

ECLI:NL:PHR:2025:404

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum conclusie	11-04-2025
Datum publicatie	17-04-2025
Zaaknummer	24/01992
Rechtsgebieden	Verbintenissenrecht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	Overeenkomstenrecht. Financieel recht. Geschil over vraag of Rabobank mocht weigeren een krediet te verlengen en te verruimen en of daardoor het faillissement van OAD is veroorzaakt. Mocht het hof een productie weigeren?
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Conclusie

PROCUREUR-GENERAAL

BIJ DE

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 24/01992

Zitting 11 april 2025

CONCLUSIE

M.H. Wissink

In de zaak

Stichting Administratiekantoor OAD Groep Holding
eiseres tot cassatie,
hierna: OAD,
advocaat: J.H.M. van Swaaij

tegen

Coöperatieve Rabobank U.A.

verweerster in cassatie,

hierna: Rabobank,

advocaten: J.W.M.K. Meijer en F.J.L. Kaptein

1 Inleiding en samenvatting

1.1 Eiseres tot cassatie is de rechtsopvolgster onder bijzondere titel van de curatoren in het faillissement van de vennootschappen die behoorden tot de OAD Groep. OAD dreef een reisorganisatie. Haar huisbankier was Rabobank. Daags voor de faillietverklaring heeft Rabobank geweigerd de looptijd van een bepaald krediet met vier dagen te verlengen en geweigerd dat krediet met een bedrag van 1,1 miljoen te verruimen. OAD verwijt Rabobank deze weigeringsbeslissing en stelt dat Rabobank daardoor het faillissement van de OAD Groep heeft veroorzaakt. De rechtbank en het hof hebben de (schade)vorderingen van OAD afgewezen, omdat Rabobank de verlenging en verruiming mocht weigeren en niet vaststaat dat uitsluitend die weigering het faillissement van OAD heeft veroorzaakt. In cassatie komt OAD tegen deze oordelen op. OAD klaagt voorts over de beslissing van het hof dat haar productie 59 bij memorie van grieven wordt geweigerd. Het cassatieberoep slaagt naar mijn mening niet.

2 Feiten

- 2.1 Het hof is uitgegaan van de door de rechtbank in de rov. 3.1-3.9 en 6.2-6.51 van haar eindvonnis vastgestelde feiten¹ en heeft deze feiten verkort in eigen woorden weergegeven in rov. 3.2-3.3.5 van zijn eindarrest. Het navolgende is gebaseerd op de feitenweergave van het hof, voor zover in cassatie nog van belang en waar aangegeven aangevuld met door de rechtbank vastgestelde feiten.
- 2.2 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
- 2.3 Vanwege tegenvallende bedrijfsresultaten, moeilijke marktomstandigheden en de hogere organisatiekosten die OAD in haar conceptjaarrekening 2010/2011 had voorzien, werd zij in maart 2012 door de bank bij de afdeling bijzonder beheer geplaatst.
- 2.4 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*² en online verkopen. OAD kocht in verband daarmee een softwarepakket aan. Deze website ging in het voorjaar van 2013 live.

- 2.5 Als gevolg van deze reorganisatie werd in 2012 meer en vaker gebruikgemaakt van de krediet- en garantiefaciliteit. Dat was aanleiding voor Rabobank om haar bancaire relatie met OAD onder de loep te nemen.
- 2.6 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.
- 2.7 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 intellectuele eigendomsrechten van OAD, en (b) een recht van 1e hypotheek op alle onroerende zaken in eigendom van OAD. OAD heeft de door Rabobank gevraagde zekerheden verstrekt (een hypotheekrecht en pandrechten). OAD was daartoe verplicht op grond van art. 26 van de Algemene Bankvoorwaarden.³

2013

- 2.8 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. Rabobank deelt in deze brief mee dat zij gerechtigd was om de kredietovereenkomst met onmiddellijke ingang op te zeggen onder meer omdat OAD niet voldeed aan de solvabiliteitsratio en de *Total Net Income*-ratio.⁴ Tevens deelt de bank 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.
- 2.9 Op 5 maart 2013 heeft OAD in een bespreking aan de bank meegedeeld dat haar certificaathouders, de [familie], bereid was om 2,5 miljoen te investeren.
- 2.10 Bij brief van 18 april 2013 heeft de bank de hoogte van de kapitaalversterkingseis naar beneden bijgesteld tot 7,5 miljoen, zodat per saldo nog 5 miljoen moest worden aangetrokken.
- 2.11 Op 31 mei 2013 heeft Rabobank aan OAD een *waiver* 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.
- 2.12 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] 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 *waiver* 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.

- 2.13 Op 5 september 2013 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.
- 2.14 Op 6 september 2013 berichtte Rabobank OAD mede naar aanleiding van de bespreking van 2 september 2013 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. Deze schuld bestond voor 11.811.559,91 uit de garanties die waren verstrekt op grond van de garantiefaciliteit en voor 100.529 uit de negatieve marktwaarde van een financieel derivaat.⁵ 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.
- 2.15 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.
- 2.16 Op 11 september 2013 heeft de directeur van TUI6 (weer) een brief aan de directie van OAD gestuurd. Daarin stond dat de zorgen van TUI, die stonden vermeld in de brief van TUI van 23 augustus 2013, niet waren weggenomen. TUI gaf OAD de mogelijkheid om te kiezen uit drie opties, waaronder het zelf innen door TUI van vorderingen bij de klanten van OAD. Op 16 september 2013 heeft OAD Rabobank op de hoogte gesteld van de inhoud van deze brief.⁷
- 2.17 Op 17 september 2013 ontving Rabobank van OAD nieuwe financiële prognoses. Daaruit bleek dat OAD de solvabiliteitsnorm van SGR zou doorbreken.⁸
- 2.18 Op 20 september 2013 heeft Rabobank een nieuwe liquiditeitsprognose van OAD ontvangen. Daaruit bleek dat OAD voor de betalingen die zij op woensdag 25 september 2013 moest doen (met name salaris) een liquiditeitstekort zou hebben van 2.533.705. Ook bleek daaruit dat OAD op vrijdag 27 september 2013 ongeveer 1,1 miljoen moest betalen aan IATA. OAD heeft Rabobank toen gevraagd om haar krediet te verlenen zodat zij de periode tot en met 27 september 2013 kon overbruggen. In reactie daarop, op 20 of 21 september 2013, heeft Rabobank OAD toestemming gegeven om voor de noodzakelijke betalingen op woensdag 25 september 2013 2.533.705 krediet op te nemen.⁹
- 2.19 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.
- 2.20 Op 23 september 2013 heeft de directeur van TUI telefonisch gesproken met een toenmalig bestuurslid van OAD. De inhoud van het telefoongesprek heeft die directeur bevestigd in zijn brief van 24 september 2013,¹⁰ waarin hij onder andere schreef:
- “Ik vind het spijtig te moeten vernemen dat jullie (vooralsnog?) niet bereid zijn om één van die opties te kiezen. Ik heb aangegeven dat die drie opties wat mij betreft niet in steen gebeiteld zijn. Indien jullie een andere wijze van zekerheidstelling zouden willen voorstellen, dan sta ik daar vanzelfsprekend voor open. Ik teken daarbij wel aan dat zo 'n voorstel voldoende concreet moet zijn en inhoudelijk een minstens gelijkwaardige zekerheid moet bevatten in vergelijking met de drie opties die wij reeds hebben voorgesteld. Graag verneem ik **uiterlijk vrijdag 27 september om 17.00u** schriftelijk of jullie bereid zijn om alsnog een van de drie opties te accepteren, dan wel of jullie een concreet tegenvoorstel hebben. Bij gebreke daarvan, zie ik mij helaas genoodzaakt per maandag 30 september aanstaande de directe incasso procedure in werking te zetten.”¹¹

De genoemde directe incassoprocedure hield in het zelf innen door TUI van vorderingen bij de klanten van OAD.¹²

2.21 Rabobank was destijds niet op de hoogte van (de inhoud van) de brief van TUI van 24 september 2013 en het daarin genoemde telefoongesprek.¹³

2.22 Op 24 september 2013 om 13.40 uur heeft Rabobank de voorgenomen transactie met de Twentse Investeerders goedgekeurd onder een aantal voorwaarden, waaronder:

- De transactie met de Twentse Investeerders moest uiterlijk op 27 september 2013 zijn voltooid.
- Er moest een schriftelijke bevestiging van de Stichting Garantiefonds Reisgelden (SGR) komen over de hoogte van de bankgarantie die SGR zowel van OAD Groep als van OAD Bus14 zou eisen voor de periode vanaf de transactiedatum tot en met 31 juli 2014, en de hoogte van de bankgarantie moest de bank conveniëren.
- Er moest een de bank conveniërende overeenstemming zijn, op schrift, met TUI over de eisen die zij had gesteld in haar meest recente brief [waarmee Rabobank bedoelde: de brief van TUI van 11 september 2013].¹⁵

2.23 Kort daarna heeft Rabobank een telefonisch verzoek om de genoemde deadline van 27 september 2013 te verlengen, afgewezen.

2.24 In de middag van 24 september 2013 heeft een medewerker van de CFO van OAD een handgeschreven liquiditeitsprognose aan het bestuur van OAD verstrekt waaruit blijkt dat OAD op 25 september 2013 een liquiditeitstekort zou hebben van minimaal 2,8 miljoen en maximaal 3,9 miljoen.¹⁶

2.25 Op 24 september 2013, omstreeks 18.00 uur heeft OAD telefonisch aan Rabobank meegedeeld dat zij had besloten om haar faillissement aan te vragen.

3 Procesverloop

3.1 In de procedure bij de rechtbank Midden-Nederland heeft OAD aangevoerd 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 schadestaatprocedure.

3.2 Nadat de rechtbank bij tussenvonnis van 3 juli 2019¹⁷ OAD een bewijsopdracht heeft gegeven, heeft de zij bij eindvonnis van 2 februari 2022 de vorderingen van OAD afgewezen.¹⁸ De rechtbank oordeelde, kort gezegd, 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) en dat het niet onredelijk was 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). Verder achtte de rechtbank het niet aannemelijk dat de gestelde schade als gevolg van het faillissement door Rabobank is veroorzaakt. Ook als Rabobank het uitstel wel had verleend, had OAD alsnog haar faillissement moeten aanvragen. Op de middag dat Rabobank verder uitstel weigerde, was OAD uit een interne handgeschreven liquiditeitsprognose gebleken dat er een groter tekort was dan zij had verwacht en dit niet zou zijn aangezuiverd door de transactie van de Twentse Investeerders. Verder had 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 boven het hoofd dat SGR een bankgarantie van 20-30 miljoen zou gaan eisen (rov. 6.67).

3.3 OAD is van de vonnissen van de rechtbank in hoger beroep gekomen.¹⁹ In de procedure bij het hof heeft (de rolraadsheer in) het hof productie 59 bij de memorie van grieven van OAD geweigerd in zijn beslissingen van 23 augustus 2022 en 12 september 2023. Bij arrest van 21 februari 2023 heeft het hof een mondeling behandeling bepaald.

- 3.4 In hoger beroep heeft OAD de gronden waarop zij de aansprakelijkstelling van Rabobank baseert, grotendeels gewijzigd en gevorderd dat het hof zal bepalen dat de schade die door het optreden van Rabobank is ontstaan 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 heeft geschonden, kort gezegd, door (a) OAD ten onrechte bij de afdeling bijzonder beheer te plaatsen, (b) buitenproportionele voorwaarden te stellen aan het continueren van de kredietrelatie, (c) de kredietrelatie op te zeggen en (d) niet in te stemmen met een verlenging van het overbruggingskrediet om de verkoop van het busbedrijf van OAD mogelijk te maken en onder dit overbruggingskrediet een extra trekking van 1,1 miljoen toe te staan. Bij eindarrest van 20 februari 2024²⁰ heeft het hof het tussenvonnis en het eindvonnis van de rechtbank bekrachtigd.
- 3.5 OAD heeft tijdig²¹ cassatieberoep ingesteld tegen de beslissingen van het hof van 23 augustus en 12 september 2023 en het eindarrest van het hof. Rabobank heeft bij verweerschrift geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht en OAD heeft gerepliceerd. Rabobank heeft afgezien van dupliek.

4 Bespreking van het cassatiemiddel

- 4.1 De procesinleiding bevat twee middelen van cassatie.

Middel I klaagt (onder A) in de onderdelen 1-4 in de kern over de oordelen van het hof in rov. 3.53-3.54 dat Rabobank de verlenging en verruiming van het tijdelijke overbruggingskrediet mocht weigeren en (onder B) in onderdeel 5 over het oordeel van het hof in rov. 3.56 dat OAD haar stelling dat het handelen van Rabobank het faillissement heeft veroorzaakt onvoldoende heeft onderbouwd.

Middel II klaagt in onderdeel 6 over de beslissing van het hof om productie 59 te weigeren.

Middel I. De overwegingen van het hof

- 4.2 Met het oog op de bespreking van de klachten van het eerste middel, geef ik hierna eerst een verkorte weergave van het arrest het hof. Ik betrek daarbij ook oordelen van het hof die in cassatie niet bestreden worden, maar wel een mede de achtergrond vormen voor de in cassatie wel bestreden oordelen in rov. 3.53, 3.54 en 3.56.

- 4.3 Het hof heeft in cassatie onbestreden onder meer het volgende geoordeeld.

(i) Op Rabobank rust op grond van de wet en de rechtspraak een algemene en bijzondere maatschappelijke zorgplicht en op grond van art. 2 van de Algemene Bankvoorwaarden (hierna: ABV) een contractuele zorgplicht jegens haar klant OAD. (rov. 3.11) Rabobank was contractueel in beginsel bevoegd zekerheid van nakoming door OAD te verlangen en de kredietrelatie met OAD op te zeggen. (rov. 3.12)

(ii) De aan de gebruikmaking van de krediet- en garantiefaciliteit verbonden financiële voorwaarden, een solvabiliteitsratio en een jaarlijks positief *Total Net Income*, boden inzicht in de financiële gezondheid en ontwikkeling van OAD en strekten ertoe de bank de zekerheid te verschaffen dat OAD in staat zou zijn de uit de faciliteiten getrokken gelden terug te betalen. (rov. 3.15-3.16) De verstrekking en het gebruik van de krediet- en garantiefaciliteit hield nauw verband met de activiteiten van OAD als grote reisorganisatie die was aangesloten bij SGR. Rabobank stelde die faciliteiten ter beschikking om zeker te stellen dat OAD altijd zou kunnen voldoen aan de SGR-eisen. (rov. 3.17-3.18) De krediet- en garantiefaciliteit had voornamelijk tot doel om eventuele tekorten als gevolg van de jaarlijks sterk wisselende, seizoensgebonden kasstroom op te vangen. Zowel de kredietovereenkomst als het lidmaatschap van SGR legden een sterke nadruk op de financiële gezondheid van OAD. (rov. 3.19)

(iii) OAD heeft haar stelling dat Rabobank 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 onderbouwd. (rov. 3.22 en 3.26) Rabobank heeft in oktober 2010 en maart 2012 op goede gronden geconcludeerd dat de financiële positie van OAD zodanig verslechterde dat het kredietrisico van de bank toenam. (rov. 3.25) Rabobank en OAD hebben

in de periode vanaf maart 2012 tot aan het faillissement van OAD bij voortdurend met elkaar informatie uitgewisseld over de financiële resultaten, de voortgang van de in gang gezette reorganisatie en strategiekeuze. Rabobank heeft in de uitoefening van haar dienstverlening jegens OAD niet onzorgvuldig 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. (rov. 3.26)

(iv) OAD voldeed eind 2012 (opnieuw) niet aan de met Rabobank overeengekomen financiële voorwaarden van een "financieel gezond bedrijf". Rabobank koos er toen 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. (rov. 3.30)

Rabobank heeft haar beslissing om een kapitaalversterking van 10 miljoen te eisen gebaseerd op deugdelijke financiële informatie die grotendeels van OAD zelf afkomstig was. Rabobank heeft haar bevindingen met OAD gedeeld en partijen hebben daarover onderhandeld. Rabobank heeft 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. Een en ander heeft ertoe geleid dat partijen overeenstemming bereikten over een kapitaaleis van 7,5 miljoen. In de *waiver letter* kwamen partijen ook overeen dat als OAD op 31 augustus 2013 dit bedrag zou hebben ingebracht, Rabobank bereid was om de solvabiliteits- en *Total Net Income*-ratio aan te passen ten faveure van OAD. OAD zou zonder de mogelijkheid om over de krediet- en garantiefaciliteit te beschikken in een financiële noodtoestand geraken. Desalniettemin kon de kapitaalversterkingseis onder de gegeven omstandigheden als een redelijke maatregel worden beschouwd. In elk geval heeft OAD haar andersluidende stelling onvoldoende onderbouwd. (rov. 3.39)

Tegenover hetgeen Rabobank heeft aangevoerd, heeft OAD onvoldoende feiten en omstandigheden 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 nadien in de *waiver letter* overeengekomen voorwaarden van zekerheden en kapitaalversterking te verbinden. (rov. 3.40)

(v) De opzegging was rechtsgeldig. (rov. 3.42) Rabobank heeft gemotiveerd aangevoerd dat de maatregelen die OAD in 2012 en 2013 doorvoerde om de winstgevendheid te vergroten tot 6 september 2013 niet het gewenste effect lieten zien, de financiële situatie en prognoses van OAD keer op keer verslechterden, 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 en dat het vertrouwen in OAD bij haar handelspartners begon af te nemen. 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. (rov. 3.44-3.45)

Het betoog van OAD dat zij in 2014 weer winstgevend zou zijn geweest, strandt, omdat het onder meer (te) sterk leunt op de veronderstelling dat de *turn around* succesvol zou worden afgesloten. Dat succes hing in sterke mate af van de vraag of het OAD zou lukken deze te financieren door kostenverlagingen, maar dat leverde in 2013 nog onvoldoende resultaat op, zodat de focus op het bancaire krediet kwam te liggen, wat Rabobank een te groot risico vond. (rov. 3.46-3.47)

Rabobank heeft voorts concreet onderbouwd dat het begin september 2013 zeer aannemelijk was dat OAD in de winterperiode (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. OAD heeft onvoldoende onderbouwd dat de situatie wezenlijk anders was. (rov. 3.48) De inspanningen van OAD resulteerden in de periode tot aan de beëindiging niet in een kapitaalinbreng in OAD. Niet is onderbouwd dat Rabobank de onderhandelingen van OAD met derden dienaangaande heeft belemmerd. Rabobank heeft concreet onderbouwd dat de prognoses gedurende de eerste helft van 2013 telkens verslechterden, dat de verwachte trekking onder de kredietfaciliteit steeg naar 1719 miljoen, terwijl haar totale kredietrisico onvoldoende was afgedekt en begin september 2013 geen kapitaalversterking was gerealiseerd. In de gegeven omstandigheden was onzeker 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 realiseren. De bank heeft dit in redelijkheid in haar beoordeling om de financiële kredietrelatie al dan niet voort te zetten mogen meewegen. (rov. 3.49)

OAD heeft tegenover hetgeen Rabobank naar voren heeft gebracht onvoldoende feiten en omstandigheden aangevoerd die de conclusie rechtvaardigen dat de bank naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar jegens OAD heeft gehandeld door de kredietrelatie op 6 september 2013 op te zeggen.

(vi) Rabobank had OAD ook niet meer tijd moeten gunnen. Al vanaf 2011 werd duidelijk dat OAD zo snel mogelijk moest reorganiseren en dat de financiering daarvan een punt van zorg en aandacht was. In mei 2012 sprak Rabobank vervolgens al haar zorgen uit en maande OAD tot spoed. Het stellen van aanvullende voorwaarden aan het kredietgebruik door Rabobank 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]). Ook dat heeft zij in haar correspondentie aan OAD meermaals uiteengezet. Nu die kapitaalversterking op 6 september 2013 niet was verkregen en er op dat moment geen concreet aanbod (meer) op de busdivisie lag waarmee een kapitaalversterking van 5 miljoen kon worden gerealiseerd, bestaat onvoldoende grond voor de stelling van OAD dat de bank haar meer (tenminste tot 15 september) tijd had moeten gunnen alvorens op te zeggen. (rov. 3.50)

- 4.4 Het hof heeft vervolgens het verwijt van OAD beoordeeld, dat Rabobank ongeoorloofd heeft gehandeld door op 24 september 2013 te weigeren om het toegezegde tijdelijke overbruggingskrediet te verlengen van 27 september 2013 naar 1 oktober 2013 en om daaronder een extra trekking van 1,1 miljoen toe te staan. (rov. 3.51) Het hof heeft hierover overwogen:

“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 rechtens 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.”

4.5 Vervolgens is het hof ingegaan op het verweer van Rabobank ten aanzien van het causale verband tussen de gestelde normschending en de gestelde schade. Het hof overwoog daarover:

“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 *waiver*, 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 [betrokkene 1] (directievoorzitter van OAD) en van [betrokkene 2] (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 tegen over 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 (zojuist 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.”

4.6 De afwijzing van de vorderingen van OAD berust op zowel het door de onderdelen 1-4 bestreden oordeel in rov. 3.53-3.54 als op en het door onderdeel 5 bestreden oordeel in rov. 3.56. Elk van deze oordelen kan de beslissing van het hof zelfstandig dragen. Indien de onderdelen 1-4 falen, ontbreekt daarom belang bij onderdeel 5, en omgekeerd.

Onderdelen 1-4 (zorgplichtschending)

4.7 De onderdelen 1-3 zijn in de kern gericht tegen de oordelen in rov. 3.53 (a) dat het Rabobank vrijstond om op grond van de haar ter beschikking gestelde gegevens een eigen afweging te maken en het verzoek van OAD om een overbruggingskrediet te verstrekken al dan niet te honoreren, en (b) dat het onder de meegewogen omstandigheden niet onbegrijpelijk is dat Rabobank vasthield aan de deadline van 27 september 2013. Onderdeel 4 is gericht tegen de conclusie van het hof in rov. 3.54 dat OAD onvoldoende feiten en omstandigheden heeft aangevoerd.

4.8 Onderdeel 1 bevat kernklachten die worden uitgewerkt en toegelicht in de onderdelen 2 en 3. Ik inventariseer deze klachten en bespreek ze daarna zoveel mogelijk themagewijs.

4.9 Onderdeel 1 klaagt dat de bestreden oordelen in rov. 3.53 onjuist, onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd zijn.

Daartoe wijst de klacht erop dat Rabobank een contractuele zorgplicht had, die inhoudt dat Rabobank bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht neemt en daarbij naar beste vermogen rekening houdt met de belangen van haar klant OAD (rov. 3.11).

Voorts verwijst de klacht naar de in onderdeel 1 genoemde omstandigheden (i)-(vii) en de in onderdeel 2 genoemde omstandigheden in (i)-(x).

De bestreden oordelen kunnen geen stand houden, omdat Rabobank zich zonder enige twijfel jegens OAD schuldig gemaakt heeft aan een ernstige schending van haar contractuele zorgplicht, aldus het onderdeel.

4.10.1 Onderdeel 2 klaagt in de eerste plaats dat de in dat onderdeel genoemde omstandigheden geen andere conclusie toelaten dan dat Rabobank heeft aangestuurd op opzegging van het krediet op het voor haar meest gunstige moment en voor OAD meest ongunstige moment en dat zij nadien het verzoek tot verlenging en verruiming van het overbruggingskrediet nodeloos en zonder (deugdelijke) reden heeft geweigerd, terwijl honorering daarvan OAD de kans geboden had om te voldoen aan de eisen van Rabobank en de opzegging ingetrokken te krijgen en aldus het faillissement te voorkomen. Het onderdeel klaagt dat Rabobank uitsluitend haar eigen belang heeft behartigd en dat haar weigering een consequente voortzetting daarvan was.

In dit verband klaagt het onderdeel ook (in Voorbeeld II), onder verwijzing naar de contractuele zorgplicht van Rabobank, over de wijze waarop Rabobank is omgegaan met de voorstellen van de aandeelhouders van OAD voor een kapitaalversterking.

4.10.2 Het onderdeel klaagt in de tweede plaats (in Voorbeeld I) over het oordeel in rov. 3.58 dat niet aan nadere bewijslevering wordt toegekomen.

4.10.3 Het onderdeel klaagt in de derde plaats (in Voorbeeld I) over de oordelen van het hof in rov. 3.60 ten aanzien van de handgeschreven liquiditeitsprognose van 24 september 2013 en ten aanzien van de brief van TUI van 24 september 2013.

4.11.1 Onderdeel 3 bestaat uit vier subonderdelen. Subonderdeel 3.1 klaagt in de eerste plaats (op p. 8 van de procesinleiding) dat het hof miskent dat het Rabobank niet vrijstond om een eigen afweging te maken, omdat Rabobank gelet op haar contractuele zorgplicht onder andere naar beste vermogen rekening moest houden met de belangen van OAD. Met een eigen afweging

heeft het hof kennelijk bedoeld dat Rabobank geheel vrij zou zijn geweest in haar beslissing om al dan niet een overbruggingskrediet (voor korte tijd) te verlenen, aldus het subonderdeel (op p. 9 van de procesinleiding).

- 4.11.2 Subonderdeel 3.1 klaagt in de tweede plaats dat het niet ging om een winterkrediet, maar om een verruiming van het overbruggingskrediet met vier dagen.
- 4.11.3 Subonderdeel 3.1 klaagt in de derde plaats dat het oordeel dat 27 september 2013 haalbaar was, de weigering niet rechtvaardigt. Als de verlenging was verleend en verruiming was verstrekt, zou OAD niet gedwongen zijn geweest om haar eigen faillissement aan te vragen. Voor Rabobank was voorzienbaar dat weigering zou leiden tot dat faillissement. Uit de in onderdeel 2 genoemde omstandigheden volgt dat OAD een zeer zwaarwegend belang had bij de overbrugging en Rabobank geen belang had bij weigering.
- 4.11.4 Subonderdeel 3.1 klaagt in de vierde plaats dat, anders dan het hof oordeelt, een ongemotiveerde of ondeugdelijk gemotiveerde beslissing (het is een keer genoeg en de deadline is nu eenmaal daar) om geen uitstel van enkele dagen te verlenen, in de gegeven omstandigheden apert en manifest onredelijk is.
- 4.12 Subonderdeel 3.2 klaagt dat uit het arrest niet blijkt dat Rabobank rekening heeft gehouden met de belangen van OAD en haar stakeholders. Het hof heeft volgens het subonderdeel verzuimd te motiveren waarom Rabobank bij het maken van de eigen afweging haar eigen belang zwaarder heeft mogen laten wegen dan het belang van OAD en wijst erop dat Rabobank bij honorering van het verlengings- en verruimingsverzoek geen enkel risico liep.
- 4.13.1 Subonderdeel 3.3 klaagt in de eerste plaats dat het hof de daarin genoemde omstandigheden (i)-(vii) niet heeft meegewogen in zijn oordeel, uit welke omstandigheden blijkt dat OAD er gerechtvaardigd op vertrouwde dat Rabobank op 24 september 2013 eraan zou meewerken dat de transactie met de Twentse investeerders voltooid kon worden.
- 4.13.2 Subonderdeel 3.3 klaagt in de tweede plaats dat het door het hof in rov. 3.53 genoemde feit dat Rabobank al vanaf januari 2013 had benadrukt dat het niet bereid was voor de winterperiode krediet te verlenen, geen rechtvaardiging kan zijn voor de weigering van de verlenging met enkele dagen. Deze weigering is ook onbegrijpelijk en onredelijk in het licht van het oordeel van het hof in rov. 3.53 dat afronding van de deal op 27 september 2013 volgens de bankmedewerkers mogelijk was. Het tegenovergestelde oordeel van het hof in rov. 3.53 is ondeugdelijk gemotiveerd, zeker omdat na voltooiing van de transactie de financiële positie van OAD zodanig zou verbeteren dat de kredietfaciliteiten haar weer volledig ter beschikking stonden, aldus het subonderdeel.
- 4.13.3 Subonderdeel 3.4 voert aan dat de verwijzing naar de door de rechtbank genoemde omstandigheden niet kan bijdragen aan het oordeel van het hof, omdat de rechtbank geen andere relevante omstandigheden in haar oordeel heeft betrokken dan het hof.
- 4.14 Ik bespreek hierna de klachten aan de hand van de volgende themas: (i) het toetsingskader, (ii) het begrip eigen afweging, (iii) het verwijt dat Rabobank alleen haar eigen belang heeft behartigd, (iv) de door Rabobank gemaakte afweging. Daarna bespreek ik de overige klachten.
- 4.15 Wat, in de eerste plaats, *het toetsingskader* betreft, merk ik op dat het hof heeft beoordeeld of zoals OAD stelt het handelen van Rabobank in de periode na de opzegging onrechtmatig was op grond van art. 6:162 BW of in strijd is geweest met de redelijkheid en billijkheid op grond van art. 6:2 BW (rov. 3.52). Het hof heeft kennelijk geen reden gezien om, in afwijking van de stellingen van OAD, in dit verband ook te toetsen aan de norm van art. 2 ABV (rov. 3.11).²² Dit wordt in cassatie niet bestreden. Het cassatiemiddel verwijt het hof daarom ten onrechte in rov. 3.53 niet (ook) aan de contractuele zorgplicht van art. 2 ABV te hebben getoetst.²³ In zoverre bevatten de klachten een in cassatie niet toelaatbaar novum, dan wel falen zij bij gebrek aan feitelijke grondslag. Dit betreft in het bijzonder de klachten van de (sub)onderdelen 1, 2 (eerste klacht) en 3.1 (zie hiervoor in 4.9, 4.10.1 en 4.11.1).
- 4.16 Ik zal het middel zo lezen dat niet alle klachten van de onderdelen 1-3 berusten op het uitgangspunt dat het hof had behoren te toetsen aan art. 2 ABV en de klachten verder bespreken zonder daarbij de contractuele zorgplicht te betrekken.

4.17 Wat, in de tweede plaats, het begrip *eigen afweging* betreft, merk ik het volgende op. De overweging van het hof dat het Rabobank vrij stond een eigen afweging te maken, impliceert niet anders dan subonderdeel 3.1 (eerste klacht) (zie hiervoor in 4.11.1) betoogt dat Rabobank geheel vrij was in haar beslissing om al dan niet een overbruggingskrediet (voor korte tijd) te verlenen zonder rekening te houden met de belangen van anderen. Deze klaagt faalt daarom ook in dit opzicht bij gebrek aan feitelijke grondslag.

Het arrest van het hof geeft namelijk geen aanleiding voor de veronderstelling dat het hof zou hebben geoordeeld dat het toetsingskader van art. 6:2 en 6:162 BW in een situatie als de onderhavige inhoudt dat een bank zich in het geheel geen rekenschap zou behoeven te geven van de bij haar beslissing betrokken belangen van anderen.

Het hof heeft met zijn overweging slechts tot uitdrukking gebracht dat Rabobank een eigen afweging mocht maken of zij al dan niet zou ingaan op het verzoek van OAD. Daarmee reageert het hof op het in rov. 3.53 weergegeven standpunt van OAD dat Rabobank aan bepaalde gebeurtenissen uit die tijd onvoldoende positieve betekenis heeft toegekend en aan andere te veel betekenis heeft toegekend.

4.18.1 In de derde plaats betoogt het middel in onderdeel 2 (eerste klacht), zie hiervoor in 4.10.1 dat Rabobank uitsluitend *haar eigen belang* heeft behartigd en dat haar weigering een consequente voortzetting daarvan was. Dit betoog stuit af op onder meer de volgende oordelen van het hof die in cassatie niet bestreden zijn (zie hiervoor in 4.3 onder (iii)-(vi)) en waaruit blijkt dat het hof heeft geoordeeld dat Rabobank niet uitsluitend haar eigen belang heeft behartigd. Het hof heeft onder meer geoordeeld:

(i) Rabobank heeft in de uitoefening van haar dienstverlening jegens OAD niet onzorgvuldig 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. (rov. 3.26)

(ii) Rabobank heeft tijdens de onderhandelingen voldoende zorgvuldigheid betracht tegenover OAD en in de gegeven omstandigheden bij het bepalen van de hoogte van de kapitaal eis naar beste vermogen rekening gehouden met de belangen van OAD. (rov. 3.39)

(iii) De opzegging was rechtsgeldig. (rov. 3.42) Rabobank heeft concreet onderbouwd dat het begin september 2013 zeer aannemelijk was dat OAD in de winterperiode (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. OAD heeft onvoldoende onderbouwd dat de situatie wezenlijk anders was. (rov. 3.48) De inspanningen van OAD resulteerden in de periode tot aan de beëindiging niet in een kapitaal inbreng in OAD. Niet is onderbouwd dat Rabobank de onderhandelingen van OAD met derden dienaangaande heeft belemmerd. Rabobank heeft concreet onderbouwd dat de prognoses gedurende de eerste helft van 2013 telkens verslechterden, dat de verwachte trekking onder de kredietfaciliteit steeg naar 17-19 miljoen, terwijl haar totale kredietrisico onvoldoende was afgedekt en begin september 2013 geen kapitaalversterking was gerealiseerd. In de gegeven omstandigheden was onzeker 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 realiseren. De bank heeft dit in redelijkheid in haar beoordeling om de financiële kredietrelatie al dan niet voort te zetten mogen meewegen. (rov. 3.49) Rabobank had OAD ook niet meer tijd moeten gunnen alvorens op te zeggen. (rov. 3.50)

(iv) Zie in dit verband ook de samenvattende overwegingen van het hof in rov. 2.2.

4.18.2 Ook de klacht (in Voorbeeld II van onderdeel 2) over wijze waarop Rabobank is omgegaan met de voorstellen van de aandeelhouders van OAD voor een kapitaalversterking, faalt. Het hof heeft in cassatie onbestreden in rov. 3.49 geoordeeld:

"() 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 naliert 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. ()”

- 4.19.1 In de vierde plaats klaagt het middel in de (sub)onderdelen 1, 2, 3.1 (tweede, derde en vierde klacht), 3.2 en 3.3 (eerste en tweede klacht); zie hiervoor in 4.9, 4.10.1, 4.11.2, 4.11.3, 4.11.4, 4.12, 4.13.1 en 4.13.2) over de beoordeling door het hof van *de afweging* die Rabobank heeft gemaakt om niet in te stemmen met het verzochte uitstel van de deadline van 27 september 2013 met vier dagen en met de daaraan verbonden verstrekking van een extra krediet van 1,1 miljoen ten behoeve van een betaling aan IATA op 27 september 2013.
- 4.19.2 De bestreden oordelen in rov. 3.53 dat Rabobank een eigen afweging mocht maken en niet onbegrijpelijk is dat zij vasthield aan de deadline van 27 september 2013 zijn niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd in het licht van de omstandigheden waarop de hiervoor genoemde (sub)onderdelen wijzen. (Voor zover deze klachten betogen dat deze oordelen onjuist zouden zijn, geldt dat de oordelen van het hof berusten op een waardering van de feiten en omstandigheden van het geval, die aan het hof is voorbehouden en die in cassatie niet kan worden overgedaan.) Het hof heeft in zijn arrest uitvoerig gemotiveerd hoe het tot zijn oordeel is gekomen. Ik wijs in het bijzonder nog op de volgende, hierna onder (a)-(f) bedoelde aspecten.
- 4.20.1 (a) Het middel betoogt dat Rabobank bij de honoreren van het verlengings- en verruimingsverzoek *geen enkel risico* liep (onderdeel 1 onder (iii) en subonderdeel 3.2), dat de weigering nodeloos was (onderdeel 2) en dat Rabobank geen enkel rechtens te respecteren belang had bij de weigering en (subonderdeel 3.1, derde klacht). Iets dergelijks lijkt ook besloten te liggen in de in onderdeel 2 onder (ix) en (x) bedoelde omstandigheden dat het maximale risico van de bank eind september ongeveer 19 miljoen was en de zekerheden in het faillissement 24 miljoen opbrachten.
- 4.20.2 Dit betoog gaat niet op. Het hof heeft in verband met de opzegging geoordeeld dat Rabobank gemotiveerd heeft aangevoerd dat de financiële positie van OAD op het moment van de opzegging zodanig was verslechterd en haar kredietrisico zodanig groot was 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. (rov. 3.44-3.45) Het hof heeft in dit verband voorts geoordeeld dat Rabobank concreet heeft onderbouwd dat de prognoses gedurende de eerste helft van 2013 telkens verslechterden, dat de verwachte trekking onder de kredietfaciliteit steeg naar 17-19 miljoen, terwijl haar totale kredietrisico onvoldoende was afgedekt en begin september 2013 geen kapitaalversterking was gerealiseerd, dat het in de gegeven 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 realiseren, en dat Rabobank dit in redelijkheid in haar beoordeling om de financiële kredietrelatie al dan niet voort te zetten heeft mogen meewegen. (rov. 3.49) Deze oordelen van het hof zijn in cassatie niet bestreden. In rov. 53 heeft het hof in verband met de weigering geoordeeld dat de bank onder de gegeven omstandigheden tot een andere inschatting van de financiële positie, de weerbaarheid van OAD en van haar risico's bij voortzetting van de kredietverlening mocht komen dan OAD, en dat zich na de kredietopzegging daarin geen wezenlijke verandering voordeed. Deze overweging moet worden gelezen in het licht van onder meer de rov. 3.44, 3.45 en 3.49. Uit het arrest van het hof volgt dus dat Rabobank belang had bij de weigering, omdat zij bij honorering van het verzoek risico liep. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Daaraan doet de, achteraf gebleken, opbrengst van de zekerheden na het faillissement niet af.
- 4.21.1 (b) Het middel betoogt dat OAD op 24 september 2013 *aan alle voorwaarden* van Rabobank kon voldoen, behalve de deadline van 27 september 2013 (onderdeel 1 onder (vii) en onderdeel 2 onder (viii)).
- 4.21.2 Dit kan in cassatie niet als uitgangspunt gelden. Rabobank had in haar e-mail van 24 september 2013 niet alleen de deadline van 27 september 2013 gesteld, maar ook als voorwaarden gesteld dat er een schriftelijke bevestiging van SGR moest komen over de hoogte

van een bankgarantie (die de bank zou conveniëren) en er overeenstemming moet TUI moest zijn (die de bank zou conveniëren) (zie rov. 6.47 van het eindvonnis, waarvan het hof in rov. 35 en 3.52 is uitgegaan).

Uit rov. 3.55-3.56 blijkt, kort gezegd, dat OAD onvoldoende heeft onderbouwd dat uitsluitend de telefonische mededeling van Rabobank op 24 september het faillissement heeft veroorzaakt (zie ook hierna bij de bespreking van onderdeel 5). Aan dat oordeel ligt mede ten grondslag dat Rabobank gemotiveerd heeft gesteld, kort gezegd, dat niet met zekerheid kan worden vastgesteld dat OAD aan alle door de Twentse Investeerders gestelde voorwaarden kon voldoen, en dat onzekerheid bestond over de opstelling van SGR en van TUI.

4.22.1 (c) Het middel betoogt dat het bij de door OAD gevraagde verruiming van 1,1 miljoen niet ging om het *winterkrediet*, maar om een *overbrugging van vier dagen* (subonderdeel 3.1 (tweede klacht)) (hiervoor in 4.11.2).

4.22.2 Het hof heeft in rov. 3.53 overwogen dat Rabobank vanaf januari 2013 had benadrukt dat zij OAD niet wilde toestaan om voor de winterperiode krediet te trekken.

De winterperiode is de periode vanaf 1 september tot ultimo december 2013. (rov. 3.48) In de *waiver letter* had Rabobank als voorwaarde opgenomen dat uiterlijk op 31 augustus 2013, nadien verlengd tot 15 september 2013, risicodragend kapitaal in de onderneming van OAD zou zijn ingebracht. (rov. 3.4) Met het toestaan van de verzochte verlenging zou Rabobank dus (nog) verder in de winterperiode krediet verlenen, terwijl zij duidelijk was geweest dat zij dat niet wilde.

In rov. 3.53 heeft het hof dus niet het oog op de periode een overbrugging van vier dagen waarin extra onder het krediet zou worden getrokken, maar op het uiterlijke moment waarop Rabobank bereid was OAD trekkingen toe te staan. Subonderdeel 3.1 (tweede klacht) mist daarom feitelijke grondslag.

4.23.1 (d) Subonderdeel 3.1 (vierde klacht) (hiervoor in 4.11.4) voert aan dat het gaat om een *ongemotiveerde* of ondeugdelijk gemotiveerde beslissing (het is een keer genoeg en de deadline is nu eenmaal daar) om geen uitstel van enkele dagen te verlenen.

4.23.2 Deze klacht miskent dat het hof heeft gemotiveerd waarom Rabobank het verzochte uitstel mocht weigeren. Het hof kon tot dat oordeel komen, ook indien Rabobank de redenen voor haar weigering in het door de klacht bedoelde telefoongesprek niet zou hebben uiteengezet.

4.24.1 (e) Subonderdeel 3.3 (eerste klacht) (hiervoor in 4.13.1) verwijst naar een aantal stellingen van OAD en verbindt daaraan de stelling dat dat OAD er op 24 september 2013 *gerechtvaardigd op vertrouwde* dat Rabobank zou meewerken aan de voltooiing van de transactie met de Twentse Investeerders.

4.24.2 Deze stelling is een in cassatie niet toelaatbaar novum. Uit het eindarrest blijkt niet dat OAD het genoemde gerechtvaardigd vertrouwen aan haar vorderingen ten grondslag heeft gelegd. Het subonderdeel verwijst ook niet naar vindplaatsen in de gedingstukken waar OAD een dergelijke grondslag zou hebben gesteld. De klacht faalt daarom.

4.25.1 (f) Volgens subonderdeel 3.3 (tweede klacht) (hiervoor in 4.13.2) kan het feit dat Rabobank al vanaf januari 2013 had benadrukt *niet bereid te zijn voor de winterperiode krediet* te verlenen, uiteraard geen rechtvaardiging zijn voor de weigering van de verlenging met enkele dagen. Volgens de klacht was deze weigering ook onbegrijpelijk en onredelijk in het licht van het oordeel van het hof dat afronding van de deal op 27 september 2013 mogelijk was, wat erop wijst dat zij meenden dat de deal zeker zou kunnen doorgaan.

Het tegenovergestelde oordeel van het hof in rov. 3.53 is ondeugdelijk gemotiveerd, zeker omdat na voltooiing van de transactie de financiële positie van OAD zodanig zou verbeteren dat de kredietfaciliteiten haar weer volledig ter beschikking stonden, aldus het subonderdeel.

4.25.2 Anders dan de klacht betoogt, volgt uit het eindarrest voldoende duidelijk waarom het hof in rov. 3.53 gewicht heeft toegekend aan de omstandigheid dat Rabobank al vanaf januari 2013 heeft benadrukt dat zij OAD niet wilde toestaan om voor de winterperiode krediet te trekken. Verder heeft het hof slechts iets gezegd over de inschatting van de betrokken bankmedewerkers over de termijn waarop de deal zou kunnen worden afgerond. Het hof heeft daarmee, anders

dan de klacht suggereert, geen oordeel gegeven over de vraag of dan aan alle voorwaarden zou zijn voldaan.

Anders dan de klacht betoogt, kan niet tot uitgangspunt worden genomen dat na voltooiing van de transactie de financiële positie van OAD zodanig zou verbeteren dat de kredietfaciliteiten haar weer volledig ter beschikking stonden. Het hof heeft voorop gesteld dat als gevolg van de kredietopzegging het gebruik van de krediet- en garantiefaciliteit met onmiddellijke ingang op 6 september 2013 werd gestaakt (rov. 3.52) en heeft geoordeeld dat Rabobank gemotiveerd heeft gesteld dat niet zonder meer kan worden aangenomen dat de bank de kredietruimte weer zonder nadere voorwaarden ter beschikking zou stellen (rov. 3.55, tweede gedachtestreepje, en rov. 3.56).

4.26 In het licht van het voorgaande faalt voorts de klacht van subonderdeel 3.4 (hiervoor in 4.13.3) dat de verwijzing naar de door de rechtbank genoemde omstandigheden niet kan bijdragen aan het oordeel van het hof, omdat de rechtbank geen andere relevante omstandigheden in haar oordeel heeft betrokken dan het hof. De door het hof gewogen omstandigheden kunnen zijn oordeel dragen.

4.27 Ik bespreek tot slot de klachten van onderdeel 4 en de resterende klachten van onderdeel 2. Deze klachten zijn gericht tegen achtereenvolgens rov. 3.54, 3.58 en 3.60.

4.28 Onderdeel 4 is gericht tegen het oordeel in rov. 3.54 dat OAD, kort gezegd, 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 en om onder dit overbruggingskrediet een extra trekking van 1,1 miljoen toe te staan. Het onderdeel bevat twee subonderdelen.

4.29 Subonderdeel 4.1 bevat een louter op de onderdelen 1-3 voortbouwende klacht. Nu deze onderdelen niet slagen (ook niet wat betreft de nog te bespreken resterende klachten van onderdeel 2), slaag ook dit subonderdeel niet.

4.30 Subonderdeel 4.2 klaagt dat het oordeel in rov. 3.54 geen stand kan houden, omdat het hof daarmee kennelijk voorbij is gegaan aan hetgeen op de in het subonderdeel genoemde plaatsen in de memorie van grieven is gesteld en uit het oog heeft verloren dat Rabobank destijds voor handelwijze geen (deugdelijke) reden heeft gegeven, zodat hetgeen zij achteraf in het geding stelt niet van belang is.

4.31.1 Dit subonderdeel faalt. De in de klacht genoemde stellingen in de memorie van grieven zijn aangevoerd in het kader van grief VIII ("Onrechtmatige opzegging"; zie de stellingen vanaf nr. 113 tot en met nr. 151), van grief IX ("Verkoop bus/onredelijke voorwaarde"; zie de stellingen vanaf nr. 190 tot en met nr. 239) en van grief X "Faillissement/onnodig"; zie de stellingen vanaf nr. 265 tot en met nr. 285). Het hof heeft grief VIII in rov. 3.42-3.50 beoordeeld, waartegen in cassatie geen klachten zijn gericht, en de grieven IX en X in rov. 3.51-3.58. De klacht maakt niet met de vereiste bepaaldheid en precisie²⁴ duidelijk aan welke stellingen het hof in zijn beoordeling voorbij zou zijn gegaan en waaruit dit zou blijken.

4.31.2 Dit geldt ook voor de klacht dat het hof uit het oog zou zijn verloren dat Rabobank voor haar handelwijze geen enkele deugdelijke reden zou hebben gegeven. Uit het arrest van het hof blijkt dat de reden voor de weigering door Rabobank gevonden dient te worden in de meegewogen feiten en omstandigheden. Het hof heeft deze in rov. 2.2 samengevat en daarin onder meer overwogen:

"() Ook het handelen van Rabobank na de opzegging tot aan het moment dat OAD haar eigen faillissement aanvroeg, was niet ongeoorloofd. Daarnaast heeft het hof geoordeeld 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. ().

4.32 Uit het voorgaande volgt dat de bestreden oordelen van het hof in rov. 3.53-3.54 in cassatie vergeefs worden bestreden.

4.33.1 Onderdeel 2 (tweede klacht) (hiervoor in 4.10.2) klaagt dat het hof in rov. 3.58 ten onrechte en/of onbegrijpelijk oordeelt dat OAD niet aan haar *stelplicht* heeft voldaan, zodat niet aan nadere bewijslevering wordt toegekomen.

4.33.2 Ik begrijp dat de klacht het oog heeft op de beoordeling door het hof in rov. 3.53-3.54 van de stellingen van OAD over, kort gezegd, de vraag of Rabobank jegens OAD een zorgplicht heeft geschonden door op 24 september 2013 geen verder uitstel met een daaraan verbonden verruiming van het krediet te verlenen.

Nu de klachten van de onderdelen 1-4 falen, geldt hetzelfde voor de klacht tegen het oordeel dat OAD niet aan haar stelplicht heeft voldaan. Het hof heeft de stellingen van OAD beoordeeld in het licht van het verweer van Rabobank. OAD heeft de mogelijkheid gehad om haar stellingen aan te voeren. Zoals zij zelf opmerkt (in voetnoot 50 van de procesinleiding): "De memorie van grieven beslaat honderd bladzijden met vele verwijzingen naar eerdere memories en producties." Indien niet aan de stelplicht is voldaan, wordt niet aan bewijslevering toegekomen. De klacht geeft verder niet met de vereiste bepaaldheid en precisie aan ten aanzien van welke stelling(en) van OAD het oordeel van het hof blij zou geven van een onjuiste rechtsopvatting dan wel onvoldoende begrijpelijk zou zijn gemotiveerd, en evenmin ten aanzien van welke stellingen OAD een bewijsaanbod heeft gedaan dat het hof niet zou hebben mogen passeren. Voor zover de klacht ook het oog heeft op de beoordeling door het hof in rov. 3.56 van het causaal verband, dient zij om dezelfde redenen te falen (zoals hierna blijkt, faalt ook onderdeel 5).

4.34.1 Onderdeel 2 (derde klacht) (hiervoor in 4.10.3) klaagt dat het hof in rov. 3.60 van zijn eindarrest ten onrechte niets zegt en zonder behoorlijke motivering voorbijgaat aan de uitleg van OAD dat en waarom de *handgeschreven liquiditeitsprognose en de brief van TUI* geen enkele betekenis hadden en dat het hof niets vermeldt over wat de respectieve opstellers van die stukken hebben verklaard.

4.34.2 De bestreden overweging gaat over de schending van de waarheidsplicht (art. 21 Rv) door OAD. In dat kader heeft het hof geoordeeld dat de genoemde stukken dermate concreet en relevant waren voor de beoordeling van de stellingen van OAD dat zij deze in het geding had moeten brengen. Anders dan de klacht aanvoert, zegt het hof in rov. 3.60 wel iets over de stelling van OAD dat zij niet beschikte over de handgeschreven liquiditeitsprognose²⁵ en over haar stelling met betrekking tot de waarde van de prognose. Ik begrijp dat de klacht het oog heeft op de beoordeling door het hof in rov. 3.53-3.54. De klacht faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag omdat zij berust op een onjuiste lezing van het arrest. De bestreden overweging gaat immers over de schending van de waarheidsplicht. Het hof geeft daarin geen inhoudelijke beoordeling van de stellingen van OAD over, kort gezegd, de vraag of Rabobank jegens OAD een zorgplicht heeft geschonden. Voor zover de klacht ook het oog heeft op de beoordeling door het hof in rov. 3.56, dient zij om dezelfde reden te falen.

4.35 Voor zover subonderdeel 3.1 (op p. 9 van de procesinleiding) tot uitgangspunt neemt dat OAD haar faillissement niet had hoeven aanvragen indien het uitstel van vier dagen tot 1 week zou zijn verleend, verwijs ik naar de bespreking van onderdeel 5.

4.36 De slotsom is dat de onderdelen 1-4 niet slagen. De door deze onderdelen vergeefs bestreden overwegingen van het hof kunnen de bekrachtiging van het eindvonnis waarin de vorderingen van OAD zijn afgewezen, zelfstandig dragen. Ik bespreek onderdeel 5 daarom ten overvloede.

Onderdeel 5 (causaal verband)

4.37 Dit onderdeel klaagt in vijf subonderdelen over het oordeel in rov. 3.56, eerste volzin, dat OAD haar stelling dat het handelen van Rabobank het faillissement heeft veroorzaakt, onvoldoende heeft onderbouwd.

4.38 Subonderdeel 5.1 klaagt onder a dat het oordeel onjuist of onbegrijpelijk is. Volgens het onderdeel houdt het verweer van Rabobank niet in dat er geen condicio sine qua non-verband (hierna: c.s.q.n.-verband) bestaat tussen de normschending en het faillissement, maar slechts dat OAD om andere redenen hypothetische feiten/omstandigheden van na de normschending dan deze normschending haar faillissement zou hebben aangevraagd of failliet zou zijn verklaard. Het verweer houdt daarom alleen in dat OAD zonder de normschending op een latere datum dan 25 september 2013 ook wel gefailleerd zou zijn. Het verweer gaat langs de stelling van OAD in rov. 3.56, eerste volzin, heen. Onder b bevat het onderdeel een voortbouwklacht tegen rov. 3.56, tweede volzin.

4.39.1 Het subonderdeel stelt aan de orde of Rabobank heeft aangevoerd (i) dat haar weigering van 24 september 2013 om de termijn te verlengen en daarbij het krediet te verruimen geen noodzakelijke voorwaarde (condicio sine qua non) was voor de faillissementsaanvraag van OAD op die datum, dan wel heeft aangevoerd (ii) dat OAD sowieso in een later stadium om andere redenen failliet zou zijn gegaan. Tussen beide argumenten bestaat een relevant verschil.

4.39.2 Als Rabobank met succes (i) het bestaan van een c.s.q.n.-verband heeft betwist, dan ontbreekt een noodzakelijke schakel in de redenering dat Rabobank aansprakelijk is voor de schade die OAD stelt te hebben geleden als gevolg van het op 24 september 2013 door OAD aangevraagde faillissement. Rabobank is voor die schade immers alleen aansprakelijk als zij foutief heeft gehandeld én als haar foutieve handelen de schade heeft veroorzaakt.²⁶

4.39.3 Als Rabobank heeft aangevoerd (ii) dat OAD sowieso in een later stadium om andere redenen failliet zou zijn gegaan, dan kan dat worden opgevat als een beroep op zogenaamde hypothetische causaliteit. Van hypothetische causaliteit wordt wel gesproken als een bepaalde handeling de schade heeft veroorzaakt, terwijl als vaststaand kan worden aangenomen dat, ware de handeling achterwege gebleven, dezelfde schade toch zou zijn veroorzaakt door een andere, *latere* gebeurtenis. In dat geval blijft in beginsel degene die de schade heeft veroorzaakt, aansprakelijk voor de door hem veroorzaakte schade.²⁷

4.40 Boonekamp merkt op dat een c.s.q.n.-verweer op verschillende manieren kan worden benaderd:²⁸

“De condicio sine qua non als hypothetische eliminatiemethode () kent twee verschillende benaderingswijzen. In de eerste benadering is de vraag of de schade *niet* zou zijn ingetreden, indien de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust zich niet zou hebben voorgedaan. In de tweede benadering is de vraag of de schade *ook* zou zijn ontstaan (of niet voorkomen), zonder de desbetreffende gebeurtenis. Welke benadering in het concrete geval wordt gevolgd, hangt af van de vraag wie in het gegeven geval wat moet stellen en bewijzen. Doorgaans zal de eerste benadering worden gevolgd als uitgaande van de stellingen van de benadeelde, op wie de stelplicht en de bewijslast rusten, vastgesteld moet worden of er condicio sine qua non verband bestaat. Voor afwijzing van de vordering is dan voldoende dat niet kan worden vastgesteld dat de schade niet zou zijn ontstaan, zonder de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust. Niet is vereist dat komt vast te staan dat de schade ook zonder die gebeurtenis zou zijn ingetreden”

4.41.1 In dit geval heeft het hof in rov. 3.56, eerste volzin, geoordeeld dat OAD tegenover het gemotiveerde verweer van Rabobank haar stelling dat het handelen van Rabobank het faillissement heeft veroorzaakt, onvoldoende heeft onderbouwd. Het hof heeft het verweer van Rabobank daarom aangemerkt als een betwisting van het c.s.q.n.-verband en niet als een beroep op hypothetische causaliteit.

In deze sleutel lees ik ook de vervolgoverweging in rov. 3.56, tweede volzin, waarin het hof, alle omstandigheden in aanmerking genomen, niet onderbouwd acht dat uitsluitend de telefonische mededeling van Rabobank op 24 september 2013 het faillissement van OAD heeft veroorzaakt. Met andere woorden: niet kan worden vastgesteld dat de schade niet zou zijn ontstaan, zonder weigering van Rabobank op 24 september 2013 om de termijn te verlengen en daarbij het krediet te verruimen.

4.41.2 Deze uitleg van de gedingstukken is voorbehouden aan het hof en niet onbegrijpelijk te noemen. De rechtbank heeft in haar eindvonnis geoordeeld:

"6.67 () Het is niet aannemelijk geworden dat de schade die OAD stelt te hebben geleden () het gevolg is geweest van het handelen van Rabobank. Daarvoor is redengevend dat OAD ook op of kort na 24 september 2013 haar faillissement had moeten aanvragen als Rabobank op 24 september 2013 wel akkoord was gegaan met verlenging van de termijn tot 1 oktober 2013, of zelfs met nog een week extra, en ook zou hebben toegestaan om op vrijdag 27 september 2013 1,1 miljoen krediet op te nemen om IATA te kunnen betalen. ()"

OAD heeft tegen dit oordeel gegriefd en geconcludeerd dat "*het faillissement van OAD is veroorzaakt door falend optreden en/of nalaten van Rabobank*".²⁹

Rabobank heeft dit betwist en onder meer aangevoerd dat "*OAD haar faillissement heeft aangevraagd in het licht van de verschillende onoverkomelijke open eindes waaronder het direct dreigende (extra) liquiditeitstekort, de claim van SGR, het ultimatum van TUI. Met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zou OAD dus haar faillissement op of omstreeks 24 september 2013 hebben aangevraagd, ongeacht of Rabobank enig uitstel (én aanvullend krediet) zou hebben verleend* ()".³⁰ Het is niet onbegrijpelijk dat het hof het verweer van Rabobank aldus heeft opgevat, dat Rabobank heeft aangevoerd dat haar handelen niet causaal is geweest (ongeacht).

4.42 Het subonderdeel leest het verweer van Rabobank echter als een beroep op hypothetische causaliteit. Het betoogt onder a immers: "*bij deze andere redenen gaat het tenslotte om hypothetische feiten/scenarios van ná de normschending op 24 september 2013*".³¹

De klacht onder b bouwt hierop voort. Anders dan door Rabobank aangevoerd, meen ik niet dat het oordeel in rov. 3.56, tweede volzin, niet voortbouwt of afhankelijk is van rov. 3.56, eerste volzin.³² Dit betekent dat de klachten van het subonderdeel berusten op een onjuiste lezing van het bestreden arrest en bij gebrek aan feitelijke grondslag dienen te falen.

4.43 Subonderdeel 5.2 klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 3.56 blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting en/of onbegrijpelijk is, indien het oordeel inhoudt dat het in rov. 3.55 weergegeven verweer van Rabobank ertoe strekt dat het c.s.q.n.-verband is verbroken tussen de normschending op 23 september 2013 en het aanvragen van het faillissement.

Hiertoe voert het subonderdeel aan: dat het bij de in rov. 3.55 genoemde redenen gaat om hypothetische feiten en scenarios van na de normschending (onder 5.2.1); dat het hof heeft nagelaten vast te stellen of de in rov. 3.55 genoemde omstandigheden zich voorgedaan zouden hebben in het hypothetische geval dat de normschending uitgebleven zou zijn (onder 5.2.2); dat geen van deze omstandigheden meebrengt dat er voldoende zekerheid zou zijn dat ook zonder deze normschending OAD op eigen aanvraag op 25 september 2013 failliet zou zijn verklaard (onder 5.2.3); en dat de goedkeuring van de transactie door Rabobank en haar financiering daarvoor haaks staat op de stelling dat faillissement op een latere dag toch wel zou intreden; in ieder geval is dat onbegrijpelijk en ongelooftwaardig (onder 5.3.4).

4.44 Het subonderdeel faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag, omdat het oordeel van het hof niet inhoudt waar het subonderdeel van uitgaat. Het hof heeft geoordeeld dat Rabobank het bestaan van het c.s.q.n.-verband gemotiveerd heeft betwist. Dat is een andere situatie dan de situatie waarop het subonderdeel ziet, namelijk dat sprake is van c.s.q.n.-verband tussen het handelen van Rabobank en het faillissement dat nadien is verbroken.

Het argument onder 5.2.1 miskent dat de in rov. 3.55 genoemde veronderstellingen (die ten grondslag liggen aan de stelling van OAD dat de weigering van Rabobank op 24 september 2013 het faillissement van OAD heeft veroorzaakt), omstandigheden betreffen die reeds op 24 september 2013 relevant waren, reeds omdat er onzekerheid bestond over de vraag of deze omstandigheden zich zouden

verwezenlijken.

Voor de argumenten onder 5.2.2 en 5.2.3 geldt hetzelfde als hierna bij subonderdeel 5.3 wordt opgemerkt.

Anders dan het subonderdeel onder 5.2.4 betoogt, staat de bereidheid van Rabobank om onder voorwaarden mee te werken aan de transactie met de Twentse Investeerders, niet haaks staat op de stelling dat faillissement op een latere dag toch wel zou intreden. De bereidheid van Rabobank was immers aan voorwaarden verbonden, evenals de bereidheid van de Twentse Investeerders, ten aanzien van onder meer de opstelling van SGR en TUI (zie rov. 3.5 en 3.55 van het arrest en rov. 6.42 en 6.44 van het eindvonnis).

- 4.45 Subonderdeel 5.3 voert aan dat het naar de kennelijke bedoeling van het hof louter gaat om stellingen van Rabobank waarvan het hof niet heeft vastgesteld of deze stellingen juist zijn.
- 4.46 Het subonderdeel faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. Het hof heeft in rov. 3.55 een waardering gegeven, in het licht van de in dat verband meegewogen omstandigheden, van iedere veronderstelling die besloten ligt in de stelling van OAD dat de normschending van Rabobank het faillissement heeft veroorzaakt. Deze waardering betrof de mogelijkheid dat een bepaalde veronderstelling zou opgaan. Op basis van deze waardering heeft het hof vervolgens in rov. 3.56, eerste volzin, geoordeeld dat OAD haar stelling dat Rabobank het faillissement heeft veroorzaakt, onvoldoende heeft onderbouwd tegenover het gemotiveerde verweer van Rabobank.
- 4.47 Subonderdeel 5.4 klaagt onder a dat OAD het in rov. 3.56 vermelde verweer van Rabobank wel heeft bestreden, en onder b dat het hof heeft miskend dat dit een bevrijdend verweer is, zodat de stelplicht en bewijslast op Rabobank rusten.
- 4.48.1 De klacht onder a faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. Het hof heeft geoordeeld dat OAD haar stelling over het causaal verband onvoldoende heeft onderbouwd. Daarbij is het hof er terecht van uitgegaan dat op OAD de stelplicht rust van het bestaan van het causaal verband. De klacht berust op de onjuiste veronderstelling dat Rabobank in dit verband een bevrijdend verweer heeft gevoerd.
- 4.48.2 Terecht veronderstelt het subonderdeel onder b dat het hof tot uitgangspunt heeft genomen dat het gemotiveerde verweer van Rabobank een bestrijdend verweer is. Dit blijkt uit de rov. 3.56 en 3.58, waarin het hof heeft geoordeeld dat OAD onvoldoende of niet onderbouwd heeft dat het handelen van Rabobank het faillissement heeft veroorzaakt en dat OAD niet aan haar stelplicht heeft voldaan, zodat niet aan nadere bewijslevering wordt toegekomen.
- Dit uitgangspunt van het hof is juist. Op grond van de hoofdregel van art. 150 Rv rusten de stelplicht en zo nodig bewijslast van het c.s.q.n.-verband in beginsel op de partij die stelt een schadevordering te hebben op een ander.³³ Dat is in dit geval OAD. In cassatie is geen uitzonderingsgrond op voornoemde hoofdregel aangevoerd. De klacht onder b faalt, omdat deze uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van de verdeling van stelplicht en bewijslast.
- 4.49 Subonderdeel 5.5 betoogt dat als ervan uitgegaan moet worden dat OAD later ook wel gefailleerd zou zijn, niet vaststaat wanneer dit faillissement zou zijn gevolgd en welke nadelige gevolgen dit voor OAD zou hebben gehad, omdat OAD door de normschending gedwongen was om het faillissement van OAD aan te vragen en dit geleid heeft tot faillietverklaring op 25 september 2013 met alle nadelige gevolgen van dien.
- 4.50 Het subonderdeel faalt, omdat het gebaseerd is op het uitgangspunt dat er causaal verband bestaat tussen het handelen van Rabobank en het faillissement van OAD. Het hof heeft het bestaan van dit verband niet vastgesteld.³⁴
- 4.51 De klachten van onderdeel 5 slagen niet.
- Middel II, onderdeel 6 (weigering productie 59)*
- 4.52 In de procedure bij het hof heeft (de rolraadsheer in) het hof bij brief van 23 augustus 2022 bericht dat productie 59 bij de memorie van grieven van OAD niet wordt toegelaten (hierna: de weigeringsbeslissing). Deze beslissing is gehandhaafd bij rolbeslissing van 12 september 2023 (hierna: de handhavingsbeslissing) en in rov. 3.1 van het eindarrest. Middel II, dat bestaat uit onderdeel 6,

klaagt hierover. Het onderdeel bevat acht subonderdelen.

4.53 Het procesverloop op dit punt kan, blijkens de door partijen overgelegde procesdossiers in feitelijke instanties, als volgt worden weergegeven.

(i) Het hof heeft, zo blijkt uit de weigeringsbeslissing, een memorie van grieven van maximaal 100 pagina's toegestaan.

(ii) In de weigeringsbeslissing heeft de griffier namens de rolraadsheer aan de advocaten van partijen³⁵ geschreven:

"() De rolraadsheer ziet verder geen aanleiding de memorie van grieven (alsnog) te weigeren omdat deze de toegestane omvang zou overschrijden, zoals Rabobank heeft gevraagd. De memorie van grieven bestaat uit 100 bladzijden en overschrijdt daarmee niet het maximumaantal bladzijden waarvoor de rolraadsheer toestemming heeft gegeven (100 bladzijden). Wel wordt geconstateerd dat productie 59 bij de memorie van grieven geen bewijsstuk of productie is in de zin van artikel 1.2 aanhef en onder b LPR, maar een processtuk van 119 bladzijden waarin het standpunt van [lees: OAD] () over een reeks feiten naar voren wordt gebracht. Voor het indienen van dat processtuk, naast de memorie van grieven, bestaat geen ruimte. Dit stuk wordt daarom niet toegelaten. ()"

OAD verwijst in haar procesinleiding (p. 15-17) en Rabobank verwijst in haar schriftelijke toelichting (nrs. 92-97) naar (delen van) de correspondentie tussen de advocaten van partijen en het hof die aan de weigeringsbeslissing is voorafgegaan.³⁶ Over de inhoud van stukken als zodanig hebben partijen in cassatie geen discussie.

(iii) In de handavingsbeslissing is namens het hof aan de advocaten van partijen bericht:

"() Het hof wijst het bezwaar van Rabobank tegen het indienen van productie 78 af. Het hof stelt vast dat productie 78 bestaande uit 17 pagina's geen nieuwe informatie bevat, maar een beknopt feitelijk overzicht geeft van de gebeurtenissen die volgens OAD relevant zijn voor de beoordeling van de zaak, met vermelding van de volgens haar relevante producties. Het hof is van oordeel dat deze productie niet is te beschouwen als een memorie of een akte en voldoet aan de vereisten die daaraan in artikel 1.2 sub B van het Landelijk Procesreglement worden gesteld. Het hof laat de productie 78 daarom toe.

Het hof handhaaft voorts zijn eerdere beslissing van 23 augustus 2022 waarin productie 59 (bestaande uit 118 pagina's) is geweigerd. ()"

(iv) In rov. 3.1 van het eindarrest overwoog het hof:

"3.1 () 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 tijdslijn geven van de volgens hen relevante gebeurtenissen. ()"

4.54 De door het hof geweigerde productie 59 is gevoegd bij de procesinleiding in cassatie.³⁷

4.55 Alvorens de klachten te bespreken, schets ik kort het juridische kader.

4.56 In hoger beroep worden een conclusie van eis en een conclusie van antwoord genomen (art. 347 lid 1 Rv), doorgaans memories genoemd. De zogenoemde tweeconclusieregel komt erop neer dat elk van de procespartijen in hoger beroep in beginsel één memorie mag nemen.³⁸

4.57 Een partij die zich bij conclusie op enig stuk beroept, is in beginsel verplicht een afschrift van het stuk bij te voegen (art. 85 lid 1 Rv). Deze stukken zijn bewijsstukken, vaak aangeduid als producties.³⁹ Een productie kan een verweer bevatten. Daarop zal wel een voldoende kenbaar beroep⁴⁰ moeten zijn gedaan. HR 17 oktober 2008 overwoog hierover:⁴¹

"4.2.3 () Met verweer dat is gevoerd in een bij conclusie of akte overgelegde productie zal rekening moeten worden gehouden, indien uit de conclusie of akte, mede in verband met de eerdere gedingstukken, voldoende kenbaar is dat de betrokken partij de inhoud van die productie mede als verweer naar voren wil brengen en uit de productie voldoende duidelijk blijkt welk verweer aldus wordt gevoerd".

4.58.1

Nadere voorschriften over akten en conclusies en voor het in het geding brengen van bewijsstukken zijn te vinden in procesreglementen.⁴² Het in deze zaak in hoger beroep geldende procesreglement ten tijde van de weigeringsbeslissing was het Landelijk procesreglement voor civiele dagvaardingszaken bij de gerechtshoven 2022 (hierna: LPr).⁴³

4.58.2 In art. 2.11 Lpr is een regeling opgenomen over de maximale omvang van de processtukken en de weigering van te omvangrijke stukken. Het hof mag in beginsel beperkingen stellen aan de maximumomvang van de processtukken en in een procesreglement mag worden bepaald dat bij overschrijding van het maximale aantal bladzijden het processtuk wordt geweigerd.⁴⁴

4.58.3 Voorts worden in het Lpr worden een processtuk, memorie en productie als volgt omschreven:

"1.2 Begripsbepalingen

In dit reglement worden de begrippen uit de wet gebruikt. Ter verduidelijking hiervan of in aanvulling hierop is de betekenis van onderstaande begrippen in dit reglement () de volgende:

a. akte: een processtuk dat een korte mededeling, zoals een enkele erkenning of ontkenning, een bewijsaanbod, de aankondiging van een productie of een reactie daarop bevat;

b. bewijsstuk of productie: in het geding gebracht stuk anders dan een memorie of een akte;

()

k. memorie of conclusie: een processtuk dat uitgebreider op de inhoud van de zaak ingaat dan een akte als bedoeld onder a;

()

n. processtuk: ieder stuk van een partij waarin het standpunt van die partij naar voren wordt gebracht;"

Aldus is een productie geen memorie volgens het LPr.

4.59 Of een door een partij ingediend schriftelijk stuk een processtuk of productie is, moet worden bepaald door de inhoud van het stuk vast te stellen en vervolgens te beoordelen of het stuk moet worden aangemerkt als een memorie dan wel als een productie.⁴⁵ Bij de beoordeling of een stuk een memorie dan wel een productie is, is niet beslissend of de betreffende partij de bedoeling had een stuk als een memorie dan wel als een productie in het geding te brengen. Bij de uitleg van gedingstukken kan immers ook een rol toekomen aan de vraag hoe de andere procespartij het stuk heeft opgevat en redelijkerwijs heeft moeten opvatten.⁴⁶

Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad is de uitleg van gedingstukken voorbehouden aan de feitenrechter en kan deze in cassatie niet op juistheid worden onderzocht.⁴⁷

4.60 Subonderdeel 6.1 klaagt onder a dat de weigeringsbeslissing blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting, omdat er geen rechtsregel is die inhoudt dat het een procespartij niet toegestaan zou zijn om een productie over te leggen waarin mede standpunten van deze partij worden verwoord, althans behoefde OAD met z'n regel geen rekening te houden, zodat het hof OAD in de gelegenheid had moeten stellen om een stuk over te leggen zonder standpunten.

4.61 Deze klacht gaat uit van een onjuiste lezing van de weigeringsbeslissing en faalt daarom bij gebrek aan feitelijke grondslag. Het hof heeft in de weigeringsbeslissing geoordeeld dat productie 59 geen productie is, maar een processtuk, omdat daarin het standpunt van OAD naar voren wordt gebracht. Dat processtuk heeft het hof geweigerd, omdat voor het indienen daarvan naast de memorie van grieven geen ruimte bestaat.

Het hof heeft daarmee niet miskend dat een productie een verweer kan bevatten. Het hof heeft het stuk geweigerd omdat daarin standpunten werden ingenomen buiten de memorie van grieven om. Daarmee werd inbreuk gemaakt op de door het hof bepaalde (en in cassatie niet bestreden) maximale omvang van memorie van grieven van 100 bladzijden. De tweeconclusieregel brengt mee dat OAD haar standpunt moest uiteenzetten in haar memorie van grieven.

4.62 Subonderdeel 6.1 klaagt onder b dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat productie 59 een processtuk is in het licht van art. 1.2, aanhef en letters b en n, Lpr.

Subonderdeel 6.2 klaagt dat de weigeringsbeslissing uitgaat van de onbegrijpelijke veronderstelling dat productie 59 bedoeld zou zijn om OADs standpunten over een reeks feiten te vermelden, terwijl de

kenbare bedoeling was het geven van een chronologisch overzicht van de feiten. Het hof had het in productie 59 opgenomen commentaar op enkele andere producties buiten beschouwing kunnen laten, volgens het subonderdeel.

4.63.1 Deze klachten, die gezamenlijk kunnen worden besproken, slagen niet.

Het hof heeft op basis van de inhoud van productie 59 geoordeeld dat dit een processtuk en geen productie in de zin van het Lpr is. Daaraan heeft het hof ten grondslag gelegd dat in productie 59 door OAD, buiten de (in omvang gemaximeerde) memorie van grieven om, standpunten worden ingenomen. Dit oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk, nu in cassatie onbestreden is dat productie 59 meerdere standpunten van OAD bevat.⁴⁸ Het oordeel kan voor het overige in cassatie niet op juistheid worden onderzocht. Aan het voorgaande doet niet af de stelling van OAD dat productie 59 was bedoeld om een feitenoverzicht te geven. In de productie waren immers zoals door het subonderdeel wordt erkend óók standpunten van OAD opgenomen.

4.63.2 Het oordeel van het hof is evenmin onbegrijpelijk te noemen in het licht van de suggestie dat het hof productie 59 had kunnen toelaten, maar het daarin opgenomen commentaar buiten beschouwing had kunnen laten. Die suggestie gaat voorbij aan de verantwoordelijkheid van OAD om zich te houden aan de door het hof bepaalde maximumbeperking van de memorie van grieven. Verder zou daarmee de wederpartij van OAD kunnen worden geschaad in haar belang om te weten waartegen zij zich dient te verweren.⁴⁹

4.64 Ik bespreek nu eerst subonderdeel 6.5. Hierin wordt aangevoerd dat op twintig plaatsen in productie 59 een standpunt is vermeld en dat dit qua omvang gaat om hooguit twee van de 119 bladzijden. Daarom is volgens het subonderdeel geen sprake van een processtuk waarin het standpunt van OAD wordt uiteengezet, laat staan dat deze grotendeels standpunten van OAD zou bevatten.

4.65 Deze klacht faalt. Het oordeel van het hof dat in productie 59 ook het standpunt van OAD wordt uiteengezet, is niet onbegrijpelijk (zie hiervoor in 4.63.1-4.63.2).

Verder blijkt uit de weigeringsbeslissing niet dat het hof de mate waarin productie 59 standpunten van OAD bevat heeft vastgesteld, laat staan ten grondslag heeft gelegd aan zijn beslissing, zodat het subonderdeel in zoverre feitelijke grondslag mist. De overweging van het hof in rov. 3.1 van het eindarrest dat die productie niet (louter) feiten, maar grotendeels ook standpunten van OAD bevat, laat zich verstaan dat het kennelijk om meerdere standpunten van niet ondergeschikte betekenis ging.

4.66 Subonderdeel 6.3 klaagt onder a dat de weigering van de productie in dit geval disproportioneel en in strijd met het subsidiariteitsbeginsel is, omdat OAD hierdoor in haar procesvoering in hoger beroep is geschaad. Door de weigering van productie 59 werden de verwijzingen in de memorie van grieven naar de inhoud van deze productie nutteloos. Het resultaat daarvan kan volgens het onderdeel niet anders zijn dan dat het hof niet een volledig beeld heeft gekregen van de standpunten van OAD met als gevolg dat het hof in het eindarrest op tal van plaatsen heeft geoordeeld dat OAD iets onvoldoende onderbouwd gesteld zou hebben.

De disproportionaliteit en strijdigheid met subsidiariteit van de sanctie klemmt volgens het subonderdeel onder b te meer nu OADs advocaat zowel te kennen heeft gegeven dat de rolraadsheer aan eventuele stellingen van OAD in productie 59 voorbij kan gaan, als voorgesteld heeft om deze productie aan te passen.

Subonderdeel 6.4 klaagt dat de weigering van productie 59 een schending van hoor en wederhoor oplevert.

4.67 Deze klachten, die gezamenlijk kunnen worden besproken, slagen niet. Zij falen reeds bij gebrek aan belang. OAD heeft immers de gelegenheid gehad om nadere producties in het geding te brengen en heeft van die mogelijkheid ook gebruik heeft gemaakt. Bij tussenarrest van 21 februari 2023 heeft het hof een mondelinge behandeling bepaald en daarin partijen in de gelegenheid gesteld om voorafgaand aan die zitting processtukken of andere stukken in te brengen. OAD heeft bij akten van 1 en 12 september 2023 van die mogelijkheid gebruikgemaakt. Zij heeft onder andere productie 78 in het geding gebracht en deze is toegelaten. Naar de onbestreden vaststelling van het hof bevat deze

productie een tijdlijn van de volgens OAD relevante gebeurtenissen (rov. 3.1 van het eindarrest). Aldus was OAD in de gelegenheid om, zoals zij wenste, haar chronologisch overzicht van de feiten te presenteren.

De veronderstelling van subonderdeel 6.3 onder a dat het hof geen volledig beeld van de standpunten van OAD wordt niet door het subonderdeel gesubstantieerd. Ook de bespreking van de andere klachten van de cassatiemiddelen geeft geen aanleiding voor die veronderstelling. OAD klaagt niet dat zij in hoger beroep haar standpunten onvoldoende naar voren heeft kunnen brengen

De gedachte dat de rolraadsheer aan eventuele stellingen van OAD in productie 59 voorbij zou kunnen gaan, kwam hiervoor (in 4.63.2) al aan bod. Nu OAD productie 78 in het geding heeft gebracht, is niet meer van belang of zij productie 59 in aangepaste vorm in het geding had kunnen brengen.

Gezien het voorgaande valt niet in te zien dat de weigering van productie 59 moet worden aangemerkt als schending van het beginsel van hoor en wederhoor. In ieder geval kan daarvoor niet redengevend zijn de enkele opmerking in subonderdeel 6.4, dat het "bepaald niet vergezocht [is] om het bezwaar van Rabobank tegen de MvG-productie 59 met 119 bladzijden als louter chicaneus te kwalificeren." Het subonderdeel legt aan deze suggestie slechts ten grondslag dat de conclusie van antwoord van Rabobank inclusief producties 1404 bladzijden besloeg.

4.68 De subonderdelen 6.6 en 6.7 bevatten slechts op de subonderdelen 6.1-6.5 voortbouwende klachten en dienen, evenals die subonderdelen, te falen.

4.69 Subonderdeel 6.8 klaagt dat het onjuist of onbegrijpelijk is dat het hof in (rov. 3.1 van) zijn eindarrest niet is teruggekomen van zijn beslissing productie 59 te weigeren. Het hof is volgens het subonderdeel ten onrechte, gezien het ingrijpende gevolg van de weigering en naar aanleiding van het door de advocaat van OAD gedane verzoek in zijn pleitnota om terug te komen van deze beslissing, niet nagegaan of de eisen van een goede procesorde meebrachten dat het hof van die beslissing moest terugkomen.

4.70 Het subonderdeel faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag, omdat uit (rov. 3.1 van) het eindarrest blijkt dat het hof geen aanleiding heeft gezien terug te komen van de weigering van productie 59. De stelling dat de weigeringsbeslissing, gezien het daaraan verbonden ingrijpende gevolg, onjuist zou zijn, stuit af op het falen van de klacht van subonderdeel 6.3 onder a (hiervoor in 4.67). Het hof was voorts niet gehouden in zijn eindarrest de handhaving van de weigeringsbeslissing nader te motiveren in het licht van het (herhaalde) verzoek bij pleidooi van OAD. In de weigeringsbeslissing waren de gronden voor de weigering van productie 59 al gegeven. Uit de handhavingsbeslissing blijkt dat het hof bij de weigering blijft. OAD heeft bij pleidooi weliswaar andermaal verzocht productie 59 in het geding te mogen brengen, maar heeft daarbij geen (nieuwe) argumenten heeft aangedragen. Ook gezien deze herhaling van zetten, was er voor het hof geen reden in zijn eindarrest (de handhaving van) zijn weigeringsbeslissing nader te motiveren.⁵⁰

4.71 De klachten van onderdeel 6 slagen niet.

Slotsom

4.72 Nu de middelen falen, dient het cassatieberoep te worden verworpen.

5 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden

Plv.

-
- ¹ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 20 februari 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:1176, JOR 2024/144 m.nt. R.I.V.F. Bertrams rov. 3.1, eerste zin en slotzin, met verwijzing naar Rb. Midden-Nederland 2 februari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:259, JOR 2022/125 m.nt. B.W. Wijnstekers. De rechtbank verwijst in rov. 6.36 van haar eindvonnis ook naar haar eerdere overwegingen hoofdstukken 4 en 5 van het eindvonnis. In hoofdstuk 3 van het eindvonnis worden verschillende betrokken personen geïntroduceerd.
 - ² Met *dynamic packaging* wordt een klant in staat gesteld om zelf online een reis samen te stellen, inclusief hotelboekingen, vliegtickets en excursies.
 - ³ Zie rov. 6.13 van het eindvonnis.
 - ⁴ Zie rov. 6.16 van het eindvonnis.
 - ⁵ Rov. 6.35, laatste alinea, van het eindvonnis.
 - ⁶ Rov. 3.5 en 5.10 van het eindvonnis.
 - ⁷ Rov. 6.37-6.38 van het eindvonnis.
 - ⁸ Rov. 6.38 van het eindvonnis.
 - ⁹ Rov. 6.41 van het eindvonnis.
 - ¹⁰ Zie rov. 3.1, 5.10 en 6.46 van het eindvonnis.
 - ¹¹ Zie rov. 5.10 van het eindvonnis.
 - ¹² Zie rov. 6.37 van het eindvonnis.
 - ¹³ Rov. 6.46 van het eindvonnis.
 - ¹⁴ Vgl. over OAD Bus rov. 6.28 van het eindvonnis.
 - ¹⁵ Zie rov. 6.47 van het eindvonnis.
 - ¹⁶ Zie rov. 3.1, 5.18 e.v. en 6.49 van het eindvonnis.
 - ¹⁷ Rb Midden-Nederland, locatie Utrecht, 3 juli 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:2974.
 - ¹⁸ Rb Midden-Nederland, locatie Utrecht, 2 februari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:259, JOR 2022/125 m.nt. B.W. Wijnstekers.
 - ¹⁹ Het incidentele hoger beroep van Rabobank speel in cassatie geen rol meer.
 - ²⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem, 20 februari 2024, ECLI:NL:GHARL:2024:1176, JOR 2024/144 m.nt. R.I.V.F. Bertrams.
 - ²¹ Omdat Tweede Pinksterdag viel op 20 mei 2024 is de procesinleiding tijdig ingediend op 21 mei 2024 (art. 1 lid 1 en art. 3 lid 1 Algemene termijnenwet).
 - ²² Op de eventuele toetsing aan art. 2 ABV wordt ook gewezen door Bertrams in diens noot onder het eindarrest van het hof in JOR 2024/144 onder 6.
 - ²³ Hierop wordt ook gewezen door Rabobank, schriftelijke toelichting nrs. 22 en 50. Zie daarover de schriftelijke repliek nrs. 7 en 10.
 - ²⁴ Onder meer HR 12 januari 2007, ECLI:NL:HR:AZ2041, rov. 3; HR 5 november 2010, ECLI:NL:HR:BN6196, NJ 2013/124, JBPr 2011/6 m.nt. R.P.J.L. Tjittes, rov. 3.4.1.
 - ²⁵ Het hof maakt rov. 5.1-5.28 van het eindvonnis tot de zijne. In rov. 5.25 van het eindvonnis heeft de rechtbank de stelling verworpen dat OAD pas tijdens de getuigenverhoren voor het eerst heeft gehoord over de handgeschreven liquiditeitsprognose.
 - ²⁶ Zie bijvoorbeeld Asser/Sieburgh 6-II 2021/50; R.J.B. Boonekamp, GS Schadevergoeding, art. 6:98 BW, aant. 2.1.
 - ²⁷ Zie bijvoorbeeld Asser/Sieburgh 6-II 2021/89-90; R.J.B. Boonekamp, GS Schadevergoeding, art. 6:98 BW, aant. 3.3.
 - ²⁸ R.J.B. Boonekamp, GS Schadevergoeding, art. 6:98 BW, aant. 2.1.
 - ²⁹ Memorie van grieven nr. 351.

³⁰ Memorie van antwoord nrs. 212-216, i.h.b. 212.

³¹ Zie ook de kop van onderdeel 5, ("Mocht het hof Rabobanks hypothetische later alsnog gefailleerd-verweer honoreren?").

³² Schriftelijke toelichting namens Rabobank nr. 78.

³³ Vgl. bijvoorbeeld HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken, AA 2010, p. 188 m.nt. W.H. van Boom en S.D. Lindenbergh, rov. 5.4.2; HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU4914, NJ 2012/95, AA 2012 p. 752 m.nt. D. Busch, rov. 3.7.1. Zie voorts onder meer Asser/Sieburgh 6-II 2021/76; R.J.B. Boonekamp, GS Schadevergoeding, art. 6:98 BW, aant. 2.5.2; V. van den Brink, bewerkt door W.L. Valk, in: Stelplicht & Bewijslast 2017, commentaar op art. 6:74 BW; R.J.B. Boonekamp, Stelplicht & Bewijslast 2017, commentaar op art. 6:98 BW.

³⁴ Van de zijde van OAD wordt daarom ten onrechte aangevoerd dat in cassatie ervan moet worden uitgegaan dat met het verlenen van uitstel OAD gered had kunnen worden (schriftelijke toelichting namens OAD nr. 5) respectievelijk dat het causaal verband tussen de weigering van de verlenging en het faillissement vaststaat (schriftelijke repliek nr. 17).

³⁵ Het hof heeft deze brief afzonderlijk geadresseerd aan de advocaten van OAD respectievelijk Rabobank. Zie stuk nr. 27 in het door Rabobank overgelegde B-dossier.

³⁶ Van deze stukken bevinden zich in het door Rabobank overgelegde B-dossier de brief van de advocaat van Rabobank aan het hof van 26 juli 2013 en de brief van de advocaat van OAD aan het hof van 27 juli 2013 (stuk nrs. 25 en 26).

³⁷ Deze productie bestaat uit een stuk getiteld Feiten van 119 paginas en een stuk getiteld OAD Rabobank tijdslijn van 16 paginas. In het door OAD overgelegde A-dossier is alleen het tweede stuk opgenomen als productie 59 bij memorie van grieven. In het door Rabobank overgelegde B-dossier zijn beide stukken opgenomen als productie 59 bij memorie van grieven.

³⁸ Zie nader over de tweeconclusieregel Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4 2022/90a.

³⁹ R. de Bock, GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 85 Rv, aant. 1. Zie ook M. Van de Hel-Koedoot, T&C Rv, art. 85 Rv, aant. 1 sub a.

⁴⁰ Zie in het algemeen onder meer HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:404, NJ 2017/147, TvPP 2017 p. 81 m.nt. D.C. Theunis, rov. 3.3.2.

⁴¹ HR 17 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE7628, NJ 2009/474, rov. 4.2.3.

⁴² De Bock, GS Burgerlijke Rechtsvordering, art. 82 Rv, aant. 2, en art. 85 Rv, aant. 2.

⁴³ Stcrt. 2022/1332. Geldend van 1 februari 2022 tot 1 juli 2023. De appeldagvaarding dateert van 22 april 2022, de brief met weigeringsbeslissing dateert van 23 augustus 2022.

⁴⁴ HR 3 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:824, NJ 2024/71 m.nt. H.J. Snijders, JBPr 2022/53 m.nt. P.A. Fruytier, AB 2022/239 m.nt. R. Stijnen, JB 2022/148 m.nt. G.J. Stoepker, i.h.b. rov. 3.3.6, 3.3.7 en 3.3.11.

⁴⁵ Vgl. in verband met de uitleg en kwalificatie van bijzondere overeenkomsten onder meer HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2034, NJ 2020/43, TvAR 2020/8013 m.nt. J.W.A. Rheinfeld, JIN 2020/9 m.nt. S.J.M. Bouwman, JAR 2020/52 m.nt. E. Verhulp, rov. 3.2.2-3.2.3; HR 31 januari 2025, ECLI:NL:HR:2025:167, rov. 3.1.2.

⁴⁶ Vgl. HR 22 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1435, NJ 2006/202 m.nt. H.J. Snijders, JBPr 2005/5 m.nt. A. Knigge en L.C. Dufour, rov. 3.4 onder c; HR 7 juli 2023, ECLI:NL:HR:2023:1070, NJ 2023/323 m.nt. D.W.F. Verkade, Auteursrecht 2023-4, nr. 9 m.nt. D.J.G. Visser, rov. 3.4.3; HR 27 september 2024, ECLI:NL:HR:2024:1314, rov. 3.1.2. Vgl. voorts Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 2015/283.

⁴⁷ Zie bijv. HR 18 oktober 2024, ECLI:NL:HR:2024:1474, rov. 3.2.2; HR 7 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1434, NJ 2018/384, rov. 3.3.2; HR 27 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1557, JBPr 2014/39 m.nt. G.C.C. Lewin, rov. 3.2. Zie voorts Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/157, 283; Van der Wiel (red), Cassatie (BPP nr. 20) 2019/68 en 113.

⁴⁸ Zie bijvoorbeeld de subonderdelen 6.2 en 6.5 van het cassatiemiddel.

⁴⁹ Hierop wijst Rabobank, schriftelijke toelichting nr. 103, terecht. In de schriftelijke repliek nr. 19 merkt OAD op dat Rabobank wel wist waartegen zij zich moest verweren. In cassatie kan niet worden onderzocht in hoeverre Rabobank daadwerkelijk in haar verdedigingsbelang zou zijn geschaad indien het hof gehoor zou hebben gegeven aan de suggestie van OAD.

⁵⁰ Vgl. Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 2022/158
