

3.4. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

3.5. wijst het meer of anders gevorderde af;

in het incident

3.6. wijst het gevorderde af;

3.7. veroordeelt de Rabobank in de proceskosten, (...; red.);

3.8. verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. *Inleiding.* In deze weloverwogen uitspraak beslist de enkelvoudige kamer van de Rechtbank Den Haag dat Rabobank een kredietovereenkomst niet rechtsgeldig heeft opgezegd en daardoor aansprakelijk is voor de helft van het boedeltekort van de gefailleerde kredietnemer. Schadeplichtigheid van een bank wordt in dergelijke gevallen niet snel aangenomen, niet in de laatste plaats vanwege de zware bewijslast voor de eisende partij. De rechtbank gaat in haar tussenvonnis van 14 oktober 2015 eerst in op de vraag of sprake is van een niet-rechtsgeldige kredietopzegging en in haar eindvonnis van 29 juni 2016 op de vraag of causaal verband bestaat tussen de niet-rechtsgeldige kredietopzegging en de gestelde schade. De vraag of het krediet al dan niet rechtsgeldig is opgezegd wordt door de rechtbank beoordeeld aan de hand van de maatstaf van Hof Arnhem 18 februari 2003, «JOR» 2003/267 (*Rabobank/Aarding*) en HR 10 oktober 2014, «JOR» 2015/8, m.nt. Bertrams (*ING/De Keijzer*). De onderhavige uitspraak is met name interessant vanwege het feit dat Rabobank, ondanks het feit dat de rechtbank causaal verband niet met "een redelijke mate van waarschijnlijkheid" bewezen acht, toch wordt veroordeeld in de helft van het tekort in het faillissement.

2. *Feiten.* Rabobank verstrekt in 2007 aan een groep vennootschappen een krediet van € 323.100, waarvan € 300.000 in rekening-courant. Advistaal BV ("Advistaal") was de belangrijkste werkmaatschappij binnen de groep. Tot zekerheid van terugbetaling van (onder meer) dit krediet verkrijgt Rabobank diverse zekerheden, waaronder een pandrecht op vorderingen van Advistaal en een borgstelling van de directeur-groootaandeelhouder (hierna: dga). Vanwege verslechterende resultaten in 2010 en de teruglopende zekerheden van de bank, verlaagt Rabobank de kredietlimiet en verzoekt zij de dga aanvullende zekerheid te stellen. De resultaten van Advistaal verbeteren niet. Rabobank draagt het dossier over aan haar afdeling Bijzonder Beheer, die drie dagen later het rekening-courantkrediet met onmiddellijke ingang opzegt. Op dat moment maakt de groep geen gebruik van haar kredietruimte, maar houdt zij zelfs een creditsaldo aan van € 42.000. De dga verweert zich tegen de opzegging en stelt dat de onmiddellijke opzegging niet rechtsgeldig is en dat een redelijke opzegtermijn in acht moet worden genomen. Hij stelt verder dat de groepsvennootschappen altijd aan hun verplichtingen onder de kredietovereenkomst hebben voldaan, voldoende zekerheid hebben gesteld tot terugbetaling van enig openstaand krediet en op basis van de prognose en resultaten van 2011 niet buiten de kredietfaciliteit (zullen) treden. Door de onmiddellijke beëindiging van de kredietovereenkomst komt de continuïteit van Advistaal direct onder de druk te staan. De bank meent echter dat, gelet op de negatieve liquiditeits- en solvabiliteitsprognose, niet van haar kan worden verlangd om de verliezen van Advistaal te financieren. Op 26 juli 2011 wordt op eigen aangifte het faillissement van Advistaal uitgesproken. Geruime tijd na een succesvolle doorstart van Advistaal stelt de curator van Advistaal de bank wegens niet-rechtsgeldige kredietopzegging aansprakelijk voor het volledige tekort in de boedel.

3. *Rechtsgeldigheid kredietopzegging.* De rechtbank neemt in haar tussenvonnis van 14 oktober 2015 als uitgangspunt dat Rabobank op basis van de kredietovereenkomst de kredietrelatie direct mocht opzeggen en beëindigen. De rechtsgeldigheid van die opzegging dient evenwel te worden beoordeeld aan de hand van de kredietovereenkomst en aan art. 6:248 lid 2 BW. De rechtbank oordeelt dat een kredietopzegging niet rechtsgeldig is indien gebruikmaking van die bevoegdheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Slechts indien een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging bestaat, leidt opzegging tot een rechtsgeldige beëindiging van de kredietovereenkomst. Daarnaast geldt dat de kredietopzegging in overeenstemming moet zijn met de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit (r.o. 4.2 tussenvonnis). Op basis van deze maatstaf beslist de rechtbank dat de kredietopzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onredelijk (lees: onaanvaardbaar) is (r.o. 4.5 tussenvonnis). De rechtbank neemt daarvoor onder meer de volgende gezichtspunten in acht: i) Advistaal heeft nimmer de kredietlimiet overschreden; ii) Advistaal is nimmer tekortgeschoten in haar verplichtingen jegens de bank en is altijd haar verplichtingen jegens de bank nagekomen, iii) ten tijde van de opzegging werd de kredietfaciliteit niet gebruikt en vertoonde de rekening een creditsaldo van € 42.000, iv) de bank had voldoende zekerheden tot zekerheid van nakoming van de gehele kredietfaciliteit, v) de bank heeft op eerste verzoek aanvullende zekerheden verkregen, vi) de bank heeft de kredietopzegging niet van tevoren kenbaar gemaakt aan Advistaal en vii) de bank heeft Advistaal niet voor begeleiding naar

haar afdeling Bijzonder Beheer verwezen (r.o. 4.4 tussenvonnis). De rechtbank oordeelt dat de aanlooperperiode waarin partijen diverse gesprekken hebben gevoerd, onvoldoende is om anders te oordelen; er bestond geen zwaarwegende reden voor kredietopzegging zonder opzegtermijn. Rabobank had Advistaal een redelijke periode moeten gunnen om elders een financiering te betrekken of andere maatregelen te nemen. De rechtbank acht in dit geval een termijn van drie maanden redelijk (r.o. 4.11 tussenvonnis).

4. De rechtbank hanteert in haar oordeel mijns inziens terecht de maatstaf zoals geformuleerd in Rabobank/Aarding en ING/De Keijzer. Voor een uitvoerige bespreking van deze maatstaf verwijs ik graag naar de annotatie van Bertrams bij laatstgenoemd arrest en naar de uitgebreide conclusie van P-G De Vries Lentsch-Kostense. De rechtbank toetst in r.o. 4.4 van haar tussenvonnis de kredietopzegging aan de hand van enkele gezichtspunten die ook in Rabobank/Aarding werden gebruikt door het hof. Gelet op deze opsomming mag de uitkomst geen verrassing zijn. De opzegging was onaanvaardbaar en er was geen sprake van een zwaarwegend belang van de bank om het krediet met onmiddellijke ingang op te zeggen. Overigens vormen de in Rabobank/Aarding genoemde gezichtspunten niet een verplicht toetsingskader (zie Hof Den Bosch 18 augustus 2015, «JOR» 2015/333, m.nt. Struycken en Wijnstekers, r.o. 3.7.5).

5. *Causaal verband*. In haar eindvonnis van 29 juni 2016 oordeelt de rechtbank over de vraag of het faillissement had kunnen worden voorkomen indien Rabobank de kredietovereenkomst zou hebben opgezegd met inachtneming van de opzegtermijn van drie maanden (r.o. 2.2 eindvonnis), oftewel: bestaat causaal verband tussen de niet-rechtsgeldige kredietopzegging en de gestelde schade? Ter beantwoording past de rechtbank naar eigen zeggen onder meer de maatstaf toe die de Hoge Raad heeft geformuleerd in zijn arrest van 5 juni 2009, «JOR» 2009/199, m.nt. Lieverse (*De Treek/Dexia*). Het causaal verband wordt door de rechtbank beoordeeld aan de hand van een vergelijking tussen de feitelijke situatie waarin de fout is gemaakt, en de hypothetische situatie waarin de fout wordt weggedacht. De rechtbank vervolgt dat in rechte het verband kan worden aangenomen als het faillissement – en in het verlengde daarvan het faillissementstekort – met “een redelijke mate van waarschijnlijkheid” het gevolg is van de tekortkoming van Rabobank (r.o. 2.3 eindvonnis). Voor de vergelijking tussen de feitelijke en de hypothetische situatie spelen volgens de rechtbank twee factoren een belangrijke rol. In de eerste plaats de (interpretatie van de) resultaten van de doorstartende vennootschap MLS die dezelfde activiteiten ontplooit als gefailleerde. In de tweede plaats de relevantie van deze resultaten voor de denkbeeldige situatie van een voortzetting van Advistaal en in samenhang daarmee: het realiteitsgehalte dat Advistaal in geval van een redelijke kredietopzegging levensvatbaar zou zijn geweest (r.o. 2.8 eindvonnis).

6. De rechtbank concludeert dat niet vaststaat dat ook bij inachtneming van een redelijke opzegtermijn van drie maanden Advistaal haar faillissement had kunnen afwenden (r.o. 2.30 eindvonnis). Hoewel de curator aannemelijk heeft gemaakt dat de vennootschap bij een opzegtermijn van drie maanden voldoende kans zou hebben gehad om te reorganiseren, acht de rechtbank de kans dat de reorganisatie *met de hier vereiste mate van waarschijnlijkheid* het faillissement had kunnen afwenden niet groot genoeg. De rechtbank motiveert dat ruimte is voor gereede twijfel over het causale verband tussen de tekortkoming en de noodzaak van het faillissement, met name door i) de onzekerheid over het resultaat van de poging het personeelsbestand te verminderen, ii) de overschrijding van de drie maandentermijn in het scenario van de curator om een succesvolle reorganisatie te overleven, en iii) de kans dat weglekken van omzet daadwerkelijk zou zijn voorkomen. De rechtbank oordeelt echter dat, mede gelet op de lastige bewijspositie van de curator, afwijzing van de vordering van de curator onredelijk zou zijn, omdat hij nu eenmaal in de lastige bewijspositie verkeert vanwege de tekortkoming van de bank (r.o. 2.31 eindvonnis). De rechtbank veroordeelt de bank, als medeveroorzaker van de schade, voor de helft van het tekort in de boedel en verwijst op vordering van de curator partijen naar een schadestaatprocedure (r.o. 2.32 en 2.33 eindvonnis).

7. Hoewel de causaliteitsmaatstaf die de rechtbank in r.o. 2.3 hanteert, mij juist voorkomt, kan ik de verwijzing van de rechtbank naar het arrest *De Treek/Dexia* niet zonder meer plaatsen. In die zaak oordeelde de HR dat, behoudens tegenbewijs, door schending van een bijzondere zorgplicht (in casu waarschuwingplicht) het aangaan van de overeenkomst aan de aanbieder (bank) kan worden toegerekend in de zin van art. 6:98 BW, waardoor de bank de financiële nadelige gevolgen van die overeenkomst dient te vergoeden (zie r.o. 5.4.3 van dat arrest). Die lijn volgt de rechtbank in deze zaak echter niet. De rechtbank concludeert na een zorgvuldige afweging van de door de curator gestelde feiten en omstandigheden en het verweer van de bank juist dat causaal verband tussen de niet-rechtsgeldige kredietopzegging en de gestelde schade *niet* met de hier vereiste mate kan worden aangetoond. Dat betekent mijns inziens niet dat causaal verband in casu ontbreekt, maar dat sprake is van een *onzeker* conditio sine qua non-verband. Afwijzing van de vordering zou volgens de rechtbank echter onredelijk zijn aangezien de curator juist in de lastige bewijspositie verkeert door een normschending van de bank. De bank wordt vervolgens veroordeeld in de helft van het tekort in het faillissement. Daarmee lijkt de rechtbank nogal een vreemde stap te nemen, maar dat hoeft niet zonder meer het geval te zijn.

8. Ingevolge art. 6:98 BW kan in beginsel slechts een verplichting tot vergoeding van schade bestaan indien voldaan is aan het conditio sine qua non-verband. In sommige gevallen is echter sprake van een *onzeker* conditio sine qua non-verband.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 31 maart 2006, *RvdW* 2006/328 (*Nefalit/Karamus*) – waarin moest worden beoordeeld of longkanker was veroorzaakt door blootstelling aan asbest of door roken – bepaald dat indien onzekerheid bestaat over het *conditio sine qua non*-verband, proportionele aansprakelijkheid onder omstandigheden gerechtvaardigd kan zijn. In die zaken, waarbij meerdere oorzaken dus konden leiden tot de geleden schade, werd aansprakelijkheid verdeeld over de partijen. Proportionele aansprakelijkheid dient evenwel niet te snel te worden aangenomen vanwege het gevaar dat iemand wordt veroordeeld voor schade die niet door hem is veroorzaakt (zie HR 24 december 2010, «JOR» 2011/54, m.nt. Pijls, r.o. 3.8 (*Fortis/Bourgonje*). In zijn arrest van 12 december 2012, «JOR» 2013/93, r.o. 3.5.3 (*Deloitte/H&H*) heeft de Hoge Raad vervolgens onderscheid gemaakt tussen proportionele aansprakelijkheid en kansschade. Kanschade ontstaat wanneer sprake is van verlies van een kans, bijvoorbeeld een niet-ingesteld appel waardoor de kans op een gunstiger vonnis in hoger beroep verloren is gegaan.

9. Terug naar de onderhavige zaak. De rechtbank stelt, in andere bewoordingen weliswaar, dat sprake is van een onzeker *conditio sine qua non*-verband, maar dat zij het onredelijk vindt dat de schade dan voor rekening van eiser zou blijven. De argumentatie van de rechtbank vertoont veel gelijkens met een opmerking van A-G Spier bij HR 5 juni 2009, *NJ* 2009/256 (zie onder meer overweging 4.10.1) welk arrest uiteindelijk heeft geleid tot voormeld *Deloitte/H&H*-arrest. In zijn conclusie stelt de A-G: “[...] *Het voert dan te ver om alle onzekerheden zonder meer en steeds op degene die met een fout advies wordt geconfronteerd af te wentelen.*”. In *Deloitte/H&H* oordeelde de Hoge Raad dat de leer van de kansschade geëigend is om een oplossing te bieden voor situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming (lees: normschending bank) of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld of en in hoeverre in de hypothetische situatie dat de tekortkoming of onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven, de kans op succes zich in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd (zie r.o. 3.5.3 van dat arrest). Mijns inziens is in het onderhavige geval sprake van kansschade, namelijk het ontvallen van de kans op een succesvolle reorganisatie indien de bank een redelijke opzegtermijn van drie maanden zou hebben gehanteerd, en is sprake van een onzeker *conditio sine qua non*-verband. Doordat de curator voorts aannemelijk heeft gemaakt dat bij verlening van een redelijke opzegtermijn een reorganisatie voldoende kans van slagen zou hebben gehad, lijkt bovendien voldaan aan het vereiste van een reële kans op succes van die kans (zie r.o. 3.8 van dat arrest). Gelet op het voorgaande lijkt het erop dat de rechtbank – bedoeld of onbedoeld – in lijn met het *Deloitte/H&H*-arrest terecht gebruik maakt van een billijkheidscorrectie die de causaliteitsonzekerheid overbrugt. In die lijn acht ik de verdeling van de schade over de twee partijen goed te verdedigen.

10. *Eigen schuld en schadebeperkingsplicht*. De rechtbank is niet nader ingegaan op de stelling van Rabobank dat Advistaal op geen enkele wijze invulling heeft gegeven aan haar schadebeperkingsplicht (zie r.o. 3.7 tussenvonnis), maar heeft mogelijke eigen schuld en mogelijke schending van de schadebeperkingsplicht door Advistaal reeds in haar oordeel verdisconteerd (r.o. 2.32 eindvonnis). Hoewel hierdoor mogelijk een lange discussie tussen partijen is voorkomen, vraag ik mij af of dit een zuivere beslissing is gelet op het feit dat de bank voor de hoogte van de door haar te betalen schadevergoeding mede afhankelijk is van de inspanningen van de curator in het faillissement. Rabobank had bijvoorbeeld aannemelijk kunnen maken dat de curator zich niet voldoende heeft ingespannen om het tekort in de boedel zo laag mogelijk te houden. Anders dan bij proportionele schade (zie HR 14 december 2012, *NJ* 2013/236, m.nt. Lindenbergh, r.o. 4.3 (*Nationale Nederlanden/X*)) is mijns inziens bij kansschade bovendien ruimte voor toepassing van art. 6:101 BW. Gelet op het weloverwogen oordeel van de rechtbank – zij had immers ook simpelweg causaal verband kunnen aannemen – sluit ik niet uit dat de rechtbank bewust deze doos van Pandora heeft dichtgelaten.

mr. C. Dullaart, advocaat bij Cleber te Amsterdam
