

vonnis

RECHTBANK DEN HAAG

Team handel

zaaknummer / rolnummer: C/09/463520 / HA ZA 14-436

Vonnis van 29 juni 2016

in de zaak van

MR. DAVE ALBERTUS BECK,

in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Advistaal B.V.,
wonende te Noordwijk en kantoorhoudende te Leiden,
eiser,
advocaat mr. J.E.M. Lustberg te Leiden,

tegen

de coöperatie **COOPERATIEVE RABOBANK U.A.**,
voorheen Coöperatieve Rabobank Den Haag en Omgeving U.A.,
gevestigd te Den Haag,
gedaagde,
advocaat mr. L.Ph.J. baron van Utenhove te Den Haag.

Partijen worden hierna opnieuw de curator en de Rabobank genoemd.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 14 oktober 2015, waarbij deze zaak is verwezen naar de rol voor een conclusies na tussenvonnis aan beide zijden en een comparitie van partijen is bevolen;
- de conclusie na tussenvonnis (met de producties 17-29) van 16 december 2015 van de curator;
- de conclusie na tussenvonnis (met productie 20) van 16 december 2015 van de Rabobank;
- het proces-verbaal van de comparitie op 14 maart 2016 en de daaraan gehechte pleitnotities van partijen;
- de akte overlegging producties (met de producties 30-32) van 20 april 2016 van de curator;
- het proces-verbaal van de voortzetting van de comparitie op 20 april 2016;
- het faxbericht van 3 mei 2016 van de advocaat van de curator;
- het faxbericht van 4 mei 2016 van de advocaat van de Rabobank.

1.2. Ten slotte is een datum voor vonnis bepaald. Met een brief van 25 mei 2016 heeft de griffier van de rechtbank partijen geïnformeerd over een nadere vonnisdatum.

2. De verdere beoordeling

in de hoofdzaak

Inleiding

2.1. De rechtbank neemt hetgeen zij heeft overwogen en beslist in het tussenvonnis van 14 oktober 2015 (hierna: het tussenvonnis), hier over. Zij blijft daarbij. Voor zover de Rabobank met – onder meer – de uiteenzetting in onderdeel 6 en het vermelde in voetnoot 7 van haar conclusie na tussenvonnis mocht hebben beoogd enig zonder voorbehoud gegeven eindoordeel van de rechtbank in het tussenvonnis opnieuw ter discussie te stellen, gaat de rechtbank daaraan voorbij. Het staat haar niet vrij van dergelijke eindoordelen terug te komen. Geen van de mogelijke uitzonderingen op de regels betreffende de bindende eindbeslissing doet zich hier voor. En als dat al anders zou zijn geweest, zou de rechtbank – zo voegt zij hieraan toe – geen reden zien voor een ander oordeel.

2.2. Kort samengevat gaat het in deze zaak in dit stadium om het volgende. De Rabobank is tekortgeschoten in de nakoming van haar contractuele verplichtingen tegenover Advistaal door op 27 april 2011 de kredietovereenkomst *per direct* op te zeggen. In de gegeven omstandigheden was opzegging met inachtneming van een termijn van drie maanden redelijk. Onderdeel I van de vordering van de curator is in de primaire vorm toewijsbaar. Onderdeel II strekt ertoe dat de Rabobank wordt veroordeeld tot betaling van het bedrag van het gehele tekort in het faillissement van Advistaal. Uit de beslissing ten aanzien van onderdeel I vloeit niet voort – en zeker niet zonder meer – dat ook dit tweede onderdeel toewijsbaar is. Daarvoor is vereist dat er causaal verband bestaat tussen de tekortkoming van de Rabobank en het faillissement, en in het verlengde daarvan: de gestelde schade. Deze schade moet in redelijkheid kunnen worden toegerekend aan die tekortkoming. Dit betekent onder meer dat er een zogeheten *condicio sine qua non*-verband tussen beide moet bestaan. Voor de bepaling van de omvang van de schade vordert de curator verwijzing naar een schadestaatprocedure. Hij stelt de schade in algemene zin op het bedrag van dat gehele faillissementstekort. Volgens hem zou, als de Rabobank niet was tekortgeschoten, het faillissement zijn afgewend. Daardoor is zijns inziens de schade als gevolg van de tekortkoming gelijk te stellen aan het faillissementstekort. De kern van het geschil kan dan ook worden samengevat in de vraag wat er – in deze context – zou zijn gebeurd als de Rabobank de kredietovereenkomst zou hebben opgezegd met inachtneming van de opzegtermijn van drie maanden; zou het faillissement daardoor zijn afgewend of niet? Dit betekent dat de rechtbank de Rabobank niet volgt in de stelling dat de “enige vraag” die (thans nog) beantwoord moet worden, is of het noodzakelijk was (en of van haar, de Rabobank, verwacht mocht worden) om liquiditeitstechnisch onder het beschikbare krediet Advistaal de gelegenheid te geven haar reguliere bedrijfsvoering met het oog op continuïteit gedurende drie maanden voort te zetten. De verplichting tot continuering van het krediet volgt immers al uit het tussenvonnis.

Uitgangspunt bij de causaliteitsvraag

2.3. Bij de beantwoording van de kernvraag die de rechtbank in 2.2 heeft geformuleerd, past zij de maatstaf toe die de Hoge Raad heeft verwoord in onder meer het arrest van 5 juni 2009 (LJN: BH2815). Het causaal verband wordt bepaald aan de hand van een vergelijking

tussen de feitelijke situatie waarin de fout is gemaakt en de hypothetische situatie waarin de fout wordt weggedacht. Bepalend is dan of Advistaal zich in het geval dat de fout wordt weggedacht, in een betere positie zou hebben bevonden. De causaliteitseis is feitelijk van aard. Het is aan de curator om te stellen en bij voldoende gemotiveerde betwisting te bewijzen dat voldoende causaal verband bestaat tussen de tekortkoming en (het tekort in) het faillissement. Zoals de curator terecht betoogt, geldt daarbij niet de eis dat het causale verband met volledige zekerheid komt vast te staan. In rechte kan het causale verband worden aangenomen als er “een redelijke mate van waarschijnlijkheid” bestaat dat het faillissement – en in het verlengde daarvan het faillissementstekort – het gevolg is van de tekortkoming. De rechtbank zal deze maatstaf hierna voor zoveel nodig preciseren.

2.4. De rechtbank moet dus beoordelen wat er vermoedelijk zou zijn gebeurd in een situatie die zich hier niet heeft voorgedaan, te weten die waarin de Rabobank de kredietrelatie zou hebben opgezegd met een termijn van drie maanden, effectief dus tegen 1 juli 2011. De Rabobank beroept zich in dit verband – in vele varianten en in vele onderdelen van haar verweer – mede op datgene wat Advistaal in de drie maanden tussen eind maart en eind juni 2011 *in werkelijkheid* heeft gedaan of nagelaten. Zij vat het gedrag van Advistaals bestuurder aldus samen dat deze toen de handdoek in de ring heeft gegooid. Maar hiermee past de Rabobank ten gronde een onjuiste maatstaf toe. Het is – zoals de rechtbank ook in onderdeel 4.13 van het tussenvonnis heeft overwogen – zeker niet uitgesloten dat de wijze waarop Advistaal en haar bestuurder zich na die beëindiging-per-direct hebben opgesteld, aanwijzingen oplevert voor datgene wat gebeurd zou zijn als de Rabobank zou hebben opgezegd met een termijn van drie maanden. Het komt nu echter vooral aan op een (theoretische) reconstructie van de situatie in dat laatste geval, dat zich nu juist *niet* heeft voorgedaan. De directe beëindiging schiep immers een situatie die wezenlijk verschilde van die welke zou zijn ontstaan door een beëindiging op termijn. Zo hebben de gesprekken van Van der Heijden met De Clercq Advocaten in werkelijkheid onder een heel ander gesternte plaatsgevonden dan wanneer zij zouden zijn gevoerd na een opzegging-op-termijn. Anders gezegd: het perspectief is niet in beide gevallen hetzelfde. Door de beëindiging met onmiddellijke ingang heeft de Rabobank Advistaal voor een voldongen feit geplaatst. Dit feit had ook externe gevolgen, bijvoorbeeld in de verhouding van Advistaal tot de Belastingdienst. Terecht stelt de curator dat Advistaal gehouden was de opzegging te melden bij deze dienst. Een dergelijke melding kan, zoals de Rabobank zal moeten weten en hoogst waarschijnlijk ook weet, allerlei verdere gevolgen hebben, die de kans op het voorkomen van een faillissement niet bepaald verkleinen. Aan dit alles wordt geen afbreuk gedaan door de enkele mogelijkheid dat in de ontstane situatie met de Rabobank te praten zou zijn geweest over enigerlei overbruggingsmogelijkheid, zoals de Rabobank heeft gesteld. Zo'n gesprek ná een directe beëindiging is heel anders dan een zodanig gesprek in het perspectief van het voortduren van de relatie gedurende drie maanden. Ongeloofwaardig is het verweer van de Rabobank waar zij aanvoert dat Advistaal een kort geding tegen haar, de Rabobank, zou hebben kunnen voeren als zij, Advistaal, werkelijk zou hebben gemeend dat er nog perspectieven waren. Deze stelling is niet te verenigen met het gegeven dat de Rabobank, na vele gesprekken en na rijp beraad, heeft gekozen voor een abrupte beëindiging. Zij kan niet aan de curator voorhouden dat Advistaal rechtsmaatregelen had moeten nemen die zij zelf – naar ook uit haar verweer in deze bodemprocedure blijkt – geheel ongegrond acht.

2.5. Afgezien van het in 2.4 vermelde lijdt het geen twijfel dat de mogelijkheid om, bijvoorbeeld, elders bankkrediet te verwerven kleiner zal zijn na een beëindiging van een

bankrelatie met onmiddellijke ingang dan na een beëindiging op termijn. De stelling van de Rabobank dat het niet aan haar te verwijten valt dat het “lastig is om elders te financieren in slechte economische tijden”, gaat langs het kernpunt heen.

2.6. Bij de beantwoording van de causaliteitsvraag dient de rechtbank ook aandacht te geven aan de stelling van de Rabobank dat het faillissement van Advistaal niet is veroorzaakt door de opzegging van het bankkrediet, maar door de economische crisis, de neergaande bouwmarkt en het niet handelen of ingrijpen van Advistaal. Voor zover de rechtbank op onderdelen van deze stelling niet al eerder is ingegaan, heeft te gelden dat het in deze zaak niet gaat om dergelijke factoren, die hoogst waarschijnlijk ertoe hebben bijgedragen dat Advistaal in zwaar weer is terechtgekomen, maar om de vraag of met een opzegging-op-termijn het faillissement had kunnen worden afgewend.

De relevante factoren

2.7. De centrale stelling van de curator is dat, als de Rabobank bij de opzegging van eind maart 2011 een opzegtermijn van drie maanden in acht zou hebben genomen, Advistaal de gelegenheid (en de middelen) zou hebben gehad om een ingrijpende reorganisatie door te voeren, die zou hebben geleid tot onder meer een sterke vermindering van haar personeelsbestand. Dat zou volgens hem een afgeslankt, levensvatbaar bedrijf hebben opgeleverd. Hij meent het bewijs van de juistheid van deze stelling in belangrijke mate te kunnen ontleen aan de gang van zaken bij een andere vennootschap, genaamd MLS International B.V. h/o Structural Engineering Breda (hierna: MLS). MLS heeft, met Van der Heijden als (middellijke) aandeelhouder en bestuurder, in feite, bij wege van een informele “doorstart”, en zonder bankfinanciering, met ingang van 1 september 2011 de bedrijfsactiviteiten van Advistaal voortgezet met een klein en select deel van de vroegere werknemers van Advistaal. In de visie van de curator is MLS in wezen dus een “Advistaal *nieuw*”. MLS heeft ook dezelfde statutaire doelstelling als Advistaal. De curator acht het in hoge mate aannemelijk dat Advistaal hetzelfde perspectief zou hebben gehad indien zij gedurende drie maanden – van 1 april tot 1 juli 2011 – de tijd had gekregen om ingrijpend te reorganiseren.

2.8. Bij de beoordeling van het realiteitsgehalte van dit door de curator geschetste scenario voor Advistaal spelen enkele kernelementen een rol. Dit betreft in de eerste plaats de (interpretatie van) de resultaten van MLS en in de tweede plaats de relevantie van deze resultaten voor de denkbeeldige situatie van een voortzetting van Advistaal en in samenhang daarmee: het realiteitsgehalte van de stelling van de curator dat Advistaal in geval van een opzegging-op-termijn levensvatbaar zou zijn geweest. Bij dit tweede kernelement zijn uiteenlopende aspecten aan de orde zoals (i) de deeltijd-WW-uitkeringen van het UWV die in het verleden aan Advistaal zijn verstrekt, (ii) de kosten van de reorganisatie, (iii) de algehele financiële situatie van Advistaal op het moment van de kredietopzegging, en meer in het algemeen (iv) de vraag hoe realistisch het is om aan te nemen dat de resultaten van MLS, waarin feitelijk een soort “doorstart” van Advistaal heeft plaatsgevonden maar dan zonder de schulden en verdere verplichtingen van deze vennootschap, indicatief zijn voor de mogelijkheden van Advistaal, op wie al deze verplichtingen wel rustten. Deze kwesties komen hier achtereenvolgens ter sprake.

De resultaten van MLS

2.9. De curator heeft de jaarstukken van MLS over de jaren 2011-2014 in het geding gebracht. Uit deze jaarstukken blijkt volgens hem voor al die jaren een positief resultaat, ondanks het ontbreken van bankfinanciering. Ook voor het jaar 2015 werd een positief resultaat verwacht. De curator heeft verder een overzicht overgelegd van juni 2011, met de openstaande offertes van Advistaal van dat moment, met een potentiële omzet van in totaal € 2 miljoen. Hij stelt (i) dat MLS in 2011 geen andere bedrijfsactiviteiten heeft ontplooid dan die welke zijn voortgevloeid uit de “doorstart” van Advistaal door MLS en (ii) dat de resultaten over de jaren 2011 en 2012 voornamelijk zijn behaald met projecten uit de pijplijn van Advistaal (zie ook het tussenvonnis in onderdeel 2.2). De curator stelt voorts dat MLS op grond van de cijfers tot en met november 2015 een aanzienlijk bedrijfsresultaat over dat jaar verwacht.

2.10. De Rabobank heeft de juistheid van de in 2.6 vermelde stellingen van de curator op zichzelf niet – en in elk geval onvoldoende gemotiveerd – tegengesproken, hetgeen wel op haar weg had gelegen. Daarom moet de rechtbank uitgaan van datgene wat de curator hieromtrent heeft aangevoerd. Dit betekent, kort gezegd, dat MLS, op zichzelf bezien, levensvatbaar blijkt te zijn. De rechtbank houdt bij dit een en ander overigens geen rekening met de uitstaande offertes waarop de curator doelt. De Rabobank heeft terecht betoogd dat offertes niet veel zeggen over reëel te behalen omzet.

2.11. De rechtbank leidt hieruit af dat in voldoende mate aannemelijk is dat Van der Heijden in staat was de bedrijfsvoering op gezonde basis voort te zetten. Deze conclusie is van belang doordat de Rabobank de beëindiging van de kredietrelatie met Advistaal mede had gebaseerd op twijfel aan “ideeën” van Van der Heijden en in algemene zin aan diens vermogen om het tij te keren en zich in deze markt als ondernemer te handhaven. Deze twijfel blijkt dus ongegrond te zijn. Daarmee is niet gezegd dat Advistaal in geval van een beëindiging met een termijn van drie maanden – en dus met een nog enige tijd doorlopende mogelijkheid van bankkrediet – overeind zou hebben kunnen blijven, maar wel dat Van der Heijdens ogenschijnlijk (of: mogelijk) inactieve optreden in de periode vóór de beëindiging niet betekent dat hij het vermogen miste om in deze markt en in die periode met deze onderneming door te gaan. De rechtbank verwerpt de stelling van de Rabobank dat het reorganisatiescenario niet relevant is.

2.12. De Rabobank heeft nog betoogd dat MLS, anders dan Advistaal, geen bedrijfsonderdeel heeft dat zich met detachering bezighoudt en daarom niet op één lijn is te stellen met Advistaal. Dit enkele gegeven maakt de door de curator gepresenteerde vergelijking echter niet van onwaarde. Aangenomen kan worden, zoals de curator tijdens de tweede comparitie ook heeft verklaard, dat detachering geen kernactiviteit van Advistaal was en dat deze vennootschap daartoe slechts is overgegaan in perioden met een overschot van eigen personeel.

De relevantie van de gegevens van MLS voor het realiteitsgehalte van de gestelde levensvatbaarheid van Advistaal

2.13. De Rabobank betwist dat uit de resultaten van MLS volgt dat Advistaal een gezonde bedrijfsvoering zou hebben kunnen bereiken en levensvatbaar had kunnen (blijven en) worden. Volgens haar moeten de resultaten van MLS, indien getransponeerd op

Advistaal, worden aangepast dan wel verzwaard met de kosten van de gestelde reorganisatie en met de verliezen uit het verleden. Dan zou een groot verlies zichtbaar worden. De Rabobank stelt dat de reorganisatiekosten veel hoger zouden zijn uitgevallen dan de curator betoogt en dat hierbij ook de kwestie van de kennelijk tot in 2011 doorgelopen uitkeringen wegens deeltijd-WW van belang is. Zelfs zonder dergelijke extra kosten en verliezen zijn volgens de Rabobank de resultaten van MLS gemiddeld slechts € 6.000 positief. De Rabobank stelt dat zij geen verliezen pleegt te financieren en dat ook in dit geval niet zou hebben gedaan, zodat een voortzetting van de kredietrelatie met Advistaal gedurende de fictieve opzegtermijn van drie maanden niet zou hebben kunnen leiden tot dekking van de eventuele verliezen van deze cliënte.

2.14. De rechtbank bespreekt eerst de kwestie van de deeltijd-WW. De Rabobank heeft gesteld dat in de vergelijking tussen de bedrijfsresultaten van MLS en de potentiële verdere resultaten van Advistaal ten onrechte geen rekening is gehouden met de gevolgen van de deeltijd-WW. Volgens de Rabobank “staat vast” dat Advistaal tot 1 juli 2011 een beroep kon doen op uitkeringen op die voet. Met dit betoog heeft de Rabobank geen succes. Uit de door de curator in dit verband in het geding gebrachte correspondentie van zijn faillissementsadministratie met het UWV volgt immers onmiskenbaar dat de periode waarin de deeltijd-WW gold, met ingang van 1 januari 2011 is geëindigd. Dit betekent dat ten tijde van de kredietopzegging, een kleine drie maanden later, geen sprake meer was van deeltijd-WW. Er waren dus ook geen doorlopende verplichtingen of beperkingen uit dien hoofde. Hierbij is niet relevant of Advistaal op 31 december 2011 wist dat de deeltijd-WW was afgelopen.

2.15. De rechtbank voegt hieraan nog het volgende toe. Advistaal zou pas dertien weken na het eindigen van de deeltijd-WW een begin hebben kunnen maken met de personele reorganisatie; deeltijd-WW is immers geen voorportaal voor ontslag. Dit betekent al aanstonds dat geen gevolgen kunnen worden verbonden aan het gegeven dat Advistaal of Van der Heijden in de contacten met de Rabobank in het eerste kwartaal van 2011 de mogelijkheid van ontslag van werknemers niet aan de orde heeft gesteld. De Rabobank betwist voorts dat Advistaal op het tijdstip dat dertien weken na 31 december 2010 ligt, werkelijk een aanvang zou hebben gemaakt of zou hebben kunnen maken met de hier bedoelde reorganisatie. Zij voert hiertoe onder meer aan dat Van der Heijden en Advistaal pas op 24 juni 2011 bekend zijn geworden met de beëindiging van de deeltijd-WW, en wel door de brief van die datum van het UWV die de curator als onderdeel van productie 30 in het geding heeft gebracht. Volgens de Rabobank is de beëindiging van de deeltijd-WW pas met die brief aan Advistaal bevestigd. De rechtbank volgt de Rabobank hierin niet. Deze brief vermeldt slechts dat het UWV de uitkering deeltijd-WW met terugwerkende kracht heeft *verlaagd*. In de brief staat niets over de (het tijdstip van) de *beëindiging* van de deeltijd-WW. Bovendien is de vermeende onbekendheid van Advistaal met de beëindiging van de deeltijd-WW niet te rijmen met het feit dat Advistaal, naar als onweersproken vaststaat, sinds januari 2011 de volledige salarissen van haar personeel heeft uitbetaald. Relevant is evenmin of de Rabobank in het eerste kwartaal van 2011 wist dat de deeltijd-WW was geëindigd. De rechtbank neemt dan ook als uitgangspunt voor haar verdere beoordeling van het geschil dat Advistaal kort na het einde van die termijn van dertien weken – op een tijdstip dat vrijwel samenviel met de hypothetische opzegging-op-termijn – de reorganisatie, met de daarbij behorende ontslagaanvragen, ter hand zou hebben kunnen nemen.

2.16. De kwestie van de deeltijd-WW heeft dus, anders dan de Rabobank betoogt, geen gevolgen voor de beoordeling van de levensvatbaarheid van het door de curator geschetste scenario. Een nader onderzoek op dit punt is niet nodig.

2.17. Een tweede hier te bespreken kwestie betreft de afvloeiingskosten. De curator heeft aan de hand van een gereconstrueerde reorganisatie (hierna te noemen: het scenario van de curator of kortweg het scenario) met betrekking tot het volledige personeelsbestand van Advistaal betoogd dat het mogelijk zou zijn geweest dat deze vennootschap, bij een nog drie maanden doorlopend bankkrediet, in de periode na 1 april 2011 haar kostenstructuur tijdig zodanig had kunnen aanpassen dat zij aan haar financiële verplichtingen jegens de crediteuren kon blijven voldoen. Volgens hem maakt het scenario aannemelijk dat Advistaal in de periode van april tot en met september 2011 haar bruto personeelskosten had kunnen terugbrengen van € 109.941 (april 2011) naar € 31.144 (september 2011) per maand. Dit zou een maandelijkse structurele kostenbesparing van € 78.797 per september 2011 hebben opgeleverd. De Rabobank heeft op diverse gronden betwist dat het scenario realistisch is. Volgens haar heeft de curator de kosten van de “op papier” uitgevoerde krimp ernstig onderschat, onder meer doordat sommige (ex-)werknemers van Advistaal een hoge anciënniteit hadden en mogelijk een schadevergoeding op grond van kennelijk onredelijk ontslag, zoals voorzien in artikel 7:681 *oud* BW, hadden kunnen verkrijgen.

2.18. Uit het verdere debat van partijen over deze aspecten en uit de nadere toelichting van de curator is gebleken dat in het scenario van de curator ervan is uitgegaan (i) dat in alle gevallen waarin Advistaal een ontslagvergunning aan het UWV zou hebben gevraagd, deze vergunning binnen een redelijk korte tijd zou zijn verkregen, en (ii) dat in geen van deze gevallen de betrokken ex-werknemer met succes een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag zou hebben gevorderd. Ook is in het scenario geen rekening gehouden met (iii) de kosten van rechtsbijstand aan de zijde van Advistaal en eventueel haar wederpartij in de desbetreffende procedures.

2.19. De rechtbank acht de wijze waarop de curator in dit opzicht (dat wil zeggen: op het niveau van iedere individuele werknemer) de aansluiting van Advistaal op MLS heeft toegelicht, op zichzelf voldoende. Zij acht het echter onzeker of de in 2.18 aangehaalde uitgangspunten van de curator realistisch zijn. In haar stellingen over dit aspect kent de Rabobank onvoldoende betekenis tot aan het gegeven dat de sterke inkrimping zou hebben plaatsgevonden na een definitieve – zij het aan een termijn van drie maanden gebonden – beëindiging van het bankkrediet. Alle argumenten die de Rabobank zelf in deze procedure heeft aangevoerd om te betogen dat dit krediet *met onmiddellijke ingang* moest eindigen, zou Advistaal hebben kunnen opwerpen zowel in de procedure voor het UWV als in eventuele procedures voor de kantonrechter over de vraag of een met vergunning verleend ontslag niettemin kennelijk onredelijk was. Ook dan echter is de uitkomst onzeker. Het is niet onmogelijk dat Advistaal, met het oog op voortzetting van haar bedrijfsvoering in sterk afgeslankte vorm, nog enige aanvullende middelen zou hebben kunnen verwerven om aanvullende uitgaven te dekken of om een iets langere periode te overbruggen, maar daarover staat niets vast. De rechtbank acht het niet zinvol hiernaar een nader onderzoek te verrichten. Niet alleen gaat het om feiten die zich nu juist *niet* hebben voorgedaan, maar ook is het vrijwel onmogelijk om – met de wetenschap achteraf dat MLS zich tot dusver goed staande heeft gehouden – een realistische schatting te maken van datgene wat in 2011, en dus al weer ongeveer vijf jaren geleden, zou hebben voorgedaan.

- 2.20. De rechtbank komt op de gevolgen van deze onzekerheid hierna, in 2.30, terug.
- 2.21. Bespreking heeft vervolgens de vraag of voortzetting van de kredietrelatie in feite een vorm van verliesfinanciering zou hebben betekend. De rechtbank constateert dat de curator op zichzelf niet heeft betwist dat van de Rabobank niet kon worden gevergd dat zij daartoe zou overgaan. Hij stelt dat Advistaal de voortzetting van het bankkrediet alleen nodig had om de doorlopende – maar volgens hem als gevolg van de reorganisatie sterk teruglopende – personeelslasten te kunnen blijven voldoen. De liquiditeitspositie van Advistaal was voldoende sterk om de schulden te voldoen. Zij diende alleen de overbruggingsperiode tot het tijdstip waarop zij in afgeslankte vorm verder kon gaan (“à la MLS”), te kunnen overleven.
- 2.22. Het scenario van de curator bevat ook gegevens over – zoals hij het aanduidt – het “genormaliseerde resultaat” van Advistaal. De curator heeft hiervoor het externe adviesbureau TKB Administraties (TKB) ingeschakeld. TKB heeft zich bij de uitvoering van de aan haar gegeven opdracht gebaseerd op de cijfers van Advistaal over het eerste halfjaar van 2011. De bevindingen van TKB zijn opgenomen in productie 26 van de curator. Dit overzicht vermeldt dat Advistaal, na de voorgestane reorganisatie, over het jaar 2011 een positief bedrijfsresultaat van ongeveer € 11.000 had kunnen behalen. Daarbij is onder meer rekening gehouden met de veronderstelling dat omzet die, in de bewoordingen van de curator, als gevolg van het faillissement is “weggelekt”, behouden zou zijn gebleven. De rechtbank stelt vast dat dit resultaat is gebaseerd op de in onderdeel 27 van de conclusie na tussenvonnis van de zijde van de curator genoemde uitgangspunten. Hiertoe behoort ook het beschikbaar gekomen zijn van een voorschot, ten bedrage van € 23.800, in september 2011 van een afnemer genaamd AA-Dee Infrastructure Industry BV.
- 2.23. De Rabobank stelt dat diverse van deze uitgangspunten onjuist zijn. Samengevat betoogt zij hiertoe het volgende. De in ogenschouw te nemen periode van drie maanden liep in feite tot en met week 25 van 2011 en dus tot 27 juni van dat jaar. In werkelijkheid was er na de opzegging geen reële beperking van het krediet. Advistaal had immers geen kredietbehoefte, en in elk geval heeft de curator niet aangetoond dat dit het geval is geweest. Eind 2010 was er een debetstand van ruim € 110.000, de liquiditeitsprognose tot en met week 28 was gunstig, en in juli 2011, dat wil zeggen in de periode waarin het faillissement is uitgesproken, had Advistaal een creditpositie van ruim € 114.000. Nadien heeft de curator nog ruim € 208.000 geïncasseerd. Afgezien van dit een ander rijzen er vragen, zoals over de mogelijkheid van leverancierskrediet, mogelijk overleg met de Belastingdienst, het afzien van de managementfee door de bestuurder van Advistaal en de inbreng van aanvullend risicokapitaal door de aandeelhouders.
- 2.24. Bij de bespreking van dit geschilpunt betreffende de mogelijkheid dat het faillissement zou zijn afgewend, stelt de rechtbank voorop dat het betoog van de Rabobank in één, niet onbelangrijk, opzicht innerlijk tegenstrijdig is. Enerzijds heeft zij de ingrijpende maatregel van opzegging van de kredietrelatie gemotiveerd door te verwijzen naar de uitzichtloze situatie van Advistaal, waardoor volgens haar beëindiging met onmiddellijke ingang geboden was, maar anderzijds schetst zij een per saldo gunstig beeld van Advistaal, waardoor deze in de periode na de opzegging geen behoefte had aan krediet. Bij deze presentatie verliest de Rabobank uit het oog dat het doorlopen van het bankkrediet aan Advistaal dekking moest en kon bieden voor het opvangen van personeelslasten die nog enige tijd zouden doorlopen.

2.25. Een belangrijk inhoudelijk aspect betreft de liquiditeitsbehoefte van Advistaal. Indien de Rabobank een opzegtermijn van drie maanden in acht had genomen, had Advistaal tot eind juni 2011 de beschikking gehad over het in oktober 2010 aangepaste krediet, bestaande uit een basiskrediet van € 80.000, te vermeerderen met een bedrag van 60 procent van het openstaande debiteurensaldo niet ouder dan 90 dagen. Tegen deze achtergrond heeft de curator aan TKB tevens de opdracht gegeven om aan de hand van de halfjaarcijfers van Advistaal over 2011, de bankafschriften en het genormaliseerde resultaat (met omzet en kosten) een liquiditeitsprognose over de maanden april tot en met september 2011 op te stellen. De bevindingen van TKB zijn opgenomen in productie 28 van de curator. Blijkens deze bevindingen zou Advistaal ook tijdens de opzegtermijn van drie maanden op geen enkel moment buiten de kredietfaciliteit zijn getreden en zou eind juni 2011 de vordering van de Rabobank op Advistaal € 73.000 hebben bedragen.

2.26. Tussen partijen is niet in geschil dat de Rabobank over zekerheden beschikte, te weten een pandrecht op de debiteuren van Advistaal (tot een overeengekomen maximum) en de borgstelling van Van der Heijden ten bedrage van € 50.000. De curator heeft onweersproken gesteld, en gedocumenteerd, dat – gegeven de aannemelijkheid van het scenario – deze zekerheden voldoende garantie vormden voor aflossing van het krediet dat Advistaal in het tweede kwartaal van 2011 nodig had. Het hier becijferde bedrag van € 73.000 zou zijn afgedekt door deze zekerheden. De curator stelt terecht dat de Rabobank de vorderingen van Advistaal zou hebben kunnen innen en dat daarvoor ook voldoende ruimte zou zijn geweest omdat volgens de liquiditeitsprognose de genormaliseerde financieringsbehoefte per 31 juli 2011 slechts € 15.000 bedroeg. Afgezien van de vraag of het scenario voor het overige voldoende realistisch was, schuilt in het hier besproken verweer van de Rabobank dus geen zelfstandige grond om aan te nemen dat het aanvullende krediet dat Advistaal gedurende deze drie maanden nodig zou hebben gehad om de krimp voor te bereiden, onaanvaardbare risico's voor de Rabobank zou hebben meegebracht.

2.27. De Rabobank heeft enkele malen de aandacht gevraagd voor het gegeven dat Advistaal in 2010 verliezen tot een bedrag van € 300.000 in totaal heeft geleden. Dit is echter niet een beslissend gezichtspunt. Het komt aan op de werkelijke vermogenstoestand van Advistaal ten tijde van de opzegging van het krediet en op de veronderstelde toestand in de maanden daarna in het zich niet voorgedaan hebbende geval van een opzegging- op- termijn. Als onweersproken staat vast dat het eigen vermogen van Advistaal op het moment van de opzegging vrijwel nihil – en dus niet negatief – was. In dit gegeven schuilt dus geen grond voor de conclusie dat het scenario niet realistisch was en dat MLS niet in redelijkheid als voortzetting van Advistaal kan worden aangemerkt.

2.28. De curator heeft met de hier vereiste mate van aannemelijkheid aangetoond dat Advistaal in het door hem gepresenteerde scenario gedurende de periode van september tot en met december 2011 haar overige crediteuren zou hebben kunnen voldoen. Hierbij verdient wel aantekening dat daarmee de termijn van drie maanden waarin het bankkrediet had moeten doorlopen, ruim is overschreden.

2.29. De Rabobank heeft ook nog aangevoerd dat in het scenario de omzet van Advistaal over de periode van september tot en met december 2011 ten onrechte is vermeerderd met een maandelijks bedrag van € 18.750 in verband met het “weglekken” van een deel van de omzetten in de periode rondom het faillissement. De rechtbank acht de aanname van de

curator dat door het faillissement van Advistaal een deel van haar omzet definitief verloren is gegaan en dus niet behouden kon blijven in MLS, alleszins reëel, al valt de precieze omvang van dat gedeelte van de omzet uiteraard niet meer te achterhalen. Het is zeker niet uit te sluiten dat dit deel kan worden begroot op het door de curator genoemde bedrag.

De slotsom ten aanzien van causaal verband

2.30. Naar het oordeel van de rechtbank rechtvaardigt al het voorgaande de conclusie dat Advistaal, indien de Rabobank een opzegtermijn van drie maanden zou hebben in acht genomen, voldoende tijd zou hebben gehad om met een redelijke kans van slagen haar bedrijf te reorganiseren en haar bedrijfsactiviteiten in afgeslankte vorm voort te zetten. Deze kans is echter niet groot genoeg om te kunnen leiden tot de slotsom dat dit resultaat met de hier vereiste mate van waarschijnlijkheid zou zijn bereikt. Het staat dus niet vast dat Advistaal, indien de Rabobank een opzegtermijn van drie maanden in acht zou hebben genomen, het faillissement had kunnen afwenden. Naar het oordeel van de rechtbank heeft enerzijds te gelden dat de Rabobank geen concrete feiten en omstandigheden heeft gesteld die de conclusie wettigen dat Advistaal in de gegeven situatie ook zou zijn gefailleerd als zij, de Rabobank, haar zorgplicht niet had geschonden en een opzegtermijn van drie maanden in acht had genomen. Anderzijds echter is er ruimte voor gerede twijfel over het causale verband tussen de tekortkoming en de noodzaak van het faillissement. Dit betreft in het bijzonder datgene wat in 2.19 is vermeld (de onzekerheid over het resultaat van de pogingen die zouden zijn ondernomen om het personeelsbestand sterk te verminderen, en over de duur en de kosten van dergelijke pogingen), maar ook de kwesties die in 2.28 en 2.29 zijn genoemd. Dit betreft respectievelijk de periode die Advistaal beschikbaar zou hebben gehad om de reorganisatie te overleven en de mogelijkheid dat het wegglekken van omzet zou zijn voorkomen.

2.31. Aan deze onzekerheid verbindt de rechtbank niet de conclusie dat de curator er per saldo niet in is geslaagd om het bewijs dat in beginsel door hem moet worden geleverd, bij te brengen. Daarvoor zijn de aanwijzingen ten gunste van het door hem bepleite standpunt te groot. Afwijzing van de vordering zou ook daarom onredelijk zijn, omdat de bewijspositie van de curator per definitie zwaar is; hij moet immers aantonen hoe de gang van zaken zou zijn geweest na een kredietbeslissing die nu juist niet is genomen. De curator verkeert in deze lastige bewijspositie door niets anders dan de tekortkoming juist van zijn wederpartij, de Rabobank.

2.32. Deze overwegingen, beoordeeld tegen de achtergrond van al hetgeen in het tussenvonnissen en dit vonnis is vermeld, brengen de rechtbank tot de beslissing om de Rabobank, als belangrijke medeveroorzaker van de gestelde schade, te veroordelen om de helft van die schade te vergoeden. In deze afweging zijn ook de mogelijke eigen schuld van Advistaal en de mogelijke schending van haar verplichting tot schadebeperking verdisconteerd. Deze aspecten leiden niet tot een andere uitkomst dan die waartoe de rechtbank hier is gekomen.

Omvang van de gevorderde schade

2.33. Bij het vaststellen van de omvang van de schade strekt tot uitgangspunt dat Advistaal (thans dus de curator als de vertegenwoordiger van de boedel van deze vennootschap) door een schadevergoeding zoveel mogelijk in de toestand dient te worden

gebracht waarin zij (thans: de boedel) zou hebben verkeerd indien de tekortkoming van de Rabobank niet zou hebben plaatsgevonden. De rechtbank onderschrijft de wijze waarop de curator, volgens deze maatstaf, de schade begroot wenst te zien.

De gevraagde uitvoerbaarverklaring bij voorraad

2.34. De Rabobank heeft bepleit dat de rechtbank, indien zij in dit vonnis haar (de Rabobank) zou verplichten terstond tot betaling over te gaan, de desbetreffende veroordeling niet uitvoerbaar te verklaren. Nu de rechtbank, overeenkomstig het verzoek van de curator, partijen naar een schadestaatprocedure zal verwijzen, is de voorwaarde waaronder dit verweer is gevoerd, niet vervuld. De rechtbank zal, zoals gebruikelijk, haar vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaren.

De proceskosten

2.35. De Rabobank wordt veroordeeld in de proceskosten. Zij is ten aanzien van hoofdpunten waarover de rechtbank in deze procedure moest oordelen, geheel of in belangrijke mate in het ongelijk gesteld. De rechtbank begroot deze kosten aan de zijde van de curator op € 375,80 wegens verschotten (€ 93,80 wegens de kosten van de dagvaarding en € 282 wegens griffierecht) en op € 2.712 (zes punten à € 452, volgens tarief II) wegens salaris van de advocaat; in totaal dus € 3.087,80.

2.36. Voor een afzonderlijke veroordeling in de zogeheten nakosten bestaat geen grond, nu de kostenveroordeling ook voor deze kosten een executoriale titel oplevert (zie onder meer HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116, NJ 2011, 237).

in het incident

2.37. De incidentele vordering betreft de omvang van de schade en daarmee onderdeel II van de vorderingen in de hoofdzaak, die allereerst gericht is op de vaststelling van de aansprakelijkheid van de Rabobank.

2.38. De Rabobank heeft geen belang meer bij inzage in bescheiden op grond van artikel 843a Rv. De opgevraagde bescheiden heeft de Rabobank voor haar verweer niet nodig gehad en waren niet nodig voor een beslissing op de vordering in de hoofdzaak. Nu voldoende aannemelijk is dat de boedel schade heeft ondervonden van de tekortkoming van de Rabobank, is de gevorderde verwijzing naar de schadestaatprocedure gerechtvaardigd. De omvang van de schade die ten laste van de Rabobank moet komen, dient in de schadestaatprocedure te worden vastgesteld.

2.39. De incidentele vordering wordt dus afgewezen. De Rabobank wordt veroordeeld in de kosten aan de zijde van de curator in dit incident. De rechtbank begroot deze kosten op € 452 (één punt à € 452, volgens tarief II) wegens het salaris van de advocaat.

3. De beslissing

De rechtbank:

in de hoofdzaak

- 3.1. verklaart voor recht dat de Rabobank de kredietovereenkomst met Advistaal niet rechtsgeldig heeft opgezegd en daarmee is tekortgeschoten in de nakoming van haar contractuele verplichtingen tegenover Advistaal;
- 3.2. veroordeelt de Rabobank tot betaling aan de curator van 50 procent van het tekort in het faillissement van Advistaal, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, te vermeerderen met de wettelijke rente hierover, gerekend vanaf de vijftiende dag na de dag van de betekening van dit vonnis en tot aan de dag van betaling;
- 3.3. veroordeelt de Rabobank in de proceskosten, die aan de zijde van de curator tot heden bedragen € 3.087,80;
- 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, aan de zijde van de curator begroot op € 452;
- 3.8. verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. H.F.M. Hofhuis en in het openbaar uitgesproken op 29 juni 2016.



Voor gossel/~~commissie~~

29 JUNI 2016

De griffier.

type: 1099