

# Toetsing van de rechtmatigheid van opzegging van krediet door een bank

mr. D.A. Viëtor\*

## 1. Inleiding

Het arrest van het Hof Arnhem van 18 mei 2003<sup>1</sup> heeft in de literatuur<sup>2</sup> en de lagere rechtspraak<sup>3</sup> veel bijval gekregen daar waar het betreft de criteria die moeten worden toegepast indien de rechtmatigheid van de opzegging van krediet door een bank moet worden beoordeeld. In dat arrest overwoog het Hof Arnhem dat de vraag of de opzegging in een concreet geval het beoogde rechtsgevolg heeft, moet worden beantwoord aan de hand van de redelijkheid en billijkheid in verband met de omstandigheden van het geval, met dien verstande dat ook indien uit de aard van een specifieke overeenkomst zou volgen dat zij in beginsel zonder meer opzegbaar is, de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de concrete omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat opzegging slechts tot een rechtsgeldige beëindiging van de overeenkomst leidt indien een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging bestaat. Verder overwoog het hof dat voor een bank geldt dat zij uit hoofde van de maatschappelijke functie van banken een bijzondere zorgplicht heeft, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, waarbij de reikwijdte van die zorgplicht afhangt van de omstandigheden van het geval. Het hof concludeerde dat het voorstaande voor een kredietopzegging impliceert dat deze ten minste zal moeten voldoen aan eisen van subsidiariteit en proportionaliteit.<sup>4</sup> De laatste jaren hebben verschillende schrijvers evenwel kritiek op dat arrest geuit.<sup>5</sup> Sinds 2008 zijn ook vier nieuwe hof arresten geweest. Tijd om de (tussen)stand op te maken ten aanzien van de vraag wat de rechtsgrond is voor toetsing van de rechtmatigheid van opzegging van een krediet door een bank.

## 2. De term opzegging

In dit artikel zal ik de term 'opzegging' gebruiken in de situatie dat een bank overgaat tot vroegtijdige opeising van verstrekt krediet. Ik gebruik deze term omdat hij in de praktijk erg is ingeburgerd. Echter, het gebruik van die term is niet zonder gevaar. Met name omdat niet altijd even duidelijk is wat met opzegging wordt bedoeld.

Ten eerste zou de term de indruk kunnen wekken dat in geval van opzegging sprake is van beëindiging van de kredietovereenkomst (en dat het gevolg van die beëindiging is dat de lening moet worden terugbetaald). Daarbij zou de verleiding kunnen bestaan de opzegging/beëindiging te toetsen aan de criteria die zijn geformuleerd in het kader van de beëindiging van duurovereenkomsten, bijvoorbeeld in het ar-

\* David Viëtor is advocaat in Amsterdam.

1. *JOR* 2003, 267 *Rabobank/Aarding*.
2. Bijvoorbeeld: R.I.V.F. Bertrams, 'Aanpassing van de kredietovereenkomst, pauliana en art. 20 Algemene Bankvoorwaarden', *TvI* 2007, nr. 24, p. 127, E.L. Zetteler, 'De zaak Butterman q.q./Rabobank. Opzegging van de kredietovereenkomst, schijn van kredietwaardigheid en de Peeters/Gatzen-vordering', *FIP* 2009, p. 19, S. Bochove, 'Opzegbaarheid van krediet: een economisch gegeven voor solvabiliteitsberekening', *MvV* 2008, nr. 4, p. 73, M. van Hooijdonk, 'De opzegging van kredietovereenkomsten', *TOP* 2009/7, p. 259 e.v., M.C.J.A. Schroëder-van Waes, 'Krediet(relatie) opzeggen of voortzetten?', *MvV* 2009, p. 231 e.v. en M. Deckers, 'Opzegging van non-bancair krediet', *FIP* 2009, nr. 6, p. 172 e.v.
3. Zie bijvoorbeeld: Rb. Arnhem, 30 juni 2004, *JOR* 2004, 283, Rb. Assen (voorzieningenrechter), 31 augustus 2005, *JOR* 2005, 285, Hof Amsterdam 14 juni 2007, *JE* 2008, 11, Rb. Rotterdam 11 maart 2009, *LJN* BH 6417, Rb. Middelburg 20 oktober 2009, *LJN* BK 2787, Rb. Middelburg 22 september 2010, *LJN* BN 9870 en Rb. Zwolle-Lelystad 25 oktober 2010, *LJN* BP 1875.
4. Het hof noemt ten slotte een niet-limitatief aantal feitelijke omstandigheden waar betekenis aan zou moeten toekomen: (a) de duur, de mate van exclusiviteit, de omvang en de ingewikkeldheid en het verloop van de kredietrelatie, (b) een aanmerkelijke afname van de kredietwaardigheid en/of aanmerkelijke toeneming van het bancaire kredietrisico, waarbij met name van belang zal zijn of er voldoende dekking door zekerheid bestaat dan wel kan worden verleend en de mate van waarschijnlijkheid of en in welke omvang deze zal blijven bestaan (alles te stellen op de liquidatiewaarde), (c) het gedrag en de betrouwbaarheid van de kredietnemer alsmede de mate waarin en de tijdigheid waarmee deze de bank op de hoogte heeft gesteld en stelt van alle voor de kredietrelatie relevante omstandigheden, (d) of en in welke mate de kredietnemer toerekenbaar is tekortgeschoten (bij voorbeeld door (structurele en/of ruime) overschrijding van de kredietlimiet), (e) de kans dat de onderneming van de kredietnemer, al of niet na reorganisatie of doorstart, zal overleven en de mate waarin de kredietnemer een reorganisatie heeft opgestart, (f) welke termijn de kredietnemer krijgt om een andere (huis)bankier te zoeken en welke ernstige financiële problemen voor de kredietnemer (zullen) ontstaan indien hij zijn financieringsbehoefte niet op korte termijn elders kan onderbrengen, (g) de wijze van besluitvorming van de bank voorafgaand aan de opzegging en de wijze waarop overleg is gevoerd met de kredietnemer en of en in welke mate de bank de

rest Latour/De Bruijn. Vergelijk bijvoorbeeld de in paragraaf 1 genoemde overweging van Hof Arnhem die deels aan dat arrest ontleend lijkt te zijn.<sup>6</sup> In de situatie dat de bank het verstrekte krediet opzegt is echter geen sprake van beëindiging van de kredietovereenkomst. Indien de bank het krediet voortijdig opzegt (opeist), houdt de bank de kredietnemer aan de afspraak dat hij in bepaalde gevallen het krediet terug zou betalen. De bank oefent een contractuele bevoegdheid uit; hij stelt naar mijn mening een vordering tot nakoming in (vergelijk art. 7A:1791 BW). De kredietovereenkomst als zodanig wordt (nog) niet beëindigd. Ten tweede wordt de term opzegging ook wel gebruikt waar de bank niet overgaat tot opeising van het krediet, maar slechts beschikbare kredietruimte 'bevriest'.

Wat daarvan zij, in dit artikel ga ik ervan uit dat de kredietovereenkomst in kwestie steeds een specifieke regeling ten aanzien van de vervroegde opeisbaarheid van de daaronder verstrekte leningen bevat. Deze regeling kan eruit bestaan dat de bank steeds tot opeising bevoegd is, zoals dat bij veel rekening-courantovereenkomsten het geval is. Deze regeling kan er ook uit bestaan dat de bank de lening slechts mag opeisen na verloop van een bepaalde tijd, tenzij zich voordien een zogenaamde opeisingsgrond (een 'event of default') voordoet.

### 3. De vier hof arresten

#### 3.1 Het arrest van het Hof Leeuwarden

Op 16 september 2008 heeft het Hof Leeuwarden<sup>7</sup> een arrest gewezen over de opzegging van een kredietrelatie door een bank. Het arrest bevat weinig feitelijke informatie, maar duidelijk is dat sprake was van meerdere overeenkomsten tot geldlening tussen Friesland Bank en een natuurlijke persoon. Onduidelijk is in welke hoedanigheid deze persoon handelde (dat wil zeggen privé of zakelijk). Op grond van de toepasselijke algemene voorwaarden was Friesland Bank kennelijk bevoegd in geval van '(voortdurende) saldotekorten' de overeenkomsten van geldlening op te zeggen. Na aanhoudende saldotekorten, regelmatige verzoeken van Friesland Bank om de, op zich geringe, saldotekorten aan te vullen en een expliciete waarschuwing dat indien er geen tijdige oplossing komt, zij genoodzaakt zal zijn maatregelen ('opeising c.q. executoriale verkoop') te treffen, zegt Friesland Bank het onder de geldleningsovereenkomsten verleende krediet op. De gang van zaken bij de rechtbank is niet bekend. Aangezien het hoger beroep door de kredietnemer is ingesteld, ligt het voor de hand dat de rechtbank de opzegging door Friesland Bank rechtmatig heeft geacht. Het Hof Leeuwarden bevestigt het vonnis van de rechtbank. Het hof neemt de contractuele opzeggingsbevoegdheid van Friesland Bank tot uitgangspunt. Hij vervolgt door te overwegen dat '[d]e omstandigheid dat een bank bevoegd is om een kredietovereenkomst op te zeggen (...) onverlet [laat] dat een bank bij de uitoefening van die bevoegdheid, gelet op de eisen van redelijkheid en billijkheid, de nodige zorgvuldigheid in acht moet nemen en de gerechtvaardigde belangen van de cliënten in haar afweging om al dan niet tot opzegging over te gaan, moet betrekken'. Het hof hecht veel waarde aan de herhaalde verzoeken tot aanzuivering alsmede aan de expliciete waarschuwing van Friesland Bank en concludeert dat '[v]an een onevenredigheid in de afweging van de wederzijdse belangen (...) onder de hiervoor geschetste omstandigheden dan ook niet [kan] worden gesproken. Nu [kredietnemer] ook voor het overige geen toereikende feiten en omstandigheden aan zijn stellingen ten grondslag heeft gelegd, leidt dit tot

de slotsom dat het opzeggen van de overeenkomsten door de bank niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid als onaanvaardbaar kan worden bestempeld'.<sup>8</sup>

#### 3.2 Het arrest van het Hof Den Bosch (2008)

Het arrest van het Hof Den Bosch van 9 september 2008<sup>9</sup> gaat zowel over opzegging van krediet als over de bevroering van kredietruimte. De casus was als volgt. ABN AMRO had aan Facet Nederland BV ('Facet') ter financiering van haar bedrijfsuitoefening een krediet in rekening-courant verstrekt. De toepasselijke algemene bepalingen voor kredietverlening van ABN AMRO bepalen dat kredieten in rekening-courant op ieder gewenst moment kunnen worden opgezegd. Op enig moment is de afgesproken kredietlimiet door ABN AMRO bevroren. De bevroering is uiteindelijk gevolgd door de opzegging van de gehele kredietrelatie, waarna aansluitend de opeising van het uitstaande saldo plaatshad. Zonder succes is Facet hiertegen voor de rechtbank in het geweer gekomen.

Ook bij het Hof Den Bosch trekt ABN AMRO aan het langste eind.

kredietnemer tevoren heeft gewaarschuwd, (h) of de bank door eigen gedragingen (zoals toelating van overschrijding van de kredietlimiet) verwachtingen heeft gewekt en (i) andere maatschappelijke belangen (waaronder het voortbestaan van werkgelegenheid).

- Zie: R.I.V.F. Bertrams, 'Beëindiging van krediet en andere maatregelen door de bank in een tijd van de kredietcrisis', *FIP* 2009, p. 210-218, J. Meijer Timmerman Thijssen, 'De ontvankelijkheid van het Nederlandse privaatrecht voor invloeden uit de Anglo-Amerikaanse financieringspraktijk', *CTR* 2009/4, p. 123 e.v., A.T.G.M. Venrooy, P.S. Bakker, 'Effecten van de kredietcrisis op (rechtsgevolgen van) financieringsovereenkomsten', *O&F* 2009, nr. 3, p. 63 e.v. (maar alleen voor zover het 'sophisticated loan agreements' betreft. Venrooy en Bakker zijn van mening dat de maatstaf van het Hof Arnhem wel passend is indien sprake is van een relatief eenvoudige, gestandaardiseerde, kredietovereenkomst), P.S. Bakker, D. Haas, 'De bijzondere zorgplicht bij de opzegging van kredietovereenkomsten - zijn de zeven vette jaren van Rabobank/Aarding voorbij?', *MvV* 2010, p. 293 e.v. en D.A. Viëtor, 'Opeising of weigering van krediet en uitwinning van zekerheden door een bank', *FR* 2009, p. 269 e.v.
- NJ* 2000, 120 *Latour/De Bruijn*. Eerder gaf ik al aan dat een verwijzing naar dit arrest in het kader van de opzegging van krediet op grond van een kredietovereenkomst die voorziet in een contractuele opzeggingsbevoegdheid niet passend is. Zie: D.A. Viëtor, a.w., p. 270. In gelijke zijn: R.I.V.F. Bertrams, a.w. (2009), J. Meijer Timmerman Thijssen, a.w., A.T.G.M. Venrooy, P.S. Bakker, a.w. en P.S. Bakker, D. Haas, a.w. Ook in HR 28 oktober 2011, *LJN* BQ9854 benadrukt de Hoge Raad dat de in het arrest Latour/De Bruijn geformuleerde maatstaf alleen van toepassing is indien wet en overeenkomst niert voorzien in een regeling voor opzegging.
- LJN* BF0903.
- Het hof vervolgt nog: 'Om diezelfde reden bestaat evenmin grond voor het oordeel dat de bank onrechtmatig jegens [kredietnemer] zou hebben gehandeld door misbruik te maken van haar bevoegdheid de overeenkomsten op te zeggen en de uit dien hoofde verschuldigde bedragen op te eisen, dan wel dat zij om een andere reden schadelijktig zou zijn'. Zie paragraaf 4.2.2 over de verhouding tussen art. 6:248 lid 2 BW en art. 3:13 BW.
- JOR* 2009, 52 *ABN AMRO/Facet*.

Het hof begint met te overwegen dat '[d]e bepaling dat de kredietovereenkomst te allen tijde opzegbaar is, (...) door Facet bij het aangaan van de overeenkomst als zodanig [is] aanvaard, en dient als leidraad te worden genomen bij de beoordeling van de vraag of de bank in het onderhavige geval het extra-krediet mocht bevrozen en vervolgens de gehele kredietrelatie mocht opzeggen'. Daarna vervolgt het hof dat de gronden voor opzegging zoals door ABN AMRO aan Facet meegedeeld 'kunnen worden samengevat onder de noemer 'geschonden vertrouwen in de kredietwaardigheid''.<sup>10</sup> Daarbij wijst het hof op 'het moeizame verloop van de communicatie tussen partijen, het door de bank ervaren gebrek aan cijfermatig inzicht en de bij de bank gerezen twijfels over de kredietwaardigheid van Facet (...) en de weigering van Facet om aanvullende zekerheden (...) te verschaffen'. Het hof concludeert dan dat '[d]it (...) mee[brengt] dat er naar het oordeel van het hof voor de bank een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging van het krediet was'. Het hof besluit dat '(...) de bank Facet voldoende heeft gewaarschuwd voor de consequenties van haar handelwijze, en dat de aankondiging van de opzegging voor Facet niet onverwacht kan zijn geweest. De bank heeft in deze voldoende zorgvuldig gehandeld. Uiteindelijk is er meer dan een jaar verlopen tussen het eerste gesprek over de gedaalde kredietwaardigheid van Facet (...), de uiteindelijke aankondiging van de opzegging (...) en de opzegging (...). Facet had naar het oordeel van het hof uit de uitspraken van de bank goed kunnen begrijpen dat, als zij niet aan de eisen van de bank zou voldoen, zij de financiering van haar onderneming elders zou moeten onderbrengen. Uit de brief van Facet van 6 oktober 2002 blijkt, dat zij zich hiervan bewust was. Gezien deze omstandigheden is naar het oordeel van het hof de relatief korte termijn die de bank aan Facet stelde voor de opeising van het uistaande saldo evenmin in strijd met de redelijkheid en billijkheid'.

### 3.3 Het arrest van het Hof Den Haag

Het arrest van het Hof Den Haag dateert van 31 augustus 2010.<sup>11</sup> In casu betrof de kredietrelatie één of meerdere kredietovereenkomsten tussen Rabobank en Ruijgrok. Kennelijk betrof de kredietrelatie Ruijgrok in privé en ook zakelijk. De kredietovereenkomst(en) bepaalde(n) dat Rabobank de overeenkomst(en) met Ruijgrok te allen tijde mocht opzeggen. Nadat Rabobank tot opzegging was overgegaan, werd de rechtmatigheid daarvan door Ruijgrok voor de rechtbank tevergeefs betwist. Volgens de rechtbank voldeed de kredietopzegging van Rabobank aan de eisen van de redelijkheid en de billijkheid en heeft Rabobank ook geen misbruik gemaakt van haar bevoegdheid om de overeenkomst met Ruijgrok op te zeggen.

Ook bij het Hof Den Haag vangt Ruijgrok bot.

Het hof overweegt als eerste 'dat als uitgangspunt heeft te gelden dat op grond van de toepasselijke algemene bankvoorwaarden (...) een kredietrelatie als de onderhavige in beginsel te allen tijde door een bank kan worden opgezegd. Het hof vervolgt dat '[h]et (...) een bank echter niet vrij [staat] dit naar willekeur te doen. Evenals bij andere duurovereenkomsten kunnen de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de concrete omstandigheden van het geval meebrengen dat opzegging slechts dan tot een rechts-geldige beëindiging van de overeenkomst leidt indien een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging bestaat.' Het hof overweegt 'daarenboven' dat voor een bank geldt dat zij 'in verband met de maatschappelijke functie van ban-

ken een bijzondere zorgplicht heeft, zowel jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, als ten opzichte van derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt'. Het hof kleurt deze zorgplicht in door te overwegen dat de bijzondere zorgplicht van de bank '[v]oor een kredietopzegging impliceert (...) dat deze ten minste in overeenstemming zal moeten zijn met eisen van proportionaliteit en subsidiariteit'. Het hof besluit dan dat '[t]en slotte heeft te gelden dat de rechter de beslissing van de bank in beginsel terughoudend zal dienen te toetsen, omdat hij niet de plaats van bankier kan innemen'.

### 3.4 Het arrest van het Hof Den Bosch (2011)

In het arrest van het Hof Den Bosch van 22 februari 2011<sup>12</sup> toetste het hof de rechtmatigheid van een door Rabobank gedane kredietopzegging. Aan de kredietnemer, Rours, had Rabobank in de periode 2002-2006 een vijftal leningen verstrekt in totaal ten bedrage van € 936.589. Deze leningen zijn door Rours gebruikt om registergoederen te kopen die vervolgens door hem werden verhuurd. Op grond van de algemene voorwaarden voor particuliere geldleningen was Rabobank bevoegd de geldleningen op te zeggen met een opzegtermijn van ten minste drie maanden, indien naar het oordeel van de bank voortzetting van de relatie met de kredietnemer in redelijkheid niet van haar kan worden gevergd. Op enig moment zijn de geldleningen door Rabobank opgezegd, in eerste instantie met inachtneming van een opzegtermijn van minder dan twee maanden. Later is deze termijn verlengd tot bijna vier maanden. De reden voor Rabobank is vermeend frauduleus handelen door Rours. De Voorzieningenrechter Rechtbank Roermond heeft betreffende de opzegging overwogen dat Rabobank weliswaar als gevolg van art. 30 van de algemene bankvoorwaarden de relatie met Rours kan opzeggen, maar dat zij bij een dergelijke opzegging de eisen van redelijkheid en billijkheid in acht dient te nemen. De voorzieningenrechter concludeert vervolgens dat de aan de opzegging ten grondslag liggende gronden op zijn zachtst uitgedrukt zeer discutabel waren. De voorzieningenrechter veroordeelt Rabobank de financiering voort te zetten voor een periode van maximaal één jaar.

Het Hof Den Bosch deelt het oordeel van de voorzieningenrechter dat Rabobank de gronden voor opzegging onvoldoende heeft onderbouwd. Het hof overweegt dat '[m]et inachtneming van de omstandigheden van het geval (...) duurovereenkomsten als de onderhavige [kunnen] worden opgezegd, welke bevoegdheid Rabobank overigens in de door haar gehanteerde voorwaarden ook uitdrukkelijk heeft bedongen. De voorzieningenrechter heeft daarbij terecht

10. Opvallend is dat het hof overweegt: 'De bank heeft bij haar motivering van de opzegging van de kredietrelatie in haar brief van 11 maart 2003 min of meer aangesloten bij de gronden voor onmiddellijke opeising van het saldo, als weergegeven in art III-5 van de toepasselijke voorwaarden'. Dit is opmerkelijk omdat deel III van de algemene bepalingen voor kredietverlening van ABN AMRO namelijk helemaal niet van toepassing is op rekening-courant verhoudingen. Dit deel is namelijk alleen van toepassing op vaste leningen.

11. JOR 2011, 237 Rabobank/Ruijgrok.

12. JOR 2011, 254 Rours/Rabobank.

vooropgesteld dat de uitoefening van de bevoegdheid de overeenkomst door opzegging te beëindigen in strijd is met de eisen van redelijkheid en billijkheid indien in de concrete omstandigheden van het geval geen voldoende (zwaarwegende) grond bestaat voor opzegging(...)'. Het hof verwijst daarbij naar het arrest van de Hoge Raad van 3 december 1999.<sup>13</sup> Het hof vervolgt '[d]aarbij kan het bijzondere belang dat de wederpartij heeft bij instandhouding van de overeenkomst de in beginsel tot opzegging bevoegde partij in de uitoefening van zijn bevoegdheid geheel of gedeeltelijk beperken. In dat verband moet enerzijds in ogenschouw worden genomen dat het voor rechts- en natuurlijke personen voor hun voortbestaan of functioneren van eminent belang is dat zij toegang hebben tot het bancaire systeem, en eenmaal in het kader van een relatie met de bank verkregen voorzieningen (zoals financiering) niet zomaar moeten kunnen worden beëindigd door de Bank. Anderzijds moet de maatschappelijke functie van banken in het oog worden gehouden. Deze functie verlangt van de bank de grootst mogelijke integriteit, hetgeen onder meer meebrengt dat zij zich dient te distantiëren van activiteiten die het daglicht niet kunnen verdragen. De maatschappelijke positie van de bank brengt echter ook mee dat zij de belangen van de individuele cliënt in het oog houdt en een relatie met deze slechts op grond van goede redenen en met toepassing van de vereiste zorgvuldigheid opzegt'. Het hof vernietigt evenwel het vonnis van de voorzieningenrechter en bepaalt dat Rabobank de financiering dient te continueren zolang Rours aan zijn verplichtingen jegens de bank voldoet.

#### 4. De (tussen)stand: opzegging van krediet

In het onderstaande beperk ik me tot de conclusies die uit de vier hof arresten kunnen worden getrokken ten aanzien van de opzegging van krediet op grond van een kredietovereenkomst die een bank met een commercieel of professioneel handelende kredietnemer heeft gesloten. In de jurisprudentie wordt overigens zelden een onderscheid gemaakt tussen de criteria voor opzegging die zouden gelden ten aanzien van particuliere kredietnemers en de criteria die gelden voor commercieel of professioneel handelende kredietnemers.<sup>14</sup> Waar van toepassing maak ik de vergelijking met het arrest van het Hof Arnhem uit 2003.

De echte tussenstand sinds het arrest van het Hof Arnhem is overigens dat van de twintig mij bekende uitspraken de bank in veertien gevallen in het gelijk werd gesteld. Een duidelijke rode draad valt naar mijn mening niet te ontdekken in de gevallen waarin de opzegging van de bank onrechtmatig werd geacht.

##### 4.1 Het uitgangspunt: opzegging is mogelijk

Zowel het Hof Leeuwarden als het Hof Den Bosch (2008), het Hof Den Haag en nogmaals het Hof Den Bosch (2011) nemen de overeengekomen opzegbevoegdheid van de bank tot uitgangspunt. Het is belangrijk dat dit uitgangspunt door de vier hoven voorop wordt gesteld. In het arrest van Hof Arnhem en in andere uitspraken over opzegging van krediet (en in veel literatuur) lijkt dit uitgangspunt namelijk zo ondergesneeuwd dat het lijkt alsof dit uitgangspunt weinig om het lijf heeft en daar geen zelfstandige betekenis aan zou moeten toekomen.<sup>15</sup> Soms wordt het (zijdelings) genoemd, maar vaak ook helemaal niet. In de arresten van Hof Den Bosch (2008) en Hof Den Haag ging het over een kredietovereenkomst waaronder de bank

steeds tot opeising bevoegd was (zoals dat in de regel bij rekening-courantovereenkomst het geval is). De feitelijke situatie van het arrest van Hof Leeuwarden is iets minder duidelijk. Mogelijk bepaalde de geldleningsovereenkomst dat de bank alleen mocht opzeggen indien zich een bepaalde overeengekomen opeisingsgrond had voorgedaan. In het arrest van het Hof Den Bosch (2011) kon de bank het krediet opzeggen met inachtneming van een termijn van drie maanden. Wat daarvan zij, naar mijn mening moet de contractuele opzegbevoegdheid inderdaad uitgangspunt zijn.<sup>16</sup> Daarbij is niet relevant of de opzeggingsbevoegdheid zo is weergegeven dat de bank steeds tot opzeggen bevoegd is of alleen in bepaalde gevallen of met inachtneming van een bepaalde termijn.

##### 4.2 De maatstaf voor toetsing van een kredietopzegging

Het is opmerkelijk dat elk van de vier hoven een verschillende maatstaf gebruikt om de rechtmatigheid van de aan hem voorgelegde kredietopzegging te toetsen. Geen van deze maatstaven komt overeen met de door het Hof Arnhem in 2003 geformuleerde maatstaf.

13. Zie voetnoot 6.

14. In het arrest van Hof Leeuwarden was de kredietnemer overigens een natuurlijke persoon; in het arrest van Hof Den Bosch (2008) was de kredietnemer een onderneming, in het arrest van het Hof Den Haag was sprake van een kredietrelatie die de kredietnemer kennelijk in privé en zakelijk betrof en in het arrest van het Hof Den Bosch (2011) was de kredietnemer een natuurlijke persoon, maar werd het krediet in ieder geval deels bedrijfsmatig gebruikt. Interessant is wel dat het Hof Den Haag overweegt dat '[v]oor een oordeel omtrent de rechtmatigheid van de opzegging van de kredietfaciliteiten (...) ten aanzien van Ruijgrok privé [nadruk DV] (...) daarnaast nog van belang [is] de wijze waarop deze opzegging is aangezegd en de termijn waartegen. In het bijzonder is daarbij van belang of Ruijgrok voldoende kans is geboden om op zoek te gaan naar herfinanciering. Door te benadrukken dat deze overweging slechts relevant is voor de privé-hoedanigheid van Ruijgrok lijkt het alsof de wijze waarop een opzegging wordt gedaan, de vraag of daarbij een termijn wordt gegeven om op zoek te gaan naar een herfinanciering niet relevant is voor een professioneel dan wel commercieel handelende partij. Die conclusie lijkt mij echter niet juist. Ook ten aanzien van professioneel dan wel commercieel handelende partijen kan de bank verplicht zijn de kredietnemer een bepaalde termijn voor herfinanciering te gunnen. Wat mij betreft is voor het bepalen van een eventuele termijn de belangrijkste vraag of reëel is dat andere banken bereid zijn de kredietnemer te herfinancieren. Zie: D.A. Viëtor, a.w., p. 272.

15. Vergelijk: R.I.V.F. Bertrams, a.w. (2009), p. 215. In het arrest van het Hof Arnhem nam het hof de opzegbevoegdheid van de bank niet (althans niet uitdrukkelijk) tot uitgangspunt. Saillant daarbij is dat het hof wel als uitgangspunt noemt de tussen Rabobank en Aarding contractueel afgesproken opzegtermijn van drie maanden. Deze was door Rabobank niet nagekomen en het hof overweegt dan dat '(...) niet [valt] in te zien waarom toepassing van een opzegtermijn (...) van drie maanden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn en niet zou kunnen worden afgewacht'.

16. Zie ook: D.A. Viëtor, a.w., p. 267-268.

De door het Hof Leeuwarden gebruikte maatstaf is uitdrukkelijk gebaseerd op art. 6:248 lid 2 BW, maar het hof acht het wel relevant dat er geen sprake is van 'onevenredigheid in de afweging van de wederzijdse belangen'. Of de andere hoven ook art. 6:248 lid 2 BW als uitgangspunt hebben genomen is minder duidelijk. Het Hof Den Bosch (2008) lijkt de eis te stellen dat voor opzegging door een bank een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging nodig zou zijn en lijkt de opzegging te hebben getoetst op eventuele strijd met de redelijkheid en billijkheid. Het Hof Den Haag valt deels terug op de formulering zoals door het Hof Arnhem gebruikt, maar benadrukt dat sprake moet zijn van terughoudende toetsing. Het Hof Den Bosch (2011) ten slotte toetst de opzegging ook op eventuele strijd met de redelijkheid en billijkheid en neemt als uitgangspunt dat een voldoende (zwaarwegende) grond voor opzegging moet bestaan. Het hof verwijst daarbij naar het arrest van de Hoge Raad van 3 december 1999.<sup>17</sup>

#### 4.2.1 Art. 6:248 lid 2 BW (beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid)

Naar mijn mening dient de rechtmatigheid van een opzegging van een kredietrelatie door een bank te worden beoordeeld aan de hand van art. 6:248 lid 2 BW; de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.<sup>18</sup> Niet valt in te zien waarom voor de kredietopzegging door een bank een andere maatstaf zou moeten gelden dan voor een willekeurige andere contractspartij. Een eventuele bijzondere zorgplicht van de bank - waarover hier onder meer - dient hooguit een rol te spelen bij de inkleuring van het in art. 6:248 lid 2 BW neergelegde onaanvaardbaarheids criterium. Illustratief in dit kader is het arrest van de Hoge Raad van 9 januari 1998.<sup>19</sup> In dat arrest stond de vraag centraal of een gemeente als verhuurder op grond van de huurovereenkomst mocht vorderen dat een zonder haar toestemming door de huurder (een kinderdagverblijf) gebouwd noodlokaal zou worden afgebroken. Ten eerste volgt uit het arrest dat de bevoegdheidsuitoefening door een gemeente (die gebonden is aan het zorgvuldigheidsbeginsel; de publiekrechtelijke evenknie van de privaatrechtelijke zorgplicht) in de verhouding met een huurder 'gewoon' getoetst moet worden aan art. 6:248 lid 2 BW. Het zorgvuldigheidsbeginsel kan dan een rol spelen bij de inkleuring van het 'onaanvaardbaarheids criterium' van art. 6:248 lid 2 BW.<sup>20</sup> Ten tweede volgt uit het arrest dat de Hoge Raad onverbiddelijk is ten aanzien van alternatieve formuleringen in het kader van de toetsing aan art. 6:248 lid 2 BW.<sup>21</sup> Zo bepaalde de Hoge Raad in het arrest dat 'in het kader van [art. 6:248 lid 2 BW] zonder nadere motivering in zijn algemeenheid niet begrijpelijk [is] het oordeel van de rechtbank dat de gemeente schriftelijke toestemming tot het plaatsen van opstallen 'slechts mag weigeren als zij daarbij een aanwijsbaar redelijk belang heeft', welke maatstaf de rechtbank kennelijk onderscheidt van de door de rechtbank in dezelfde zin eveneens vermelde maatstaf van onaanvaardbaarheid van de weigering wegens onevenredigheid van belangen, welke laatste maatstaf al evenzeer voor rekening van de rechtbank moet blijven'. Eerder in dat arrest had de Hoge Raad al overwogen dat '[d]oor [tussenvoeging door de rechtbank van de tussenzin 'op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid zoals die voortvloeien uit de overeenkomst tussen de gemeente en het kinderdagverblijf'] wordt tevens onduidelijk of de rechtbank uiteindelijk de door haar vooropgestelde maatstaf van art.

6:248 lid 2 heeft gehanteerd, mede omdat zij aan het slot van haar voormelde overweging spreekt van handelen 'in strijd met de redelijkheid en billijkheid', wat een andere maatstaf is dan die welke wordt uitgedrukt met de meer terughoudende woorden 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar'. Ervan uitgaande dat art. 6:248 lid 2 BW inderdaad de (enige) maatstaf is voor toetsing van de rechtmatigheid van een kredietopzegging door een bank (en dat de vier hoven dit artikel inderdaad als uitgangspunt hebben genomen), valt natuurlijk op dat alle vier de hofarresten op dit tweede punt (in meer of mindere mate) tekortschieten en formuleringen gebruiken die door de Hoge Raad uitdrukkelijk zijn afgewezen in het kader van toetsing aan art. 6:248 lid 2 BW.

Van belang in het kader van een beroep op art. 6:248 lid 2 BW is ten slotte dat de stelplicht en bewijslast in het algemeen rusten op degene die zich op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid beroept.<sup>22</sup> In geval van een kredietopzegging door de bank berust de stelplicht en de bewijslast dus bij de kredietnemer, indien deze de rechtmatigheid van de kredietopzegging wil betwisten. In algemene termen is het lastig aan te geven welke omstandigheden relevant zijn en welke niet; dat bepaalde omstandigheden in één geval voldoende gewicht toekomen, betekent niet dat soortgelijke omstandigheden daar steeds toe leiden. In concreto zal steeds een ander gewicht aan bepaalde omstandigheden toekomen.<sup>23</sup>

#### 4.2.2 Art. 3:13 BW (misbruik van bevoegdheid)

Soms wordt geopperd dat de rechtmatigheid van een opzegging van een kredietrelatie niet moet worden beoordeeld aan de hand van art. 6:248 lid 2 BW, maar aan de hand van art. 3:13 BW; misbruik van bevoegdheid.<sup>24</sup> Naar mijn mening is dit ten onrechte.

Art. 3:13 lid 2 BW bepaalt dat een bevoegdheid onder meer kan worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden (het 'eerste geval') of met

17. Zie: voetnoot 6.

18. Zie: D.A. Viëtor, a.w., p. 2.69 e.v. In gelijke zjn: R.I.V.F. Bertrams, a.w. (2009), J. Meijer Timmerman Thijssen, a.w., A.T.G.M. Venrooy, P.S. Bakker, a.w. en P.S. Bakker, D. Haas, a.w.

19. *NJ* 1998, 363 *Gemeente Apeldoorn/Kinderdagverblijf Snoopy*.

20. Zie ook: M.W. Scheltema, 'Doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht in drievoud', *Vermogensrechtelijke Analyses* 2009 (6) 2, p. 49 e.v. en S. Mutluer, 'Onevenwichtige contractvoorwaarden bij overheidsaanbestedingen en het beroep op artikel 6:248 lid 2 BW', *Contracteren*, oktober 2010, nr. 3, p. 92 e.v.

21. Zie bijvoorbeeld verder: HR 19 maart 1993, *NJ* 1994, 92, HR 25 februari 2000, *NJ* 2000, 471, HR 14 december 2001, *NJ* 2002, 59, HR 8 februari 2002, *NJ* 2002, 284 en HR 15 oktober 2004, *NJ* 2005, 141.

22. Vergelijk: HR 16 januari 1987, *NJ* 1987, 553 *Hooijen/De Tilburgsche Hypotheekbank*, W.L. Valk, Serie Monografieën Nieuw BW, Boekbespreking, *WPNR* 6067, p. 781, T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Processuele aspecten van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid', *WPNR* 6482, p. 262-263 en recentelijk in het kader van art. 6:248 lid 2 BW, Hof Arnhem 27 januari 2009, *LJN* BH6968.

23. T.F.E. Tjong Tjin Tai, a.w., p. 260 - 261 en 265.

24. Vergelijk bijvoorbeeld voetnoot 8.

een ander doel dan waarvoor zij is verleend (het 'tweede geval') of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen (het 'derde geval'). Het eerste en het tweede geval laat ik hier verder buiten beschouwing. Deze gevallen zullen in een contractuele verhouding niet snel aan de orde zijn.

Voor het derde geval geldt dat het er volgens de parlementaire geschiedenis om gaat dat '(...) geen weldenkend mens in redelijkheid tot de uitoefening der bevoegdheid had kunnen komen'.<sup>25</sup> Bovendien geldt dat vereist is dat degene die misbruik wordt verweten de onevenredigheid kende of behoorde te kennen.<sup>26</sup>

Er is het nodige geschreven over de vraag hoe art. 6:248 lid 2 BW zich verhoudt tot art. 3:13 lid 2 (derde geval) BW. Kort gezegd lijken twee stromingen te bestaan. Enerzijds de stroming die van mening is dat voor misbruik van recht geen rol is weggelegd in een contractuele verhouding. Anderzijds de stroming die meent dat in het kader van een contractuele verhouding de beperkingen van art. 6:248 lid 2 BW en die van art. 3:13 BW 'samenvallen'. Beide stromingen lijken zich te kunnen baseren op de parlementaire geschiedenis.<sup>27</sup> Uit de parlementaire geschiedenis volgt naar mijn mening dat de wetgever er primair van uit is gegaan dat binnen contractuele verhoudingen de beperkingen van art. 6:248 lid 2 BW gelden.<sup>28</sup> Echter, de wetgever heeft geen scherp onderscheid willen aanbrengen omdat 'de grens tussen rechtsverhoudingen die worden beheerst door de eisen van de redelijkheid en billijkheid en die waarbij dat niet of niet zonder meer het geval is, moeilijk te trekken [is]'.<sup>29</sup> De wetgever heeft het aan de rechtspraak over willen laten 'een vloeiende overgang te vinden' daar waar die grens niet gemakkelijk te trekken is. Voor een op overeenkomst gebaseerde kredietrelatie brengt dit mee dat voor art. 3:13 BW geen rol is weggelegd.<sup>30</sup> Ondertussen lijkt de praktische relevantie overigens gering. Naar mijn mening leidt de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW in dezelfde omstandigheden niet tot een wezenlijk andere uitkomst dan die van art. 3:13 BW.<sup>31</sup>

### 4.3 Terughoudende toetsing

De vier hoven lijken als uitgangspunt te nemen dat sprake moet zijn van een terughoudende toetsing door de rechter. Het Hof Leeuwarden doet dat door uitdrukkelijk te verwijzen naar de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW. Het Hof Den Bosch (2008 en 2011) doet dat door te vereisen dat voor de bank (slechts) een 'voldoende' zwaarwegende grond voor opzegging moet bestaan en dat de bank (slechts) 'voldoende' zorgvuldig dient te handelen. Het Hof Den Haag doet dat door te benadrukken dat de rechter niet op de stoel van de bankier mag gaan zitten.

Een terughoudende toetsing past bij een toetsing in het kader van art. 6:248 lid 2 BW. Dit is vaste rechtspraak van de Hoge Raad bij de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW.<sup>32</sup> Giesen en Tjong Tjin Tai menen, met een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, dat sprake moet zijn van 'ernstige onevenredigheid, buitensporigheid'; dat de uitoefening van een bepaalde bevoegdheid 'te ver' gaat. Zij benadrukken, wederom met een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis, dat de term onaanvaardbaar in art. 6:248 lid 2 BW door de wetgever bewust is gekozen om een subjectieve invulling te vermijden; het gaat er volgens hen om dat geen redelijk denkend mens er anders over kan denken.<sup>33</sup> Uit HR 15 oktober 2004, NJ 2005, 141 kan zelfs worden af-

geleid dat bij overeenkomsten tussen professioneel dan wel commercieel handelende grote partijen in de regel zelfs 'extra terughoudendheid' gepast is waar het gaat om toepassing van art. 6:248 lid 2 BW.

Terughoudende toetsing laat overigens onverlet dat de feitenrechter inzichtelijk dient te maken welke aangevoerde 'relevante feiten en omstandigheden' hij bij zijn oordeel in aanmerking heeft genomen. Als een rechter namelijk aangevoerde en in beginsel relevante feiten en omstandigheden niet zichtbaar in zijn oordeel heeft betrokken, dan leidt dit ertoe dat sprake is van een onjuiste rechtsopvatting als hij die feiten en omstandigheden niet relevant achtte, of van een motiveringsgebrek indien hij niet zichtbaar maakte hoe die afweging verliep.<sup>34</sup>

25. Zie: MvT Inv. Parl. Gesch. 3 p. 1040.

26. Zie: HR 21 mei 1999, NJ 1999, 587.

27. Zie bijvoorbeeld ten aanzien van de eerste stroming VC II Inv. Parl. Gesch. 3, p. 1051: 'Men kan het aldus samenvatten dat men op contractueel terrein door de werking van de goede trouw aan de figuur van misbruik van bevoegdheid niet toekomt'. Zie bijvoorbeeld ten aanzien van de tweede stroming: TM Inv. Parl. Gesch. 3, p. 1040: 'Schept een tussen twee personen bestaande rechtsverhouding voor een van hen bevoegdheden, dan vallen de beperkingen die de goede trouw en het verbod op rechtsmisbruik aanbrengen samen; de criteria van het rechtsmisbruik zijn als alsdan ook bruikbaar om te bepalen wanneer een beroep op de bevoegdheid in strijd met de goede trouw moet worden geoordeeld'.

28. MvT Inv. Parl. Gesch. 3 p. 1049.

29. Ibid.

30. Zie: AG Hartkamp in zijn conclusie voor HR 24 december 2004, NJ 2007, 58 (met een verwijzing naar relevante literatuur): 'Daarbij merk ik overigens op dat aan toetsing van de uitoefening van contractuele bevoegdheden aan art. 3:13 in het geheel geen behoefte bestaat naast de in het contractenrecht bestaande toetsingsmaatstaven van art. 6:248 (redelijkheid en billijkheid) (...)'.  
31. Ook dit volgt uit de parlementaire geschiedenis. Zie: MvT Inv. Parl. Gesch. 3 p. 1049: 'In de eerste groep van gevallen [die door de redelijkheid en billijkheid worden beheerst] kan met de maatstaf van de artikelen [6:2 lid 2 BW] en [6:248 lid 2 BW] ongeveer hetzelfde worden bereikt als daarbuiten met misbruik van recht'. Zie ook: VC II Inv. Parl. Gesch. 3, p. 1051: 'Het is (...) niet goed denkbaar dat een dergelijk beroep [op artikel 3:13 BW] slaagt, waar het beroep op artikel [6:248 lid 2 BW] is mislukt'. In dezelfde zin: Mon. BW A4 (Schrage), p. 22, W.L. Valk, a.w., p. 781.

32. Zie: HR 17 december 2004, NJ 2005, 271 en HR 24 februari 2006, RvdW 2006, 232 alsmede A-G Verkade in zijn conclusie voor HR 24 oktober 2008, NJ 2008, 588. Zie ook: D.A. Viëtor, a.w., p. 270. In gelijke zin: J. Meijer Timmerman Thijssen, a.w., p. 128. P.S. Bakker, D. Haas, a.w., p. 66 en A.T.G.M. Venrooy, P.S. Bakker, a.w., p. 70 en 71.

33. Zie: I. Giesen, T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht, Preadvies voor de Vereniging Burgerlijk recht', Kluwer, Deventer, 2008, p. 4 en 5. Deze formulering doet denken aan de maatstaf die geldt voor misbruik van recht. Zie hierboven. Zie voorts: H.N. Schelhaas, Pacta sunt servanda bij commerciële contracten, NTBR 2008/4, p. 155 e.v.

34. Zie: T.F.E. Tjong Tjin Tai, a.w., p. 262.

#### 4.4 Bijzondere zorgplicht en eisen van proportionaliteit en subsidiariteit

Sinds het arrest van Hof Arnhem wordt in lagere jurisprudentie en literatuur veelal aangenomen dat een bank, gezien haar maatschappelijke functie, (ook) in het kader van kredietopzegging een bijzondere zorgplicht zou hebben en dat een dergelijke zorgplicht voor een kredietopzegging zou impliceren dat deze ten minste in overeenstemming zal moeten zijn met eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

In de arresten van het Hof Leeuwarden en Den Bosch (2008) wordt niet verwezen naar een bijzondere zorgplicht van banken en wordt de opzeggingsbevoegdheid evenmin getoetst aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. In het arrest van het Hof Den Haag wordt de bijzondere zorgplicht wel genoemd, maar roept het hof tegelijkertijd op tot een terughoudende toetsing. Het Hof Den Bosch (2011) gaat uitgebreid in op de maatschappelijke positie van banken, maar verwijst niet uitdrukkelijk naar een bijzondere zorgplicht voor banken.

##### 4.4.1 Bijzondere zorgplicht bank?

Naar mijn mening is niet evident dat een bank in algemene zin een bijzondere zorgplicht zou hebben. In dit kader is de conclusie van AG Wuisman voor het arrest van de Hoge Raad van 13 mei 2011<sup>35</sup> (een zogenaamde art. 81 RO-zaak) van belang. De AG overweegt ten aanzien van de stelling dat op banken een algemene bijzondere zorgplicht zou rusten: *'Bij de bestrijding van 's hofs oordeel (...) wordt tot uitgangspunt genomen (...) dat banken een bijzondere zorgplicht ten opzichte van hun cliënten hebben en uit dien hoofde ervoor hebben te zorgen dat een cliënt niet in grote(re) financiële problemen komt te verkeren. (...) Het komt mij voor, dat bij cassatiemiddel 2 een te vergaand en daarmee onjuist uitgangspunt wordt aangehouden. Er rust op banken niet in algemene zin een bijzondere zorgplicht ten opzichte van cliënten. De plicht om een verhoogde zorg tegenover een cliënt te betrachten is gekoppeld aan bijzondere situaties. Het gaat om situaties waarin een cliënt tegen vergoeding de medewerking van een bank inroept voor een aangelegenheid waarvoor geldt enerzijds dat de cliënt daarbij, voor de bank kenbaar, gezien zijn inkomen en/of vermogen grote financiële risico's loopt en hij vanwege zijn gebrek aan kennis en inzicht en/of zijn lichtzinnigheid bescherming tegen zichzelf behoeft, en anderzijds dat de bank ter zake over de benodigde deskundigheid en ervaring beschikt. Voor zover de te betrachten zorg niet uit de toepasselijke regelgeving volgt, zal de aard en omvang ervan dienen te worden bepaald aan de hand van de omstandigheden van het betrokken geval.'*

Evenmin is evident dat een bank een bijzondere zorgplicht zou hebben in het kader van de opzegging van een kredietrelatie met een professioneel dan wel commercieel handelende wederpartij.<sup>36</sup> Op basis van de door AG Huisman geformuleerde criteria is dat in ieder geval niet zo. Daar komt bij dat om voor de hand liggende redenen in zijn algemeenheid binnen een overeenkomst de zorgplicht op de schuldenaar - en niet op de schuldeiser - ligt. Wat daarvan zij, tussen professioneel dan wel commercieel handelende partijen zal een eventuele bijzondere zorgplicht van de bank in ieder geval weinig intens zijn.<sup>37</sup>

##### 4.4.2 Proportionaliteit en subsidiariteit

In een eerdere bijdrage gaf ik aan het introduceren van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit in de discussie rond opzegbaarheid van kredietrelaties onwenselijk en onnodig te vinden.<sup>38</sup> Enerzijds omdat ons privaatrecht deze beginselen niet kent als zelfstandige en afzonderlijke toetssteen voor contractuele bevoegdheidstoetsing.<sup>39</sup> Daarbij is van belang dat in het contractenrecht volledige proportionaliteit van de belangen van partijen ook helemaal niet wordt nagestreefd. Het uitgangspunt van partijautonomie en de daarop gegronde contractsvrijheid brengt met zich dat het aan de partijen is om de gepaste evenredigheid tussen de wederzijdse prestaties en bevoegdheden te bepalen.<sup>40</sup> Anderzijds omdat het criterium van 6:248 lid 2 BW al voorziet in een correctiemogelijkheid van hetgeen partijen hebben afgesproken in het geval dat sprake is van (extreme) disproportionaliteit (namelijk disproportionaliteit die in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is).<sup>41</sup>

#### 5. Terzijde: ingebrekestelling nodig bij opzegging?

Zelfs indien de contractuele opzeggingsbevoegdheid vaststaat, bestaat in de praktijk onduidelijkheid over de vraag of de bank voordat zij het krediet mag opzeggen eerst een ingebrekestelling moet versturen, met name in het geval dat de bank de lening wil opeisen op een andere grond dan dat niet is betaald op een afgesproken datum.<sup>42</sup> Naar mijn mening is een ingebrekestelling in de zin van art. 6:82 BW in het kader van de opzegging van krediet nooit nodig omdat in het ge-

35. HR 13 mei 2011, L/JN BP6921.

36. Zie ook: D.A. Viëtor, a.w., p. 270.

37. Zie: D.A. Viëtor, a.w., p. 270. In gelijke zin: J. Meijer Timmerman Thijssen, a.w., p. 130. Zie ook: L. Timmerman, 'Situatiele gelijkheid in het (privaat)recht', *Ondernemingsrecht*, 2008, 96, p. 339. Het lijkt erop dat ook Hartlief weinig voor een zorgplicht ten opzichte van niet-consumenten voelt. Vergelijk: T. Hartlief, 'Autonomie en solidariteit. Beweging in het verbintenissenrecht', *WPNR* 6564, p. 108 en 114.

38. Zie: D.A. Viëtor, a.w., p. 270-271.

39. Dit wil overigens niet zeggen dat deze beginselen niet aan de grondslag hebben gelegen van een aantal wettelijke bepalingen. Verschillende schrijvers, waaronder Stolp, hebben bovendien gepleit voor toepassing van deze beginselen in het privaatrecht. M.M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming. De remedies voor wanprestatie in het licht van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit*, diss. Nijmegen, 2007. Stolp concludeert, zeer in het kort, echter dat in geval van toetsing van de rechtmatigheid van een nakomingsvordering, wat opzegging wat mij betreft is (zie paragraaf 2), zowel de subsidiariteits- als de proportionaliteitstoets dient plaats te vinden aan de hand van art. 6:248 lid 2 BW.

40. Zie: I. Giesen, T.F.E. Tjong Tjin Tai, a.w., p. 11.

41. Ook Hartkamp is om deze reden van mening dat aan de ontwikkeling van de toetsing van privaatrechtelijke bevoegdheden aan het proportionaliteitsbeginsel weinig behoefte zal bestaan. Zie: Asser/Hartkamp 3-1\* 2011/131.

42. Ingeval de bank de lening wil opeisen wegens niet-betaling, wordt in de praktijk namelijk wel aangenomen dat een ingebrekestelling niet nodig zou zijn op basis van art. 6:83(a) BW.

val dat de bank de lening opzegt zij (slechts) nakoming vordert (zie paragraaf 2.) en voor een actie uit nakoming zijn verzuim en ingebrekestelling niet relevant. Tot dezelfde conclusie komt de Rechtbank Middelburg in haar vonnis van 20 oktober 2010.<sup>43</sup> Dat laat onverlet dat van de bank onder omstandigheden wel gevegd kan worden dat deze de kredietnemer een bepaalde, korte periode gunt om de (terug)betaling te doen.<sup>44</sup>

## **6. Tot slot**

Uit de vier hof arresten die sinds 2008 zijn verschenen kan worden afgeleid dat bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een kredietopzegging door een bank de contractuele opzegbevoegdheid het uitgangspunt moet zijn. Daarnaast kan uit deze arresten worden afgeleid dat de rechter terughoudend moet zijn bij het toetsen van de opzegging. Hij moet niet op de stoel van de bankier gaan zitten. Een terughoudende toetsing past goed bij een toetsing in het kader van art. 6:248 lid 2 BW, maar alleen Hof Leeuwarden verwijst uitdrukkelijk naar dat artikel.

---

43. *LJN* BO3176.

44. Zie D.A. Viător, a.w., p. 273.