

FIP 2016/336 Art. - De opzegging van kredietovereenkomsten getoetst

Art. - De opzegging van kredietovereenkomsten getoetst

13-12-2016

De opzegging van kredietovereenkomsten getoetst

Sinds het arrest ING/De Keijzer (2014) is duidelijk dat de opzegging van een kredietrelatie door een bank behoort te worden getoetst aan de hand van de overeenkomst zelf en de derogerende redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW. Destijds was de vraag of dit tot een wezenlijk andere toetsing van kredietopzeggingen zou leiden. Zouden rechters terughoudender gaan toetsen en meer ruimte aan de bank laten? De auteur verkent deze vraag aan de hand van de sindsdien verschenen jurisprudentie. Hij komt tot de conclusie dat de toetsingsmaatstaf weliswaar formeel een andere is, en ook voortvarend en consequent wordt toegepast, maar de toetsing inhoudelijk niet wezenlijk is veranderd. Bij de beoordeling laten rechters zich nog steeds door dezelfde factoren leiden als voordien. De auteur licht toe waarom dit niet als een verrassing komt.

1. Inleiding

In 2014 heeft de Hoge Raad in het arrest ING/De Keijzer duidelijkheid geschapen over de toetsingsmaatstaf die geldt bij de opzegging van een kredietrelatie door een bank.¹ Een dergelijke opzegging behoort te worden beoordeeld aan de hand van de overeenkomst zelf en de derogerende redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW. Tot dan toe werden kredietopzeggingen dikwijls getoetst aan de hand van het arrest Rabobank/Aarding van het Gerechtshof Arnhem uit 2003.² De vraag na ING/De Keijzer was of dat arrest tot een wezenlijk andere toetsing van kredietopzeggingen zou leiden. Er is inmiddels voldoende rechtspraak voorhanden om op dat punt enkele nuttige conclusies te trekken.

2. ING/De Keijzer (2014)

De jurisprudentie die in deze bijdrage centraal staat, ziet op kredietovereenkomsten die een opzeggingsregeling bevatten. Dat is bijna altijd het geval, of het nu een krediet voor onbepaalde tijd betreft, meestal een rekening-courantkrediet, of een krediet voor bepaalde tijd, een vaste lening. De opzeggingsregeling ligt typisch vast in de algemene voorwaarden die op de kredietovereenkomst van toepassing zijn. Dat zijn meestal de Algemene Bankvoorwaarden 2009 (ABV) van de Nederlandse Vereniging van Banken en daarnaast de algemene kredietvoorwaarden van de bank zelf. De ABV bevatten een opzeggingsbevoegdheid voor de bank in geval van verzuim door de kredietnemer (artikel 27 ABV), bijvoorbeeld wanneer een kredietnemer aflossings- of renteverplichtingen niet of niet tijdig nakomt. De ABV bevatten ook een algemene opzeggingsgrond: “Zowel de cliënt als de bank kan de relatie tussen hen schriftelijk geheel of gedeeltelijk opzeggen.” (artikel 35 ABV).

Tot het arrest ING/De Keijzer werd de toelaatbaarheid van een kredietopzegging dikwijls getoetst aan de hand van het genoemde arrest Rabobank/Aarding van het Gerechtshof Arnhem uit 2003. Dit kwam in feite neer op een “ja, mits”-toetsing. De bank was op grond van de redelijkheid en billijkheid slechts bevoegd tot opzegging mits sprake was van een voldoende zwaarwegende grond. Daarbij gold dat de opzegging vanwege de bijzondere zorgplicht van de bank ten minste aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit moest voldoen.

De toets uit Rabobank/Aarding noopte tot een brede afweging van de belangen van de bank enerzijds en die van de kredietnemer anderzijds. In dat verband werden in Rabobank/Aarding (niet-uitputtend) negen algemeen geformuleerde ‘factoren’ opgesomd. Enigszins beknopt weergegeven, zijn die als volgt:

- de duur, de omvang en ingewikkeldheid van de kredietrelatie, de mate van exclusiviteit en het verloop van de kredietrelatie;
- een aanmerkelijke afname van de kredietwaardigheid en/of aanmerkelijke toeneming van het kredietrisico, waarbij met name de dekking door zekerheden relevant is;
- het gedrag en de betrouwbaarheid van de cliënt en de mate en tijdigheid van de informatieverstrekking aan de bank;
- of en in welke mate de kredietnemer toerekenbaar tekort is geschoten;
- de overlevingskansen van de onderneming van de kredietnemer, al dan niet na reorganisatie of doorstart, en de mate waarin een reorganisatie is opgestart;
- de termijn die aan de kredietnemer wordt gegund om alternatieve financiering te zoeken en de ernst van de problemen indien hij zijn financiering niet op korte termijn elders kan onderbrengen;
- de wijze van besluitvorming van de bank voorafgaand aan de opzegging, de wijze waarop overleg met de kredietnemer en of en in welke mate de bank tevoren heeft gewaarschuwd;
- door de bank gewekte verwachtingen; en
- andere maatschappelijke belangen.

In de literatuur is wel aangenomen dat de “ja-mits”-toets uit Rabobank/Aarding op de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 1 BW was gebaseerd. Een indicatie daarvoor was bijvoorbeeld de verwijzing van het hof naar “*de aard van een specifieke overeenkomst*”. Sommige auteurs meenden dat dit niet de juiste grondslag voor de toetsing van kredietopzeggingen was. Volgens hen moest het uitgangspunt zijn dat de bank bevoegd is tot opzegging, tenzij dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. In dat geval wordt er dus getoetst aan de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2 BW). Deze verdeeldheid was ook zichtbaar in de jurisprudentie. De conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense inzake ING/De Keijzer bevat een uitgebreid overzicht van relevante jurisprudentie en literatuur.³

Sinds ING/De Keijzer is er geen ruimte meer voor discussie: de opzegging moet worden beoordeeld aan de hand van de overeenkomst zelf en de derogerende redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW:

“Het onderdeel neemt met juistheid tot uitgangspunt dat, indien een kredietverlener gebruik maakt van een overeengekomen bevoegdheid tot beëindiging van de kredietovereenkomst, de rechtsgeldigheid daarvan beoordeeld moet worden aan de hand van de overeenkomst en de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW. Dat laatste brengt mee dat de beëindiging door de kredietverlener op grond van een dergelijke bevoegdheid niet rechtsgeldig is indien gebruikmaking van die bevoegdheid, gelet op de omstandigheden van het geval, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.” (r.o. 3.5.2)

Daarmee is de “ja, mits”-toets uit Rabobank/Aarding (definitief) verlaten voor een “ja, tenzij”-toets, waarbij de “tenzij” bestaat uit de onaanvaardbaarheid van artikel 6:248 lid 2 BW.

3. Jurisprudentie na ING/De Keijzer

De centrale vraag ná ING/De Keijzer was of het arrest tot een wezenlijk andere toetsing van kredietopzeggingen zou leiden. Zou de toetsing conform Rabobank/Aarding achter ons liggen? En hebben banken door de “ja-tenzij”-toets meer ruimte tot opzegging, gelet op de hoge drempel van ‘onaanvaardbaarheid’? Deze vragen worden hierna verkend. Daarbij maak ik onderscheid tussen de toepassing van de ‘nieuwe’ maatstaf zelf (paragraaf 4) en de toetsing langs die maatstaf (paragraaf 5). De

verkenning geschied op basis van de in totaal 22 gepubliceerde uitspraken over kredietopzegging sinds ING/De Keijzer die ik kon vinden, waarbij ik er vast een of meer over het hoofd heb gezien. Er is door de naweeën van de kredietcrisis en het aangescherpte beleid binnen banken in elk geval geen gebrek aan aanbod in de jurisprudentie. Voor de volledigheid merk ik op dat de betrokken jurisprudentie steeds ziet op een geschil tussen de kredietnemer en de bank, en dus bijvoorbeeld niet op vermeend onrechtmatig handelen van de bank jegens derden zoals aandeelhouders of achtergestelde crediteuren. De 22 uitspraken die ik vond, waren:

- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:7868;
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 25 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9129;
- Gerechtshof Den Haag 9 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4454;
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:617;
- Gerechtshof Den Haag 3 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:332;
- Rechtbank Den Haag 10 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6808;
- Rechtbank Amsterdam 1 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4073;
- Rechtbank Oost-Brabant 7 juli 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:4479;
- Rechtbank Noord-Nederland 22 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3637;
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 augustus 2015, «JOR» 2015/333, m.nt. Struycken en Wijnstekers;
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015 (KG), ECLI:NL:GHARL:2015:7494;
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 13 oktober 2015 (KG), «JOR» 2016/209, m.nt. Snoeks;
- Rechtbank Den Haag 14 oktober 2015, «JOR» 2016/291, m.nt. Dullaart;
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4341;
- Rechtbank Midden-Nederland 18 november 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7980;
- Rechtbank Gelderland 7 december 2015 (KG), ECLI:NL:RBGEL:2015:8186;
- Rechtbank Amsterdam 20 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:340;
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2016, «JOR» 2016/211, m.nt. Damminga;
- Rechtbank Amsterdam 18 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2215;
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 mei 2016 (KG), ECLI:NL:GHARL:2016:3606;
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 16 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6620;
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 september 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:4294.

4. Toepassing van de maatstaf uit ING/De Keijzer

Wat bij lezing van deze rechtspraak aanstonds duidelijk wordt, is dat rechters de maatstaf uit ING/De Keijzer voortvarend en consequent zijn gaan toepassen. Dat wekt op zich geen verbazing. De Hoge Raad

heeft met ING/De Keijzer immers overduidelijk eenheid willen scheppen, en dat is dus gelukt. Er zijn slechts enkele uitzonderingsgevallen waaruit spreekt dat de rechter de ‘nieuwe’ maatstaf niet of niet geheel juist heeft aangelegd. Eén daarvan is het arrest van het Gerechtshof Den Haag van 9 december 2014 waarin het hof nog Rabobank/Aarding aanhield door te toetsen of sprake is van een voldoende zwaarwegende grond.⁴ Een mogelijke verklaring hiervoor is dat het arrest redelijk kort na ING/De Keijzer werd gewezen.

Omdat vrijwel steeds de juiste maatstaf wordt aangehouden, is het ook logisch dat de toetsing vrijwel steeds uitmondt in het oordeel dat de opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid wel of niet onaanvaardbaar is, aldus conform ING/De Keijzer. Toch zijn er (ook) op dit punt her en der nog sporen van Rabobank/Aarding te bespeuren zijn. Een voorbeeld is het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 25 november 2014: *“Naar het voorlopig oordeel van het hof heeft de bank aldus aan haar zorgplicht voldaan en was het opzeggen van het krediet door de bank in de gegeven omstandigheden niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.”*⁵ De toetsing aan de hand van de zorgplicht duidt op Rabobank/Aarding en de toetsing van mogelijke onaanvaardbaarheid duidt op ING/De Keijzer. Deze ‘hybride’ conclusie wordt mogelijk eveneens verklaard doordat het arrest maar kort na ING/De Keijzer werd gewezen. Opvallend is wel dat hetzelfde hof op 14 oktober 2014, nog maar vier dagen na ING/De Keijzer, een arrest wees waarin wél enkel nog de onaanvaardbaarheid werd getoetst, dus geheel conform ING/De Keijzer.⁶

Een ander voorbeeld van overblijvende sporen van toetsing conform Rabobank/Aarding is het vonnis van Rechtbank Den Haag van 14 oktober 2015 waarin de rechtbank aan het toetsingskader van ING/De Keijzer toevoegde *“Een kredietopzegging zal (in elk geval ook) in overeenstemming moeten zijn met eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.”*⁷

In het vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland van 18 november 2015 verliep de toetsing mijns inziens systematisch onzuiver.⁸ In deze casus stond tussen partijen vast dat sprake was van een overstand op de rekening-courant en dat er verzuim jegens de bank was wegens *“het volledig ontbreken van voeding op de rekeningen”*. Naar de systematiek van ING/De Keijzer is dan de eerste stap om aan de hand van de betrokken kredietovereenkomst te beoordelen of de tekortkomingen kwalificeren als een opzeggingsgrond (stap 1) en zo ja, of de opzegging onaanvaardbaar is in het licht van artikel 6:248 lid 2 BW (stap 2). De rechtbank toetste inderdaad als eerste of de tekortkomingen kwalificeren als een opzeggingsgrond (stap 1) maar deed dit door – uitvoerig – te beoordelen of de tekortkomingen in een redelijke verhouding staan tot de ingrijpende maatregel van opzegging: *“Hoewel art. 5.1 onder a ABK ABN AMRO naar de letter de bevoegdheid geeft om kredieten op te eisen bij enige tekortkoming van [gedaagde], brengt een redelijke uitleg van deze bepaling met zich dat deze (ingrijpende) maatregel in verhouding tot de tekortkoming moet staan.”* (r.o. 4.8). Door deze aanpak werd in stap 1 de belangenafweging gemaakt die eigenlijk pas in stap 2 aan de orde had moeten komen, specifiek in het licht van artikel 6:248 lid 2 BW (inclusief bijbehorende stelplicht en bewijslast).⁹ Doordat de rechtbank vervolgens ook nog aan artikel 6:248 lid 2 BW toetste, woog zij ten onrechte tweemaal de betrokken belangen af.

In het arrest (in kort geding) van het Gerechtshof ’s-Hertogenbosch van 10 maart 2016 inzake Brova e.a./ING stond de vraag centraal of ING de financiering van het betrokken concern, waartoe onder meer de Hout-Brox behoorde, na ommekomst van de looptijd met een nieuwe overeenkomst zou moeten verlengen.¹⁰ Hoewel het in mijn ogen, gelet op de samenhang met de bestaande, aflopende kredietovereenkomst verdedigbaar was geweest dat het hof de maatstaf van ING/De Keijzer analoog op de casus had toegepast, is het dogmatisch correct dat het hof dat niet deed. Het ging in dit geval immers niet om een *tussentijdse* opzegging van een bestaande kredietovereenkomst, zoals in ING/De Keijzer, maar om het verlengen van een inmiddels *verstreken* overeenkomst met een nieuwe overeenkomst. In plaats daarvan zocht het hof aansluiting bij de bijzondere zorgplicht die op banken rust vanwege hun maatschappelijke positie en professionele deskundigheid. Opvallend is dat het hof lijkt te menen dat een bank op grond van haar bijzondere zorgplicht onder omstandigheden gehouden kan zijn om een kredietfaciliteit te verlengen. Dat is in het licht van de contractsvrijheid op zich een gewaagde opvatting, maar door de dogmatisch geringe verschillen met bijvoorbeeld een tamelijk late, tussentijdse beëindiging ook weer niet ondenkbaar.¹¹ Daarom is het ook logisch dat het hof bij de beoordeling van de voorliggende vraag deels dezelfde factoren betrok als genoemd in Rabobank/Aarding (en die ook na

ING/De Keijzer nog relevant zijn, zie volgende paragraaf), zoals het kredietrisico, de zekerhedenpositie van de bank en de betrokken maatschappelijke belangen (i.c. 46 winkels, 700 werknemers).

De uitspraak in Brova e.a./ING staat in contrast met de uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland van 22 juli 2015 waarin de maatstaf van ING/De Keijzer wél analoog werd toegepast, ondanks dat er geen contractuele relatie tussen de bank en de schuldenaar was.¹² De logica hiervan wordt door de casus verklaard. De kredietnemer was de kredietovereenkomst met Friesland Bank aangegaan. Rabobank heeft op enig moment de klanten van Friesland Bank overgenomen en in dat verband werd de kredietnemer verzocht mee te werken aan contractoverneming. Toen hij dit weigerde, droeg Friesland Bank slechts de vorderingen op de kredietnemer aan Rabobank over. Vervolgens ontstond een dispuut tussen Rabobank en de kredietnemer over de opeising van het krediet (de overgedragen vorderingen), wat tot het betrokken vonnis leidde. Ik kan mij in de aanpak van de rechtbank vinden. De beschermende functie van ING/De Keijzer bestaat niet zozeer uit het voorkomen dat de kredietrelatie wordt opgezegd, maar vooral uit het voorkomen dat het krediet op onaanvaardbare gronden wordt opgeëist. Dat laatste was in deze zaak ook het onderwerp van dispuut.

5. Toetsing langs de maatstaf uit ING/De Keijzer

In paragraaf 2 is toegelicht dat de toetsing van kredietopzegging op grond van Rabobank/Aarding, mede gelet op de negen daarin vermelde factoren, tot een brede afweging van belangen van de kredietgever enerzijds en die van de kredietnemer anderzijds noopte, met als centrale vraag of er sprake is van een voldoende zwaarwegende grond voor de opzegging. De toetsing ná ING/De Keijzer, aan de hand van de onaanvaardbaarheid uit artikel 6:248 lid 2 BW, is ten minste vanuit dogmatisch oogpunt een andere toets. Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 6:248 lid 2 BW volgt dat de term ‘onaanvaardbaar’ impliceert dat de rechter terughoudend moet zijn bij het op deze grond buiten spel zetten van tussen partijen overeengekomen bedingen.¹³ De Hoge Raad laat dit ook van tijd tot tijd in zijn arresten weerklinken.¹⁴ In zijn conclusie voor het arrest GTI/Zürich uit 2004, schreef A-G Timmerman in dit verband: *“Het verschil tussen de toetsing van art. 6:248, lid 2 BW en die van art. 6:233 BW [vernietiging beding uit algemene voorwaarden, SvT] bestaat in die benadering hierin dat de toetsing aan art. 6:248 BW terughoudender, minder direct dient zijn en die terughouding zich in toepassing van het criterium ‘onaanvaardbaar’ uit. Het gaat hier m.i. om vaste jurisprudentie van de Hoge Raad.”*¹⁵ Voor de duidelijkheid: terughoudendheid betekent in deze gevallen niet dat er geen brede weging van de gegeven omstandigheden plaatsvindt, maar wel dat de rechter slechts in uiterste, klemmende gevallen zal ingrijpen.

Er was in de literatuur naar aanleiding van ING/De Keijzer geen eensgezindheid over de vraag of dit zou betekenen dat rechters in geschillen over kredietopzegging terughoudender zouden gaan toetsen en dus meer ruimte aan de bank zouden gaan laten. Bertrams bijvoorbeeld verdedigde in FIP dat de toetsing niet wezenlijk anders zou uitpakken dan voorheen; de schil is van kleur verschoten, maar de kern hetzelfde is gebleven, schreef hij.¹⁶ Snoeks kwam daarentegen tot de conclusie dat sinds ING/De Keijzer de meeste gevallen van kredietopzegging de rechterlijke toetsing lijken te doorstaan, door de toepassing van de ‘nieuwe’ maatstaf van artikel 6:248 lid 2 BW.¹⁷

Na lezing van de voormelde jurisprudentie, waarvan een groot deel pas recent verscheen, onderschrijf ik dat de toetsing sinds ING/De Keijzer niet wezenlijk is veranderd. De betrokken jurisprudentie laat zien dat rechters zich bij de toetsing van de toelaatbaarheid van de opzegging, dat wil zeggen bij de beoordeling of deze onaanvaardbaar is, door dezelfde factoren laten leiden als die uit de catalogus van Rabobank/Aarding. In een enkel geval wordt er zelfs expliciet naar die factorencatalogus verwezen.¹⁸ Rechters kleden de onaanvaardbaarheidstoets dus in aan de hand van dezelfde factoren als voordien. Het zijn daarom nog steeds dezelfde omstandigheden die in de jurisprudentie de hoofdrol spelen, zoals de kredietwaardigheid van de kredietnemer, de zekerheidspositie van de bank, de mate en duur van tekortschieten in de aflossings- en renteverplichtingen, de verwachtingen die bank heeft gewekt, de opzegtermijn die bank in acht heeft genomen, enzovoort. ING/De Keijzer heeft de inhoudelijke toetsing dus feitelijk niet veranderd.

Ter illustratie wijs ik op het vonnis van de Rechtbank Gelderland van 7 december 2015 waarin een lijst met omstandigheden wordt opgesomd die vrijwel identiek is aan die uit Rabobank/Aarding: *“Daarbij komt betekenis toe aan i. de duur van de relatie met de cliënt ten tijde van de opzegging, ii. het gedrag en de betrouwbaarheid van de cliënt, iii. of en in welke mate de cliënt toerekenbaar tekortgeschoten is in de nakoming van zijn verplichtingen en van de waarde van zekerheden, iv. de wijze van besluitvorming van de bank voorafgaande aan de opzegging en de wijze waarop overleg is gevoerd met de cliënt, v. of en in welke mate de bank de cliënt van tevoren heeft gewaarschuwd, en vi. of de bank door eigen gedragingen verwachtingen heeft gewekt.”*¹⁹ Zie ook bijvoorbeeld het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 14 oktober 2014 waarin zeven omstandigheden worden opgesomd die het hof in haar belangenafweging in het kader van artikel 6:248 lid 2 betreft.²⁰ Deze zijn alle afkomstig uit de catalogus van Rabobank/Aarding.

Komt de constatering dat de inhoudelijke toetsing feitelijk niet is veranderd als een verassing? Dat kan in mijn ogen niet het geval zijn. Op voorhand was immers duidelijk dat er ook ná ING/De Keijzer gewicht toekwam aan alle gegeven omstandigheden, dat volgt zelfs letterlijk uit artikel 6:248 lid 2 BW. Daarbij komt dat de factoren uit Rabobank/Aarding zodanig generiek zijn geformuleerd, dat er in elke casus over kredietopzegging wel een raakvlak daarmee is. Dit wordt versterkt doordat deze factoren vrijwel allemaal betrekking hebben op gedragingen en omstandigheden die ná de totstandkoming van de kredietovereenkomst zijn voorgevallen c.q. ingetreden en dat zijn dezelfde postcontractuele gedragingen en omstandigheden die in de toetsing van artikel 6:248 lid 2 BW doorgaans een rol spelen.²¹ Van belang is verder dat de zwaarwichtige reden waarvan in de “ja, mits”-benadering uit Rabobank/Aarding sprake moet zijn, al een zodanig veeleisende voorwaarde voor opzegging is, dat indien daaraan niet is voldaan, er in veruit de meeste gevallen tevens sprake zal zijn van onaanvaardbaarheid in de zin van artikel 6:248 lid 2 BW. De “mits” en de “tenzij” komen door deze nivellering feitelijk op hetzelfde neer. In elk geval toont de jurisprudentie op dat punt geen groot verschil aan. De “ja, tenzij”-benadering uit ING/De Keijzer zal dus hooguit tot een subtiel verschil leiden, het zal de uitkomst van de beoordeling niet anders maken.

Ten slotte zou de verassing gering moeten zijn omdat A-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie inzake ING/De Keijzer met zoveel woorden benoemde dat de factoren uit Rabobank/Aarding relevant kunnen zijn bij de toepassing van de onaanvaardbaarheidstoets van artikel 6:248 lid 2 BW:

*“De factoren die het hof in Rabobank/Aarding heeft opgesomd, kunnen een zekere richting geven (cursivering SvT) bij de beoordeling van de vraag of de beëindiging in de gegeven omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.”*²² De A-G drukte zich met de bewoording “een zekere richting” overigens wel voorzichtig uit. De reden hiervoor zal zijn dat de onaanvaardbaarheidstoets van artikel 6:248 lid 2 BW formeel natuurlijk wel een andere toets betreft dan die uit Rabobank/Aarding. Dan is het ook logisch dat de factoren van Rabobank/Aarding bij die toets niet noodzakelijk richtinggevend zijn. Voorts is de toets van artikel 6:248 lid 2 BW een open toets waarin in beginsel alle gegeven omstandigheden meewegen. Het ligt voor de hand dat de A-G, net als de Hoge Raad, in de afbakening van die omstandigheden niet teveel wilde sturen.

De vingerwijzing van de A-G ziet men regelmatig terug in de jurisprudentie, bijvoorbeeld in het arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 18 augustus 2015.²³ In die casus had Van Lanschot de relatie met haar klant opgezegd op grond van de algemene opzeggingsgrond van artikel 35 ABV (zie paragraaf 2) wegens *“jarenlang bij voortdurende optredende fricties en de – naar onze opvatting – volstrekt ongerechtvaardigde verwachtingen”*. Het hof overwoog:

“Anders dan [X] stelt, dient gelet op de maatstaf van artikel 6:248 lid 2 BW, de rechtsgeldigheid van de opzegging niet te worden getoetst aan de negen factoren die het hof Arnhem in voormeld arrest van 18 februari 2003 heeft opgesomd [Rabobank/Aarding, SvT]. Deze factoren kunnen wel een zekere richting geven bij de beantwoording van de vraag of de opzegging in de gegeven omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is maar zij vormen geen verplicht toetsingskader. De vraag of de opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, komt naar het oordeel van het hof met name tot uitdrukking bij het vereiste van een gegronde reden voor de opzegging van de relatie, of de reden van opzegging desgevraagd is medegedeeld en de gehanteerde opzegtermijn. Daarnaast kunnen zich andere bijzondere

omstandigheden voordoen die tot het oordeel kunnen leiden dat de opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet rechtsgeldig is.” (r.o. 3.7.5).

Deze overweging laat goed zien dat de rechter zichzelf ruimte gunt om alle voor de voorliggende casus relevante omstandigheden in de toetsing te betrekken en deze vervolgens tegen elkaar af te wegen. De factoren uit Rabobank/Aarding blijven daarbij relevant en zullen doorgaans de vaste leidraad zijn, maar er is geen gebondenheid. Op die manier heeft de rechter maximale vrijheid en flexibiliteit om tot een rechtvaardige uitkomst te komen.

Juist door de casuïstiek kan de uitkomst in op het oog soortgelijke gevallen toch tegenovergesteld zijn. Neem bijvoorbeeld een opzegging wegens vervelend gedrag van de klant. In het reeds aangehaalde vonnis van de Rechtbank Noord-Nederland (KG) van 22 juli 2015 was de telefonische bedreiging door de klant van een medewerker van de bank (“*[Ik] rijd er zo naar toe. Als hij mij weer belt dan ben ik bij hem.*”), heel begrijpelijk, aanleiding om alle kredieten per onmiddellijk op te zeggen. Desondanks werd de opzegging voorshands als onaanvaardbaar beoordeeld. Het was een te zware sanctie gelet op de omstandigheden dat de klant veel moeite zou hebben om de financieringen elders onder te brengen en hij zijn verplichtingen jegens de bank steeds was nagekomen. “*Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is [C], in sporttermen, met zijn gedrag jegens Rabobank dicht in de buurt van een rode kaart gekomen, maar is een definitieve verwijdering van het gehele speelveld in dezen (nog) te vergaand.*”²⁴ De bank moest in dit geval dus maar tegen een stootje kunnen. Het contrast wordt gevormd door het hiervoor reeds geciteerde arrest van het Gerechtshof ’s-Hertogenbosch van 18 augustus 2015.²⁵ In die casus had de klant van de bank, een tandarts, zich middels een brief van zijn advocaat op hoge poten tot de raad van bestuur van de bank gewend om zich breeduit over de afgewezen kredietaanvragen te beklagen. Hier was de opzegging niet onaanvaardbaar, terwijl men goed zou kunnen verdedigen dat een bank juist dit soort tamelijk onschuldig gedrag wél zou moeten kunnen incasseren.

Ter afronding signaleer ik nog dat er in de betrokken rechtspraak met regelmaat op de contractuele bancaire zorgplicht wordt gewezen als een relevante omstandigheid in de afweging of de opzegging onaanvaardbaar is.²⁶ Dat is op zich begrijpelijk omdat de Hoge Raad dit in ING/De Keijzer expliciet heeft benoemd: “*[is] mede van belang dat art. 2 ABV voorschrijft dat de bank naar beste vermogen met de belangen van de cliënt rekening zal houden.*”²⁷ Wat echter opvalt, is dat het vrijwel altijd blijft bij een enkele vermelding als meegewogen omstandigheid en vrijwel nooit wordt gemotiveerd wat deze zorgplicht in het concrete geval met zich brengt en wat daarvan het gewicht is in de belangenafweging in het kader van artikel 6:248 lid 2 BW. Kennelijk betreft het gewoon een ingesleten gewoonte.

6. Conclusie

De jurisprudentie na ING/De Keijzer maakt duidelijk dat rechters de toetsingsmaatstaf uit dat arrest (“jantenzij”) voortvarend en consequent zijn gaan toepassen, in een enkel geval zelfs wanneer er geen contractuele relatie met de kredietnemer was. Het komt evenwel niet als een verrassing dat de toetsing inhoudelijk niet wezenlijk is veranderd. Bij de beoordeling of een kredietopzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, laten rechters zich nog steeds door dezelfde factoren leiden als voordien. De factoren uit Rabobank/Aarding blijven daarom van belang en zullen doorgaans de vaste leidraad zijn, hoewel de rechter hieraan niet gebonden is.

mr. S.C.M. van Thiel

Mr. S.C.M. van Thiel is advocaat bij De Breij Evers Boon

1) Hoge Raad 10 oktober 2014, «JOR» 2015/8, m.nt. Bertrams.

2) Gerechtshof Arnhem 18 februari 2003, «JOR» 2003/267.

3) Par.16 e.v. conclusie A-G De Vries Lentsch-Kostense bij ING/De Keijzer, HR 10 oktober 2010, *NJ* 2015/70, m.nt. Tjong Tjin Tai.

- 4) Gerechtshof Den Haag 9 december 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:4454.
- 5) Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 25 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9129.
- 6) Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:7868.
- 7) Rechtbank Den Haag 14 oktober 2015, «JOR» 2016/291, m.nt. Dullaart.
- 8) Rechtbank Midden-Nederland 18 november 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7980.
- 9) Hoge Raad 16 januari 1987, *NJ* 1987/553, m.nt. Van der Grinten.
- 10) Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2016, «JOR» 2016/211, m.nt. Damminga.
- 11) Zie als voorbeeld Rechtbank Amsterdam (KG) 18 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:2215.
- 12) Rechtbank Noord-Nederland, ECLI:NL:RBNNE:2015:3637.
- 13) Vgl. Parlementaire geschiedenis van het NBW, Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht (red. Van Zeven en Du Pon), Deventer, Kluwer 1981, p. 67 e.v.
- 14) Zie bijvoorbeeld de jurisprudentie vermeld in Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/413.
- 15) Hoge Raad 15 oktober 2004, *NJ* 2005, 141 (GTI/Zürich), conclusie A-G, par. 3.3.
- 16) Bertrams, Opzegging van kredietovereenkomsten na Hoge Raad ING/De Keijzer, *FIP* 2015/224.
- 17) Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 13 oktober 2015 (KG), «JOR» 2016/209, m.nt. Snoeks.
- 18) Rechtbank Amsterdam 20 januari 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:340.
- 19) Rechtbank Gelderland 7 december 2015 (KG), ECLI:NL:RBGEL:2015:8186. Zie voorts bijvoorbeeld Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015 (KG), ECLI:GHARL:2015:7494.
- 20) Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:7868.
- 21) Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/421.
- 22) Par. 18 conclusie A-G De Vries Lentsch-Kostense, *supra*.
- 23) Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 augustus 2015, «JOR» 2015/333, m.nt. Struycken en Wijnstekers.
- 24) R.o. 5.18 respectievelijk 5.20.
- 25) Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 augustus 2015, «JOR» 2015/333, m.nt. Struycken en Wijnstekers.
- 26) Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015 (KG), ECLI:GHARL:2015:7494.
- 27) *Supra*, r.o. 3.5.4.