bezig geweest om aan de eis van kapitaalversterking te voldoen. Op 5 maart 2013 heeft OAD in een bespreking aan de bank meegedeeld dat haar certificaathouders, de familie [naam1], bereid was om 2,5 miljoen te investeren. Nadien heeft de bank de hoogte van de kapitaalversterkingseis naar beneden bijgesteld tot 7,5 miljoen bij brief van 18 april 2013, zodat per saldo nog 5 miljoen moest worden aangetrokken. Op 31 mei 2013 heeft Rabobank aan OAD een *wavier* brief gestuurd. De bank vermeldt daarin dat zij geen consequenties zal verbinden aan de schending van de solvabiliteitsratio en de *Total Net Income*-ratio per 31 oktober 2012, maar verbindt hieraan als belangrijkste voorwaarde dat uiterlijk op 31 augustus 2013 minimaal 7,5 miljoen aan risicodragend kapitaal in de onderneming van OAD is ingebracht. OAD heeft deze brief op 5 juni 2013 voor akkoord ondertekend. OAD heeft gezocht naar mogelijkheden om hetzij via een lening, hetzij door verkoop van bedrijfsonderdelen kapitaal te verwerven. In augustus 2013 raakte OAD in onderhandeling met Nobel Capital Partners (hierna: Nobel Capital) over de verkoop van het OAD busbedrijf. Aanvankelijk werd een bod door Nobel Capital verwacht van 15,5 miljoen. Met dat bedrag zou voldaan kunnen worden aan de kapitaalversterkingseis van 7,5 miljoen (2,5 miljoen familie [naam1] en 5 miljoen uit de verkoop) én Rabobank zou gecompenseerd worden voor de door haar prijs te geven zekerheden ter waarde van 10,5 miljoen (8,25 miljoen op de bussen en 2,3 miljoen voor onroerend goed behorend bij het busbedrijf). De bank verleende daarom goedkeuring aan deze mogelijke deal en verlengde de in de *wavier* gestelde termijn met twee weken naar 15 september 2013. Op 2 september 2013 tijdens een bespreking met de bank deelde OAD echter mee dat Nobel Capital uiteindelijk slechts een bod van 8,8 miljoen had gedaan. Op 5 september ontving Rabobank bericht dat contact was gelegd met een groep investeerders, aangeduid als: de Twentse Investeerders, en er constructieve gesprekken liepen en dat men hoopte medio september tot een positieve besluitvorming te komen. Op 6 september 2013 berichtte Rabobank OAD mede naar aanleiding van de bespreking van 2 september dat zij de aan OAD verstrekte financieringen per direct en onvoorwaardelijk opzegde en deelde zij mee dat OAD uiterlijk op 7 december 2013 haar schuld van 11.912.088,91 (exclusief lopende rente, provisie en kosten) moest aflossen. Op 6 september 2013 had OAD 0 schuld op grond van de kredietfaciliteit en er stond op die datum nog ruim 12 miljoen op haar bankrekening.

3.5. Na de kredietopzegging op 6 september 2013 is OAD doorgegaan met haar pogingen om kapitaal te vinden in de hoop Rabobank daarmee te bewegen om de opzegging ongedaan te maken. Op 22 september 2013 bereikte OAD overeenstemming op hoofdlijnen over de verkoop van haar busbedrijf aan de Twentse Investeerders. OAD heeft Rabobank op 23 september 2013 hierover ingelicht en verzocht om een aankoopfinanciering van 10,5 miljoen te verstrekken voor het door de Twentse Investeerders op te richten investeringsvehikel. Rabobank is daarop aan de slag gegaan met het voorbereiden van de offerte. Op 24 september 2013 om 13.40 uur heeft Rabobank de voorgenomen transactie met de Twentse Investeerders goedgekeurd onder een aantal voorwaarden, waaronder de voorwaarde dat de transactie met de Twentse Investeerders uiterlijk op 27 september 2013 zou zijn voltooid. Kort daarna heeft Rabobank een telefonisch verzoek om deze deadline te verlengen, afgewezen. Omstreeks 18.00 uur heeft OAD telefonisch aan Rabobank meegedeeld dat zij had besloten om haar faillissement aan te vragen.

De vorderingen en het oordeel van de rechtbank

3.6. OAD is bij de rechtbank een procedure gestart tegen Rabobank. Daarin bracht zij naar voren dat Rabobank door op 6 september 2013 de kredietrelatie op te zeggen en in de weken daarna daaraan vast te houden, OAD heeft gedwongen haar faillissement aan te vragen, terwijl dat niet nodig was geweest. OAD heeft de rechtbank gevraagd om vast te stellen dat Rabobank aansprakelijk is jegens haar en om de zaak te verwijzen naar een afzonderlijke procedure om de hoogte van de schade te bepalen (schadestaatprocedure). De rechtbank heeft deze vorderingen afgewezen. De rechtbank oordeelde dat Rabobank gelet op alle omstandigheden van het geval niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar heeft gehandeld door met een beroep op haar contractuele bevoegdheid het krediet op te zeggen (rov. 6.52). Ook oordeelde de rechtbank het in het licht van alle omstandigheden niet onredelijk dat Rabobank nadien geweigerd heeft om OAD nog meer uitstel te bieden om de transactie met de Twentse Investeerders te voltooien op 1 oktober 2013 (rov. 6.66). Daarbij achtte de rechtbank het aannemelijk dat ook als Rabobank het uitstel wel had verleend, OAD alsnog haar faillissement had moeten aanvragen en de door haar gestelde schade had geleden, omdat diezelfde middag dat Rabobank verder uitstel weigerde, haar uit een interne handgeschreven liquiditeitsprognose was gebleken dat er een groter tekort was dan zij had verwacht en dit niet zou zijn aangezuiverd door de transactie van de Twentse Investeerders. Bovendien had haar contractspartner TUI op 24 september 2013 bij OAD aangekondigd dat zij per 30 september 2013 de vorderingen op haar klanten rechtstreeks, zonder tussenkomst van OAD, wilde gaan incasseren, wat het liquiditeitstekort van OAD enorm zou vergroten, en daarvan alleen wilde afzien als OAD een bankgarantie zou geven, maar die mogelijkheid had OAD niet. Tot slot hing er een dreiging dat SGR een bankgarantie van 20-30 miljoen zou gaan eisen (rov. 6.67). Omdat de rechtbank vaststelde dat OAD tijdens de procedure tegenover Rabobank en de rechtbank in strijd met de waarheidsplicht van artikel 21 Rv had gehandeld door (i) de brief van TUI van 24 september 2013 niet in het geding te brengen (rov. 5.17) en (ii) door in strijd met de waarheid te stellen dat zij pas tijdens de getuigenverhoren op de hoogte raakte van het bestaan van een interne handgeschreven liquiditeitsprognose (rov. 5.26) heeft de rechtbank gelet op de ernst van deze schendingen bij de begroting van de proceskosten het hoogste liquidatietarief tot uitgangspunt genomen (rov. 5.29).

De vorderingen in hoger beroep

Het principaal appel

3.7. In hoger beroep heeft OAD de gronden waarop zij de aansprakelijkstelling van Rabobank baseert, grotendeels gewijzigd. Zij vordert in hoger beroep dat het hof primair zal vaststellen dat Rabobank tekort is geschoten in de nakoming van haar (zorg)plichten, subsidiair dat Rabobank onrechtmatig heeft gehandeld en meer subsidiair dat zij in strijd heeft gehandeld met de redelijkheid en billijkheid tegenover OAD. Daarbij houdt OAD in haar memorie van grieven vast aan haar standpunt dat de kredietopzegging door Rabobank naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. OAD vordert dat het hof zal bepalen dat de schade die door het optreden van Rabobank is ontstaan, bestaande uit de waarde van OAD die door het faillissement teniet is gegaan, wordt bepaald op 71 miljoen of dat de zaak wordt verwezen naar de schadestaatprocedure. OAD legt aan haar vordering ten grondslag dat Rabobank haar zorgplicht op meerdere manieren heeft geschonden en maakt Rabobank in de kern de volgende verwijten:

- a) Rabobank heeft OAD ten onrechte bij de afdeling bijzonder beheer geplaatst en heeft OAD vanaf 2012 tot aan het faillissement onvoldoende geïnformeerd en op onjuiste en onvoldoende deskundige wijze begeleid;
- b) Rabobank heeft buitenproportionele en niet onderbouwde (aanvullende) voorwaarden gesteld aan het continueren van de bestaande kredietrelatie en OAD ten onrechte - misbruik makend van de omstandigheden waarin OAD verkeerde - de *waiver* van 31 mei 2013 laten ondertekenen;
- c) Rabobank heeft de kredietrelatie opgezegd;
- d) Rabobank heeft nadat de kredietrelatie was opgezegd, niet ingestemd met een verlenging van het overbruggingskrediet tot 1 oktober 2013 om de verkoop van de busdivisie van OAD mogelijk te maken;

3.8.

Rabobank heeft betwist dat zij met bovengenoemde gedragingen de op haar rustende zorgplicht heeft geschonden (en daarom tekort zou zijn geschoten of onrechtmatig heeft gehandeld) of dat zij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar of in strijd met de redelijkheid en billijkheid heeft gehandeld. Daarbij heeft Rabobank het causaal verband weersproken tussen de beweerde tekortkomingen en de door OAD gestelde schade. Rabobank betwist voorts dat de schade van OAD 71 miljoen zou bedragen.

Het incidenteel appel

- 3.9. Rabobank vordert in incidenteel appel veroordeling van OAD tot vergoeding van de werkelijk gemaakte proceskosten in de procedure bij de rechtbank en in hoger beroep. Rabobank legt daaraan ten grondslag het oordeel van de rechtbank dat OAD in strijd met de op haar rustende waarheidsplicht van artikel 21 Rv heeft gehandeld.

De uitgangspunten bij de beoordeling

- 3.10. De door OAD gestelde verwijten, zoals hiervoor samengevat in 3.7 onder a tot en met d zullen hierna samen met het verweer van de bank worden besproken. De verwijten toegelicht aan de hand van tal van omstandigheden betreffen het handelen van Rabobank als kredietverstrekker in de aanloop naar, ten tijde van en kort na de kredietopzegging. Bij de beoordeling zal het hof onder meer het volgende tot uitgangspunt nemen.

De bancaire zorgplicht

- 3.11. Vanwege hun maatschappelijke positie en bijzondere deskundigheid rust op banken op grond van de wet en de rechtspraak een (algemene en bijzondere) zorgplicht jegens haar klanten. De inhoud en reikwijdte van deze zorgplicht hangen af van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de betrokken rechtsverhouding, het bijzondere risico van het desbetreffende product of de dienst, de eventuele deskundigheid en relevante ervaring van de (particuliere) cliënt, en diens inkomens- en vermogenspositie. Op grond van artikel 2 van de Algemene Bankvoorwaarden (die deel uitmaken van de kredietovereenkomst) rust op Rabobank naast een maatschappelijke zorgplicht ook een contractuele zorgplicht die inhoudt dat zij bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht neemt en daarbij naar beste vermogen rekening houdt met de belangen van de cliënt.

Toetsingskader bij aanpassing en opzegging van de kredietovereenkomst

- 3.12. Bij de beoordeling van de vraag of het Rabobank was toegestaan om voorwaarden te verbinden aan het continueren van de kredietrelatie en om vanwege het niet-vervuld zijn van die voorwaarden de kredietrelatie definitief op te zeggen, heeft als uitgangspunt te gelden de rechtsverhouding van partijen. In de kredietovereenkomst (2008) is bepaald dat de bank gerechtigd is om wanneer de solvabiliteitsratio wordt geschonden redelijke voorwaarden te stellen tot zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst. Uit artikel 35 ABV vloeit voort dat Rabobank de contractuele bevoegdheid had om de relatie met OAD op te zeggen. Ook beroept Rabobank zich op de in de kredietovereenkomst opgenomen *Material Adverse Change*-clausule, waarin is bepaald:

Rabobank is gerechtigd om, met schriftelijke mededeling daarvan aan de Kredietnemer de faciliteit met onmiddellijke ingang te beëindigen indien zich naar het redelijk oordeel van Rabobank enige gebeurtenis, verandering of omstandigheid in de financiële positie of de bedrijfsvoering voordoet, die de nakoming van enige verplichting onder de met Rabobank gesloten overeenkomst door enige Kredietnemer of Mededebiteur in aanzienlijke mate schaadt, vertraagt of in gevaar brengt, of er is voorzienbaar dat zulks zich zal voordoen.

Echter ook als een overeenkomst voorziet in een regeling, kan een beroep op een uit een overeenkomst voortvloeiende bevoegdheid om de overeenkomst aan te passen of op te zeggen op grond van artikel 6:248 lid 2 BW onder omstandigheden naar maatstaven redelijkheid en billijkheid

onaanvaardbaar zijn. Zoals volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 10 oktober 2014 (ING/De Keijzer)² kan bij de beoordeling van de omstandigheden van het geval mede gewicht worden toegekend aan de in artikel 2 ABV neergelegde algemene contractuele zorgplicht van de bank en kunnen de belangen van partijen tegen elkaar worden afgewogen. OAD betoogt in grief II (MvG onder 7-8) dat de factoren die door dit hof in het arrest Rabobank/Aarding onder 4.31 uiteen zijn gezet, hier ook een zekere richting moeten geven.³ Als OAD daarmee bedoelt dat deze factoren de maatstaf vormen voor de opzeggingsbevoegdheid is dat onjuist, omdat de Hoge Raad in het arrest ING/De Keijzer deze door het hof in het arrest Rabobank/Aarding gekozen maatstaf heeft verworpen. Het hof gaat er echter van uit dat OAD heeft bedoeld deze factoren in de omstandighedentoets te betrekken. Daar waar OAD deze factoren in haar betoog concreet heeft uitgewerkt, zal het hof deze in zijn beoordeling meenemen.

Aard en inhoud van de kredietrelatie

- 3.13. Zowel voor de vraag naar de omvang van de zorgplicht van de bank in het concrete geval als voor de vraag of de (voorwaardelijke) kredietopzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is geweest, komt betekenis toe aan de aard en inhoud van de kredietrelatie van partijen. Daarover overweegt het hof als volgt.
- 3.14. OAD was een gerenommeerd familiebedrijf van grote omvang, destijds bestaande uit vier divisies: (1) OAD reizen die zich bezighield met de productie, verkoop en uitvoering van standaard en maatwerk vakanties wereldwijd, (2) Globe reisbureaus, een keten van fysieke reiswinkels ten behoeve van de verkoop van vakanties van OAS en andere reisorganisaties, (3) B2B, die zich bezighield met zakenreizen, incentive, Sport & Event-reizen in opdracht van bedrijven, instanties en sportbonden en (4) het Touringcarbusbedrijf, dat zich bezighield met verhuur en uitvoering van dag- en meerdaagse reizen. OAD was ook een professionele onderneming met een ervaren bestuur dat zich had voorzien van deskundige adviseurs om te adviseren over de reorganisatie en de daaraan verbonden financiële en juridische aspecten. Daarbij is het door Rabobank aan OAD verleende krediet (waaronder de garantiefaciliteit) niet een complex product. Een en ander brengt mee dat OAD geen bijzondere bescherming toekomt tegen het nemen van (onverantwoorde) financiële risico's, zoals dat in de wet en rechtspraak in het bijzonder tegenover consumenten onder omstandigheden is aangenomen. Dat laat onverlet dat Rabobank, zoals hiervoor overwogen, in haar dienstverlening naar OAD zorgvuldig diende te zijn en naar beste vermogen rekening diende te houden met de belangen van OAD.
- 3.15. Met betrekking tot de inhoud van de kredietrelatie overweegt het hof het volgende. De door Rabobank in oktober 2003 aan OAD ter beschikking gestelde krediet- en garantiefaciliteit besloeg in totaal 32,5 miljoen. Aan de gebruikmaking van deze faciliteiten door OAD verbond de bank voorwaarden (*covenants*) met betrekking tot de financiële ratios van OAD. Deze ratios boden inzicht in de financiële gezondheid en ontwikkeling van het bedrijf en strekten ertoe de bank de zekerheid te verschaffen dat OAD in staat zou zijn de uit de faciliteiten getrokken gelden die, zoals hierna wordt toegelicht, jaarlijks sterk fluctueerden, terug te betalen.
- 3.16. In 2003/2004 stelde Rabobank aan OAD als voorwaarde voor het gebruik van de door haar ter beschikking gestelde faciliteiten: (i) een solvabiliteitsratio van tenminste 30% van het balanstotaal zijnde dat balanstotaal gecorrigeerd met de per balansdatum aanwezige liquide middelen, en (ii) een positief bedrijfsresultaat (in het contract ook aangeduid met: rendementsratio). De solvabiliteit van een onderneming betreft de verhouding tussen het eigen vermogen van een onderneming en het vermogen dat nodig is om de onderneming te drijven en geeft inzicht in de mate waarin een onderneming op lange(re) termijn aan haar betalingsverplichtingen kan voldoen en in hoeverre de onderneming afhankelijk is van schuldeisers. In 2008 werd de bankrelatie enigszins herzien en heeft Rabobank OAD via een rekening-courant een werkkapitaalfaciliteit (A) verstrekt van 20 miljoen, aan te wenden voor de (her)financiering van werkkapitaal, en een garantiefaciliteit (B) van 12,5 miljoen, aan te wenden in het kader van de normale bedrijfsuitoefening. Deze faciliteit kon uitsluitend worden benut voor het doen stellen van bankgaranties. Het gebruik van beide faciliteiten werd opnieuw aan financiële voorwaarden verbonden: wederom een solvabiliteitsratio van tenminste 30% van het

(geconsolideerde) balans totaal, en de voorwaarde dat het jaarlijkse *Total Net Income* (inkomen voor belasting en bijzondere baten en lasten) positief diende te zijn. Naast deze financiële voorwaarden werden ook een aantal niet-financiële voorwaarden gesteld, waaronder de hiervoor (3.12) geciteerde *Material Adverse Change*-clausule.

- 3.17. De verstrekking van de krediet- en garantiefaciliteit door Rabobank en het gebruik daarvan door OAD hield nauw verband met de activiteiten van OAD als reisorganisatie. Als grote reisorganisatie was OAD aangesloten bij Stichting Garantiefonds Reisgelden (hierna: SGR). Daarmee verplichtte zij zich tegenover alle deelnemers altijd te voldoen aan bepaalde vereisten met betrekking tot haar solvabiliteit en liquiditeit. Zo eiste het lidmaatschap van SGR onder meer dat het eigen vermogen van de onderneming altijd ten minste 20% van het totale vermogen moet bedragen (SGR-solvabiliteitseis) en dat de liquiditeit steeds voldoende moet zijn om de vaste kosten gedurende tenminste één maand te dekken (artikel 4 lid 2 onder a en b Deelnemersreglement) (SGR-liquiditeitseis). Daarnaast was OAD als deelnemer tegenover de Stichting verplicht zekerheden te stellen, zoals het stellen van een bankgarantie gelijk aan 1,5% van de risicodragende omzet.
- 3.18. De krediet- en garantiefaciliteit werd door Rabobank aan OAD ter beschikking gesteld om zeker te stellen dat zij altijd zou kunnen voldoen aan de SGR-eisen. OAD voldeed bij het aangaan van kredietovereenkomst in 2003 aan de door SGR gestelde eisen, maar zij beoogde vervangings- en uitbreidingsinvesteringen en acquisities te voldoen uit de beschikbare en te genereren liquide middelen. Daardoor zou zij incidenteel mogelijk niet kunnen voldoen aan de liquiditeitseis van SGR. Rabobank en OAD voorzagen dat die problematiek zich met name in de wintermaanden zou kunnen voordoen. Als reisorganisatie kende OAD namelijk een sterk seizoensgebonden karakter en kasstroompatroon, doordat klanten hun reizen veelal in de eerste maanden van een kalenderjaar boeken. Dat leidde in het voorjaar tot een positieve kasstroom (vanwege de aanbetalingen van klanten). OAD hoefde de aanbieders van de reis (hotels, vliegmaatschappijen en dergelijke) echter pas later te betalen. Als in de wintermaanden veel betalingen moesten worden verricht, kon daardoor het risico ontstaan dat er omdat er dan weinig boekingen binnenkwamen (te) weinig liquide middelen waren. De kredietfaciliteit diende er daarom toe om ervoor te zorgen dat OAD met name in de wintermaanden aan de SGR-liquiditeitseis zou blijven voldoen, omdat de beschikbare kredietruimte tot de liquiditeit werd gerekend. De hoogte van het kredietgebruik en het aantal trekkingsdagen konden daardoor door het jaar heen sterk fluctueren en periodiek ook 0 zijn.
- 3.19. Uit het voorgaande volgt dat de krediet- en garantiefaciliteit die aan OAD werd verstrekt voornamelijk tot doel had om eventuele tekorten als gevolg van de jaarlijkse sterk wisselende kasstromen op te vangen. Kenmerkend was ook dat zowel de kredietovereenkomst als het lidmaatschap van SGR een sterke nadruk legden op de financiële gezondheid van OAD. Het gebruik van de krediet- en garantiefaciliteit en het lidmaatschap van SGR was van meet af aan dan ook nauw verbonden met de financiële positie waarin OAD zich bevond en vereiste dat OAD voldeed aan concrete, kwantificeerbare, eisen.

Beoordeling van de gestelde tekortkomingen

Heeft de bank onzorgvuldig gehandeld door OAD bij de afdeling bijzonder beheer te plaatsen en is de dienstverlening van die afdeling onzorgvuldig geweest?

- 3.20. OAD stelt zich op het standpunt dat de bank onzorgvuldig jegens haar heeft gehandeld door haar in 2010 kortstondig en vervolgens vanaf maart 2012 bij de afdeling bijzonder beheer te plaatsen (grief III). Volgens OAD is zij destijds onvoldoende ingelicht over de redenen en ook onvoldoende (deskundig) begeleid door de medewerkers van de bank. Bovendien is OAD van mening dat de plaatsing bij bijzonder beheer niet nodig was.
- 3.21. Rabobank heeft als verweer tegen deze klacht naar voren gebracht dat niet valt in te zien dat deze gedragingen in wezenlijke mate aan het ontstaan van het faillissement van OAD hebben bijgedragen. Het hof volgt Rabobank daarin. Als al zou kunnen worden vastgesteld dat Rabobank onzorgvuldig heeft

gehandeld door OAD onder bijzonder beheer te plaatsen, valt niet in te zien een andere toelichting door OAD ontbreekt dat deze fout tot de verwezenlijking van het faillissement heeft geleid. Wel kan de mate waarin Rabobank zorgvuldigheid heeft betracht in haar dienstverlening tegenover OAD relevant zijn voor de beoordeling van de vraag of het stellen van voorwaarden aan het continueren van de kredietrelatie door Rabobank in januari 2013 gevolgd door de definitieve opzegging in september 2013 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is geweest. Hetgeen OAD met betrekking tot het handelen van Rabobank door en in verband met de afdeling bijzonder beheer naar voren heeft gebracht, zal het hof in dat kader beoordelen.

- 3.22. De bank heeft toegelicht dat plaatsing bij de afdeling bijzonder beheer voor haar aan de orde is wanneer kredietnemers in financiële problemen (dreigen te) komen en daarmee het kredietrisico van de bank toeneemt ten opzichte van de situatie zoals die was bij het aangaan van de kredietrelatie. Zoals hiervoor uiteengezet dient de bank daarbij de nodige zorgvuldigheid te betrachten en naar beste vermogen rekening te houden met de belangen van OAD. Het hof is van oordeel dat in het licht van hetgeen door de bank daarover naar voren is gebracht, OAD haar stelling dat de bank onzorgvuldig is geweest in haar dienstverlening als kredietverstrekker door OAD bij de afdeling bijzonder beheer te plaatsen en haar vervolgens onvoldoende (deskundig) te begeleiden, onvoldoende heeft onderbouwd. Het hof zal dat hieronder toelichten.
- 3.23. De bank heeft (met stukken onderbouwd) uiteengezet dat zij OAD in 2010 onder bijzonder beheer plaatste nadat haar uit de jaarrekening 2008/2009 was gebleken dat OAD in dat jaar een verlies leed van 5 miljoen en daarmee de *Total Net Income*-voorwaarde van de kredietovereenkomst schond. Daarnaast werd de beslissing ingegeven door de verder dalende omzet over het boekjaar 2009/2010 en de negatieve netto kasstroom over boekjaar 2009/2010. In maart 2011 besloot de bank OAD weer terug over te dragen aan de commerciële afdeling van de lokale Rabobank. Een jaar later, in maart 2012, is OAD opnieuw bij de afdeling bijzonder beheer geplaatst. Aan deze beslissing lagen volgens de bank ten grondslag de tegenvallende bedrijfsresultaten, moeilijke marktomstandigheden en de verwachte hoge reorganisatiekosten zoals voorzien in de concept-jaarrekening van OAD over het boekjaar 2010/2011. In hoger beroep licht de bank toe dat deze aannames berustten op: (a) de mislukte overname van Hotelplan in maart 2011, (b) het mislukken van het ICT-project PRO en in verband daarmee de afboeking door OAD van 25 miljoen in het boekjaar 2010/2011 en (c) het Booz-rapport van 27 oktober 2011 met de conclusie: *OADs voortbestaan wordt ernstig bedreigd: een fundamentele koerswijziging is noodzakelijk, echter hiervoor is weinig tijd* en het advies van Booz om het aantal fysieke winkels ingrijpend te verminderen om de hoge kostenstructuur van OAD teniet te doen en de daarmee gerealiseerde besparingen te investeren in het verbeteren van het online-kanaal om de sterk teruglopende omzet te keren. Tot slot wijst de bank erop dat de omzet van OAD terug was gelopen van 838 miljoen in 2007/2008 naar 567 miljoen in 2011/2012 en dat de netto-kasstroom structureel negatief was.
- 3.24. Het hof stelt vast dat OAD niet onderbouwd heeft gesteld dat de bank bij haar beslissing in 2010 om OAD onder bijzonder beheer te plaatsen is uitgegaan van onjuiste gegevens. Met betrekking tot het besluit tot herplaatsing in 2012 overweegt het hof dat Rabobank pas in juni 2012 kennis kreeg van het Booz-rapport, zodat dit rapport geen rol kan hebben gespeeld bij haar beslissing om OAD in maart 2012 opnieuw onder bijzonder beheer te plaatsen. Dat laat onverlet dat er voldoende redenen waren voor de herplaatsing. De bank heeft immers onderbouwd gesteld dat de afboeking van het ICT-project in 2010/2011 tot een negatieve *Total Net Income* van 27,7 miljoen leidde en OAD daarmee één van de financiële voorwaarden uit de kredietovereenkomst schond. De stelling van OAD, onder verwijzing naar een memo van 8 juli 2012 van het door OAD ingeschakelde kantoor Coralys, dat de afschrijving van het ICT-project PRO ad 24,7 miljoen en reorganisatievoorziening van 2,3 miljoen in de jaarrekening 2010/2011 slechts een eenmalige bijzondere last van 27,9 vormde en moet worden genormaliseerd laat onverlet dat de *Total Net Income* van OAD van dat jaar (zwaar) negatief was en anders dan zij stelt dat dus sprake was van een schending van de contractueel overeengekomen financiële convenanten. Bovendien heeft de bank naar OAD onvoldoende heeft weersproken betoogd dat als de investeringen voor het ICT-project in de periode van 2005-2012 direct zouden zijn meegenomen in de

winst- en verliesrekening van die jaren, de conclusie zou zijn geweest dat OAD al vanaf 2005/2006 ieder jaar verlieslatend zou zijn geweest en de *Total Net Income*-voorwaarde zou hebben geschonden.

- 3.25. Nu de juistheid van de financiële gegevens door OAD niet (voldoende) is weersproken, staat vast dat de bank in oktober 2010 en maart 2012 op goede gronden heeft geconcludeerd dat de financiële positie van OAD zodanig verslechterde dat het kredietrisico van de bank toenam. Dat OAD naar zij stelt beide keren onvoldoende op de hoogte werd gebracht van de redenen die aan de beslissingen ten grondslag werden gelegd, acht het hof niet onderbouwd, nu de informatie waarop Rabobank zich baseerde van OAD zelf afkomstig was en uit correspondentie (waaronder de *waiverletter* van Rabobank aan OAD van 1 april 2010 en het e-mailbericht van 15 mei 2012) blijkt dat Rabobank zich op die informatie baseert en daarover met OAD gesprekken heeft gevoerd, waarbij OAD ook presentaties heeft gehouden bij de bank over haar resultaatsprognoses en strategie en partijen de verdere voortgang daarvan bespraken.
- 3.26. Het hof ziet in hetgeen OAD daarover naar voren heeft gebracht ook onvoldoende aanknopingspunten voor haar standpunt dat zij door de afdeling bijzonder beheer onvoldoende zou zijn begeleid. Uit de stukken kan worden afgeleid dat Rabobank en OAD in de periode vanaf maart 2012 tot aan het faillissement van OAD bij voortduring met elkaar informatie hebben uitgewisseld over de financiële resultaten, de voortgang van de in gang gezette reorganisatie en strategiekeuzes. Bij die gesprekken en de besluitvorming over de te volgen koers waren verschillende afdelingen en medewerkers van Rabobank betrokken. Dat gold evenzo voor OAD. Uit die correspondentie blijkt ook dat Rabobank OAD telkens schriftelijk informeerde over de door haar genomen besluiten en voorzag van een toelichting. Dat geldt in het bijzonder voor de brieven waarin Rabobank aan OAD mededeelde dat zij aan het continueren van de kredietrelatie als aanvullende voorwaarde het stellen van zekerheid (brief van 13 december 2012) en kapitaalversterking verbond (brief van 22 januari 2013) en de opzeggingsbrief van 6 september 2013. Het hof stelt bij gebreke van een voldoende onderbouwing van de zijde van OAD dan ook vast dat Rabobank in de uitoefening van haar dienstverlening jegens OAD niet onzorgvuldig heeft gehandeld bij de totstandkoming van de besluiten die zij ten aanzien van OAD heeft genomen en in de wijze waarop zij deze aan OAD heeft gecommuniceerd. Daarbij verwerpt het hof de stelling van OAD dat drie betrokken medewerkers van Rabobank onervaren en/of ondeskundig waren (hetgeen de bank betwist) als niet ter zake doende. Niet *wie* bij de besluitvorming zijn betrokken, maar *of* door (medewerkers van) Rabobank bij de besluitvorming fouten zijn gemaakt, is bepalend voor de vraag of Rabobank in haar dienstverlening als kredietverstrekker onzorgvuldig is geweest. Voor de mogelijkheid tot aansprakelijkstelling is voorts relevant of, zoals hierna zal worden beoordeeld, Rabobank deze beslissingen in redelijkheid tegenover OAD had kunnen nemen. Daarop stuit ook af de klacht van OAD in haar memorie van grieven dat de medewerkers van Rabobank het besluit om het (overbruggings)krediet te beëindigen niet aan de raad van bestuur van Rabobank hebben voorgelegd. Die keuze is immers niet bepalend voor de vraag of Rabobank onrechtmatig of (onaanvaardbaar) in strijd met de redelijkheid en billijkheid heeft gehandeld. Dat kan immers ook het geval zijn als het bestuur van Rabobank wel bij de besluitvorming was betrokken. Het gaat er in de eerste plaats om of Rabobank toerekenbaar tekort is geschoten jegens OAD door aanvullende voorwaarden te verbinden aan het continueren van de kredietrelatie en deze nadien wegens niet-ervulling van deze voorwaarden te beëindigen, waarvoor de vraag beantwoord moet worden of in weerwil van de contractuele bevoegdheid daartoe het handelen van Rabobank onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. En in de tweede plaats of Rabobank onrechtmatig of in strijd met de redelijkheid en billijkheid heeft gehandeld door het overbruggingskrediet op 24 september 2013 niet te verlengen en te verruimen.

Mocht de bank in december 2012 / januari 2013 aanvullende voorwaarden (zekerheden en kapitaalverstrekking) verbinden aan het continueren van de kredietrelatie?

Het stellen van aanvullende voorwaarden

3.27.

Rabobank heeft bij brief van 13 december 2012 met een beroep op artikel 26 ABV (voorheen artikel 20 ABV) aan OAD de verplichting opgelegd om zekerheid te stellen voor al hetgeen de bank van OAD te vorderen heeft. De bank eiste een eerste pandrecht op de inventaris, waaronder begrepen het rollend materieel, voorraad, vorderingen en intellectuele eigendomsrechten en een recht van eerste hypotheek op alle onroerende zaken in eigendom van OAD. In de brief zet de bank uiteen dat zij aan haar besluit ten grondslag legt dat als gevolg van de zwakke strategische positionering, de matige marktontwikkelingen en onvoldoende rentabiliteit, de rekening-courantfaciliteit door OAD steeds meer is gebruikt om verlies op te vangen of te financieren. Daarnaast noemt de bank dat zij het enerzijds noodzakelijk acht dat OAD, in samenwerking met Booz, een *turn around* wil bewerkstelligen, maar anderzijds betwijfelt of de koerswijziging/reorganisatie op tijd in gang was gezet, het gewenste resultaat zou opleveren en of OAD daadwerkelijk in staat zou zijn om de *turn around* (tijdig) te realiseren. De bank verwachtte daarom dat wanneer de resultaten zouden uitblijven of vertraagd zouden komen, verdere trekking van het krediet en dus verliesfinanciering zou volgen. Omdat tegenover het verstrekte krediet geen dekkingswaarde staat en vanwege de verslechterde continuïteitsperspectieven, wil de bank haar zekerheidspositie versterken. In de brief benoemt de bank tenslotte ook dat zij zich aan het beraden is op de relatie met OAD.

3.28. Bij brief van 22 januari 2013 berichtte de bank naar aanleiding van de bespreking van partijen op 12 december 2012 en de vervolgbespreking op 16 januari 2013 aan OAD het volgende:

dat zij het continueren van de (bancaire) relatie met OAD enkel verantwoord acht indien:

1. OAD zorg draagt voor een adequate kapitaalsversterking, zodat de bancaire (krediet)faciliteit enkel voor het bestemde doel, te weten het voldoen aan de eisen van de SGR, wordt benut. Op dit moment schat de bank het benodigde bedrag aan aanvullend risicodragend kapitaal op EUR 10 miljoen;
2. de tarieven () worden aangepast ();
3. nadere () afspraken worden gemaakt over de () financiële verslaglegging.

Aan deze beslissing legde de bank het volgende ten grondslag [onderstreping door hof toegevoegd]:

Op basis van de aangeleverde informatie kan niet anders worden geconcludeerd dan dat, zelfs indien de implementatie/uitvoering van de strategie geheel volgens verwachting verloopt, OAD in de komende jaren (in ieder geval gedurende de winterperiode) zal blijven trekken onder het krediet. Een en, ander houdt tevens in dat iedere tegenvaller bij de implementatie/uitvoering zal leiden tot een hoger kredietgebruik. Zoals reeds aangegeven, acht de bank dit een onwenselijke en bancaire niet verantwoorde situatie. Te meer omdat het krediet niet was/is bedoeld voor dergelijke doeleinden.

De bank acht het - na diverse analyses te hebben uitgevoerd - voorts niet ondenkbaar dat het krediet op termijn ontoereikend zal zijn om de liquiditeitstekorten op te vangen. Door OAD is - meerdere malen - medegedeeld dat het daadwerkelijke kredietgebruik zeer lastig te voorspellen is, mede door de grote geldstromen via de bankrekeningen. Dit betekent dat, naast de al verwachte trekking van het krediet (welk vanuit het oogpunt van de bank onwenselijk is te noemen), er ook een aanzienlijk risico bestaat op onverwachte trekkingen, hetgeen het risico voor de bank verder vergroot. Tijdens de bespreking van 16 december 2012 heeft de bank geen informatie, dan wel toelichting, ontvangen op basis waarvan de bank aanleiding ziet om haar standpunt te heroverwegen. De bank: blijft derhalve bij het door haar ingenomen en hierboven beschreven standpunt.

Het contractueel kader

3.29. Zoals hiervoor overwogen moet voor de beoordeling van de rechtsgeldigheid van het verbinden van aanvullende voorwaarden aan het gebruik van de bestaande krediet- en garantiefaciliteit tot uitgangspunt worden genomen dat Rabobank:

- op grond van artikel 35 ABV en de *Material Adverse Change*-clausule de contractuele bevoegdheid had om de kredietovereenkomst (op reguliere wijze en) met onmiddellijke ingang op te zeggen als niet werd voldaan aan de solvabiliteitsratio van 30% of de *Total Net Income*-voorwaarde, en
- op grond van de kredietovereenkomst van 2008 (artikel 17 lid 2 met betrekking tot de kredietfaciliteit) gerechtigd was om wanneer de solvabiliteitsratio van 30% werd geschonden redelijke voorwaarden te stellen tot zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst, en
- op grond van artikel 26 AVB 2009 (voorheen artikel 20 AVB 1995) de contractuele bevoegdheid had om per omgaande (aanvullende) zekerheid ten gunste van de bank te stellen, zodanig dat gelet op het risicoprofiel van de cliënt, de dekkingswaarde van de zekerheden en eventuele andere voor de bank relevante factoren, de bank doorlopend voldoende zekerheid had en zou hebben en met bepaling dat de omvang van de gevraagde zekerheid in redelijke verhouding diende te staan tot het beloop van de desbetreffende verplichtingen van de cliënt.

3.30. OAD heeft betoogd dat het haar op grond van de kredietovereenkomst was toegestaan om de faciliteiten tot het maximum te benutten als werkkapitaal, zolang zij voldeed aan de SGR-solvabiliteitseis van 20%. Daarmee miskent OAD dat de bank aan het benutten van de faciliteiten eigen financiële voorwaarden had verbonden, namelijk: een solvabiliteitsratio van tenminste 30% van het (geconsolideerde) balanstotaal en de voorwaarde dat het jaarlijkse *Total Net Income* (inkomen voor belasting en bijzondere baten en lasten) positief diende te zijn. Zolang OAD niet voldeed aan de norm van een financieel gezond bedrijf bracht dat in contractueel opzicht mee dat het OAD in beginsel niet meer was toegestaan om de faciliteiten te benutten. Vast staat dat OAD eind 2012 (opnieuw) niet meer aan die voorwaarden voldeed. De bank koos er op dat moment voor om de kredietrelatie niet (onmiddellijk) te beëindigen, maar nadere voorwaarden (zekerheden en kapitaalversterking) te stellen aan het (maximaal) benutten van de ter beschikking gestelde kredietruimte. Hierna zal het hof beoordelen of de door Rabobank gestelde voorwaarden redelijk waren en of het beroep op de haar gegeven contractuele bevoegdheden onder de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar was.

Omstandighedoets

- *De financiële positie van OAD december 2012.*

3.31. De bank heeft als verweer naar voren gebracht dat naast het feit dat OAD eind 2012 niet meer voldeed aan de gestelde financiële voorwaarden, zij in december 2012 een reëel risico aanwezig achtte dat OAD (in ieder geval in de volgende winterperiode(n)) de haar ter beschikking gestelde krediet- en garantiefaciliteit van in totaal 32,5 miljoen maximaal zou benutten en dat zelfs dat bedrag op termijn mogelijk niet toereikend zou zijn. Dat dit scenario zich zou kunnen voordoen, heeft de bank onderbouwd met het Booz-rapport uit 2011, waar Rabobank zelf voor het eerst in juni 2012 mee bekend raakte, en de daaropvolgende bij Rabobank door Booz gehouden presentatie van 26 september 2012. In deze presentatie vermeldde Booz dat de markt zich in het afgelopen jaar negatiever had ontwikkeld dan zij in haar rapport van 2011 had voorzien en dat bijgevolg de realisatie en projectie van resultaten een negatiever beeld lieten zien. Door echter de transformatie naar het nieuwe Oad *te accelereren met verregaande maatregelen* zou volgens Booz het bedrijfsresultaat van OAD kunnen worden gebracht naar 3.1 miljoen in 2013 en 2.9 miljoen in 2015. Daaruit bleek dat de resultaatsprognose van OAD in 2012 voor de derde keer sterk was verslechterd en dat OAD in het daaropvolgende boekjaar (2012/2013) opnieuw (het derde boekjaar op rij) een verlies zou lijden. Ook leidde de bank uit de presentatie af dat OAD niet tot nauwelijks opvolging had gegeven aan de dringende adviezen uit het Booz-rapport van 2011. Daarnaast was het kredietgebruik van OAD in het najaar van 2012 fors toegenomen en naderde op dat moment de limieten van beide faciliteiten. De bank verbond daaraan de conclusie dat OAD nu zij vanaf het boekjaar 2010/2011 aanhoudend verlieslatend was, onvoldoende liquide middelen had om de ingezette reorganisatie te financieren, dat opgevangen moest worden door steeds meer structureel een beroep te doen op de kredietfaciliteit en de faciliteiten daardoor niet langer werden gebruikt om (in schommelingen) in de reguliere liquiditeitsbehoefte te voorzien, maar voor verliesfinanciering. OAD heeft tegenover de gemotiveerde stellingname van de bank, dat OAD eind 2012 niet langer voldeed aan de overeengekomen financiële

voorwaarden en de prognoses voor herstel ook in geval van een succesvolle reorganisatie waren verslechterd, onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld die kunnen rechtvaardigen dat OAD op dat moment wel voldeed aan de norm van een bestendig financieel gezond bedrijf. In het rapport van Coralis (ingebracht door OAD) wordt in dit verband nog gewezen op de omstandigheid dat de EBITDA van OAD altijd positief is gebleven. De EBITDA is echter één van de financiële ratios om de financiële gezondheid van een bedrijf te meten, maar niet de enige, waarbij in de contractuele relatie tussen de bank en OAD juist bijzondere aandacht is uitgegaan naar de solvabiliteitsratio en het *Total Net Income*. Coralis maakt dan ook onvoldoende inzichtelijk wat de verhouding is tussen de verschillende kengetallen en waarom in dit geval meer waarde zou moeten worden toegekend aan de EBITDA.

3.32. Uit het voorgaande vloeit voort dat Rabobank eind 2012 op goede gronden heeft kunnen concluderen dat na maart 2012 de financiële positie van OAD opnieuw was verslechterd en dat dit een aanmerkelijk kredietrisico voor haar meebracht.

- *Het bancaire kredietrisico en de (over)dekking*

3.33. Uit de brief van OAD van 21 december 2012 aan de bank blijkt dat OAD begrip had voor de eis van de bank tot het stellen van zekerheid en dat zij de door de bank in haar brief van 13 december 2012 gewenste zekerheden zou verstrekken. Nadien heeft OAD zich op het standpunt gesteld dat de omvang van de geëiste zekerheden niet in redelijke verhouding stond tot de verplichtingen van OAD. OAD heeft in dat verband aangevoerd dat de kredietfaciliteiten nooit tegelijkertijd volledig werden benut. De bank heeft dat gemotiveerd weersproken. Met verwijzing naar de jaarrekeningen van OAD heeft zij aangevoerd dat OAD per 31 oktober in 2010 voor 12,1 miljoen en in 2011 en 2012 voor 12,2 miljoen aan garanties afgaf, terwijl deze garantiefaciliteit historisch gezien alleen in de zomer werd gebruikt. Op 23 november 2012 werd tegelijkertijd de hoogste debetstand onder de kredietfaciliteit tot dan toe behaald, namelijk ruim 18,8 miljoen. OAD maakte dus eind 2012 daadwerkelijk gebruik van vrijwel de gehele haar ter beschikking staande krediet- en garantiefaciliteit en OAD ging er ook blijkens haar latere brieven van onder meer 14 juni 2013 evenals Rabobank ook vanuit dat OAD in het winterseizoen 2013 de kredietruimte volledig zou benutten om de reorganisatie te realiseren en herstel vanaf 2014 mogelijk te maken. Onder deze omstandigheden oordeelt het hof het redelijk dat de bank bij het stellen van haar voorwaarden uitging van een kredietrisico van 32,5 miljoen, te vermeerderen met rente, kosten en eventuele negatieve posities onder de valuta-derivatenovereenkomst.

3.34. OAD heeft het standpunt ingenomen dat de waarde van de zekerheden die zij stelde 34,8 miljoen bedroeg, zodat het kredietrisico van de bank ruimschoots was afgedekt en de bank daarom geen kapitaalversterking had mogen verlangen of althans de kapitaaleis van de bank van aanvankelijk 10 miljoen, later bijgesteld naar 7,5 miljoen, te hoog was. De bank heeft de stelling van OAD dat sprake was van overdekking gemotiveerd bestreden.

3.35. De bank heeft na taxatie de waarde van de verkregen zekerheden begroot op een totaal van 15.715.000, bestaande uit: (a) executiewaarde onroerende zaken 7.465.000, (b) executiewaarde rollend materieel 8.250.000 en (c) executiewaarde inventaris, de immateriële activa en de vorderingen van OAD nihil. Het verschil in de waardering door OAD (34,8 miljoen) en de bank (15,7 miljoen) wordt veroorzaakt door het feit dat OAD zich op het standpunt stelt dat de voorraden en vorderingen van OAD hadden moeten worden gewaardeerd op in totaal 18.451.000. Het hof stelt vast dat waar de taxaties van de onroerende zaken en het rollend materiaal berusten op rapporten van onafhankelijke taxateurs van respectievelijk februari 2013 (onroerende zaken) en april 2013 (bussen) en partijen daarover niet zozeer van mening verschillen, dat met betrekking tot de waardering van OAD's uitstaande vorderingen niet kan worden gezegd. OAD baseert de liquidatiewaarde van deze vorderingen *op basis van ervaringscijfers/inschatting c.q. daadwerkelijke afwikkeling*. De bank voert terecht aan dat de waarde van vorderingenportefeuille, bestaande uit vorderingen op particulieren die een reis hadden geboekt via OAD en nog niet (volledig) hadden betaald, begin 2013 onzeker was, met name in het geval van een faillissement van OAD. Rabobank stelde de waarde van deze vorderingen om die reden op nihil. De stelling van OAD dat dit ongebruikelijk is, biedt in het licht van de

gemotiveerde betwisting door de bank, een onvoldoende onderbouwing van haar stelling dat de bank met zekerheid had kunnen en moeten uitgaan van een liquidatiewaarde van deze vorderingen van 18 miljoen, waardoor sprake zou zijn geweest van overdekking. Ook het argument van OAD dat de curatoren bij de afwikkeling van het faillissement aanzienlijke gelden hebben verkregen uit de verkoop van inventaris, voorraden, IE-rechten, debiteuren en restituties en uit de zekerheden een opbrengst hebben gehaald van 30 miljoen is daarvoor niet toereikend. In de eerste plaats merkt het hof op dat volgens de verklaring van de curatoren de zekerheden die aan Rabobank werden verstrekt in totaal 24.993.072,43 hebben opgeleverd en dat Rabobank daarnaast een bedrag van 5.402.151,76 aan creditsaldi heeft verrekend. In de tweede plaats gaat het om de vraag van welke liquidatiewaarde de bank in januari 2013 toen zij de kapitaalversterkingseis stelde, redelijkerwijs mocht uitgaan. Dat de bank toen redelijkerwijs had moeten uitgaan van een waarde van deze activa van 18 miljoen en om die reden sprake was van een ruime (wat de bank eveneens bestrijdt) overdekking, heeft OAD onvoldoende onderbouwd.

- 3.36. Op grond van het voorgaande concludeert het hof dat OAD tegenover het gemotiveerde verweer van Rabobank onvoldoende heeft onderbouwd dat in januari 2013 sprake was van een ruime overdekking. Het hof neemt (daarom) tot uitgangspunt dat sprake was van (een zekere) onderdekking van maximaal 9,1 miljoen. Uit het voorgaande vloeit ook voort dat OAD onvoldoende heeft onderbouwd dat de omvang van de door Rabobank gevraagde zekerheid niet in redelijke verhouding stond tot het beloop van de verplichtingen van OAD tegenover haar.

- *De hoogte van de kapitaalversterkingseis*

- 3.37. In haar brief van 22 januari 2013 berichtte Rabobank OAD dat de omvang van de benodigde kapitaalversterking op dat moment door haar werd geschat op 10 miljoen. De bank nodigde OAD uit om op korte termijn om tafel te gaan om verder te spreken over de beslissing van de bank en het vervolgtraject. In haar brief van 13 februari 2013 lichtte de bank nader toe dat zij tot het bedrag van 10 miljoen aan aanvullend risicodragend kapitaal is gekomen op basis van de door OAD gepresenteerde managementcase met financiële uitwerkingen uit het Booz-rapport en separaat ontvangen prognoses van OAD. De bank heeft in deze procedure in een notitie van 17 februari 2015 toegelicht dat zij de hoogte van de kapitaalversterking had bepaald door een *down side* scenario door te rekenen op basis van de door Booz in de *Strategie Update* genoemde gegevens, aangevuld met de nagezonden gegevens. Op basis van de aanwezige liquide middelen, geprognosticeerde operationele kasstromen en de kasstromen behorend bij de *turn around*, bepaalde de bank destijds de geprognosticeerde stand van liquide middelen over de jaren 2012-2015 en leidde daaruit af dat de kredietbehoefte per ultimo december 2013 hoger lag (op 19,8 miljoen) dan OAD verwachtte nodig te hebben (12,6 miljoen). Het verschil tussen het aldus door de bank doorgerekende *down side* scenario en de door OAD geprognosticeerde liquiditeitsbehoefte bedroeg 7,2 miljoen. Op basis van die berekening, rekening houdend met mogelijke tegenvallers, schatte Rabobank dat OAD 10 miljoen meer nodig had om de reorganisatie te realiseren dan OAD zelf opgaf. Dat zij OAD van haar bevindingen in kennis heeft gesteld, blijkt onder meer uit haar brief van 2 mei 2013 waarin zij benoemt dat OAD conform de door haar opgestelde prognoses ultimo december 2013 naar verwachting 17-19 miljoen krediet zal trekken.

- 3.38. De brieven van 22 januari en 13 februari 2013 lieten ruimte om afhankelijk van de uitkomst van taxaties en eventuele andersluidende informatie het bedrag van 10 miljoen aan kapitaalversterking bij te stellen. Naar aanleiding van deze brieven is in nauw overleg tussen partijen (zie onder meer de gespreksnotitie van 9 april 2013 overgelegd als productie 80 bij conclusie van dupliek) en nadat de familie [naam1] had ingestemd met een kapitaalbreng van 2,5 miljoen (op het eigen vermogen van OAD), door de bank ingestemd met een verlaging van de kapitaaleis van 10 miljoen naar 7,5 miljoen. De bank heeft toegelicht dat zij als tegemoetkoming aan OAD de in haar berekening opgenomen additionele buffer (van 7,2 miljoen naar 10 miljoen) liet vallen. Per saldo diende OAD derhalve nog een kapitaalbreng van 5 miljoen te realiseren. Op 31 mei/5 juni 2013 kwamen OAD en de bank overeen dat de bank de kredietrelatie niet zou opzeggen onder de voorwaarde dat OAD haar kapitaal uiterlijk

op 31 augustus 2013 met ten minste 7,5 miljoen zou hebben versterkt (door partijen aangeduid als: *waiver letter*). Met de kapitaaleis van 7,5 miljoen (in september in het zicht van de transactie met de Twentse Investeerders nog verlaagd tot 7 miljoen) beoogde de bank dus het risico af te dekken dat er uitgaven voor de *turn around* werden gedaan, maar deze niet of niet tijdig succesvol bleken en de operationele kasstromen (de kasstromen uit de ondernemingsactiviteiten) niet (snel genoeg) zouden verbeteren. Een risico dat volgens de bank bij de onderneming hoorde te worden gelegd en niet bij haar als kredietverstrekker.

3.39. Uit het voorgaande leidt het hof af dat Rabobank haar beslissing om een kapitaalversterking van 10 miljoen te eisen heeft gebaseerd op deugdelijke financiële informatie die grotendeels van OAD zelf afkomstig was. Rabobank heeft haar bevindingen ook met OAD gedeeld en partijen hebben daarover onderhandeld. Naar het oordeel van het hof heeft Rabobank tijdens de onderhandelingen voldoende zorgvuldigheid betracht tegenover OAD en in de gegeven omstandigheden bij het bepalen van de hoogte van de kapitaaleis naar beste vermogen rekening gehouden met de belangen van OAD. Eén en ander heeft ertoe geleid dat partijen op 5 juni 2013 overeenstemming bereikten over een kapitaaleis van 7,5 miljoen. In de door partijen genoemde *waiverletter* kwamen zij ook overeen dat als OAD op 31 augustus 2013 dit bedrag zou hebben ingebracht, Rabobank bereid was om de solvabiliteitsratio voor het lopende boekjaar aan te passen naar 20% (in plaats van 30%) en de *Total Net Income*-ratio aan te passen naar -4.75 miljoen (in plaats van +1 miljoen). Dat OAD naar zij stelt geen andere keuze had dan deze kapitaaleis te accepteren omdat zij zonder de *waiver* de jaarlijkse SGR-toets niet succesvol zou kunnen afronden waardoor de relatie met SGR op de tocht zou komen te staan en zij geen nieuwe verplichtingen voor het winterseizoen zou kunnen aangaan, wat de ondergang van OAD zou betekenen, laat zien dat OAD zonder de mogelijkheid om over de krediet- en garantiefaciliteit te beschikken in een financiële noodtoestand zou geraken. Dat laat echter onverlet dat, zoals Rabobank gemotiveerd heeft onderbouwd, de kapitaalversterkingseis onder de gegeven omstandigheden als een redelijke maatregel kan worden beschouwd. Naar het oordeel van het hof heeft OAD in elk geval tegenover het betoog van Rabobank haar stelling dat de kapitaaleis onredelijk (hoog) was, onvoldoende onderbouwd.

Tussenconclusie

3.40. Zoals hiervoor overwogen kwamen partijen in de kredietovereenkomst overeen dat OAD de door haar ter beschikking gestelde krediet- en garantiefaciliteit mocht benutten zolang zij voldeed aan de overeengekomen financiële ratios (OAD duidt dit aan met: *100% unsecured ratio-financiering*). Eind 2012 voldeed OAD niet meer aan de financiële convenanten uit de kredietovereenkomst. Rabobank stelde daarop twee aanvullende voorwaarden aan de voortzetting van de kredietrelatie (door OAD aangeduid als: *100% secured financiering*). De bank heeft OAD hiervan bij brieven van 13 december 2012 en 22 januari 2013 in duidelijke en concrete bewoordingen op de hoogte gesteld en haar besluiten toegelicht. Stelplicht en bewijslast van de normschending rust op OAD. Het hof is van oordeel dat tegenover hetgeen door Rabobank is aangevoerd OAD onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld die de conclusie rechtvaardigen dat de bank in december 2012 en januari 2013 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar heeft gehandeld door aan de voortzetting van de kredietrelatie de in haar brieven genoemde voorwaarden (zoals nadien in enigszins gewijzigde vorm zijn overeengekomen in de *waiver letter*) te verbinden. Daarop stuit ook af het betoog van OAD dat sprake zou zijn van misbruik van omstandigheden. Aan dit oordeel doet tenslotte niet af de stelling van OAD dat de bank eind 2012/begin 2013 nog niet beschikte over de jaarrekening en het jaarcertificaat over het boekjaar 2011/2012, wat volgens haar op grond van de kredietovereenkomst zou zijn vereist voor het bepalen van een *breach* (grief VI). De bank heeft gemotiveerd uiteengezet dat zij zich destijds baseerde op het toen beschikbare cijfermateriaal over het lopende boekjaar en niet is bestreden dat de conclusies die daaruit werden getrokken blijkens de nadien opgestelde jaarrekening onjuist waren. In de op 8 april 2013 afgegeven jaarrekening 2011/2012 worden de conclusies van de bank door OAD ook grotendeels bevestigd:

Continuïteit

De vennootschap heeft in de boekjaren 2010/2011 en 2011/2012 verliezen geleden, waardoor de financiële positie is verslechterd. Hieruit zou kunnen worden opgemaakt dat de continuïteit van de

vennootschap onzeker is. In 2012 en 2013 heeft de directie maatregelen genomen om de continuïteit van de vennootschap te waarborgen. Met behulp van een externe organisatie is een strategisch plan opgesteld. De belangrijkste elementen van dit strategisch plan zijn een omschakeling van traditionele touroperating naar Dynamic Packaging, het verminderen van het aantal reisbureaus en een reorganisatieplan. Het reorganisatieplan is met instemming van de Ondernemingsraad in uitvoering. Op basis van dit strategisch plan is een duurzame rendabele bedrijfsvoering mogelijk en kan compensatie van de geleden fiscale verliezen plaatsvinden. Aan de convenanten van de kredietovereenkomst met de Rabobank wordt per 31 oktober 2012 niet voldaan. De Rabobank is bereid een waiver hiervoor te verstrekken, met als belangrijkste voorwaarde dat er voldoende vermogensversterking plaatsvindt binnen een bepaalde termijn. Er bestaat op dit moment geen zekerheid dat hieraan voldaan kan worden. Door de bestaande aandeelhouders is echter een versterking van het eigen vermogen toegezegd en er vindt onderzoek naar een verdere vermogensversterking plaats. Bij een succesvolle afronding hiervan wordt voldaan aan de eisen van de Rabobank. De directie heeft er vertrouwen in dat dit traject succesvol afgerond kan worden. Op grond daarvan zijn de toegepaste grondslagen van waardering en resultaatbepaling gebaseerd op de veronderstelling van continuïteit van de vennootschap.

Vooruitzichten

Zowel het winterseizoen 2012/2013 als het zomerseizoen 2013 zijn bijzonder aarzelend van start gegaan. Het lage consumentenvertrouwen in verband met de eurocrisis speelt hierbij een belangrijke rol. Dit onderstreept de noodzaak om door de ingezette verdere kostenverlagingen en strategische aanpassingen het rendement te verbeteren. Een en ander zal leiden tot een verdere verlaging van het personeelsbestand. Omvangrijke investeringen, naast de noodzakelijke vervangingsinvesteringen worden niet verwacht ().

3.41. De grieven IV tot en met VII falen.

Mocht de bank de kredietovereenkomst opzeggen?

3.42. De vraag of de bank aanvullende voorwaarden mocht stellen aan de voortzetting van de kredietrelatie is nauw verweven met de daaropvolgende vraag of Rabobank alle omstandigheden in aanmerking genomen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar heeft gehandeld door de kredietrelatie met OAD op 6 september 2013 te beëindigen (grief VIII). Het hof zal hierna evenals de rechtbank tot het oordeel komen dat dit niet het geval is en dat de opzegging rechtsgeldig was. Het hof licht dat als volgt toe.

3.43. Bij de beoordeling van de vraag of Rabobank de kredietovereenkomst mocht opzeggen neemt het hof tot uitgangspunt de feiten en omstandigheden die ten tijde van de opzegging (dus op 6 september 2013) bekend waren. Het gaat erom of Rabobank, gelet op de haar toen bekende feiten en omstandigheden en met inachtneming van de belangen van OAD, de overeenkomst op dat moment mocht opzeggen.

3.44. Rabobank heeft naar aanleiding van het betoog van OAD dat de bank onvoldoende rekening hield met de belangen van OAD, op onjuiste gronden vasthield aan de aanvullende voorwaarden en tenslotte ten onrechte de overeenkomst opzegde, er op gewezen dat vanaf februari 2013 tot de datum van opzegging op 6 september 2013 de financiële situatie van OAD geenszins verbeterde, maar juist verslechterde. De bank heeft daartoe onder meer het volgende aangevoerd:

- a. De introductie van OAD XL in februari 2013, bedoeld om de online markt op te gaan, leidde in week 33 (rond 18 augustus 2013) tot een omzet van 399.944, zodat duidelijk was dat de door Bootz begrootte 3 miljoen omzet over 2012/2013 niet zou worden gehaald. Ook voor 2013/2014 en 2014/2015 werden bescheiden bijdragen geprognosticeerd;
- b. Uit de concept-jaarrekening van 5 maart 2013 bleek dat OAD in het boekjaar 2011/2012 een negatief *Total Net Income* had behaald van -3,6 miljoen en niet voldeed aan de solvabiliteitsratio van 30%;

- c. Uit de prognoses van 20 maart 2013 bleek dat het verwachte netto resultaat voor 2012 was bijgesteld van 3 miljoen winst (prognose mei 2012) naar -0,2 miljoen (prognose september 2012) naar -2,7 miljoen (maart 2013). In de rapportage van 30 mei 2013 werd het verwachte netto resultaat bijgesteld naar - 3,3 miljoen en in juli 2013 naar - 4,4 miljoen.
 - d. De aandeelhouders van OAD ([naam1]) waren niet bereid meer te storten dan een bedrag van 2,5 miljoen, zodat gezocht moest worden naar alternatieven zoals een kapitaalstorting van een derde partij (nieuwe investeerder) of achtergestelde lening of door verkoop van activa en bedrijfsonderdelen van OAD;
 - e. ABN AMRO was bereid mee te werken aan een *sale and lease back* transactie met betrekking tot de bussen van OAD, maar bood slechts 8-9 miljoen, waardoor gelet op de executiewaarde van 8,25 miljoen waarvoor de bank een zekerheid had gevestigd met de transactie per saldo niet zou worden bijgedragen aan de kapitaalversterking;
 - f. Potentiële investeerders werden benaderd vanaf mei 2013, maar toonden geen interesse. Een vijftal partijen toonde wel interesse (voor onderdelen) in OAD, maar het bleef bij verkennende gesprekken, met uitzondering van Nobel Capital Partners dat aanvankelijk een indicatief bod deed van 15,5 miljoen voor de bussen, waaraan de bank haar voorwaardelijke goedkeuring gaf, maar verlaagde dat bod vervolgens naar 8,8 miljoen wat wederom te laag was om per saldo een kapitaalversterking te realiseren.
 - g. Op 12 april 2013 werd door OAD aan de bank gemeld dat kredietverzekeraar Euler Hermes niet langer bereid was het risico op wanbetaling door OAD ten behoeve van leveranciers van OAD te verzekeren;
 - h. SGR meldde in een overleg (tussen OAD, SGR en Rabobank) van 15 april 2013 dat zij geen gevolgen zou verbinden aan de doorbreking van het minimum-liquiditeitsratio van SGR, maar waarschuwde dat dit anders zou zijn als OAD niet meer zou voldoen aan de solvabiliteitsnorm van SGR. In dat geval zou zij een bankgarantie eisen van circa 20-30 miljoen. Vast stond dat OAD daar in dat geval niet aan zou kunnen voldoen.
- 3.45. De bank heeft daarmee gemotiveerd aangevoerd dat de maatregelen die OAD in 2012 en 2013 doorvoerde om de winstgevendheid te vergroten, tot aan de datum van de opzegging niet het gewenste effect lieten zien, de financiële situatie van OAD keer op keer verslechterde en de prognoses eveneens (sub a-c), dat het bij elkaar brengen van de geëiste kapitaalversterking op 6 september 2013 niet was geslaagd en dat onzeker was of dit alsnog zou lukken (sub d-f) en dat het vertrouwen in OAD bij haar handelspartners begon af te nemen (sub g-h). Volgens Rabobank was de financiële positie van OAD op het moment van de opzegging derhalve zodanig verslechterd en haar kredietrisico zodanig groot dat het afgezet tegen het reële risico dat de reorganisatie niet zou slagen en/of meer krediet nodig zou blijken, voor haar als kredietverstrekker niet langer verantwoord was om de kredietrelatie in stand te laten.
- 3.46. OAD heeft aangevoerd dat de bank ten tijde van de opzegging onvoldoende rekening hield gehouden met de positieve prognoses en ontwikkelingen die zich in die tijd ook voordeden. Zij bestrijdt niet dat de financiële positie van OAD begin 2013 verslechterde, maar licht toe dat dat mede kwam doordat de reorganisatie versneld in gang werd gezet, het slechte economische klimaat (kredietcrisis en gedaald consumentvertrouwen) en doordat de bank OAD verplichtte tot kapitaalversterking, terwijl zij daarnaast zekerheden aan de bank had moeten verstrekken. Zou de bank (een van) deze verplichtingen niet hebben opgelegd of OAD meer tijd hebben gegund, dan had zij eventueel met gebruikmaking van de haar ter beschikking staande kredietfaciliteiten de *turn around* kunnen realiseren en dan zou, zoals Bootz in 2011 en 2012 concludeerde, OAD in 2014 weer winstgevend zijn geweest.
- 3.47. Dit betoog van OAD strandt, omdat het in de eerste plaats uitgaat van de onjuiste veronderstelling dat OAD zonder meer ook als zij niet voldeed aan de gestelde financieringsratios over de volledige krediet- en garantiefaciliteit mocht beschikken. In de tweede plaats leunt het betoog van OAD (te) sterk op de veronderstelling dat de *turn around* succesvol zou worden afgesloten. Volgens Bootz moest OAD digitaliseren om online marktaandeel te verwerven en een significante verlaging in het kostenniveau realiseren om de daarvoor benodigde investeringen mogelijk te maken en te kunnen

blijven concurreren. Uit de stukken blijkt dat het noodzakelijk was dat de *turn around* in 2013 versneld zou worden doorgevoerd. Het succes van het bewerkstelligen van de *turn around* hing daarbij in sterke mate af van de vraag of het OAD zou lukken deze te financieren en om (zeer snel) online marktaandeel te verwerven. De financiering diende volgens het plan in 2011 te worden gerealiseerd door kostenverlaging (onder meer winkelsluitingen), maar in 2013 leverde dat nog onvoldoende resultaat op, zodat de focus zoals door Rabobank en OAD ook voorzien op het bancaire krediet kwam te liggen, wat de bank een te groot risico vond.

3.48. De bank heeft voorts concreet onderbouwd dat het begin september 2013 zeer aannemelijk was dat OAD in de winterperiode (vanaf 1 september tot ultimo december) 2013 de krediet- en garantiefaciliteit volledig zou moeten aanwenden om de *turn around* te kunnen realiseren en dat zij daarom vasthield aan de kapitaalversterkingseis. Zij heeft OAD daarover ook meermaals in haar brieven geïnformeerd. OAD heeft in het licht van deze gemotiveerde betwisting onvoldoende onderbouwd dat de situatie wezenlijk anders was dan door de bank uiteengezet. Uit de stukken blijkt dat ook OAD er op 3 september 2013 vanuit ging dat eind 2013 maximaal 18 miljoen krediet getrokken zou worden.

3.49. Het hof neemt voorts in aanmerking dat de intensieve en serieuze inspanningen van OAD ten spijt, deze in de periode tot aan de beëindiging niet resulteerden in een kapitaalbreng aan OAD, ofwel omdat onderhandelingen niet werden voortgezet, ofwel omdat de aangeboden transacties per saldo niet tot een kapitaalversterking leidden. Dat de bank, zoals OAD stelt, de onderhandelingen van OAD met derden heeft belemmerd, is niet onderbouwd, ervan uitgaande dat zoals hiervoor geoordeeld, het de bank was toegestaan om haar kapitaalversterkingseis te handhaven. Het verwijt van OAD dat Rabobank de *sale and leaseback* transactie eerst zelf voorstelde maar naliet om deze (vervolgens) met OAD aan te gaan en/of te overwegen, treft geen doel, nu het bod van ABN Amro, zoals hiervoor vermeld, te laag was om tot kapitaalversterking te leiden. Van een schending van de zorgplicht is dan ook geen sprake. Daarbij merkt het hof nog op dat niet duidelijk is of, waar OAD betoogt dat bij doorgang van de *sale and leaseback* aan ABN Amro de extra liquiditeit van 9,5 miljoen niet langer ten laste zou zijn gekomen van de kredietfaciliteit en de *exposure* van Rabobank *dus* zou zijn afgenomen, zij daadwerkelijk bereid en in staat was om het krediet met dat bedrag te verlagen. Uit haar correspondentie blijkt dat niet. Aan de omstandigheid dat volgens OAD de EBIT(DA) over het lopende boekjaar 2012/2013 positief was, komt voorts zoals eerder overwogen onvoldoende betekenis toe. Uit de stukken blijkt ook dat OAD er zonder meer vanuit ging dat in mei 2014 weer winst gemaakt zou worden en een positieve stand zou worden bereikt op de rekening-courant. OAD verwijt de bank dan ook dat zij onvoldoende vertrouwen had in de door OAD gestelde prognoses. De bank heeft echter concreet onderbouwd dat de prognoses gedurende de eerste helft 2013 telkens verslechterden, dat de verwachte trekking per eind december steeg naar 17-19 miljoen, terwijl haar totale kredietrisico onvoldoende was afgedekt en begin september 2013 geen kapitaalversterking was gerealiseerd. Tot slot deelde de bank aan OAD mee dat zij er ook rekening mee hield dat als er een enkele tegenvaller (zowel op financieel gebied als op het gebied van timing van de inkomende en uitgaande betalingen) zou zijn, de kredietfaciliteit onvoldoende zou kunnen blijken. De kwestie of OAD op 2 september 2013 al dan niet aan de bank heeft meegedeeld dat zij naar verwachting de kredietlimiet van 20 miljoen zou overschrijden, laat onverlet dat ook als dat niet het geval was geweest het zoals de bank had berekend onder de hiervoor genoemde omstandigheden onzeker was of OAD met de aan haar ter beschikking gestelde krediet- en garantiefaciliteit van 32 miljoen voldoende middelen tot haar beschikking had om de *turn around* daadwerkelijk te kunnen realiseren. De bank heeft dat in redelijkheid in haar beoordeling om de financiële kredietrelatie al dan niet voort te zetten mogen meewegen.

3.50. Het voorgaande voert tot de slotsom dat OAD tegenover hetgeen door de bank naar voren is gebracht, onvoldoende feiten en omstandigheden heeft aangevoerd die de conclusie rechtvaardigen dat de bank naar maatstaven redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar jegens OAD heeft gehandeld door de kredietrelatie op 6 september 2013 op te zeggen. Het hof verwerpt ook de klachten van OAD dat de bank haar meer tijd had moeten gunnen. Het hof neemt daartoe in aanmerking dat al vanaf 2011 duidelijk werd dat OAD zo snel mogelijk moest reorganiseren en dat de financiering daarvan een

punt van zorg en aandacht was. In mei 2012 sprak de bank vervolgens al haar zorgen uit en maande OAD tot spoed. Het stellen van aanvullende voorwaarden aan het kredietgebruik door de bank eind 2012/begin 2013 en de daarop volgende beëindiging van de kredietrelatie op 6 september 2013 moet dan ook mede tegen die achtergrond worden beschouwd. Met de stelling dat de bank OAD in september 2013 meer tijd had moeten geven voor de kapitaalversterking (OAD heeft verzocht om een uitstel van drie tot zes maanden om de busdivisie in het openbaar te verkopen), miskent OAD dat de bank juist wilde voorkomen dat OAD in de voorliggende winterperiode krediet zou trekken (tot maximaal 20 miljoen en vermeerderd met de garantiefaciliteit tot in totaal 32,5 miljoen) zonder dat daar een kapitaalversterking tegenover stond van 7,5 miljoen (waaronder 2,5 miljoen van de familie [naam1]). Ook dat heeft zij in haar correspondentie aan OAD meermaals uiteengezet. Nu die kapitaalversterking op 6 september 2013 niet was verkregen en er naar voldoende vaststaat op dat moment geen concreet aanbod (meer) op de busdivisie lag waarmee een kapitaalversterking van 5 miljoen kon worden gerealiseerd, ziet het hof onvoldoende grond voor de stelling van OAD dat de bank haar meer (tenminste tot 15 september) tijd had moeten gunnen alvorens op te zeggen.

Was het optreden van de bank na de kredietopzegging ongeoorloofd?

- 3.51. OAD heeft tenslotte betoogd dat Rabobank ongeoorloofd heeft gehandeld door op 24 september 2013 te weigeren om het toegezegde tijdelijke overbruggingskrediet met vier dagen te verlengen van 27 september 2013 naar 1 oktober 2013 en om onder dit overbruggingskrediet een extra beperkte trekking van 1.1 miljoen toe te staan. Zij voert daartoe kort gezegd aan dat na de kredietopzegging van 6 september 2013, namelijk op 22 september 2013 overeenstemming werd bereikt met de Twentse Investeerders tot overname van de busdivisie. Deze transactie werd goedgekeurd door de bank op dinsdag 24 september 2013 (bij e-mail van 13.40 uur), maar zij verbond daaraan voorwaarden, waaronder een deadline waarbinnen de transactie met de Twentse Investeerders moest zijn voltooid, namelijk op vrijdag 27 september 2013. Dat betekende dat de bank niet bereid was om in het kader van een overbruggingskrediet om de transactie van het busbedrijf mogelijk te maken een tweede kredietverstrekking toe te laten: de eerste, ten bedrage van 2,5 miljoen, had de bank geaccordeerd en zou worden verleend op woensdag 25 september 2013, opdat OAD haar salarisbetalingen kon voldoen; de tweede, ten bedrage van 1,1 miljoen, bedoeld om de betalingen aan IATA (International Air Transport Association) te fiatteren, werd geweigerd. Dat zou naar Rabobank wist direct tot het faillissement van OAD leiden. Omdat OAD meende op 1 oktober 2013 de transactie met de Twentse Investeerders rond te kunnen krijgen, verzocht zij de bank kort na haar e-mail van 13.40 van 24 september 2013 telefonisch om vier dagen uitstel, maar dat werd geweigerd. OAD stelt dat de deadline van de bank onrealistisch en onredelijk was, omdat met de *closing* op 1 oktober 2013 uiteindelijk de kapitaalversterking zou worden verkregen waarom de bank in januari 2013 had gevraagd, aan alle overige voorwaarden in de e-mail van kon worden voldaan en na de transactie de overstand als gevolg van de kredietverstrekking aan IATA weer ongedaan zou zijn gemaakt, terwijl in de tussenliggende periode het risico voor de bank voldoende was afgedekt. Volgens OAD heeft Rabobank aldus onredelijk, in strijd met de zorgplicht, in strijd met maatstaven van redelijkheid en billijkheid en onrechtmatig jegens OAD gehandeld (grievens IX en X). De bank heeft gemotiveerd verweer gevoerd.
- 3.52. Bij de beoordeling van dit geschilpunt stelt het hof voorop dat als gevolg van de kredietopzegging het gebruik van de krediet- en garantiefaciliteit met onmiddellijke ingang op 6 september 2013 werd gestaakt. Het hof zal hierna beoordelen of zoals OAD stelt het handelen van Rabobank in de periode na de opzegging onrechtmatig op grond van artikel 6:162 BW of in strijd met de redelijkheid en billijkheid op grond van artikel 6:2 BW is geweest. Het hof neemt daarbij tot uitgangspunt de door de rechtbank in het eindvonnis onder 6.36 tot en met 6.51 uiteengezette gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden in de periode na 6 september tot en met 24 september 2013. Deze feiten staan vast.
- 3.53. OAD heeft zich op het standpunt gesteld dat de bank aan bepaalde gebeurtenissen uit die tijd, waaronder de OAD management presentatie van 11 september 2013, de transactievoorstellen van zowel Nobel Capital als de Twentse Investeerders, onvoldoende positieve betekenis heeft toegekend en

dat de bank aan de brief van TUI van 11 september 2013 en de wetenschap dat de SGR-solvabiliteitsnorm op korte termijn zou worden doorbroken, juist te veel betekenis heeft toegekend. OAD meent dat de bank daarmee onrechtmatig, althans in strijd met de redelijkheid en billijkheid heeft gehandeld jegens haar. Het hof volgt OAD daarin niet. Naar het oordeel van het hof stond het Rabobank vrij om op grond van de haar ter beschikking staande gegevens een eigen afweging te maken en het verzoek van OAD om een overbruggingskrediet te verstrekken al dan niet te honoreren. Dat de bank onder de gegeven omstandigheden tot een andere inschatting van de financiële positie en de weerbaarheid van OAD kwam en van haar risicos bij voortzetting van de kredietverlening, was zoals hiervoor geoordeeld rehtens niet laakbaar en daarin deed zich na de kredietopzegging geen wezenlijke verandering voor. Daarbij deelt het hof het oordeel van de rechtbank dat het onder de omstandigheden zoals door de rechtbank uiteengezet ook niet onbegrijpelijk is dat Rabobank vasthield aan de deadline van 27 september 2013. Rabobank had immers al vanaf januari 2013 benadrukt dat zij OAD niet wilde toestaan om voor de winterperiode krediet te trekken. Daarnaast vindt het hof het van belang dat volgens de verklaringen van de betrokken bankmedewerkers zij ervan uitgingen dat afronding van de deal op 27 september ondanks de korte termijn mogelijk was. Zij waren druk bezig om uitvoering te geven aan de transactie: de bank zou een lening verstrekken aan de Twentse Investeerders om deze transactie mogelijk te maken.

- 3.54. Het voorgaande voert tot de slotsom dat OAD tegenover hetgeen door de bank naar voren is gebracht, onvoldoende feiten en omstandigheden heeft aangevoerd die de conclusie rechtvaardigen dat Rabobank onrechtmatig of in strijd met de redelijkheid en billijkheid heeft gehandeld door op 24 september 2013 te weigeren om het tijdelijke overbruggingskrediet met vier dagen te verlengen van 27 september 2013 naar 1 oktober 2013 en om onder dit overbruggingskrediet een extra beperkte trekking van 1.1 miljoen toe te staan.
- 3.55. Wellicht ten overvloede voegt het hof daaraan toe dat Rabobank in dit verband ook naar voren heeft gebracht dat de vordering van OAD niet toewijsbaar is, omdat in de hypothetische situatie dat de beweerde normschending was uitgebleven en Rabobank het tot 27 september 2013 verleende overbruggingskrediet wel had verlengd tot 1 oktober 2013 en verruimd met 1.1 miljoen, aannemelijk is dat OAD om andere redenen haar faillissement zou hebben aangevraagd of failliet zou zijn gegaan, zodat de schade voortvloeiend uit het faillissement niet aan Rabobank is te wijten. De stelling van OAD dat deze normschending van Rabobank haar faillissement heeft veroorzaakt, veronderstelt immers dat:
- de transactie met de Twentse Investeerders in zeer korte tijd daadwerkelijk tot een *closing* had geleid, terwijl er op 24 september 2013 een akkoord was bereikt op hoofdlijnen, de besluitvorming nog niet was afgerond en goedgekeurd en niet met zekerheid kan worden vastgesteld dat OAD aan alle door de Twentse Investeerders gestelde voorwaarden kon voldoen;
 - de bank zonder nadere voorwaarden de kredietruimte weer ter beschikking had gesteld, wat gelet op de voorgeschiedenis, waaronder de *wavier*, de redenen waarom de kredietovereenkomst was opgezegd en de voorwaarden waaronder op 24 september 2013 het overbruggingskrediet werd verleend niet zonder meer kan worden aangenomen;
 - OAD ten behoeve van de Twentse Investeerders en Rabobank een schriftelijke standpuntbepaling had verkregen van SGR dat zij vanaf de transactiedatum tot en met 31 juli 2014 geen (aanvullende) bankgarantie zou vragen, terwijl in een oriënterend telefoongesprek op 23 september 2013 SGR die bevestiging nog niet aan OAD deed;
 - TUI de in haar brief van 24 september 2013 aan OAD gestelde eis tot zekerheidstelling en de dreiging om per 30 september de directe incassoprocedure in werking te zetten (naar aanleiding van een telefoongesprek met OAD van 23 september 2013), had laten varen of althans sterk had verminderd, wat op dat moment vanwege het afgenomen vertrouwen bij TUI minder waarschijnlijk moet worden geacht;
 - zich geen tegenslagen zouden voordoen, zoals een onverwachts liquiditeitstekort, zoals dat op 24 september 2013 in een handgeschreven notitie door de plaatsvervanger van de CFO aan de directie werd getoond en waaruit volgde dat er een extra liquiditeitstekort van 3,9 miljoen bovenop de toegestane ruimte van 2,5 miljoen bestond. OAD heeft de inhoud van deze notitie gerelativeerd, maar

uit de getuigenverklaring van [naam2] (directievoorzitter van OAD) en van [naam3] (adviseur van de directie OAD) volgt dat dit liquiditeitstekort of in elk geval een liquiditeitstekort van deze omvang vlak voor de beslissing tot de faillissementsaanvraag binnen OAD wel een rol speelde en een tekort als dit het faillissement van OAD wel had kunnen inleiden;

- en dat het, mede om die reden, om niet in een faillissement te geraken dan ook noodzakelijk was dat de reorganisatie zeer snel en met succes was doorgevoerd en het bedrijfsresultaat van (het overgebleven) OAD in korte tijd sterk zou zijn verbeterd, terwijl de prognoses daarover verslechterden en een reëel risico aanwezig was dat deze doelen niet binnen de gestelde termijnen zouden worden behaald.

3.56. Het hof is van oordeel dat OAD tegenover het gemotiveerde verweer van Rabobank haar stelling dat het handelen van Rabobank het faillissement heeft veroorzaakt onvoldoende heeft onderbouwd. Alle omstandigheden in aanmerking genomen acht het hof niet onderbouwd dat uitsluitend de telefonische mededeling van Rabobank op 24 september 2013 dat zij geen verlenging en uitbreiding van het (zjuist verleende) overbruggingskrediet zou toestaan, het faillissement van OAD heeft veroorzaakt, althans oordeelt het hof dat de faillissementsaanvraag door OAD op 24 (en uitgesproken op 25) september 2013 niet kan worden beschouwd als de verwezenlijking van een gevaar dat Rabobank met haar gedragingen op 24 september 2013 in het leven heeft geroepen.

3.57. De grieven IX en X falen.

3.58. Uit het voorgaande volgt dat OAD niet aan haar stelplicht heeft voldaan zodat niet aan nadere bewijslevering (zoals OAD aanbiedt) wordt toegekomen.

Schending waarheidsplicht en het incidenteel appel van Rabobank

3.59. Onder grief XI heeft OAD verschillende klachten tegen het oordeel van de rechtbank dat OAD de op haar op grond van artikel 21 Rv rustende waarheidsplicht heeft geschonden. De rechtbank is naar aanleiding van de door de rechtbank gegeven bewijsopdrachten en de getuigenverhoren tot het oordeel gekomen dat OAD opzettelijk verschillende en ernstige schendingen van de waarheidsplicht had begaan met als doel Rabobank en de rechtbank op het verkeerde been te zetten en heeft naar aanleiding van twee ernstige waarheidsplichtschendingen (het achterhouden van de brief van TUI van 24 september 2013 en van de handgeschreven liquiditeitsprognose van dezelfde datum) OAD bestraft met een veroordeling in de proceskosten naar het hoogste liquidatietarief. OAD grieft tegen dit oordeel en stelt dat geen sprake is geweest van ernstige waarheidsplichtschendingen. Rabobank betoogt dat het oordeel van de rechtbank juist is en vordert in incidenteel appel veroordeling van de in de procedure bij de rechtbank en in hoger beroep werkelijk gemaakte proceskosten. Rabobank legt daaraan ten grondslag (a) de ernstige waarheidsplichtschendingen van OAD in de procedure bij de rechtbank, (b) de voortzetting van deze proceshouding in hoger beroep, (c) het in eerste aanleg niet oproepen van onwelgevallige getuigen en poging om een getuige te beïnvloeden, en (d) diverse ongefundeerde persoonlijke verdachtmakingen aan het adres van OAD-betrokkenen die verklaringen hebben afgelegd en van individuele Rabobank medewerkers.

3.60. Het hof wijst zowel de grief van OAD als het incidenteel appel van Rabobank af. Het hof ziet in hetgeen door OAD (opnieuw) naar voren is gebracht en hetgeen door Rabobank (opnieuw) naar voren is gebracht geen aanleiding om anders te oordelen dan de rechtbank en maakt de overwegingen die de rechtbank daaraan ten grondslag heeft gelegd tot de zijne (rov. 5.1 tot en met 5.28). Naar het oordeel van het hof is de inhoud van de brief van TUI van 24 september 2013 dermate concreet en relevant voor de vraag of naar OAD stelt het handelen van Rabobank op 24 september 2013 de directe en enige aanleiding was voor OAD om tot de faillissementsaanvraag over te gaan en, aldus nog steeds OAD, Rabobank aldus het faillissement van OAD heeft veroorzaakt, dat zij niet heeft kunnen volstaan met het onvermeld laten van deze brief en het niet in de procedure brengen daarvan, omdat daarmee naar zij wist, althans behoorde te begrijpen de voor de beslissing van belang zijnde feiten niet boven tafel zouden komen. Daarbij weegt het hof mee dat de brief was gericht aan de toenmalige bestuurders van OAD, namelijk de heer [naam1] senior, mevrouw [naam4] (dochter) en de heer

[naam5] junior (zoon), en dat dochter en zoon als bestuurders in de onderhavige procedure betrokken zijn, zodat de inhoud van de brief van het begin af aan in deze procedure als bekend mag worden verondersteld. [naam5] junior heeft dat op zitting ook bevestigd. Datzelfde geldt voor de handgeschreven liquiditeitsprognose. Dat deze liquiditeitsprognose in de loop van de middag van 24 september 2013 aan het bestuur van OAD is verstrekt, staat vast. Dat volgt uit de verklaringen van [naam2] , [naam3] en mevrouw [naam4] en is ook door [naam5] junior op zitting bevestigd. Zoals de rechtbank heeft vastgesteld, heeft [naam3] in juli 2019 aan de advocaten van OAD al meegedeeld dat deze liquiditeitsprognose een belangrijke rol speelde in het besluit om het faillissement aan te vragen en zowel hij als [naam2] hebben dat als getuigen onder ede bevestigd. Onder die omstandigheden is het hof gelijk de rechtbank van oordeel dat de handgeschreven liquiditeitsprognose tenminste na juli 2019 in de procedure had moeten worden gebracht, zodat deze in de rechterlijke beslissing had kunnen worden betrokken. Dat de liquiditeitsprognose naar OAD stelt kort nadat deze ter kennisgeving aan het bestuur was voorgelegd haar waarde verloor omdat de opsteller daarvan (de tweede man achter de CFO) niet bij machte was om uit het financieel systeem alle relevante gegevens te halen en diezelfde middag nog zou hebben gemeld dat er geen waarde aan zijn notitie moest worden toegekend, had OAD er onder de gegeven omstandigheden en in het bijzonder vanwege haar standpunt dat uitsluitend de weigering van Rabobank tot de faillissementsaanvraag had geleid, niet van mogen weerhouden om dit feit ter verificatie in de procedure te vermelden, eventueel voorzien van een (onderbouwde) toelichting waaruit alsnog had kunnen blijken dat de liquiditeit op 24 en 25 september 2013 op orde was.

3.61. Met betrekking tot de hiervoor in 3.55 omschreven vordering van Rabobank in incidenteel appel neemt het hof tot uitgangspunt dat een vordering tot vergoeding van de werkelijke proceskosten in de rechtspraak toewijsbaar is geacht in geval van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen. Daarvan is volgens vaste rechtspraak pas sprake als het instellen van de vordering, gelet op de evidente ongegrondheid ervan, in verband met de betrokken belangen van de wederpartij achterwege had behoren te blijven. Hiervan kan eerst sprake zijn als eiser zijn vordering baseert op feiten en omstandigheden waarvan hij de onjuistheid kende dan wel behoorde te kennen of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden. Bij het aannemen van misbruik van procesrecht of onrechtmatig handelen door het aanspannen van een procedure past terughoudendheid, gelet op het recht op toegang tot de rechter dat mede gewaarborgd wordt door art. 6 EVRM.

3.62. Het hof stelt vast dat de gronden die Rabobank aanvoert niet voldoen aan de vereisten die aan een vergoeding van de werkelijke proceskosten worden gesteld. De gronden die Rabobank aanvoert strekken namelijk niet ten betoge dat OAD misbruik heeft gemaakt van procesrecht of onrechtmatig heeft gehandeld door een procedure aan te spannen, maar dat OAD tijdens de procedure in strijd met de waarheidsplicht heeft gehandeld, (medewerkers van) Rabobank en door Rabobank opgeroepen getuigen tijdens de procedure en publiekelijk onheus heeft bejegend en in de procedure bij de rechtbank onwelgevallige getuigen niet heeft opgeroepen en een getuige heeft getracht te beïnvloeden. Met betrekking tot de laatste twee punten over de getuigen, verwijst het hof naar het oordeel van de rechtbank (rov. 5.3 en 5.5-5.6) waarin de rechtbank de verwijten van Rabobank deels heeft gehonoreerd, maar bij wijze van remedie heeft verwezen naar het advocatentuchtrecht. Met betrekking tot de (publiekelijke) bejegening door OAD overweegt het hof dat allereerst moet worden bepaald of de uitlatingen op internet of in de media rechtmatig of onrechtmatig zijn en dat daartoe rekening houdend met alle omstandigheden van het geval een belangenafweging moet worden gemaakt tussen het recht van vrijheid van meningsuiting enerzijds en het recht om niet bloot te worden gesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen anderzijds. De remedie kan in dat geval een bevel, verbod of schadevergoeding zijn, maar voor een vergoeding van de werkelijke proceskosten in deze procedure is geen grond. Ter zake van de schending van de waarheidsplicht bepaalt artikel 21 Rv dat de rechter de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht. Uit de rechtspraak volgt dat daarbij toegepaste sancties zijn het buiten beschouwing laten van feiten of zelfstandig vaststellen van feiten en het bij de proceskostenveroordeling rekening houden met de omstandigheid dat nodeloze kosten zijn gemaakt, zoals de rechtbank in dit geval heeft gedaan. Het hof laat op grond van het voorgaande

de beslissing van de rechtbank om voor de procedure bij de rechtbank het hoogste liquidatietarief te hanteren in stand, maar wijst af de vordering tot vergoeding van de werkelijke kosten in beide instanties.

De conclusie

Het principaal appel

- 3.63. Het principaal hoger beroep slaagt niet. Omdat OAD in het ongelijk zal worden gesteld, zal het hof OAD tot betaling van de proceskosten in hoger beroep veroordelen. Onder die kosten vallen ook de nakosten die nodig zijn voor de betekening van de uitspraak en de wettelijke rente daarover. De rente is verschuldigd vanaf veertien dagen na die betekening.⁴
- 3.64. De veroordelingen in deze uitspraak kunnen ook ten uitvoer worden gelegd als een van partijen de beslissing van het hof voorlegt aan de Hoge Raad (uitvoerbaarheid bij voorraad).

Het incidenteel appel

- 3.65. Het incidenteel hoger beroep slaagt niet. Omdat Rabobank in het ongelijk zal worden gesteld, zal het hof Rabobank tot betaling van de proceskosten in hoger beroep veroordelen. Onder die kosten vallen ook de nakosten die nodig zijn voor de betekening van de uitspraak en de wettelijke rente daarover. De rente is verschuldigd vanaf veertien dagen na die betekening.⁵
- 3.66. De veroordelingen in deze uitspraak kunnen ook ten uitvoer worden gelegd als een van partijen de beslissing van het hof voorlegt aan de Hoge Raad (uitvoerbaarheid bij voorraad).

4 De beslissing

Het hof:

- 4.1. bekrachtigt de vonnissen van de rechtbank Midden Nederland, locatie Utrecht, van 3 juli 2019 en 2 februari 2022;
- 4.2. veroordeelt OAD tot betaling van de volgende proceskosten van Rabobank:
12.434,- aan salaris van de advocaat van Rabobank (2 procespunten x appeltarief VIII à 6.217)
- 4.3. veroordeelt Rabobank tot betaling van de volgende proceskosten van OAD:
4.426,- aan salaris van de advocaat van OAD (1/2 x 2 procespunten x appeltarief IV à 2.213)
- 4.4. bepaalt dat elke partij al deze kosten moet betalen binnen 14 dagen na vandaag. Als niet op tijd wordt betaald, dan worden die kosten verhoogd met de wettelijke rente;
- 4.5. verklaart de proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;
- 4.6. wijst af wat verder is gevorderd.

Dit arrest is geweest door mrs. I. Brand, B.J. Engberts en J.G.B. Pikkemaat, en is door de rolraadsheer in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 20 februari 2024.

-
- ¹ Rb Midden-Nederland, 2 februari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:259.
 - ² HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2929.
 - ³ Hof Arnhem-Leeuwarden 18 februari 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AF5233, r.o. 4.31.
 - ⁴ HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:853.
 - ⁵ HR 10 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:853.
-