

feiten pleegt, waarmee een derde in staat wordt gesteld een belastingvoordeel te behalen, onbehoorlijk – in de zin van artikel 2:9 BW – handelt, ook als hij of de rechtspersoon daarvan geen financieel voordeel heeft genoten.¹³ De omstandigheid dat de bestuurder zichzelf niet heeft verrijkt en er ook geen aanleiding is om te veronderstellen dat hij heeft beoogd zich te verrijken ten laste van de rechtspersoon acht de rechtbank wel van “groot belang” in het kader van de matiging van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding ex artikel 6:109 BW.

Matiging

In het kader van de matiging komt de rechtbank tot enkele opvallende overwegingen. Zo wordt de ambitie van de bestuurder om in 10 jaar tijd tot een verdubbeling van de vastgoedwaarde te komen genoemd, in welke ambitie de bestuurder door de raad van toezicht niet is afgeremd. De bestuurder is volgens de rechtbank ook in een uitzonderlijke machtspositie gebracht, met het daaraan inherente risico dat hij onvoldoende zou beseffen dat ook de aanzienlijke kans op het verlies van ‘slechts’ enkele miljoenen euro’s niet door de beugel kan. De rechtbank maakt de raad van toezicht het verwijt dat in onvoldoende mate een controlemechanisme van checks and balances aanwezig was. In lijn met vaste jurisprudentie disculpeert dat de bestuurder niet, maar vormt het wel een gezichtspunt in het kader van de matiging van de te betalen schadevergoeding.

Ook de omstandigheid dat de bestuurder in kwestie een niet buitensporig hoog salaris genoot – ruim onder de Balkenendennorm en de normering voor topinkomens in de sector – en de omstandigheid dat hij sinds zijn ontslag (financieel) nadeel lijdt, omdat hij nergens een baan kan vinden, weegt de rechtbank in matigende zin mee.

F. Oostlander
Smeets Advocaten

Civiel recht

13

Hoge Raad
10 oktober 2014, nr. 13/02588
ECLI:NL:HR:2014:2929
ECLI:NL:PHR:2014:674
(mr. Bakels, mr. Streefkerk, mr. Drion, mr. Snijders, mr. De Groot)
(concl. plv. P-G mr. De Vries Lentsch-Kostense)
Noot M. Teekens

Maatstaf bij beëindiging kredietovereenkomst door bank. Derogerende werking redelijkheid en billijkheid. Onderscheid tussen verschillende onderdelen van de kredietovereenkomst.

Indien een kredietverlener gebruikmaakt van een overeengekomen bevoegdheid tot beëindiging van de kredietovereenkomst, moet de rechtsgeldigheid daarvan worden beoordeeld aan de hand van de overeenkomst en de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW. Dat laatste brengt met zich 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. Bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre gebruikmaking van de contractuele bevoegdheid de kredietovereenkomst te beëindigen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, staat geen rechtsregel eraan in de weg dat onderscheid wordt gemaakt naar gelang het de beëindiging van het ene dan wel het andere onderdeel van de kredietovereenkomst betreft, mede in het licht van de uiteenlopende daaraan verbonden gevolgen en de overige omstandigheden van het geval.

[BW art. 6:248 lid 2]

Eiseres tot cassatie (ING Bank) verstrekke aan verweersters in cassatie (verweersters) een kredietfaciliteit. Deze omvatte een rekening-courantkrediet voor onbepaalde tijd en een tweetal rentevaste leningen voor bepaalde tijd. Op de kredietfaciliteit zijn van toepassing de Algemene Bepalingen van Kredietverlening (ABK) en de Algemene Voorwaarden opgesteld door de Nederlandse Vereniging van Banken (ABV). Art. 11 ABK bepaalt dat de kredietfaciliteit automatisch eindigt en alle verschuldigde bedragen onmiddellijk opeisbaar worden indien de kredietnemer enige verplichting niet tijdig of niet behoorlijk nakomt en dat de kredietnemer alsdan een vergoeding wegens vervroegd aflossen is verschuldigd.

ING Bank heeft verweersters geïnformeerd over haar besluit de kredietrelatie op te zeggen, omdat verweersters de gemaakte afspraken niet zijn nagekomen. Vervolgens heeft ING Bank, met inachtneming van een opzegtermijn, de kredieten opgezegd en opgeëist, alsmede aanspraak gemaakt op een vergoeding wegens het

vervroegd aflossen van de rentevaste leningen. Er wordt een opzegtermijn van acht maanden gehanteerd door ING Bank. In hoger beroep komt vast te staan dat in 2008 door de (indirect) enig aandeelhouder van verweersters een groter bedrag aan de vennootschappen is onttrokken dan met ING Bank was afgesproken, terwijl ook in strijd met de afspraken het eigen vermogen in 2008 ten opzichte van 2007 was afgenomen. Ook hebben verweersters de kwartaalcijfers in strijd met de afspraak steeds te laat bij ING Bank aangeleverd. Wel was sprake van steeds tijdige voldoening van de rente- en aflossingsverplichtingen van de twee leningen en de verstrekte zekerheden brachten met zich dat ING Bank geen kredietrisico of ander risico liep, ook niet op langere termijn.

Het hof overweegt dat beëindiging van de kredietfaciliteit op grond van art. 11.1 ABK in de concrete omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn (art. 6:248 lid 2 BW). Een afweging van de belangen van ING Bank en van verweersters in het concrete geval kan meebrengen dat de beëindiging niet rechtsgeldig is. Daarbij is van belang dat in art. 2 van de ABV is vastgelegd dat ING Bank bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht neemt en naar beste vermogen met de belangen van de cliënt rekening houdt. Vanwege de door ING Bank gehanteerde opzegtermijn, acht het hof de opzegging van het krediet in rekening-courant rechtsgeldig. De opzegging van de twee leningen, waarbij vanwege het vervroegd aflossen extra rente moet worden betaald, acht het hof niet rechtsgeldig, omdat er, kort gezegd, onvoldoende rekening is gehouden met de belangen van verweersters die deze leningen telkens tijdig hebben afgelost en ING Bank ook voldoende zekerheden hebben verschaft.

ING Bank gaat in cassatie. De Hoge Raad hanteert dezelfde toets als het hof. Bij het toepassen van art. 6:248 lid 2 BW is ook de contractuele zorgplicht als opgenomen in art. 2 ABV van belang. De Hoge Raad overweegt dat geen rechtsregel eraan in de weg staat dat bij toepassing van de contractuele opzeggingsbevoegdheid als geregeld in art. 11.1 ABK bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre die gebruikmaking naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, er onderscheid wordt gemaakt naar gelang het de beëindiging van het ene dan wel het andere onderdeel van de kredietovereenkomst betreft.

ING Bank NV, gevestigd te Amsterdam,

Eiseres tot cassatie,

advocaten: mr. A. Knigge en mr. B.T.M. van der Wiel,

tegen

1. [verweerster 1], gevestigd te [vestigingsplaats],

2. [verweerster 2], gevestigd te [vestigingsplaats],

3. [verweerster 3], gevestigd te [vestigingsplaats],

Verweersters in cassatie,

advocaten: mr. J.W.H. van Wijk en mr. S.M. Kingma.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als ING Bank en [verweerster] c.s.

Conclusie Procureur-Generaal:

Inleiding

1. In deze procedure gaat het om de beëindiging door eiseres tot cassatie (hierna: ING Bank) van de kredietfaciliteit van verweersters in cassatie (hierna gezamenlijk: [verweerster] c.s., en ieder afzonderlijk: [verweerster 1], [verweerster 2] en [verweerster 3]). De kredietfaciliteit omvatte een rekening-courantkrediet voor onbepaalde tijd en een tweetal rentevaste leningen voor bepaalde tijd. Ingevolge de toepasselijke Algemene Bepalingen van Kredietverlening eindigt de kredietfaciliteit automatisch

en worden alle verschuldigde bedragen onmiddellijk opeisbaar indien de kredietnemer enige verplichting niet tijdig of niet behoorlijk nakomt en wordt de kredietnemer een vergoeding wegens vervroegd aflossen verschuldigd. ING Bank heeft [verweerster] c.s. op de hoogte gesteld van haar besluit de kredietrelatie te beëindigen op de grond dat [verweerster] c.s. de gemaakte afspraken niet zijn nagekomen en zij heeft de kredieten opgezegd en opgeëist en daarbij aanspraak gemaakt op de vergoeding wegens vervroegd aflossen (boeterente). Zij heeft een opzegtermijn van acht maanden (de termijn die nodig was om een nieuwe financier te vinden) in acht genomen. Het hof oordeelde dat de opzegging van het krediet in rekening-courant rechtsgeldig is geschied maar dat de beëindiging van de rentevaste leningen niet rechtsgeldig was gelet op de omstandigheid dat [verweerster] c.s. als gevolg daarvan een bedrag van € 122.125,69 aan boeterente moeten betalen. Het hof stelde vast dat het belang van ING Bank, gelet op de steeds tijdige voldoening van rente- en aflossingsverplichtingen en de (uitzonderlijk) ruime overwaarde van de zekerheden, beperkt was en het kwam tot de slotsom dat de beëindiging van de rentevaste leningen in de omstandigheden van het onderhavige geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geoordeeld. Daartegen richt zich het cassatiemiddel.

2. In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten die de rechtbank Amsterdam in haar vonnis van 19 oktober 2011 onder 2, 2.1 t/m 2.32, als vaststaand heeft aangemerkt alsmede van de feiten die het gerechtshof Amsterdam in zijn arrest van 12 februari 2013 onder 4.1 voorts als gesteld en niet dan wel onvoldoende gemotiveerd betwist heeft vastgesteld. Het gaat om het volgende, aldus het hof in rov. 4.1 van zijn in zoverre in cassatie niet bestreden arrest.

i) [verweerster 1] is een beheermaatschappij waarvan [betrokkene 1] enig aandeelhouder is. Enig bestuurder is [betrokkene 2]. [verweerster 1] is enig aandeelhouder in [verweerster 2] en [verweerster 3].

ii) ING Bank heeft vanaf 1997 een kredietfaciliteit aan [verweerster 1] verstrekt. Vanaf 2001 is de faciliteit ook aan [verweerster 2] verstrekt en vanaf 2009 eveneens aan [verweerster 3].

iii) Bij offerte van 9 november 2004 is de bestaande kredietfaciliteit van € 623.947,72 verhoogd met € 1.812.000,= tot € 2.435.947,72, bestaande uit rekening-courantkrediet en leningen.

iv) Begin februari 2008 heeft ING Bank van [verweerster] c.s. een getekende overeenkomst met [A] BV (hierna: [A]) ontvangen met een op die overeenkomst gebaseerde begroting van het resultaat over 2008. In reactie daarop heeft ING Bank bij brief van 19 februari 2008 onder meer bericht: "De begroting toont een winst van € 105.000,= -lager dan de winst van € 139.000,= in 2007 tot en met 30 september- en een kasstroom van € 421.000,=. Deze kasstroom is niet genoeg voor de reguliere aflossingen op de leningen van ongeveer € 321.000,= en de verlagingen van het krediet in rekening-courant van € 120.000,=, tezamen ongeveer € 441.000,=, en door [betrokkene 1] voor zijn levensonderhoud op te nemen bedragen. Deze opnamen zullen volgens [betrokkene 1] vanaf 2008 niet meer bedragen dan € 100.000,= per jaar. Wij gaan ervan uit, dat ze ook minder bedragen dan de behaalde nettowinst in het betreffende jaar, zodat het te geringe eigen vermogen (verminderd met de vorderingen van [betrokkene 1]) kan toenemen. De opnamen zullen jaarlijks worden verrekend met uit te keren dividend.

Wij zijn bereid om aanpassing van de kredietregeling met u te bezien, zodat het bedrag aan aflossingen en limietverlagingen

in overeenstemming komt met wat redelijkerwijs moet zijn op te brengen.”

v) [verweerster 1] en [verweerster 2] hebben een offerte van ING Bank van 17 april 2008 geaccepteerd, waarbij de kredietfaciliteit aan de nieuwe situatie wordt aangepast. De kredietfaciliteit omvat een rekening-courantkrediet voor onbepaalde tijd én een tweetal rentevaste leningen en bedraagt in totaal € 2.410.000,=. In de “Bepalingen bij de kredietfaciliteit” zijn na het kopje Bijzondere bepalingen (onder meer) de volgende bepalingen opgenomen: “De kredietnemer zal per kwartaal binnen één maand aan de bank zijn balansen en resultatenrekening, zowel de geconsolideerde als de vennootschappelijke, toesturen. Het eigen vermogen, verminderd met oninbaar te achten vorderingen zal gedurende ieder boekjaar ten opzichte van het einde van het vorig boekjaar toenemen.”

vi) Op de kredietovereenkomst zijn de Algemene Bepalingen van Kredietverlening (hierna: ABK) en de Algemene Voorwaarden opgesteld door de Nederlandse Vereniging van Banken (hierna: ABV) van toepassing.

vii) De ABK luiden, voor zover van belang:

“Artikel 11. Vervroegde opeisbaarheid

11.1 De Kredietfaciliteit eindigt automatisch en alle bedragen die uit hoofde van de Overeenkomst zijn verschuldigd, zijn terstond en ineens opeisbaar zonder dat enige ingebrekestelling is vereist, indien één van de volgende gebeurtenissen zich voordoet:

a. de Kredietnemer komt een aflossings-, rente- of andere verplichting uit hoofde van de Overeenkomst, of enige andere met de Bank gesloten overeenkomst niet, niet tijdig of niet behoorlijk na; (...)

(...)

11.2 In geval van vervroegde aflossing van Leningen met een vast rentepercentage als gevolg van één van de genoemde gebeurtenissen is artikel 25.2 van toepassing (...).

Artikel 13. Informatie

13.1 De Kredietnemer zal aan de Bank een exemplaar van zijn (geconsolideerde) balans en winst- en verliesrekening met toelichting verstrekken en wel binnen een halfjaar na afloop van ieder boekjaar, tenzij een andere frequentie of een ander tijdstip van indiening is overeengekomen. (...).

Artikel 19. Beëindiging en wijziging

Het Krediet in rekening courant kan te allen tijde zowel mondeling als schriftelijk door de Kredietnemer en de Bank worden beëindigd (...). Tengevolge van de beëindiging wordt het bedrag dat de Kredietnemer uit hoofde van het Krediet in rekening-courant is verschuldigd (...) terstond en ineens opeisbaar (...).

Artikel 25. Vergoeding in geval van vervroegde aflossing

(...)

25.2 In geval van vervroegde aflossingen die niet in de Overeenkomst zijn overeengekomen – ook als de aflossing het gevolg is van opeising in de zin van artikel 11 van de Algemene Bepalingen – dient de Kredietnemer de contante waarde van het renteverschuif te voldoen dat de Bank over de resterende rentevastperiode als gevolg van de vervroegde aflossing derft. (...).”

viii) Artikel 2 van de ABV luidt als volgt:

“Artikel 2. Zorgplicht van de bank

De bank dient bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht te nemen.

Zij zal daarbij naar beste vermogen met de belangen van de cliënt rekening houden (...).”

Artikel 30 (thans artikel 35) van de ABV luidt als volgt:

“Artikel 30. Opzegging van de relatie

De relatie tussen de cliënt en de bank kan zowel door de cliënt als door de bank worden opgezegd. Indien de bank de relatie

opzegt, zal zij de cliënt desgevraagd de reden van die opzegging meedelen.

Na opzegging van de relatie zullen de tussen de cliënt en de bank bestaande individuele overeenkomsten zo spoedig mogelijk worden afgewikkeld met inachtneming van de daarvoor geldende termijnen. (...).”

ix) Bij brief van 18 juni 2009 heeft ING Bank [verweerster] c.s. geïnformeerd over haar besluit om de kredietrelatie te beëindigen. Als redenen worden opgegeven: niet nakomen van de kredietvoorwaarden inzake onttrekkingen, onvoldoende resultaten en kasstromen en daarmee de dreiging dat [verweerster] c.s. hun verplichtingen inzake betaling van rente en aflossing aan ING niet kunnen nakomen, te geringe solvabiliteit en niet tijdige en kennelijk niet betrouwbare rapportage.

x) Op 6 juli 2009 heeft tussen partijen een bespreking plaatsgevonden naar aanleiding van het besluit van ING Bank om de kredietrelatie met [verweerster] c.s. te beëindigen.

xi) Bij brief van 10 juli 2009 heeft ING Bank aan [verweerster] c.s. bericht dat zij per 1 oktober 2009 de kredieten opzegt en opeist. Zij heeft daarbij aanspraak gemaakt op een vergoeding wegens het vervroegd aflossen van de rentevaste leningen als bedoeld in artikel 25.2 ABK.

xii) Bij brief van 28 september 2009 heeft ING Bank [verweerster] c.s. op hun verzoek geïnformeerd over de hoogte van de vordering van ING Bank. In de cijferopstelling, door ING Bank aangeduid als ‘indicatieve aflossingsnota per 1 oktober 2009’, heeft ING Bank voor vergoeding vervroegd aflossen de bedragen € 81.363,05 en € 38.122,13 opgenomen.

xiii) Bij brief van 26 oktober 2009 heeft de advocaat van [verweerster] c.s. aan ING Bank meegedeeld dat zijn cliënten zich op het standpunt stellen dat de opzegging van de kredietrelatie onrechtmatig is en dat ING Bank haar zorgplicht heeft geschonden. Zij betwisten dat zij de vergoeding wegens vervroegd aflossen ex artikel 25 van de ABK verschuldigd zijn.

xiv) Bij brief (tevens aflossingsnota) van 18 februari 2010 heeft ING Bank aan [verweerster] c.s. bericht dat per 1 maart 2010 het totaal door [verweerster] c.s. te betalen bedrag € 1.937.500,= bedraagt, waarvan als vergoeding voor het vervroegd aflossen van de rentevaste leningen de bedragen € 102.849,21 en € 19.276,48, in totaal € 122.125,69, zijn opgevoerd. In de brief schrijft ING Bank dat zij bereid is tot vrijgave van de zekerheden onder de voorwaarde dat [verweerster] c.s. een bankgarantie stelt ter hoogte van de vergoeding voor het vervroegd aflossen. Op 1 maart 2010 heeft de Rabobank op verzoek van [verweerster] c.s. een bankgarantie gesteld ten gunste van ING Bank. Partijen zijn overeengekomen hun geschil over de vergoeding voor het vervroegd aflossen voor te leggen aan de rechter.

xv) Op enig moment in maart 2010 heeft ING Bank aanvullende zekerheid gevraagd voor de tijdens deze gerechtelijke procedure lopende rente over de vergoeding voor het vervroegd aflossen. In dit verband heeft [verweerster] c.s. overeenkomstig een daartoe opgemaakte overeenkomst met ING Bank van 9 maart 2010 een bedrag van € 6000,= in depot gestort bij Van Donselaar Ter Wal Notarissen te Bodegraven. Op 9 maart 2010 hebben [verweerster] c.s. alle door ING Bank aan haar verstrekte kredieten afgelost met uitzondering van de vergoeding voor het vervroegd aflossen.

xvi) ING Bank heeft de door haar in het kader van de kredietovereenkomst bedongen zekerheden op enig moment daarna vrijgegeven.

xvii) De geconsolideerde winst- en verliesrekening vermeldt voor 2008 een nettowinst van € 71.976,=.

3. Bij inleidende dagvaarding van 15 maart 2010 hebben [verweerster] c.s. gevorderd te verklaren voor recht a) dat ING Bank

ten onrechte de kredietrelatie met [verweerster] c.s. heeft opgezegd en b) dat ING Bank ten onrechte aanspraak maakt op de boete en kosten wegens vervroegde aflossing ten bedrage van € 122.125,69 te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente van € 6000,=. Verder hebben [verweerster] c.s. gevorderd ING Bank te veroordelen aan [verweerster] c.s. te betalen de kosten van de bankgarantie ad € 150,=, te vermeerderen met de wettelijke rente en voorts de periodieke provisie ad 1% per jaar over het bedrag van € 122.125,69 te vermeerderen met de wettelijke rente. Na vermeerdering van eis hebben [verweerster] c.s. nog gevorderd ING Bank ook te veroordelen in de kosten van de notaris wegens de tussen partijen gesloten depotovereenkomst van 9 maart 2010.

[verweerster] c.s. stellen daartoe, kort gezegd, dat zij de afspraken met ING Bank zijn nagekomen, dan wel dat, voor zover van enig verzuim sprake zou zijn, het een gering verzuim betreft dat niet een opzegging van de kredietrelatie rechtvaardigt, dat de opzegging niet voldoet aan de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit en dat ING Bank onredelijk en onbillijk heeft gehandeld en haar (bijzondere) zorgplicht heeft geschonden en aldus niet rechtsgeldig heeft opgezegd en dus ook geen aanspraak kan maken op de vergoeding wegens vervroegde aflossing als bedoeld in art. 25 ABK.

4. ING Bank heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Zij heeft in reconventie gevorderd [verweerster] c.s. te veroordelen tot betaling van de vergoeding wegens vervroegde aflossing van € 122.125,69, te vermeerderen met de wettelijke rente.

5. De rechtbank Amsterdam heeft (na een tussenvonnissen van 21 juli 2010 waarbij een comparitie werd bevolen) in haar eindvonnis van 19 oktober 2011 in conventie de vordering van [verweerster] c.s. afgewezen en in reconventie de vordering van ING Bank toegewezen. Zij overwoog daartoe onder meer als volgt, daarbij de vorderingen in conventie en in reconventie gezamenlijk behandelend.

De vraag of de opzegging van de kredietfaciliteit het door ING Bank beoogde rechtsgevolg heeft gehad, dient volgens vaste rechtspraak te worden beantwoord aan de hand van de redelijkheid en billijkheid in verband met de omstandigheden van het geval. Hiervoor geldt ook in het onderhavige geval de door het hof Arnhem in zijn arrest van 18 februari 2003 (LJN AF5233) geformuleerde maatstaf. Hierin is overwogen dat 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, ook indien uit de aard van een specifieke overeenkomst zou volgen dat zij in beginsel zonder meer opzegbaar is. Voor een bank, en dus ook voor ING Bank, geldt dat zij uit hoofde van haar maatschappelijke functie een bijzondere zorgplicht heeft. De reikwijdte van deze zorgplicht hangt eveneens af van de omstandigheden van het geval. Voor een kredietopzegging impliceert dit dat die tenminste zal moeten voldoen aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. (rov. 4.6-4.7)

[verweerster] c.s. hebben de afspraken met ING Bank ten aanzien van de gemaximeerde onttrekkingen, de jaarlijkse groei van het eigen vermogen en de tijdige aanlevering van kwartaal- en jaarcijfers geschonden. Het betroffen hier afspraken die ING Bank met [verweerster] c.s. heeft gemaakt in het kader van het opnieuw vormgeven van de kredietrelatie met [verweerster] c.s. in april 2008. Deze afspraken waren ontstaan als gevolg van zorgen van ING Bank met betrekking tot onder meer de resultaten van [verweerster] en hoge onttrekkingen door J.H. de Keizer en, als gevolg daarvan, een kwetsbare liquiditeits- en solvabiliteitspositie. Uit de stukken volgt dat deze afspraken hebben te gelden als belangrijke voorwaarden aan de nieuwe kredietre-

latie, naast de gebruikelijke rente- en aflossingsverplichtingen jegens de bank. [verweerster] c.s. zijn de hiervoor bedoelde gewichtige afspraken meer dan eens niet nagekomen. Naar het oordeel van de rechtbank is deze handelwijze, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, [verweerster] c.s. aan te rekenen en rechtvaardigt deze ook de opzegging van de kredietrelatie door ING Bank. De verstreckende maatregel voldoet in dit geval dus aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. De duur van de kredietrelatie, de niet ongunstige financiële resultaten van [verweerster] c.s. en de mate van dekking van het openstaand krediet met zekerheden, leggen hier onvoldoende gewicht in de schaal. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat zij niet in financieel zwaar weer is terechtgekomen. (rov. 4.19-4.20)

ING Bank heeft dus onder de gegeven omstandigheden gebruik mogen maken van haar contractuele bevoegdheid om de kredietrelatie te beëindigen. Zij heeft de kredietovereenkomst met [verweerster] c.s. dus rechtsgeldig opgezegd. Niet in geschil is dat ING Bank, indien vaststaat dat zij de kredietrelatie heeft mogen beëindigen, aanspraak kan maken op een boete voor het vervroegd aflossen van het krediet door de kredietnemer, in dit geval [verweerster] c.s.

6. In het door [verweerster] c.s. ingestelde hoger beroep heeft het gerechtshof Amsterdam bij arrest van 12 februari 2013 (ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ8567, «JONDR» 2013/491) het bestreden vonnis zowel in conventie als in reconventie vernietigd. Het hof heeft afgewezen hetgeen door ING Bank is gevorderd. Het heeft voor recht verklaard dat ING Bank ten onrechte de kredietovereenkomst voor zover het betreft de rentevaste leningen heeft beëindigd en voorts dat ING Bank ten onrechte aanspraak maakt op de vergoeding wegens vervroegde aflossing ten bedrage van € 122.125,69, te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente ten bedrage van € 6000,=. Het hof heeft ING Bank veroordeeld om aan [verweerster] c.s. te betalen (a) de kosten van de bankgarantie ten bedrage van € 150,=, te vermeerderen met de wettelijke rente, (b) de periodieke provisie ad 1% per jaar over het bedrag van € 122.125,69, (c) de kosten van de door de notaris tussen partijen gesloten depotovereenkomst. Het hof heeft ING Bank veroordeeld om aan [verweerster] c.s. (terug) te betalen al hetgeen zij ter uitvoering van het bestreden vonnis aan ING Bank hebben betaald, te vermeerderen met de wettelijke rente. Het heeft ten slotte afgewezen hetgeen door [verweerster] c.s. meer of anders is gevorderd en het heeft ING Bank veroordeeld in de kosten van beide instanties en het heeft de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Het hof overwoog daartoe onder meer het volgende.

[verweerster] c.s. bestrijden het oordeel van de rechtbank dat de door ING opgevoerde schendingen van de afspraken door [verweerster] c.s. de opzegging van de kredietrelatie door ING Bank kunnen dragen en dat ING Bank op grond van art. 11.2 en 25.2 ABK aanspraak kan maken op een boete(rente) voor het vervroegd aflossen van de rentevaste leningen.

Het hof stelt voorop dat als uitgangspunt heeft te gelden dat op grond van destijds art. 30 ABV een (krediet)relatie als de onderhavige in beginsel te allen tijde door een bank kan worden opgezegd. Na de opzegging dienen de tussen partijen bestaande overeenkomsten zo spoedig mogelijk met inachtneming van de daarvoor geldende termijnen te worden afgewikkeld, aldus art. 30 ABV. (rov. 4.5)

Beëindiging van de kredietfaciliteit op grond van artikel 11.1 ABK kan in de concrete omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (art. 6:248 lid 2 BW). Dat brengt mee dat de belangen van de bank en van de kredietnemer in een concreet geval dienen te worden afgewogen. Daarbij is van belang dat in art. 2 van de

ABV is vastgelegd dat de bank bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht neemt en daarbij naar beste vermogen met de belangen van de cliënt rekening houdt. (rov. 4.7)

Met betrekking tot de 'events of default' geldt het volgende. De onttrekkingen in 2008 hebben meer bedragen dan € 100.000,=, hetgeen in strijd is met de afspraak met [verweester] c.s. Ook is in strijd met de afspraken het eigen vermogen in 2008 ten opzichte van 2007 afgenomen. Ten slotte hebben [verweester] c.s. de kwartaalcijfers in strijd met de afspraak steeds te laat bij ING Bank aangeleverd. Niet is komen vast te staan dat een effectieve leiding bij [verweester] c.s. ontbrak. Evenmin is komen vast te staan dat de kwartaalcijfers niet betrouwbaar waren. (rov. 4.8.1-4.8.4)

Omdat ING Bank de opzegtermijn afhankelijk heeft gesteld van het vinden van een nieuwe financier, is, gelet op alle omstandigheden van het geval, voldoende rekening gehouden met het belang van [verweester] c.s. bij het krediet in rekening-courant en is de opzegging van dat krediet rechtsgeldig geschied. Of de beëindiging van de rentevaste leningen rechtsgeldig was, moet gelet op de omstandigheid dat [verweester] c.s. als gevolg daarvan een bedrag van € 122.125,69 aan boeterente moeten betalen, afzonderlijk worden beoordeeld. Daarbij dienen in dit concrete geval de ernst en de aard van de genoemde tekortkomingen van [verweester] c.s. te worden afgewogen tegen het belang van ING Bank bij de beëindiging van de rentevaste leningen. (rov. 4.9)

Dienaangaande geldt het volgende:

"4.10 Bij die afweging zijn de volgende feiten en omstandigheden van belang.

(i) [verweester] c.s. hebben vanaf het begin van de kredietrelatie in 1997 steeds op tijd aan al hun rente- en aflossingsverplichtingen voldaan.

(ii) De door [verweester] c.s. verstrekte zekerheden hebben een (uitzonderlijk) ruime overwaarde: de executiewaarde van de zekerheden bedroeg ten tijde van de beëindiging van de kredietfaciliteit circa € 4.368.000,= en in juli 2009 had ING Bank circa € 2.070.000,= (exclusief boeterente) van [verweester] c.s. te vorderen.

(iii) ING Bank heeft in maart 2008, vijftien maanden voor de beëindiging van de kredietfaciliteit, nog een rentevaste lening van in hoofdsom € 1.400.000,= met een rentevastperiode van tien jaar aan [verweester] c.s. geoffreerd, ondanks de in haar ogen al kwetsbare liquiditeits- en solvabiliteitspositie van [verweester] c.s. Tot maart 2008 was de rentevastperiode steeds maximaal vijf jaar. De vergoeding voor vervroegde aflossing van de rentevaste lening van tien jaar is hoger en bedraagt € 102.849,21. Gesteld noch gebleken is dat ING Bank die lange rentevastperiode op verzoek [verweester] c.s. heeft geoffreerd.

(iv) Gesteld noch gebleken is dat ING Bank [verweester] c.s. hebben gewaarschuwd dat het niet nakomen van haar verplichtingen beëindiging van de kredietrelatie betekende.

(v) ING Bank heeft als gevolg van die tekortkomingen geen financieel nadeel geleden.

(vi) ING Bank heeft op 11 juni 2009 de concept jaarrekening over 2008 ontvangen en naar aanleiding van de daaruit blijvende ontwikkelingen een week later, bij brief van 18 juni 2009, de kredietfaciliteit beëindigd. Uit de brief van 18 juni 2009 blijkt niet dat ING Bank de nadelige financiële gevolgen van de beëindiging van de rentevaste leningen voor [verweester] c.s. in haar besluitvorming voorafgaand aan de beëindiging van de kredietfaciliteit heeft betrokken en bij haar beslissing naar beste vermogen met de belangen van [verweester] c.s. rekening heeft gehouden, zoals artikel 2 ABV voorschrijft. In de brief wordt met geen woord gerept over de vergoeding wegens vervroegde aflossing. ING Bank heeft in haar – tweede –

brief van 10 juli 2009 volstaan met de enkele mededeling dat de rentevaste leningen vervroegd moeten worden afgelost en dat conform artikel 25.2 ABK een vergoeding verschuldigd is, zonder het verschuldigde bedrag te noemen.

4.11 Op basis van al deze feiten en omstandigheden komt het hof tot de constatering dat ING Bank de rentevaste leningen heeft beëindigd zonder voldoende oog te hebben voor de gerechtvaardigde belangen van [verweester] c.s., althans zonder daarvan blijkt te geven. Voorts stelt het hof vast dat het belang van ING Bank bij beëindiging van de kredietfaciliteit beperkt was. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat in het licht van de steeds tijdige voldoening van de rente- en aflossingsverplichtingen en de waarde van de zekerheden in verhouding tot de vordering op [verweester] c.s. onvoldoende gesteld of gebleken is dat ING Bank, ook niet op langere termijn, enig krediet- of ander risico liep. Als ING Bank haar belang en dat van [verweester] c.s. al heeft afgewogen, dan heeft ze aan haar eigen belang tegenover dat van [verweester] c.s. gelet op alle hierboven opgesomde omstandigheden een te zwaar gewicht toegekend en dusdoende haar zorgplicht jegens [verweester] c.s. geschonden.

4.12 Op grond van het vorenstaande is het hof van oordeel dat de beëindiging van de rentevaste leningen met het gevolg dat [verweester] c.s. een bedrag van € 122.125,69 aan boeterente verschuldigd werden, in de omstandigheden van dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geoordeeld.

(...)

4.14 Nu door ING Bank geen feiten en/of omstandigheden zijn aangevoerd die – indien bewezen – tot een ander oordeel kunnen leiden, dient het door haar gedane bewijsaanbod als niet ter zake dienend te worden gepasseerd."

7. ING Bank heeft (tijdig) cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het hof. [verweester] c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht.

Het cassatiemiddel

Inleiding

8. Het cassatiemiddel beslaat vijf onderdelen, die – kort samengevat – het volgende inhouden. Onderdeel 1, dat acht (sub)onderdelen bevat, betoogt dat het hof de strenge maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW heeft miskend met zijn oordeel in rov. 7 dat toetsing aan art. 6:248 lid 2 BW van het beroep van ING op art. 11.1 ABK meebrengt dat de belangen van de bank en van een kredietnemer in een concreet geval dienen te worden afgewogen en met zijn oordeel in rov. 4.9 dat in dit concrete geval de ernst en de aard van de tekortkomingen van [verweester] c.s. moeten worden afgewogen tegen het belang van ING Bank bij de beëindiging van de rentevaste leningen. Onderdeel 2 bestrijdt met drie (sub)onderdelen het oordeel van het hof in rov. 4.9 dat de beëindiging van de rentevaste leningen afzonderlijk, los van de beëindiging van het rekening-courantkrediet, getoetst dient te worden aan de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW. Onderdeel 3 bevat acht (sub)onderdelen. Het bouwt in het eerste (sub)onderdeel voort op de twee eerste onderdelen. Het betoogt verder dat als het hof wel de juiste maatstaf heeft aangelegd, het onaanvaardbaarheidsoordeel in rov. 4.10 t/m 4.14 onvoldoende is gemotiveerd. Het klaagt voorts over schending van de devolutive werking, over het passeren van het bewijsaanbod van ING Bank, over het treden buiten de grenzen van de rechtsstrijd, en over een onjuiste rechtsopvatting omtrent de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW. Onderdeel 4 voert in vier (sub)onderdelen aan dat het hof in rov. 4.8.4 een bewijsaanbod van ING

Bank ten onrechte heeft gepasseerd, althans zijn oordeel op dat punt ontoereikend heeft gemotiveerd. Onderdeel 5 stelt ten slotte dat de overweging van het hof met betrekking tot art. 30 ABV, als weergegeven in rov. 4.6, onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd. Het klaagt voorts nog dat het hof met zijn oordeel buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden.

Vooropstelling

9. Het gaat in deze zaak, zoals ING Bank in haar schriftelijke toelichting ook aantekent, om de beëindiging van een kredietovereenkomst op grond van een beding dat bepaalt dat de kredietovereenkomst eindigt indien de kredietnemer tekortschiet in de nakoming van een op hem rustende verplichting. Centraal staat daarbij in het bestreden arrest van het hof Amsterdam de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW.

ING Bank heeft in haar schriftelijke toelichting benadrukt dat de beëindiging van kredietovereenkomsten voorwerp is van veel lagere rechtspraak, dat het beeld dat uit die rechtspraak naar voren komt, verdeeld is en dat de financieringspraktijk en de rechtspraktijk gebaat zouden zijn bij een richtingsgevende uitspraak van uw Raad.

[verweerster] c.s. hebben in hun schriftelijke toelichting vooropgesteld dat zij de indruk krijgen dat ING Bank in deze procedure vooral enkele principiële vragen beantwoord zou willen zien over de beëindiging van kredietrelaties op grond van algemene voorwaarden en dat gelezen in samenhang met (vooral) de memorie van antwoord met name het arrest van het hof Arnhem van 18 februari 2003 inzake Rabobank/Aarding (ECLI:NL:GHARN:2003:AF5233) ING Bank dwars lijkt te zitten. [verweerster] c.s. betogen dat deze zaak zich nu juist niet leent voor de beantwoording van dergelijke principiële vragen omdat het hof – anders dan de rechtbank – nu juist niet de door het hof Arnhem in genoemd arrest geïntroduceerde maatstaf heeft gehanteerd, doch de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW die ook volgens ING Bank gehanteerd moet worden. Zij betogen dat het hof de juiste, terughoudende, maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW heeft gehanteerd en dat het hof zijn – in hoge mate met de feiten verweven oordeel – ook alleszins voldoende heeft gemotiveerd.

10. Mede gelet op de hiervoor weergegeven opmerkingen, stel ik het volgende voorop voordat ik het cassatiemiddel bespreek. De tussen een bank en een kredietnemer bestaande kredietrelatie kan worden gekwalificeerd als een duurovereenkomst, dat wil zeggen een overeenkomst waarbij partijen zich verbinden tot het verrichten van een of meer prestaties die gedurende zekere tijd voortduren, herhaald worden of elkaar opvolgen. De duurovereenkomst kan zijn aangegaan voor een onbepaalde tijd of voor een bepaalde tijd. In de wet of in de overeenkomst kan zijn voorzien in een opzeggingsbevoegdheid. In het onderhavige geval bevat de kredietrelatie een rekening-courantkrediet voor onbepaalde tijd en twee rentevaste leningen voor bepaalde tijd, te weten een lening met een looptijd van tien jaar en een lening met een looptijd van vijf jaar. Hierna ga ik daarom nader in op de opzegging van duurovereenkomsten voor bepaalde en voor onbepaalde tijd. In dat kader ga ik in op de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art 6:248 lid 1 respectievelijk lid 2 BW), op de (in de toepasselijke algemene voorwaarden voorziene) bevoegdheid tot opzegging van de kredietrelatie en op de zorgplicht van de bank.

De opzegging van duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd

11. Het Burgerlijk Wetboek bevat geen algemene regeling van de opzegging van duurovereenkomsten. Wel zijn (onder meer) in

Boek 7 BW eigen opzeggingsbevoegdheden opgenomen voor bijzondere overeenkomsten. Ook in de overeenkomst zelf kan zijn voorzien in opzegging.

Indien wet en overeenkomst niet voorzien in een regeling van de opzegging, geldt dat de duurovereenkomst voor onbepaalde tijd in beginsel opzegbaar is. De eisen van redelijkheid en billijkheid kunnen in verband met de aard en de inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is indien een zwaarwegende grond voor de opzegging bestaat. Uit diezelfde eisen kan voortvloeien, eveneens in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval, dat een bepaalde opzegtermijn in acht moet worden genomen of dat de opzegging gepaard moet gaan met het aanbod tot betaling van een (schade)vergoeding. Aldus uw Raad in zijn arrest van 28 oktober 2011 (Gemeente de Ronde Venen/Stedin), ECLI:NL:HR:2011:BQ9854, NJ 2012/685 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai en in zijn arrest van 14 juni 2013 (Auping/Beverlaap), ECLI:NL:HR:2013:BZ4163, NJ 2013/341. Tjong Tjin Tai wijst in zijn annotatie onder eerstgenoemd arrest erop dat uw Raad in dat arrest de vraag of de opzegging van een duurovereenkomst in beginsel mogelijk is, ronduit bevestigend beantwoordt. Hij juicht de formulering in dit arrest toe als en terugkeer naar duidelijke, beknopt geformuleerde regels. Hij tekent aan dat de verwijzing naar redelijkheid en billijkheid die aan opzegging in de weg kunnen staan, lijkt te duiden op de aanvullende en niet op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, nu voor dat laatste immers het vereiste geldt dat het toepassen van een zekere regel onaanvaardbaar is.

Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2010, nrs. 408 en 409 met verdere verwijzingen. Zie ook T.H. Tanja-van den Broek, 'Gemeente De Ronde Venen/Stedin c.s.: versoepeling van de mogelijkheden tot opzegging van een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd?', MvV 2012-2, p. 18-22 en W.L. Valk, 'Opzegging van duurovereenkomsten na Gemeente/SNU en Stedin', NTBR 2012/25. Laatstgenoemde auteur verwijst hierbij ook naar de Draft Common Frame of Reference (DCFR) en de Principles of European Contract Law (PECL). Over de DCFR ook R.L.M.M. Tan, 'Beëindiging van duurovereenkomsten volgens het Draft Common Frame of Reference', NTBR 2011/46. Zie verder A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, 'Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten. Een horizontale vergelijking' (Monografieën Nieuw BW A10), 2003, nrs. 15-16.

12. Ook ingeval in de wet of de overeenkomst is voorzien in opzegging, kunnen de redelijkheid en billijkheid een rol spelen. In zijn arrest van 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1280, NJ 2012/411 waarin het ging om een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd met een in de wet (art. 7:228 lid 2 BW) voorziene mogelijkheid tot opzegging, honoreerde uw Raad de klacht dat het hof in die zaak had miskend dat niet alleen het bepaalde in art. 3:13 BW (misbruik van bevoegdheid) in de weg kan staan aan de mogelijkheid de huurovereenkomst op grond van art. 7:228 lid 2 BW op te zeggen. Uw Raad overwoog dat art. 7:228 lid 2 BW weliswaar de bevoegdheid geeft een huurovereenkomst als in die zaak aan de orde op te zeggen tegen een voor huurbetaling overeengekomen dag op een termijn van ten minste een maand, maar dat de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is indien een voldoende zwaarwegende grond voor de opzegging bestaat. Daarbij verwees uw Raad naar zijn hiervoor genoemde arrest Gemeente de Ronde Venen/Stedin, waarin het, als gezegd, ging om de opzegging van een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd waarbij niet in wet of overeenkomst in opzegging was voorzien. Deze formule-

ring lijkt te duiden op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Daarnaast kan het gebruik maken van de in wet of overeenkomst voorziene bevoegdheid tot opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid gelet op alle omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zijn, zodat aan de opzegging op grond van art. 6:248 lid 2 BW in zoverre rechtsgevolg kan worden onthouden. Ook hier zullen bij de weging van alle omstandigheden van het geval de aard en de inhoud van de overeenkomst een belangrijke rol spelen.

De opzegging van duurovereenkomsten voor bepaalde tijd

13. Overeenkomsten voor bepaalde tijd zijn in beginsel niet tussentijds opzegbaar, tenzij zulks volgt uit de wet of de overeenkomst. Op dit beginsel van niet-opzegbaarheid kan een uitzondering worden aangenomen in geval van onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW, die niet voor rekening van de opzeggende partij komen en die van zo ernstige aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid instandhouding van de overeenkomst tot het overeengekomen tijdstip niet mag verwachten. Aldus uw Raad. Zie HR 21 oktober 1988 (Mondia/Calandra), ECLI:NL:HR:1988:AD0483, NJ 1990/439 en HR 10 augustus 1994 (Aerts/Keepens), ECLI:NL:HR:1994:ZC1428, NJ 1994/688. Zie ook A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten*. Een horizontale vergelijking (Monografieën Nieuw BW A10), 2003, nr. 14, 16.

Indien in een duurovereenkomst voor bepaalde tijd is voorzien in een regeling voor tussentijdse opzegging al dan niet onder bepaalde voorwaarden, zal aan een op grond van die regeling gedane opzegging niettemin op de voet van art. 6:248 lid 2 BW rechtsgevolg kunnen worden onthouden indien en voor zover gebruikmaking van de bevoegdheid tot opzegging in de gegeven omstandigheden, waaronder de aard en de inhoud van de overeenkomst, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Ook kan in het voetspoor van het hiervoor genoemde arrest van uw Raad van 29 juni 2012 worden aangenomen dat de eisen van redelijkheid en billijkheid, in verband met de aard en inhoud van de overeenkomst en de omstandigheden van het geval, kunnen meebrengen dat opzegging slechts mogelijk is indien een voldoende zwaarwegende grond voor de opzegging bestaat.

Het arrest Rabobank/Aarding van het hof Arnhem

14. In de feitenrechtspraak is de opzegging van een bankkrediet geregeld aan de orde. Daarbij heeft het arrest van het gerechtshof Arnhem van 18 februari 2003 (Rabobank/Aarding), ECLI:NL:GHARN:2003:AF5233, «JOR» 2003/267, navolging gevonden. Het betrof in dat geval de opzegging van het verleende krediet door de bank, die zich daarbij beriep op de toepasselijke Algemene Voorwaarden voor rekening-courant, die bepaalden dat de bank een kredietfaciliteit te allen tijde kan opzeggen, zij het met inachtneming van een termijn van drie maanden. Het hof Arnhem geeft aan dat op de bank uit hoofde van haar maatschappelijke functie een bijzondere zorgplicht rust jegens haar cliënten uit hoofde van de met hen bestaande contractuele verhouding, hetgeen – aldus het hof – meebrengt dat de opzegging van een bankkrediet ten minste dient te voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Voor de rechtsgeldigheid van de opzegging van een bankkrediet zal volgens het hof onder meer betekenis toekomen aan de door het hof in zijn arrest opgesomde factoren. Mede gelet op hetgeen ik hiervoor onder 9 vooropstelde, citeer ik hier volledigheidshalve rov. 4.30 en 4.31, waar het hof overwoog als volgt:

“4.30 De vraag of de opzegging in dit concrete geval het be-

oogde rechtsgevolg heeft gehad, zal beantwoord moeten worden aan de hand van de redelijkheid en billijkheid in verband met de omstandigheden van het geval. Ook indien uit de aard van een specifieke overeenkomst zou volgen dat zij in beginsel zonder meer opzegbaar is, kunnen de eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de concrete omstandigheden van het geval meebrengen dat opzegging slechts tot een rechtsgeldige beëindiging van de overeenkomst leidt indien een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging bestaat.

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. De reikwijdte van die zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval.

Voor een kredietopzegging impliceert dit dat deze ten minste zal moeten voldoen aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

4.31 Voor de rechtsgeldigheid van de opzegging van een bankkrediet zal onder meer betekenis toekomen aan de volgende factoren:

- de duur, de mate van exclusiviteit, de omvang en de ingewikkeldheid en het verloop van de kredietrelatie,
- 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),
- 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,
- of en in welke mate de kredietnemer toerekenbaar is tekortgeschoten (bij voorbeeld door (structurele en/of ruime) overschrijding van de kredietlimiet),
- 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,
- 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,
- 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 kredietnemer tevoren heeft gewaarschuwd,
- of de bank door eigen gedragingen (zoals toelating van overschrijding van de kredietlimiet) verwachtingen heeft gewekt,
- andere maatschappelijke belangen (waaronder het voortbestaan van werkgelegenheid).”

15. In de feitenrechtspraak heeft de door het hof Arnhem in zijn arrest Rabobank/Aarding gehanteerde maatstaf navolging gevonden. In het onderhavige geding heeft de rechtbank Amsterdam, als gezegd, deze maatstaf ook toegepast. Zie voorts (onder meer) Rb. Arnhem 30 juni 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AQ5077, «JOR» 2004/283 m.nt. A.J. Verdaas, rov. 3.10-13; Rb. Assen 31 augustus 2005, ECLI:NL:RBASS:2005:AU2423, «JOR» 2005/285, NJF 2005/365, rov. 4.1; Rb. Zwolle-Lelystad 5 juli 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BC9151, RF 2008/64, rov. 4.2; Rb. Assen 28 juni 2006, ECLI:NL:RBASS:2006:AY5652, NJF 2006/491; Hof Amsterdam 14 juni 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BM4056, RF 2007/86, rov. 3.18; Rb. Arnhem 1 oktober 2008, ECLI:NL:R-

BARN:2008:BG0278, rov. 4.2; Rb. Rotterdam 11 maart 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BH6417, rov. 4.5; Rb. Amsterdam 25 mei 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BJ1645, «JOR» 2009/332 m.nt. R.I.V.F. Bertrams, rov. 4.4; Rb. Middelburg 20 oktober 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BK2787, «JOR» 2010/279, rov. 4.1; Hof 's-Gravenhage 31 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO8527, «JOR» 2011/237, rov. 9; Rb. Rotterdam 28 december 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9665, «JONDR» 2012/764, «JOR» 2012/332, RI 2012/56, rov. 4.3; Rb. Noord-Nederland 23 april 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA4009, NJF 2013/337, rov. 4.6; Rb. Den Haag 2 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:12952, rov. 3.3.

Zie over Rabobank/Aarding, ook de volgende literatuur: S. Bochove, 'Opzegbaarheid van bankkrediet: een economisch gegeven voor solvabiliteitsberekening', MvV 2008-4, p. 77-83; R.I.V.F. Bertrams, 'Beëindiging van krediet en andere maatregelen door de bank in een tijd van kredietcrisis', FIP 2009-7, p. 210-218; M. van Hooijdonk, 'De opzegging van kredietovereenkomsten. Recente rechtspraak in de schaduw van een neergaande economie', TOP 2009-7, p. 259-262; M.C.J.A. Schröder-van Waes, 'Krediet(relatie) opzeggen of voortzetten?', MvV 2009-9, p. 231-238.

16. Er is ook de nodige kritiek geuit op het arrest Rabobank/Aarding. Zie met name J. Meijer Timmerman Thijssen, 'De ontvankelijkheid van het Nederlandse privaatrecht voor invloeden uit de Anglo-Amerikaanse financieringspraktijk', Contracteren 2009-4, p. 123-140, i.h.b. p. 128-130; D.A. Viëtor, 'Opeising of weigering van krediet en uitwinning van zekerheden door een bank', TFR 2009-7/8, p. 264-275; D.A. Viëtor, 'Toetsing van de rechtmatigheid van opzegging van krediet door een bank', TFR 2011-11, p. 341-348; P.S. Bakker & D. Haas, 'De bijzondere zorgplicht bij de opzegging van kredietovereenkomsten – zijn de zeven vette jaren van Rabobank/Aarding voorbij?', MvV 2010-11, p. 293-299. Die kritiek houdt het volgende in.

Het hof heeft in het arrest Rabobank/Aarding voor zijn maatstaf inzake de opzeggingsbevoegdheid ten onrechte aansluiting gezocht bij het arrest Latour/De Bruijn, dat ziet op duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd zonder contractuele opzeggingsmogelijkheid en dat daarmee ziet op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW), terwijl het in Rabobank/Aarding ging om een duurovereenkomst met een contractuele opzeggingsmogelijkheid zodat het in die zaak gaat om de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW).

Het hof introduceert met zijn oordeel dat de opzegging moet voldoen aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit een maatstaf die afwijkt van de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW. Het verwijzen naar deze eisen leidt tot verwarring omtrent het toe te passen criterium. Of opeising van het krediet in een concreet geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is of niet, is in belangrijke mate een feitelijke vraag waarop in abstracto moeilijk een antwoord is te geven. De door het hof gegeven opsomming van relevante feitelijke omstandigheden kan als handvat dienen, al is zij te breed.

De verwijzing van het hof naar de bijzondere zorgplicht van de bank is niet juist nu op banken niet in algemene zin een bijzondere zorgplicht ten opzichte van cliënten rust. Zie ook mijn ambtgenoot Wuisman in zijn conclusie voor HR 13 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6921, RvdW 2011/633 (een arrest waarin het cassatieberoep met toepassing van art. 81 RO werd verworpen). Wuisman wijst erop dat de plicht om een verhoogde zorg tegenover een cliënt te betrachten is gekoppeld aan bijzondere situaties, waarbij 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. De te betrachten bijzondere zorg kan bestaan uit het doen van onderzoek naar de financiële positie van de cliënt en het hem inlichten over en waarschuwen voor de financiële risico's, maar eventueel zelfs ook uit het onthouden van de verlangde medewerking. Zie ook W.H.F.M. Cortenraad, 'Hoe bijzonder is de bijzondere zorgplicht?', Ondernemingsrecht 2012/128. Wel zal de gewone zorgplicht van de bank, als neergelegd in art. 2 ABV, een rol kunnen spelen bij de vraag of de opzegging van de kredietrelatie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De algemene zorgplicht van de bank kan immers worden beschouwd als een verbijzondering van de regel dat een overeenkomst mede wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Zie W.J. Slagter, Commentaar op de Algemene Bankvoorwaarden, NIBE 1999, p. 25; W.H.G.A. Fillot, Algemene Bankvoorwaarden, 2000, p. 15-16 en B. Bierens, 'Het waarheen en waarvoor van de bancaire zorgplicht', NTBR 2013/3 (par. 3.1). 17. In de feitenrechtspraak wordt het arrest van het hof Arnhem Rabobank/Aarding niet steeds nagevolgd. Soms wordt de bevoegdheid tot opzegging vooropgesteld en wordt vervolgens overwogen dat deze bevoegdheid niet in strijd mag komen met maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Daarbij wordt soms melding gemaakt van een in dat kader te verrichten belangenafweging en wordt ook, maar niet steeds, verwezen naar de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW. In deze gevallen wordt niet verwezen naar de bijzondere zorgplicht van de bank; wel wordt soms melding gemaakt van de zorgplicht van de bank als neergelegd in art. 2 ABV.

Zie de volgende arresten: Hof Leeuwarden 16 september 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF0903; Hof 's-Hertogenbosch 9 september 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BF7458, «JOR» 2009/52 en Hof 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BR4991, «JOR» 2011/254. Zie voor uitspraken van rechtbanken waarin de door het hof Arnhem geïntroduceerde maatstaf niet wordt gehanteerd (onder meer): Rb. Rotterdam 6 april 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AY6783, «JOR» 2006/184, rov. 5.2; Rb. Arnhem 4 oktober 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AZ4002, rov. 4.32-34; Rb. Leeuwarden 15 november 2006, ECLI:NL:RBLEE:2006:AZ2139, «JOR» 2007/25 m.nt. A.J. Verdaas, rov. 2.4; Rb. Leeuwarden 19 oktober 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BU1277, RI 2012/27, rov. 5.10; Rb. Amsterdam 16 oktober 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7065, «JOR» 2014/39 m.nt. B.W.G. van der Velden, RF 2014/16, rov. 4.2-4.3.

18. Het komt mij voor dat de vraag of aan de beëindiging door een bank van een kredietfaciliteit op de wijze als voorzien in de overeenkomst (de toepasselijke algemene voorwaarden) het beoogde rechtsgevolg kan worden onthouden, moet worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW. De factoren die het hof in Rabobank/Aarding heeft opgesomd, kunnen een zekere richting geven bij de beoordeling van de vraag of de beëindiging in de gegeven omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Vgl. ook L.C.J.M. Spigt & G.T.J. Hoff, 'Opzegging van het rekening-courantkrediet', Bank- en Effectenbedrijf, december 1992, p. 23-25. Zie ook D.A. Viëtor, 'Toetsing van de rechtmatigheid van opzegging van krediet door een bank', TFR 2011-11, p. 341-348. Uit de rechtspraak blijkt dat de eisen van redelijkheid en billijkheid met name tot uitdrukking komen: (i) bij het vereiste van een gegronde reden voor de beëindiging van de kredietrelatie door de bank (waarbij aantekening verdient dat uit (thans) art. 35 ABV volgt dat de bank desgevraagd

de reden van de opzegging van de relatie aan de cliënt meedeelt); (ii) bij het bepalen van een opzegtermijn in verband met het gegeven dat de cliënt in de regel op zoek moet gaan naar een andere financier. Daarnaast kunnen zich andere bijzondere omstandigheden voordoen die de vraag doen rijzen of de beëindiging wel rechtsgeldig is geschied. Het onderhavige geval, waarin een boeterente is verschuldigd wegens vervroegde aflossing die noodzakelijk is geworden door de beëindiging van de kredietrelatie, is daarvan een voorbeeld.

Zoals eerder opgemerkt, heeft het hof Amsterdam in de onderhavige zaak de beëindiging van de kredietfaciliteit door de ING Bank ook getoetst aan de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW. In cassatie wordt niet betoogd dat het hof een andere maatstaf had moeten hanteren. Wel wordt door ING Bank geklaagd dat het hof blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent deze maatstaf dan wel een onbegrijpelijk oordeel heeft gegeven. De cassatieklachten worden hieronder besproken.

De middelonderdelen

Onderdeel 1: Onjuiste rechtsopvattingen over art. 6:248 lid 2 BW

19. Onderdeel 1 komt met acht (sub)onderdelen op tegen rov. 4.7, 4.9 en daarop voortbouwende overwegingen. In rov. 4.7 overwoog het hof dat de beëindiging van de kredietfaciliteit op grond van art. 11.1 ABK in de concrete omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn (art. 6:248 lid 2 BW) en dat de beëindiging van de kredietfaciliteit op grond van een 'event of default' (als genoemd in art. 11.1 ABK) in dat geval niet leidt tot een rechtsgeldige beëindiging van de kredietovereenkomst. Het hof overwoog dat dit meebrengt dat de belangen van de bank en van de kredietnemer in een concreet geval dienen te worden afgewogen en dat bij die afweging van belang is dat in art. 2 van de ABV is vastgelegd dat de bank bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht neemt en daarbij naar beste vermogen met de belangen van de cliënt rekening houdt.

In rov. 4.9 overwoog het hof vervolgens ten aanzien van de beëindiging van de rentevaste leningen dat deze afzonderlijk moet worden beoordeeld gelet op de omstandigheid dat [verweerster] c.s. als gevolg van de beëindiging een bedrag van € 122.125,69 aan boeterente moeten betalen. Daarbij dienen in dit concrete geval de ernst en de aard van de in rov. 4.8.1 tot en met 4.8.3 genoemde tekortkomingen van [verweerster] c.s. te worden afgewogen tegen het belang van ING Bank bij de beëindiging van de rentevaste leningen. De lengte van de opzegtermijn biedt immers geen oplossing voor het verschuldigd worden van boeterente. Aldus het hof.

20. De onderdelen 1.1-1.3 klagen dat het hof in rov. 4.7 en 4.9 blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Deze klacht wordt als volgt uitgewerkt. Het hof heeft door uit te gaan van een afweging van belangen en/of omstandigheden, de strenge en tot terughoudendheid nopende maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW miskend. Ook heeft het hof in rov. 4.7 en 4.9 miskend dat bij toepassing van deze maatstaf alle relevante omstandigheden van het geval in onderling verband en samenhang moeten worden betrokken. Het hof heeft voorts miskend dat indien een partij beroep doet op contractbeëindiging van rechtswege als overeengekomen rechtsgevolg van een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst door de wederpartij, slechts een beperkte ruimte voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is opengelaten.

21. Volgens vaste jurisprudentie noopt art. 6:248 lid 2 BW, dat bepaalt dat een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel niet van toepassing is voor zover dit in de gege-

ven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, tot een terughoudende toepassing. Dat volgt reeds uit de tekst van deze bepaling, die spreekt van 'onaanvaardbaar'. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/410 e.v. met verwijzingen naar jurisprudentie van uw Raad.

Dat heeft het hof evenwel niet miskend. Het hof heeft als uitgangspunt vooropgesteld dat de bank de kredietrelatie als de onderhavige in beginsel kan opzeggen op grond van (destijds) art. 30 ABV (rov. 4.5) en dat de kredietrelatie automatisch eindigt bij het intreden van een opeisingsgrond ('events of default') in de zin van art. 11.1 ABK (rov. 4.6). Het heeft vervolgens in de door het middelonderdeel gewraakte rov. 4.7 onder verwijzing naar art. 6:248 lid 2 BW, overwogen dat indien beëindiging van de kredietfaciliteit op grond van art. 11.1 ABK in de concrete omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zulks tot gevolg heeft dat ondanks het bestaan van een 'event of default' de kredietovereenkomst niet rechtsgeldig is beëindigd. Met deze overwegingen positioneert het hof de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW op juiste wijze. De hoofdregel blijft immers dat ING Bank op grond van de overeenkomst de kredietrelatie kan beëindigen, en dat slechts indien beëindiging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zulks ertoe kan leiden dat de kredietovereenkomst niet rechtsgeldig is beëindigd.

Hetgeen het hof vervolgens in rov. 4.7 overweegt met betrekking tot de afweging van de belangen van de bank en de kredietnemer (rov. 4.7, derde volzin), moet niet worden gelezen als het introduceren van een andere maatstaf dan die van art. 6:248 lid 2 BW, maar slechts als een nadere invulling van die maatstaf. Zie ook P.T.J. Wolters, 'Alle omstandigheden van het geval. Een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden', 2013, p. 229 voor een uitwerking van de gedachte dat ook belangen de werking van de redelijkheid en billijkheid kunnen beïnvloeden.

Het hof heeft de afweging van de belangen van de bank en de kredietnemer bezien in het licht van de door het hof genoemde feiten en omstandigheden van het geval (rov. 4.10-11). Daarmee heeft het hof terecht de gegeven omstandigheden van het geval in de beoordeling betrokken, op basis waarvan het hof kon komen tot het oordeel dat de beëindiging van de rentevaste leningen met het gevolg dat [verweerster] c.s. een bedrag van € 122.125,69 aan boeterente verschuldigd werden, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (rov. 4.12). Daarmee heeft het hof de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW op de juiste wijze toegepast.

22. Hetgeen in de onderdelen 1.1, 1.2 en 1.3, naar voren is gebracht, moet in het licht van het voorgaande falen.

Onderdeel 1.1 miskent dat het hof in rov. 4.7 en 4.9 met de belangenafweging tussen bank en kredietnemer niet bedoeld heeft een andere maatstaf te introduceren dan die uit artikel 6:248 lid 2 BW voortvloeit, maar slechts een nadere invulling heeft beoogd van deze maatstaf. Uit hetgeen in rov. 4.7 en 4.12 is overwogen blijkt duidelijk dat het hof hierbij niet anders heeft beoogd dan de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW te hanteren. Ik merk daarbij nog op dat het niet gaat om een 'open' belangenafweging, zoals in de schriftelijke toelichting zijdens ING Bank (sub 5.2) wordt betoogd, waarmee wordt bedoeld een belangenafweging zonder de voor toepassing van art. 6:248 lid 2 BW vereiste terughoudendheid, maar dat de belangenafweging is ingebed in de vraag of in dit geval aanleiding bestaat op de voet van de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW een uitzondering te maken op de hoofdregel dat beëindiging van de kredietfaciliteit mogelijk is.

Onderdeel 1.2, dat klaagt dat het hof niet alle relevante omstan-

digheden van het geval heeft betrokken bij zijn oordeel dat het beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, laat na aan te geven aan welke omstandigheden het hof heeft voorbijgezien, zodat de klacht reeds op die grond dient te falen. Bij de bespreking van onderdeel 3 zal overigens nog ten aanzien van een aantal omstandigheden nader aan de orde komen dat deze zijn meegewogen door het hof.

Hetgeen onder 1.3 naar voren is gebracht moet falen omdat het hof, als gezegd, blijkt heeft gegeven van een terughoudende toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en daarbij heeft betrokken dat het hier gaat om toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid met betrekking tot een beroep op contractbeëindiging als overeengekomen rechtsgevolg van een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst door de wederpartij.

23. De onderdelen 1.4-1.6 voeren klachten aan met betrekking tot hetgeen het hof in rov. 4.7 overweegt ten aanzien van art. 2 ABV. Deze klachten luiden als volgt. Indien het hof heeft geoordeeld dat de zorgplicht als neergelegd in art. 2 ABV ertoe leidt dat sprake is van een andere maatstaf dan art. 6:248 lid 2 BW, dan is dit oordeel onbegrijpelijk. Ook uit het partijdebat is af te leiden dat het beroep op art. 2 ABV is beperkt tot een omstandigheid die slechts als zodanig kan worden meegewogen bij de beoordeling van het beroep van [verweerster] c.s. op art. 6:248 lid 2 BW, en dus geen zelfstandige betekenis heeft. Indien het hof aan art. 2 ABV wel zelfstandige betekenis heeft toegekend, is het aldus buiten de rechtsstrijd van partijen getreden. Indien het hof het beroep op art. 2 ABV als een nieuwe grief heeft opgevat, dient het buiten beschouwing te worden gelaten wegens strijd met de 'in beginsel strakke regel', nu [verweerster] c.s. zich pas bij pleidooi in hoger beroep op art. 2 ABV hebben beroepen.

Onderdeel 1.7 betoogt dat het voorgaande met zich brengt dat ook niet in stand kan blijven rov. 4.11, slot, waarin het hof overweegt dat ING Bank haar zorgplicht jegens [verweerster] c.s. heeft geschonden. Indien het hof met zijn verwijzing naar een zorgplicht doelt op een (bijzondere) zorgplicht die voortvloeit uit het objectieve recht, dan heeft het hof miskend dat [verweerster] c.s. geen vordering op die rechtsgrond hebben ingesteld of verweer hebben gevoerd. Aldus dit onderdeel.

24. De klacht van onderdeel 1.4 mist feitelijke grondslag. Het hof heeft met zijn verwijzing naar de zorgplicht uit art. 2 ABV niet bedoeld een andere maatstaf te introduceren op basis waarvan de beëindiging van de kredietfaciliteit wordt beoordeeld, maar heeft de beëindiging van de kredietfaciliteit beoordeeld in het licht van de vraag of de beëindiging in de concrete omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (rov. 4.7, eerste volzin). De verwijzing naar de zorgplicht uit art. 2 ABV onderstreept slechts het gegeven dat de bank bij haar dienstverlening niet alleen haar eigen belang behoort te dienen, maar steeds naar beste vermogen rekening moet houden met de belangen van haar cliënten.

Voor zover onder 1.5 iets anders wordt betoogd dan dat het hof art. 2 ABV heeft gezien als een omstandigheid die kan worden meegewogen bij de beoordeling van het beroep van [verweerster] c.s. op art. 6:248 lid 2 BW, faalt het eveneens wegens gebrek aan feitelijke grondslag. Het hof is niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden. Ook is niet sprake, zoals onder 1.6 wordt aangevoerd, van een nieuwe grief, zodat de klacht ook op dit punt faalt.

De voortbouwende klacht van onderdeel 1.7 moet falen op dezelfde gronden als de klachten van de onderdelen 1.4 t/m 1.6. Het hof heeft verder in rov. 4.11 geen bijzondere zorgplicht voor de bank in het kader van de beëindiging van de kredietfaciliteit

aangenomen, maar heeft slechts opnieuw in algemene zin verwezen naar de zorgplicht van de bank, waarbij het hof kennelijk het oog heeft gehad op de zorgplicht als neergelegd in art. 2 ABV. Onderdeel 1.7 mist derhalve in zoverre feitelijke grondslag. Ik merk daarbij nog ten overvloede op dat de verwijzing in rov. 4.11 naar de zorgplicht niet moet worden opgevat als een referentie aan de maatstaf van het hof Arnhem in Rabobank/Aarding waar immers in rov. 4.30 van dat arrest een bijzondere zorgplicht wordt geformuleerd.

25. Onderdeel 1.8 betoogt ten slotte dat indien het hof in rov. 4.9-4.11 de belangenafweging buiten het kader van art. 6:248 lid 2 BW heeft verricht, het hof uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting en bovendien buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden nu [verweerster] c.s. zijn vordering en verweer niet op een enkele belangenafweging heeft gebaseerd.

Uit het voorgaande volgt dat ook onderdeel 1.8 faalt omdat het hof de belangenafweging uitsluitend binnen het kader van art. 6:248 lid 2 BW heeft verricht.

Onderdeel 2: Ten onrechte afzonderlijke beoordeling rechtsgevolgen art. 11.1 ABK

26. Onderdeel 2 komt op tegen rov. 4.9, waar het hof overweegt dat, gelet op alle omstandigheden van het geval, de opzegging van het krediet in rekening-courant rechtsgeldig is geschied en vervolgens overweegt dat de vraag of de beëindiging van de rentevaste leningen rechtsgeldig was, afzonderlijk moet worden beoordeeld gelet op de omstandigheid dat [verweerster] c.s. als gevolg daarvan een bedrag van € 122.125,69 aan boeterente moeten betalen.

27. Tegen deze 'deelbenadering' van het hof wordt opgekomen. Onderdeel 2.1 voert aan dat indien het hof tot uitgangspunt heeft genomen dat bij de beantwoording van de vraag of een beroep op een beding (hier: art. 11.1 ABK) uit een overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, de onaanvaardbaarheidstoetsing afzonderlijk per rechtsgevolg(en) van dat beding kan plaatsvinden, het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting omdat bij de beoordeling of het beroep op het beding onaanvaardbaar is alle relevante omstandigheden van het geval moeten worden betrokken, waaronder de rechtsgevolgen van het beding.

In dat kader klaagt onderdeel 2.2 dat niet valt in te zien waarom de omstandigheid dat [verweerster] c.s. als gevolg van de beëindiging van de rentevaste leningen een boeterente van € 122.125,69 moeten betalen en/of dat de lengte van de opzegtermijn geen oplossing biedt voor het verschuldigd worden van dat bedrag, een uitzondering kan rechtvaardigen op de regel dat voor de onaanvaardbaarheidstoetsing van art. 6:248 lid 2 BW alle relevante omstandigheden van het geval in onderling verband en samenhang moeten worden betrokken.

Onderdeel 2.3 voegt hieraan toe dat het hof met zijn afzonderlijke beoordeling buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden, omdat partijen niet (afzonderlijk) hebben gedebatteerd over de vraag of beëindiging van de rentevaste leningen onaanvaardbaar is.

28. Ik roep in herinnering dat de onderhavige kredietfaciliteit een rekening-courantkrediet voor onbepaalde tijd en een tweetal rentevaste leningen voor bepaalde tijd omvat. Het gaat hier dus om (duur)overeenkomsten met een (deels) eigen inhoud. Vgl. o.m. A.J. Verdaas, *De bancaire kredietovereenkomst*, *Ars Aequi Libri* 2012, p. 17-33; M.C.J.A. Schröder-van Waes, 'Krediet(relatie) opzeggen of voortzetten?', *MvV* 2009-9, p. 231-232; L.C.J.M. Spigt & G.T.J. Hoff, 'Opzegging van het rekening-courantkrediet', *Bank- en Effectenbedrijf*, december 1992, p. 22.

Het voorgaande betekent dat de beëindiging van een kredietfa-

ciliteit ook kan leiden tot rechtsgevolgen bij de overeenkomsten van geldlening die afwijken van die van de rekening-courantkredietovereenkomst. In het onderhavige geval heeft ING Bank de rentevaste leningen beëindigd op grond van art. 11.1 ABK (het niet nakomen van de kredietvoorwaarden) met het gevolg dat [verweerster] c.s. grond van art. 11.2 ABK de vergoeding wegens vervroegde aflossing als bedoeld in art. 25 ABK verschuldigd werden. Het krediet in rekening-courant kon ING Bank beëindigen op de voet van art. 19 ABK. Van het verschuldigd worden van een vergoeding wegens vervroegde aflossing is uiteraard daarbij geen sprake. Omdat sprake is van andere rechtsgevolgen voor de overeenkomsten van geldlening ten opzichte van de rekening-courantkredietovereenkomst, zijn de relevante omstandigheden van het geval bij de beëindiging van de afzonderlijke overeenkomsten niet gelijk. Op grond van art. 6:248 lid 2 BW dient daarom afzonderlijk te worden getoetst of de beëindiging van de rentevaste leningen rechtsgeldig is geschied. De in onderdeel 2 aangevallen ‘deelbenadering’ van het hof acht ik daarom juist.

Daarbij heeft het hof ook alle relevante omstandigheden van het geval meegewogen. Het hof heeft namelijk niet uitsluitend gelet op het verschuldigd zijn van de boeterente van € 122.125,69, maar heeft deze omstandigheid naast de andere omstandigheden meegewogen, zoals blijkt uit rov. 4.10 waar het hof een aantal feiten en omstandigheden in aanmerking neemt, op basis waarvan het hof in rov. 4.11 constateert dat ING Bank niet heeft kunnen komen tot beëindiging van de rentevaste leningen.

Het hof is met zijn ‘deelbenadering’ ook niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden. Partijen hebben immers betoogd dat de kredietfaciliteit niet mocht worden beëindigd ([verweerster] c.s.), of juist wel mocht worden beëindigd (ING Bank). Hiermee stond het hof vrij om te komen tot het oordeel dat de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid meebreacht dat de kredietfaciliteit niet mocht worden beëindigd voor zover het de geldleningen betrof. Uit het voorgaande volgt dat de klachten die in onderdeel 2 zijn voorgesteld, moeten falen.

Onderdeel 3: onaanvaardbaarheidsoordeel onjuist of onvoldoende gemotiveerd

29. Onderdeel 3 komt op tegen rov. 4.10 t/m 4.14, waar het hof beoordeelt of de beëindiging van de rentevaste leningen rechtsgeldig is. In dit concrete geval dienen, naar het hof in rov. 4.9 overweegt, de ernst en de aard van de in rov. 4.8.1 t/m 4.8.3 genoemde tekortkomingen van [verweerster] c.s. te worden afgewogen tegen het belang van ING Bank bij de beëindiging van de rentevaste leningen. In rov. 4.10 geeft het hof een aantal feiten en omstandigheden weer die bij die afweging van belang zijn. In rov. 4.11 komt het hof vervolgens tot de constatering dat op basis van al deze feiten en omstandigheden ING Bank de rentevaste leningen heeft beëindigd zonder voldoende oog te hebben voor de gerechtvaardigde belangen van [verweerster] c.s., althans zonder daarvan blijkt te geven. Op grond van het vorenstaande komt het hof in rov. 4.12 tot de slotsom dat de beëindiging van de rentevaste leningen, met het gevolg dat [verweerster] c.s. een bedrag van € 122.125,69 aan boeterente verschuldigd werden, in de omstandigheden van dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geoordeeld. In rov. 4.13 voegt het hof hieraan toe dat hetgeen ING Bank in eerste aanleg ten verweve heeft aangevoerd tegen de eis in conventie en ter onderbouwing van haar eis in reconventie, niet kan leiden tot een andere beoordeling. Ten slotte overweegt het hof in rov. 4.14 dat ING Bank geen feiten en/of omstandigheden heeft aangevoerd, die – indien bewezen – tot een ander oordeel kunnen leiden, zodat het door

haar gedane bewijsaanbod als niet terzake dienend moet worden gepasseerd.

30. Onderdeel 3.1 bevat een op de onderdelen 1 en 2 voortbouwende klacht. Deze houdt in dat het hof in het bijzonder in de rov. 4.10-4.14 consequent heeft miskend dat bij de beoordeling van een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid alle relevante omstandigheden van het geval moeten worden betrokken en dat de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW tot terughoudendheid noopt.

Onderdeel 3.2 voert aan dat als het hof al is uitgegaan van de juiste maatstaf, het hof zijn oordeel in ieder geval onvoldoende begrijpelijk heeft gemotiveerd doordat het de argumenten die ING Bank heeft aangevoerd ter adstructie van haar betoog dat haar beroep op art. 11.1 ABK wel door de beugel van art. 6:248 lid 2 BW kan, niet (kenbaar) in zijn beoordeling heeft betrokken. Het onderdeel noemt daarbij (onder verwijzing naar vindplaatsen in de gedingstukken) een veertiental “essentiële onderdelen van deze argumentatie”, die ING Bank in feitelijke instanties naar voren heeft gebracht. Dit klemt temeer, aldus het onderdeel, nu het hof in rov. 4.10 alleen aandacht besteedt aan argumenten die vóór toepassing van art. 6:248 lid 2 BW pleiten en argumenten die tegen toepassing daarvan pleiten onbesproken laat, nu het hof in rov. 4.11 verder alleen ingaat op het risico dat ING Bank liep en het hof in rov. 4.10-4.12 niet (kenbaar) ingaat op de ernst en aard van de tekortkomingen van [verweerster] c.s., terwijl het hof in rov. 4.9 juist heeft overwogen dat ernst en aard van de tekortkomingen van [verweerster] c.s. bij de beoordeling moeten worden meegewogen.

Onderdeel 3.3 voegt hieraan toe dat voor zover het hof heeft gemeend dat het de door ING Bank in eerste aanleg aangevoerde argumenten niet in ogenschouw hoefde te nemen, het hof de devolutieve werking van het hoger beroep heeft miskend, dan wel heeft miskend dat ING Bank zich in hoger beroep expliciet heeft beroepen op de door haar in eerste aanleg aangevoerde argumenten.

Onderdeel 3.4 komt op tegen rov. 4.13-4.14, waar het hof overweegt dat ING Bank geen feiten en/of omstandigheden heeft aangevoerd die – indien bewezen – tot een ander oordeel kunnen leiden, zodat het door haar gedane bewijsaanbod als niet terzake dienend dient te worden gepasseerd. Het onderdeel klaagt dat deze oordelen onjuist en/of onvoldoende gemotiveerd zijn op grond van hetgeen onder 3.1 t/m 3.3 is aangevoerd. Indien het hof van oordeel is dat het de stellingen van ING Bank als onvoldoende onderbouwd mocht passeren, heeft het hof, aldus het onderdeel, blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van de stel- en motiveringsplicht, althans een onbegrijpelijke uitleg aan de stellingen van ING Bank gegeven.

Onderdeel 3.5 stelt dat het hof buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden door de in rov. 4.10 sub (iii) en (v) genoemde argumenten aan zijn oordeel over het beroep van [verweerster] c.s. op art. 6:248 lid 2 BW ten grondslag te leggen, aangezien deze argumenten niet door [verweerster] c.s. aan hun beroep op art. 6:248 lid 2 BW ten grondslag zijn gelegd.

Onderdeel 3.6 stelt, onder verwijzing naar de gronden aangevoerd in de onderdelen 1.4-1.6, dat het hof een onjuist of onvoldoende gemotiveerd oordeel heeft gegeven door in rov. 4.10 sub (vi) art. 2 ABV ten grondslag te leggen aan zijn oordeel over het beroep van [verweerster] c.s. op art. 6:248 lid 2 BW.

Onderdeel 3.7 klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 4.10 sub (vi) onjuist dan wel onvoldoende gemotiveerd is, nu het hof bij het beroep van [verweerster] c.s. op art. 6:248 lid 2 BW betekenis heeft toegekend aan (i) het in de brief van ING Bank van 18 juni 2009 niet vermelden van de financiële gevolgen van beëindiging van de kredietovereenkomst; en (ii) het in de brief van

ING Bank van 10 juli 2009 niet vermelden van het verschuldigde bedrag. Ter toelichting wordt ten eerste betoogd dat het hof heeft miskend dat art. 11.1 ABK geen andere uitleg toelaat dan dat indien sprake is van de daar bedoelde tekortkomingen, het einde van de kredietovereenkomst van rechtswege intreedt, zodat van besluitvorming terzake geen sprake is, althans dat daarvan slechts in zoverre sprake is dat ING Bank uit coulance kan besluiten de relatie ondanks de werking van art. 11.1 ABK voort te zetten. Ten tweede wordt betoogd dat [verweerster] c.s. wisten dat bij vervroegde aflossing een vergoeding verschuldigd is, zodat niet valt in te zien waarom ING Bank hierop moest wijzen. Het hof had deze stelling (kenbaar) in zijn beoordeling moeten betrekken.

Onderdeel 3.8 komt ten slotte op tegen het oordeel van het hof in rov. 4.10 sub (vi) en rov. 4.11, waar het hof overweegt dat ING Bank onvoldoende rekening heeft gehouden met de belangen van [verweerster] c.s. Het onderdeel klaagt dat dit oordeel onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd in het licht van hetgeen in onderdeel 3.2 sub (vi)–(viii) is aangehaald, te weten dat ING Bank [verweerster] c.s. een ruime en voldoende termijn heeft gegeven om herfinanciering te bewerkstelligen, dat ING Bank hierdoor de kansen van de onderneming van [verweerster] c.s. aanzienlijk heeft vergroot en dat niet valt in te zien welke minder verstrekkende maatregelen ING Bank nog had kunnen of moeten nemen.

31. Onderdeel 3.1 bouwt voort op de onderdelen 1 en 2 en moet daarom op dezelfde gronden falen. Ik merk daarbij nog op dat het hof niet heeft miskend dat bij een beoordeling aan de hand van de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW alle relevante omstandigheden van het geval moeten worden betrokken en dat het gaat om een terughoudende maatstaf, zie hiervoor onder 21.

32. Met betrekking tot de in onderdeel 3.2 aangevoerde klachten, stel ik het volgende voorop.

Bij de beoordeling of een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel op de voet van art. 6:248 lid 2 niet van toepassing is, dienen alle relevante omstandigheden in aanmerking te worden genomen. De maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW schrijft dat voor. Dat betekent echter niet dat de rechter bij de motivering van zijn oordeel gehouden is op alle stellingen van partijen in te gaan. Ik licht dit toe.

De rechter dient de gronden van de beslissing in de uitspraak te vermelden (art. 30 en 230 lid 1 onder e Rv). De rechter dient derhalve zijn beslissing te motiveren. Tot de grondbeginselen van een goede procesorde behoort immers ook dat elke rechterlijke beslissing tenminste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden – in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen – controleerbaar en aanvaardbaar te maken. (HR 4 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0986, NJ 1993/659 m.nt. D.W.F. Verkade.) Uit deze motiveringsplicht vloeit ook voort dat de rechter essentiële stellingen niet onbesproken mag laten. Deze regel geldt ook bij de beoordeling van een beroep op art. 6:248 lid 2 BW. (HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR4151, NJ 2005/271, rov. 3.3.2; HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9891, RvdW 2012/321.)

Het voorgaande doet niet eraan af dat de rechter, binnen genoemde grenzen, grote vrijheid heeft in de wijze van motivering van zijn oordeel. De rechter is niet gehouden om op ieder argument die partijen naar voren brengen in te gaan. (HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0709, NJ 1994/288.) Ook mag de rechter aan ingediende stukken en stellingen voorbijgaan indien hij van oordeel is dat die stukken en stellingen voor de te geven beslissing van geen belang zijn. (HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR2391, NJ 2005/68.) Hoe ver de

motiveringsplicht van de rechter reikt, hangt af van de omstandigheden van geval.

Zie over deze materie ook T&C Rv (Van Mierlo), art. 30 Rv, aant. 1; Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering (T.F.E. Tjong Tjin Tai), aant. 1-4; Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nrs. 121-122; V.C.A. Lindijer, De goede procesorde. Een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief begrip in het burgerlijk procesrecht (diss. Groningen), 2006, p. 317, 335-346; R.L. Bakels, 'Het vonnis', in: A.L.H. Ernes & A.W. Jongbloed (red.), Burgerlijk procesrecht praktisch belicht, 2011, p. 293-296.

33. Ik keer terug naar onderdeel 3.2. Daarin wordt, als gezegd, betoogd dat het hof een veertiental argumenten die ING Bank heeft aangevoerd ter adstructie van haar betoog dat haar beroep op art. 11.1 ABK wel door de beugel van art. 6:248 lid 2 BW kan, niet (kenbaar) in zijn beoordeling heeft betrokken en aldus niet aan zijn motiveringsplicht heeft voldaan. Mede tegen de achtergrond van hetgeen ik zojuist vooropstelde met betrekking tot de motiveringsplicht van de rechter, moet dit betoog falen. Ik licht dit toe.

De stellingen van ING Bank onder (i), (ii) en (iii) zijn door ING Bank in het bijzonder ook aangevoerd ter ondersteuning van de stelling dat was voldaan aan de voorwaarden genoemd in art. 11.1 ABK (niet nakomen van verplichtingen uit de overeenkomst), met als gevolg dat de kredietfaciliteit dan eindigt en dat alle bedragen die uit hoofde van de overeenkomst zijn verschuldigd, terstond en ineens opeisbaar zijn. Het hof stelt vast dat [verweerster] c.s. inderdaad de afspraken genoemd in de stellingen onder (i) en (ii) niet zijn nagekomen. De onder (iii) bedoelde stelling heeft het hof niet bewezen geoordeeld. Het hof oordeelt dat de beëindiging van de kredietovereenkomst derhalve gelet op art. 11.1 ABK in beginsel rechtsgeldig is, tenzij dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (rov. 4.6 en 4.7). Het hof heeft vervolgens bij zijn beoordeling of de beëindiging van de rentevaste leningen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, de aard en de ernst van de tekortkomingen genoemd onder (i) en (ii) afgewogen tegen het belang van de ING Bank bij de beëindiging van de rentevaste leningen. Het kwam daarbij tot de slotsom dat de onder rov. 4.10 opgesomde feiten en omstandigheden zwaarder wogen. Het onderdeel ziet hieraan voorbij.

De stellingen onder (iv) en (v) betreffen omstandigheden (te weten dat [verweerster] c.s. ING Bank niet op de hoogte zouden hebben gesteld van gebeurtenissen die voor de kredietrelatie van belang zijn en dat het vertrouwen van ING Bank in [verweerster] c.s. daardoor steeds verder is uitgehold) die kennelijk aanleiding zijn geweest voor ING Bank om het gesprek met [verweerster] c.s. aan te gaan, en uiteindelijk om over te gaan tot beëindiging van de kredietrelatie. Deze omstandigheden vormden niet de gronden waarop de kredietrelatie werd beëindigd (die gronden heeft het hof behandeld in rov. 4.8). Omdat ING Bank uiteindelijk de beëindiging heeft gebaseerd op een aantal met name genoemde gronden, behoefde het hof deze omstandigheden niet uitdrukkelijk in zijn oordeelsvorming ten aanzien van art. 11.1 ABK mee te wegen, en daarmee evenmin in zijn oordeelsvorming in het kader van het beroep op art. 6:248 lid 2 BW. Het betreft hier in zoverre geen essentiële stellingen.

De stelling onder (vi) die inhoudt dat ING Bank [verweerster] c.s. een ruime en voldoende termijn voor herfinanciering heeft gegeven, heeft het hof voldoende kenbaar meegewogen in rov. 4.9, waar het overweegt dat de lengte van de opzegtermijn nog geen oplossing biedt voor het verschuldigd worden van boeterente. Dat oordeel is ook niet onbegrijpelijk.

De stelling onder (vii) bouwt voort op de voorgaande stelling en

is voldoende kenbaar meegewogen in de hiervoor genoemde rov. 4.9.

De stelling onder (viii) dat niet valt in te zien welke minder verstrekkende maatregelen ING Bank had kunnen of moeten nemen, is door het hof verworpen. De verwerping ligt besloten in het oordeel dat ING Bank de rentevaste leningen (voor bepaalde tijd) naar de maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW niet op de daartoe aangevoerde gronden had mogen beëindigen met het gevolg dat [verweerster] c.s. de boeterente verschuldigd werden. Daarbij heeft het hof in het bijzonder in aanmerking heeft genomen dat [verweerster] c.s. steeds op tijd aan al hun rente- en aflossingsverplichtingen hebben voldaan, dat de door [verweerster] c.s. verstrekte zekerheden een (uitzonderlijk) ruime overwaarde hebben en dat ING Bank als gevolg van de tekortkomingen waarop zij de beëindiging grondt, geen nadeel heeft geleden (rov. 4.10 en 4.11).

De stelling onder (ix) dat ingeval alleen de rentevaste leningen doorlopen, ook de zekerheden blijven bestaan, hetgeen betekent dat er geen zekerheden voor herfinanciering van de rekening-courant beschikbaar zijn, behoeft het hof niet te weerhouden van zijn oordeel dat de beëindiging van de rentevaste leningen met het gevolg dat [verweerster] c.s. de boeterente verschuldigd werden, in de omstandigheden van het geval onaanvaardbaar moet worden geoordeeld. Overigens is bedoelde stelling voldoende meegewogen in rov. 4.10, onder (ii) waar het hof overweegt dat de verstrekte zekerheden een uitzonderlijke overwaarde hebben. Er was daarmee ruimte voor het verschaffen van zekerheden voor herfinanciering van het krediet in rekening-courant. De stelling onder (x) heeft het hof voldoende meegewogen. Ik verwijs in dit verband naar hetgeen ik hierover opmerkte ten aanzien van de stellingen (i) en (ii). Voor stelling (x) geldt hetzelfde als daar opgemerkt.

Voor de stelling onder (xi) dat ING Bank [verweerster] c.s. op schending van hun verplichtingen heeft gewezen, geldt hetzelfde als voor de stellingen onder (iv) en (v). Bovendien heeft het hof nog geoordeeld dat is gesteld noch gebleken dat ING Bank [verweerster] c.s. hebben gewaarschuwd dat het niet nakomen van haar verplichtingen beëindiging van de kredietrelatie betekende (rov. 4.10, onder (iv)).

Dat [verweerster] c.s. bekend zouden zijn met het verschuldigd worden van de boeterente, zoals de stelling onder (xii) betoogt, doet niet eraan af dat gesteld noch gebleken is dat ING Bank [verweerster] c.s. heeft gewaarschuwd dat het niet nakomen van haar verplichtingen beëindiging van de kredietrelatie betekende (rov. 4.10, onder (iv)).

De stelling onder (xiii) maakt melding van de liquiditeitspositie van [verweerster] c.s. Deze stelling faalt op dezelfde gronden als de stellingen onder (iv) en (v).

De stelling onder (xiv) dat ING Bank door voortijdige beëindiging van een kredietovereenkomst niet alleen haar winstmarge misloopt maar ook hetgeen zij heeft bedongen ter dekking van de kosten van het aantrekken van gelden ter uitlening en dat art. 25.2 ABK de grondslag vormt van schadevergoeding terzake, behoeft het hof niet te weerhouden van zijn oordeel dat de beëindiging van de geldleningen gegeven de concrete omstandigheden van het onderhavige geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is gelet op de door de beëindiging verbeurde boete. Het hof heeft in zijn overwegingen voldoende duidelijk tot uitdrukking gebracht dat en waarom ING Bank aan haar eigen belang bij de beëindiging van de kredietfaciliteit op de door haar aangevoerde gronden tegenover het belang van [verweerster] c.s. gelet op alle door het hof genoemde feiten en omstandigheden een te zwaar gewicht heeft toegekend.

34. Uit het voorgaande volgt dat het hof bovengenoemde stellingen

voldoende duidelijk in zijn oordeel heeft betrokken, dan wel deze stellingen niet behoefde te betrekken in zijn oordeel. De beslissing van het hof is voldoende gemotiveerd. Anders dan onderdeel 3.2 betoogt, doet daaraan niet af dat het hof in rov. 4.10 met name aandacht heeft voor omstandigheden die vóór toepassing van art. 6:248 lid 2 BW pleiten en in rov. 4.11 groot gewicht toekent aan het gegeven dat onvoldoende is gesteld of gebleken dat ING Bank, ook niet op langere termijn, enig krediet- of ander risico liep, omdat het hof eerder (in rov. 4.8) omstandigheden in aanmerking heeft genomen die vóór opzegging van de kredietrelatie pleiten (en dus tegen toepassing van art. 6:248 lid 2 BW). In rov. 4.10-4.12 behoefde het hof niet nogmaals expliciet te refereren aan de ernst en aard van de tekortkomingen van [verweerster] c.s. Het hof is daarop reeds ingegaan in rov. 4.9.

35. Onderdeel 3.3 komt met zijn klacht dat het hof, voor zover het heeft gemeend dat het de door ING Bank in eerste aanleg aangevoerde argumenten niet in ogenschouw behoefde te nemen, de devolutieve werking van het hoger beroep heeft miskend, dan wel heeft miskend dat ING Bank zich in hoger beroep expliciet heeft beroepen op de door haar in eerste aanleg aangevoerde argumenten, kennelijk op tegen rov. 4.13. De klacht mist feitelijke grondslag omdat het hof niet heeft gemeend hetgeen het onderdeel veronderstelt. Het hof heeft slechts overwogen dat hetgeen ING Bank in eerste aanleg ten verweve heeft aangevoerd, niet kan leiden tot een andere beoordeling.

36. Onderdeel 3.4 komt op tegen rov. 4.13-4.14, waar is overwogen dat ING Bank geen feiten en/of omstandigheden heeft aangevoerd die – indien bewezen – tot een ander oordeel kunnen leiden. Hiertegen wordt aangevoerd dat ING Bank deze feiten en/of omstandigheden in feitelijke instanties wel heeft aangevoerd en verwijst daarbij naar hetgeen onder 3.2 naar voren is gebracht. De klacht faalt daarom op dezelfde gronden als onder 3.2 is aangegeven.

37. Onderdeel 3.5 voert aan dat het hof in rov. 4.10 onder (iii) en (v) buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden doordat het feiten en omstandigheden aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd die niet door [verweerster] c.s. zijn aangevoerd. De klacht faalt omdat [verweerster] c.s. deze omstandigheden wel degelijk naar voren heeft gebracht in het kader van zijn betoog dat ING Bank in de gegeven omstandigheden niet mocht overgaan tot opzegging van de kredietrelatie. Zie de memorie van grieven, sub 9 en 30, alsmede de pleitnota appel zijdens [verweerster] c.s., sub 5-6. Het hof kan deze omstandigheden daarom ook meewegen in het kader van een toetsing aan artikel 6:248 lid 2 BW, op basis waarvan immers diende te worden beoordeeld of de beëindiging van de rentevaste leningen rechtsgeldig was.

38. Onderdeel 3.6 moet met zijn voortbouwende klacht falen op dezelfde gronden als de onderdelen 1.4-1.6.

39. Onderdeel 3.7 faalt eveneens met zijn motiveringsklachten tegen rov. 4.10 sub (vi), waar het hof bij zijn beoordeling van het beroep van [verweerster] c.s. op art. 6:248 lid 2 BW betekenis heeft toegekend aan (i) het in de brief van ING Bank van 18 juni 2009 niet vermelden van de financiële gevolgen van beëindiging van de kredietovereenkomst; en (ii) het in de brief van ING Bank van 10 juli 2009 niet vermelden van het verschuldigde bedrag. Het hof heeft in rov. 4.10 onder (vi) overwogen dat uit de brieven van 18 juni 2009 en 10 juli 2009 niet blijkt of ING Bank in haar besluitvorming om de kredietrelatie te beëindigen heeft meegewogen dat [verweerster] c.s. een vergoeding wegens vervroegde aflossing verschuldigd is.

De stelling van het onderdeel dat de besluitvorming van ING Bank bij beëindiging van de rentevaste leningen niet relevant

is omdat art. 11.1 ABK met zich brengt dat de rentevaste leningen van rechtswege eindigen indien sprake is van een daarin genoemde tekortkoming, is onjuist. De redelijkheid en billijkheid kunnen immers meebrengen dat het vasthouden aan de regel van art. 11.1 ABK in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW). Het beroep doen op de regel van art. 11.1 ABK vergt daarmee een zekere besluitvorming. Dat blijkt ook reeds uit het gegeven dat ING Bank bij brief van 18 juni 2009 [verweerster] c.s. heeft geïnformeerd over haar besluit de kredietrelatie te beëindigen. Anders dan het onderdeel beoogt, doet het gegeven dat [verweerster] c.s. bekend konden zijn met de omstandigheid dat als gevolg van de beëindiging van de kredietrelatie (waaronder de rentevaste leningen) een vergoeding voor vervroegde aflossing verschuldigd is, niet af aan de overweging van het hof dat uit de brief van ING Bank van 18 juni 2009, waarbij zij de kredietrelatie beëindigt, niet blijkt dat zij deze omstandigheid in haar besluitvorming voorafgaand aan de beëindiging heeft betrokken.

40. Onderdeel 3.8 bouwt voort op onderdeel 3.2 (vi)-(viii) en faalt daarom op dezelfde gronden.

Onderdeel 4: Bewijsaanbod ten onrechte gepasseerd

41. Onderdeel 4 komt op tegen rov. 4.8.4, waar het hof overweegt dat het met de rechtbank van oordeel is dat niet is komen vast te staan dat bij [verweerster] c.s. een effectieve leiding ontbrak, dat evenmin is komen vast te staan dat de kwartaalcijfers niet betrouwbaar waren en dat verder onderzoek in deze kwesties achterwege kan blijven, omdat een toereikend bewijsaanbod van ING Bank ontbreekt.

Als klacht wordt naar voren gebracht dat het hof het bewijsaanbod ten onrechte heeft gepasseerd. Indien het hof, zo wordt door onderdeel 4.1 betoogd, heeft miskend dat op [verweerster] c.s. de bewijslast ter zake van het beroep op art. 6:248 lid 2 BW rust, is het uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Onderdeel 4.2 stelt dat indien het hof ervan uit is gegaan dat op ING Bank de bewijslast en het bewijsrisico rustte van haar stellingen dat een effectieve leiding ontbrak en dat de kwartaalcijfers niet betrouwbaar waren, dat oordeel onjuist is. Deze stellingen van ING Bank vormden immers een verweer tegen het beroep van [verweerster] c.s. op art. 6:248 lid 2 BW. Onderdeel 4.3 merkt verder nog op dat het hof ING Bank ten onrechte niet heeft toegelaten tot het leveren van het aangeboden tegenbewijs, althans het bewijsaanbod van ING Bank heeft miskend, althans heeft miskend dat het aanbod tot het leveren van tegenbewijs niet behoort te worden gespecificeerd. Onderdeel 4.4 voert ten slotte nog aan dat het hof het passeren van het bewijsaanbod van ING Bank ontoereikend heeft gemotiveerd.

42. Het bewijsaanbod van ING Bank is gedaan bij conclusie van antwoord in conventie, tevens conclusie van eis in reconventie, sub 7.2. Het gaat hierbij om een in algemene bewoordingen gedaan bewijsaanbod, inhoudende dat ING Bank van al haar stellingen bewijs aanbiedt, waarbij vier mogelijke getuigen worden aangedragen. In de memorie van antwoord, sub 5.2, is sprake van een meer uitgewerkt bewijsaanbod. Er wordt daarin onder meer een bewijsaanbod gedaan waarbij getuigen worden genoemd die zouden kunnen verklaren over de redenen voor kredietopzegging.

43. Het hof heeft de stelling van ING Bank dat een effectieve leiding bij [verweerster] c.s. ontbrak en de stelling dat de kwartaalcijfers niet betrouwbaar waren, geplaatst in het kader van de vraag of er sprake was van gebeurtenissen ('events of default') in de zin van artikel 11.1 ABK op grond waarvan ING Bank de kredietfaciliteit kon beëindigen (rov. 4.8). Dat is ook in overeenstemming met hetgeen ING Bank in feitelijke instanties naar voren heeft gebracht. Het ontbreken van effectieve leiding bij

[verweerster] c.s. was immers (mede) aanleiding voor ING Bank om met de vennootschappen in gesprek te gaan en de niet betrouwbare kwartaalcijfers vormden (mede) een grond voor de beëindiging van de kredietfaciliteit. Vgl. conclusie van antwoord in conventie, tevens conclusie van eis in reconventie, sub 2.8-2.13, 2.22-2.29, 2.34 en de pleitaantekeningen van mr. D.M.H. De Leeuw ten behoeve van comparitie van partijen d.d. 5 november 2010, nrs. 3.8 en 3.12.

Hieruit volgt dat de klachten uit onderdeel 4 feitelijke grondslag missen, omdat de stellingen met betrekking tot het ontbreken van effectieve leiding bij [verweerster] c.s. en de niet betrouwbare kwartaalcijfers door het hof niet zijn opgevat als een verweer tegen het beroep van [verweerster] c.s. op art. 6:248 lid 2 BW. Het hof heeft ook niet miskend dat op [verweerster] c.s. de bewijslast ter zake van het beroep op art. 6:248 lid 2 BW rustte. Van tegenbewijs is geen sprake.

Onderdeel 5: oordeel over art. 30 ABV onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd

44. Onderdeel 5 komt op tegen rov. 4.6, waar het hof overweegt dat als gevolg van de in art. 11.1 onder a. tot en met q. ABK opgenomen 'events of default' een lening met een bepaalde looptijd, die in beginsel niet tussentijds opzegbaar is, ook niet als de (krediet)relatie wordt beëindigd op grond van art. 30 (thans art. 35) ABV, toch tussentijds kan worden beëindigd.

In het onderdeel worden klachten opgeworpen tegen hetgeen het hof hier overweegt ten aanzien van artikel 30 ABV. Onderdeel 5.1 brengt naar voren dat dit oordeel onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd is, nu ING Bank heeft bepleit dat art. 30 ABV haar het recht gaf te allen tijde de kredietrelatie te beëindigen, en niet zonder meer valt in te zien dat en waarom dit niet ook het einde met zich brengt van een lening met een bepaalde looptijd die van die relatie deel uitmaakt. Onderdeel 5.2 voegt hieraan toe dat het hof met zijn oordeel ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden, nu partijen ervan zijn uitgegaan dat art. 30 ABV aan ING Bank in beginsel het recht gaf te allen tijde de kredietrelatie in al haar onderdelen te beëindigen.

45. De klachten uit onderdeel 5 moeten reeds falen wegens gebrek aan belang, nu het hof heeft geoordeeld dat door het intreden van een opeisingsgrond als bedoeld in art. 11.1 ABK in casu in beginsel voldoende reden was voor de beëindiging van de kredietfaciliteit waaronder ook de rentevaste leningen voor bepaalde tijd (rov. 4.6-4.7). Daarbij teken ik nog aan dat art. 30 (thans art. 35) ABV de bank geen recht geeft op een vergoeding als bedoeld in art. 25.2 ABK na beëindiging van de rentevaste leningen op grond van art. 11.1 ABK.

46. Overigens merk ik nog het volgende op. De rentevaste leningen waarom het hier gaat, zijn duurovereenkomsten voor bepaalde tijd. Dergelijke overeenkomsten zijn in beginsel niet tussentijds opzegbaar, tenzij zulks volgt uit wet of overeenkomst (vgl. hetgeen hiervoor onder 13 is opgemerkt). De vraag rijst of hetgeen in art. 30 (thans art. 35) ABV is bepaald, een dergelijke contractuele grond vormt voor tussentijdse opzegging.

Art. 30 (thans art. 35) ABV houdt in dat de bank de relatie kan opzeggen. De bank dient desgevraagd wel de redenen van opzegging mee te delen. Art. 30 (thans art. 35) ABV bepaalt voorts dat de overeenkomst wordt afgewikkeld met inachtneming van de daarvoor geldende termijnen. Zie ook A.J. Verdaas, *De bancaire kredietovereenkomst*, *Ars Aequi Libri* 2012, p. 76 en B.L. Ruijs, *Opzegging van een rekening-courantkredietovereenkomst*, *NI-BE* 1991, p. 19.

[verweerster] c.s. betogen (s.t. zijdens [verweerster] c.s., nr. 6.4) dat een en ander bij een duurovereenkomst voor bepaalde tijd betekent dat de overeenkomst moet worden afgewikkeld met inachtneming van die bepaalde tijd. De bevoegdheid tot opzeg-

ging op grond van art. 30 (thans art. 35) ABV van de kredietrelatie heeft dan niet tot gevolg dat de verschuldigde bedragen van de rentevaste lening terstond en ineens opeisbaar zijn.

Hoe dit ook zij, ook met betrekking tot opzegging op grond van art. 30 (thans art. 35) ABV geldt dat de opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid gelet op de omstandigheden van het geval onaanvaardbaar kan zijn. Bij de opzegging dient de bank ook te handelen in overeenstemming met de zorgplicht die is neergelegd in art. 2 ABV. In dit verband is met name van belang dat de opzegging van de kredietrelatie voor de wederpartij van de bank verstrekende gevolgen kan hebben. Tegen een willekeurig gebruik van de opzeggingsbevoegdheid moet daarom worden gewaakt. Zie hiervoor onder 13 en verder M.A.L.M. Willems & J.W. Achterberg, *Algemene Bankvoorwaarden (ABV). Tekst & Toelichting*, 2012, p. 138-145. Vgl. ook A.J. Verdaas, *De bancaire kredietovereenkomst*, *Ars Aequi Libri* 2012, p. 76; F. Molenaar, H.J. Pabbruwe & W.H.G.A. Filott, *Kredietverlening*, 2001, p. 67-69; W.H.G.A. Filott, *Algemene bankvoorwaarden*, 2000, p. 40-44; W.J. Slagter, *Commentaar op de Algemene Bankvoorwaarden*, NIBE 1999, p. 157-163.

Hoge Raad:

1 *Het geding in feitelijke instanties*

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

a. de vonnissen in de zaak 455383/HA ZA 10-1090 van de rechtbank Amsterdam van 21 juli 2010 en 19 oktober 2011;

b. het arrest in de zaak 200.099.072/01 van het gerechtshof Amsterdam van 12 februari 2013.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2 *Het geding in cassatie*

Tegen het arrest van het hof heeft ING Bank beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

[verweerster] c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal strekt tot verwerping van het beroep.

De advocaten van ING Bank hebben bij brief van 4 juli 2014 op die conclusie gereageerd.

3 *Beoordeling van het middel*

3.1 In cassatie kan van worden uitgegaan van de in de conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal onder 2 vermelde feiten. Deze komen, kort samengevat, op het volgende neer.

(i) Tussen ING Bank en [verweerster] c.s. is een kredietfaciliteit van in totaal € 2.410.000,= overeengekomen, bestaande uit een rekening-courantkrediet voor onbepaalde tijd en een tweetal rentevaste leningen voor bepaalde tijd.

(ii) Op de kredietovereenkomst zijn de Algemene Bepalingen van Kredietverlening (hierna: ABK) en de Algemene Voorwaarden opgesteld door de Nederlandse Vereniging van Banken (hierna: ABV) van toepassing.

De ABK houden onder meer het volgende in:

“Artikel 11. Vervroegde opeisbaarheid

11.1 De Kredietfaciliteit eindigt automatisch en alle bedragen die uit hoofde van de Overeenkomst zijn verschuldigd, zijn terstond en ineens opeisbaar zonder dat enige ingebrekestelling is vereist, indien één van de volgende gebeurtenissen zich voordoet:

a. de Kredietnemer komt een aflossings-, rente- of andere verplichting uit hoofde van de Overeenkomst, of enige andere

met de Bank gesloten overeenkomst niet, niet tijdig of niet behoorlijk na; (...)

(...)

11.2 In geval van vervroegde aflossing van Leningen met een vast rentepercentage als gevolg van één van de genoemde gebeurtenissen is artikel 25.2 van toepassing (...).

Artikel 25. Vergoeding in geval van vervroegde aflossing

(...)

25.2 In geval van vervroegde aflossingen die niet in de Overeenkomst zijn overeengekomen – ook als de aflossing het gevolg is van opeising in de zin van artikel 11 van de Algemene Bepalingen – dient de Kredietnemer de contante waarde van het renteverschuif te voldoen dat de Bank over de resterende rentevastperiode als gevolg van de vervroegde aflossing derft. (...).”

(iii) In de periode juni-juli 2009 heeft ING Bank [verweerster] c.s. geïnformeerd over haar besluit de kredietrelatie te beëindigen. Zij voerde als redenen daarvoor aan dat [verweerster] c.s. een aantal verplichtingen niet zijn nagekomen. Zij heeft [verweerster] c.s. bericht dat zij de kredieten per 1 oktober 2009 opzegt (welke datum na overleg nader is bepaald op 1 maart 2010) en dat zij daarbij aanspraak maakt op een vergoeding wegens het vervroegd aflossen van de rentevaste leningen als bedoeld in art. 25.2 ABK.

[verweerster] c.s. hebben zich op het standpunt gesteld dat de opzegging van de kredietrelatie onrechtmatig is en dat zij geen vergoeding wegens vervroegd aflossen op grond van art. 25.2 ABK verschuldigd zijn.

(iv) Bij aflossingsnota van 18 februari 2010 heeft ING Bank [verweerster] c.s. bericht dat per 1 maart 2010 het totaal door [verweerster] c.s. te betalen bedrag € 1.937.500,= bedraagt, waarvan een bedrag van € 122.125,69 is opgevoerd als vergoeding voor het vervroegd aflossen van de rentevaste leningen.

(v) Op 1 maart 2010 heeft de Rabobank op verzoek van [verweerster] c.s. een bankgarantie ten gunste van ING Bank gesteld ter hoogte van de vergoeding voor het vervroegd aflossen. De Keizer c.s. hebben voorts een bedrag van € 6000,= in depot gestort bij een notaris, als zekerheid voor de tijdens de procedure lopende rente over die vergoeding. Partijen zijn overeengekomen hun geschil over de vergoeding voor het vervroegd aflossen voor te leggen aan de rechter.

(vi) [verweerster] c.s. hebben de kredieten bij ING Bank op 9 maart 2010 afgelost, met uitzondering van de vergoeding voor het vervroegd aflossen. ING Bank heeft de door haar bedongen zekerheden voor de door haar verstrekte kredieten vervolgens vrijgegeven.

3.2 In deze procedure vorderen [verweerster] c.s. verklaringen voor recht (a) dat ING Bank ten onrechte de kredietrelatie met hen heeft opgezegd en (b) dat ING Bank ten onrechte aanspraak maakt op de vergoeding wegens vervroegde aflossing, alsmede de veroordeling van ING Bank tot vergoeding van de door hen in verband met de bankgarantie en het depot gemaakte kosten.

ING Bank vordert in reconventie de veroordeling van [verweerster] c.s. tot betaling van de vergoeding wegens vervroegde aflossing ten bedrage van € 122.125,69.

3.3 De rechtbank heeft de vorderingen van [verweerster] c.s. in conventie afgewezen en de reconventionele vordering van ING Bank toegewezen.

3.4.1 Het hof heeft in conventie de vorderingen van [verweerster] c.s. alsnog grotendeels toegewezen, en de vordering van ING Bank in reconventie afgewezen. Het oordeelde de opzegging van de kredietovereenkomst rechtsgeldig voor zover het het krediet in rekening-courant betreft, maar verklaarde voor recht (a) dat ING Bank ten onrechte de kredietovereenkomst heeft beëindigd voor zover het de rentevaste leningen betreft

en (b) dat ING Bank ten onrechte aanspraak maakt op de vergoeding wegens vervroegde aflossing. De daarop gebaseerde vorderingen tot vergoeding van gemaakte kosten werden eveneens toegewezen.

3.4.2 Daartoe overwoog het hof, kort samengevat, als volgt.

Art. 11.1 ABK noemt een aantal gebeurtenissen op grond waarvan de kredietfaciliteit automatisch eindigt en alle verschuldigde bedragen terstond en ineens opeisbaar zijn. Ook een lening met een bepaalde looptijd, die in beginsel niet tussentijds opzegbaar is, kan als gevolg van de in art. 11.1 ABK opgenomen gebeurtenissen tussentijds worden beëindigd. Art. 11.1 onder a ABK houdt onder meer als zodanige gebeurtenis in dat de kredietnemer een verplichting uit hoofde van de kredietovereenkomst niet, niet tijdig of niet behoorlijk nakomt. (rov. 4.6)

Beëindiging van de kredietfaciliteit op grond van art. 11.1 ABK kan in de concrete omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn (art. 6:248 lid 2 BW). Een afweging van de belangen van de bank en van de kredietnemer in het concrete geval kan meebrengen dat de beëindiging niet rechtsgeldig is. Daarbij is van belang dat in art. 2 van de ABV is vastgelegd dat de bank bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht neemt en naar beste vermogen met de belangen van de cliënt rekening houdt. (rov. 4.7) In 2008 is door de (indirect) enig aandeelhouder van [verweerster] c.s. een groter bedrag aan de vennootschappen onttrokken dan met ING Bank was afgesproken, terwijl eveneens in strijd met de afspraken het eigen vermogen in 2008 ten opzichte van 2007 is afgenomen. Ook hebben [verweerster] c.s. de kwartaalcijfers in strijd met de afspraak steeds te laat bij ING Bank aangeleverd. Niet is komen vast te staan dat een effectieve leiding bij [verweerster] c.s. ontbrak en dat de kwartaalcijfers niet betrouwbaar waren. (rov. 4.8.1-4.8.4)

Gelet op de door ING Bank in acht genomen opzegtermijn van acht maanden, welke termijn [verweerster] c.s. nodig hadden om een nieuwe financier te vinden, heeft ING Bank voldoende rekening gehouden met het belang van [verweerster] c.s. en is de opzegging van het krediet in rekening-courant rechtsgeldig geschied. Of de beëindiging van de rentevaste leningen rechtsgeldig was, moet gelet op de omstandigheid dat [verweerster] c.s. als gevolg daarvan een bedrag van € 122.125,69 aan boeterente moeten betalen, afzonderlijk worden beoordeeld. Daarbij dienen in dit concrete geval de ernst en de aard van de genoemde tekortkomingen van [verweerster] c.s. te worden afgewogen tegen het belang van ING Bank bij de beëindiging van de rentevaste leningen. De lengte van de opzegtermijn biedt immers geen oplossing voor het verschuldigd worden van boeterente. (rov. 4.9)

Op grond van de in rov. 4.10 vermelde feiten en omstandigheden oordeelt het hof dat ING Bank de rentevaste leningen heeft beëindigd zonder voldoende oog te hebben voor de gerechtvaardigde belangen van [verweerster] c.s. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat het belang van ING Bank bij beëindiging van de kredietfaciliteit beperkt was nu zij, in het licht van de steeds tijdige voldoening van de rente- en aflossingsverplichtingen en de waarde van de zekerheden in verhouding tot de vordering op [verweerster] c.s., geen kredietrisico of ander risico liep, ook niet op langere termijn. Als ING Bank haar belang en dat van [verweerster] c.s. al heeft afgewogen, dan heeft ze aan haar eigen belang tegenover dat van [verweerster] c.s., gelet op alle hierboven opgesomde omstandigheden, een te zwaar gewicht toegekend en dusdoende haar zorgplicht jegens [verweerster] c.s. geschonden. (rov. 4.11)

Daarom is de beëindiging van de rentevaste leningen met het gevolg dat [verweerster] c.s. een bedrag van € 122.125,69 aan boeterente verschuldigd worden, in de omstandigheden van

dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. (rov. 4.12)

3.5.1 Onderdeel 1 van het middel komt op tegen de maatstaf aan de hand waarvan het hof heeft beoordeeld of de opzegging van de rentevaste leningen rechtsgeldig was.

3.5.2 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.

3.5.3 Het hof heeft deze maatstaf evenwel niet miskend. Het heeft die maatstaf immers in rov. 4.7 vooropgesteld en vervolgens, op grond van de door hem in rov. 4.8-4.11 in aanmerking genomen feiten en omstandigheden, in rov. 4.12 geoordeeld dat de beëindiging door ING Bank van de rentevaste leningen (op de voet van art. 11.1 ABK), met het gevolg dat [verweerster] c.s. een bedrag van € 122.125,69 aan boeterente verschuldigd werden (zoals bepaald in de art. 11.2 en 25.2 ABK), naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

3.5.4 Anders dan het onderdeel voorts betoogt, heeft het hof voornoemde maatstaf evenmin miskend door de belangen van partijen af te wegen en gewicht toe te kennen aan de in art. 2 ABV neergelegde zorgplicht van de bank. Het hof heeft dat een en ander immers gedaan in het kader van zijn beantwoording van de vraag of gebruikmaking door ING Bank van de overeengekomen bevoegdheid tot beëindiging van de kredietovereenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. In dat verband achtte het hof terecht mede van belang dat art. 2 ABV voorschrijft dat de bank naar beste vermogen met de belangen van de cliënt rekening zal houden.

3.6.1 Onderdeel 2 klaagt onder meer dat het hof in rov. 4.9 heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, door bij beantwoording van de vraag of het beroep op art. 11.1 ABK naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, de toetsing afzonderlijk per (samenhangende) groep rechtsgevolgen van dat beding te laten plaatsvinden. Volgens het onderdeel moeten het einde van de rentevaste leningen, het in verband daarmee verschuldigde bedrag, en de gehanteerde termijnen niet afzonderlijk maar in samenhang met elkaar en met de andere relevante omstandigheden van het geval beoordeeld worden.

3.6.2 Deze klachten falen. Het hof heeft geoordeeld dat de bevoegdheid ingevolge art. 11.1 ABK tot beëindiging van de kredietovereenkomst in beginsel op de gehele kredietfaciliteit betrekking heeft, derhalve op beëindiging van zowel het krediet in rekening-courant als de rentevaste leningen. Bij de beantwoording van de vraag of en in hoeverre gebruikmaking van deze bevoegdheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, staat geen rechtsregel eraan in de weg dat onderscheid wordt gemaakt naar gelang het de beëindiging van het ene dan wel het andere onderdeel van de kredietovereenkomst betreft, mede in het licht van de uiteenlopende daaraan verbonden gevolgen en de overige omstandigheden van het geval.

3.6.3 Het onderdeel klaagt voorts (onder 2.3) dat het hof met zijn afzonderlijke beoordeling van de beëindiging van de rentevaste leningen buiten de grenzen van de rechtsstrijd is getreden, omdat [verweerster] c.s. zich primair op de ongeldigheid van de beëindiging van de (gehele) kredietovereenkomst hebben beroepen, en subsidiair niet op de ongeldigheid van de

beëindiging van de rentevaste leningen maar op het niet verschuldigd zijn van de vergoeding ingevolge art. 25.2 ABK.

Deze klacht faalt bij gebrek aan belang. Weliswaar had het hof kunnen volstaan met de door hem uitgesproken verklaring voor recht dat ING Bank ten onrechte aanspraak maakt op de vergoeding wegens vervroegde aflossing (blijkens hetgeen hiervoor in 3.1 onder (v) en (vi) is vermeld, ging het partijen vooral nog om die kwestie). Maar ING Bank is niet in enig belang geschaad doordat het hof tevens de (door ING Bank aan die aanspraak ten grondslag gelegde) beëindiging van de rentevaste leningen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar heeft geoordeeld, juist op grond van de daaruit ingevolge art. 25.2 ABK voortvloeiende verschuldigdheid van de vergoeding.

3.7 De overige in het middel aangevoerde klachten kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt ING Bank in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerster] c.s. begroot op € 6275,34 aan verschotten en € 2200,= voor salaris.

NOOT

1. Dat over de maatstaf die geldt bij de beëindiging van een kredietovereenkomst door een bank verschillend wordt gedacht, volgt wel uit de verschillende varianten die in de rechtspraak zijn toegepast en de aanhoudende discussie in de rechtsliteratuur.

2. De conclusie van plaatsvervangend procureur-generaal mr. De Vries Lentsch-Kostense geeft hiervan een goed overzicht. In de feitenrechtspraak heeft met name de maatstaf van het arrest *Rabobank/Aarding* van het Hof Arnhem van 18 februari 2003 (ECLI:NL:GHARN:2003:AF5233, «JOR» 2003,267) navolging gevonden. Alvorens in te gaan op de vraag hoe onderhavige uitspraak zich tot die maatstaf verhoudt, wordt ingegaan op de rol van de ABK en ABV in onderhavige procedure.

3. Op de kredietfaciliteit van verweersters waren van toepassing de ABK en de ABV. De kredietfaciliteit omvatte een rekening-courantkrediet voor onbepaalde tijd en twee rentevaste leningen voor bepaalde tijd. ING Bank heeft de kredietfaciliteit opgezegd. Uit het procesverloop volgt niet dat ING Bank bij de opzegging uitdrukkelijk een beroep heeft gedaan op één of meerdere bepalingen van de ABK of ABV. In het vonnis in eerste aanleg van de Rechtbank Amsterdam (ECLI:NL:RBAMS:2011:10601) wordt er kennelijk van uitgegaan dat de opzegging van de leningen is gebaseerd op art. 11.1 ABK en de opzegging van het rekening-courantkrediet op basis van art. 19 ABK. Art. 11.1 ABK bepaalt dat de kredietfaciliteit automatisch, dus zonder dat daarop een beroep hoeft te worden gedaan, eindigt in bepaalde gevallen, waaronder het geval dat de kredietnemer niet voldoet aan een aflossings-, rente- of andere verplichting. Art. 19 ABK bepaalt dat de bank het krediet in rekening-courant te allen tijde kan beëindigen. Art. 30 ABV (thans art. 35), waarin is bepaald dat zowel de bank als de kredietnemer de relatie kan opzeggen, komt in hoger beroep pas echt aan de orde. Plaatsvervangend procureur-generaal mr. De Vries Lentsch-Kostense behandelt in haar conclusie alle bepalingen, maar de Hoge Raad stelt art. 11.1 ABK centraal.

4. Hoe de bepalingen zich tot elkaar verhouden komt niet uit de

verf en volgt evenmin uit de voorwaarden zelf. De eerste vraag is of art. 11.1 ABK wel de bevoegdheid geeft aan de bank om de kredietfaciliteit op te zeggen of dat het slechts gaat om een bepaling die de vervroegde opeisbaarheid regelt. Strikt genomen voorziet de bepaling in ontbindende voorwaarden van de kredietfaciliteit. Indien een omstandigheid als genoemd in art.

11.1 ABK zich verwezenlijkt, eindigt de kredietfaciliteit automatisch. Desalniettemin wordt art. 11.1 ABK in de rechtspraak veelal verbonden aan een bevoegdheid om de kredietfaciliteit op te zeggen (zie o.a. Rb. Amsterdam 5 juni 2014 ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3962, «JOR» 2014/178, HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:319, ECLI:NL:PHR:2013:1253, «JOR» 2014/118, Rb. Amsterdam 20 augustus 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:6035, Rb. Amsterdam 5 juli 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3962, Hof Arnhem 22 mei 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:1412, *RI* 2012/72). Vermoedelijk sluit de bewoording van art. 11.1 ABK niet aan op de praktijk waarin telkens de opzegging centraal wordt gesteld. De aanname dat art. 11.1 ABK voorziet in een bevoegdheid tot opzegging klopt formeel niet. Die bevoegdheid is geregeld in art. 19 ABK en art. 30 (thans art. 35) ABV (zie hieromtrent de conclusie van plaatsvervangend procureur-generaal mr. De Vries Lentsch-Kostense onder randnummers 44 tot en met 46).

5. Juister is de benadering waarbij wordt bekeken of art. 6:248 lid 2 BW eraan in de weg staat dat een ontbindende voorwaarde is ingetreden waardoor de kredietfaciliteit automatisch is geëindigd. Dat zal in het merendeel van de gevallen zo zijn vanwege het feit dat de bank een redelijke opzegtermijn zal moeten hanteren om de kredietnemer in staat te stellen een andere bank te vinden. De Hoge Raad overweegt in deze uitspraak dat er geen rechtsregel is die eraan in de weg staat om bij de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW kredietfaciliteiten afzonderlijk te toetsen. Ten aanzien van de ontbindende voorwaarde geldt dan hetzelfde, mits er meerdere kredietovereenkomsten zijn. Indien de kredietfaciliteit niet automatisch is geëindigd omdat toepassing van de ontbindende voorwaarde afstuit op art. 6:248 lid 2 BW, dient de contractuele opzegging die door de bank is ingeroepen (bijvoorbeeld op basis van art. 19 ABK en/of 30 ABV) aan dezelfde bepaling te worden onderworpen.

6. Indien in onderhavig geval deze volgorde was gehanteerd, was de uitkomst van de procedure overigens vermoedelijk hetzelfde geweest. Het automatisch beëindigen van de twee rentevaste leningen voor bepaalde tijd zou afstuiten op art. 6:248 lid 2 BW omdat alle rente- en aflossingstermijnen tijdig waren voldaan en de vergoeding wegens het vervroegd aflossen onevenredig de belangen van verweersters zou aantasten. Vervolgens zou art. 19 ABK erin resulteren dat het rekening-courantkrediet wel rechtsgeldig was opgezegd en had een oordeel moeten volgen wat een opzegging op basis van art. 30 (thans art. 35) ABV bewerkstelligt. In dat kader sluit ik niet uit dat een opzegging op laatstgenoemde basis erin zou kunnen resulteren dat de twee rentevaste leningen wel als opgezegd worden beschouwd, maar de vergoeding voor vervroegd aflossen niet is verschuldigd omdat art. 11 ABK in zijn geheel niet van toepassing is. Ook sluit ik niet uit dat er situaties zijn waarbij slechts de vergoeding voor vervroegd aflossen, zoals opgenomen in art. 11.2 ABK, niet kan worden toegepast, maar art. 11.1 ABK wel tot gevolg heeft dat de kredietfaciliteit automatisch is geëindigd.

7. Meer in het algemeen leidt het voorgaande tot de conclusie dat het de voorkeur verdient dat de voorwaarden die banken hanteren worden vereenvoudigd (zowel in omvang als in aantal) en daarbij meer aansluiten bij de praktijk.

8. De door de Hoge Raad genoemde mogelijkheid om een contractuele bevoegdheid tot opzegging bij de toets van art. 6:248 lid 2 BW te beoordelen per kredietfaciliteit is op zichzelf

een logisch uitgangspunt, zolang a) de contractuele opzegbevoegdheid zich daar niet tegen verzet en b) sprake is van uiteenlopende daaraan verbonden gevolgen.

9. De onderhavige uitspraak is niet te vergelijken met het arrest *Rabobank/Aarding*. In laatstgenoemd arrest werd door het hof aangenomen dat op banken uit hoofde van hun maatschappelijke functie een bijzondere zorgplicht rust, welke meebrengt dat een opzegging van een bankkrediet ten minste dient te voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Over het bestaan van een dergelijke bijzondere zorgplicht in zijn algemeenheid bestaat de nodige discussie (zie de conclusie van plaatsvervangend procureur-generaal mr. De Vries Lentsch-Kostense onder randnummer 16). In onderhavige procedure komt deze bijzondere zorgplicht niet aan de orde. Bij de invulling die wordt gegeven aan art. 6:248 lid 2 BW is (slechts) de contractuele zorgplicht als opgenomen in art. 2 ABV relevant. De vraag is of de Hoge Raad hiermee bewust een signaal heeft afgegeven in de lijn van A-G Wijsman (zie zijn conclusie voor HR 13 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6921, *RvdW* 2011/633). Dat is wel te hopen. Het in het algemeen bestaan van een bijzondere zorgplicht – op zichzelf al een contradictio in terminis – bij een civielrechtelijke verhouding op basis van een maatschappelijke functie is onwenselijk.

10. Het arrest *Rabobank/Aarding* heeft de nodige kritiek gehad. Het hof zou bij zijn maatstaf aansluiting hebben gezocht bij het arrest *Latour/De Bruijn*, welk arrest betrekking heeft op het opzeggen van duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW), terwijl het in *Rabobank/Aarding* ging om een duurovereenkomst met een contractuele opzeggingsmogelijkheid. In dat laatste geval dient volgens de critici de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) centraal te staan. De Hoge Raad maakt duidelijk dat art. 6:248 lid 2 BW de maatstaf is. De critici zullen daarmee tevreden zijn. In zijn algemeenheid lijkt de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf beperkter dan de maatstaf in het arrest *Rabobank/Aarding*.

11. Dat laat echter onverlet dat de in het arrest *Rabobank/Aarding* geformuleerde negen factoren waaraan betekenis toekomt om de rechtsgeldigheid van een opzegging te bepalen, alsnog bij toepassing van art. 6:248 lid 2 BW relevant kunnen zijn.

12. Tot slot wijs ik nog op de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 12 augustus 2014 met noot van mr. I. Spinath (ECLI:NL:RBROT:2014:6810, «JOR» 2014/314), waarin de rechtbank art. 6:248 lid 2 BW reeds op een soortgelijke wijze toepaste.

M. Teekens
TeekensKarstens advocaten notarissen

14

Hoge Raad
14 november 2014, nr. 13/05262
ECLI:NL:HR:2014:3241
(mr. Numann, mr. Van Buchem-Spapens, mr. Drion, mr. De Groot, mr. Tanja-van den Broek)
Noot M.R. Rijks

Auteursrecht. Vordering tot winstafdracht en strekking art. 27a Auteurswet ('Aw').

Begroting van de winst en vrijheid van de rechter. Inbreukmaker voldoet niet aan verplichting tot afleggen van rekening en verantwoording: art. 21 en 22 Rv.

[Auteurswet 1912 art. 27a]

Art. 27a lid 1 Aw – waarvan de uitleg en toepassing in onderhavige zaak in cassatie centraal staat en dat sinds eind 1989 in de Auteurswet is opgenomen – luidt als volgt:

“Naast schadevergoeding kan de maker of zijn rechtverkrijgende vorderen dat degene die inbreuk op het auteursrecht heeft gemaakt, wordt veroordeeld de door deze ten gevolge van de inbreuk genoten winst af te dragen en dienaangaande rekening en verantwoording af te leggen”.

Winstafdracht door het hof op grond van art. 27a Aw op juiste wijze begroot. Winst is zo realistisch mogelijk geschat, waarbij het hof ten nadele van de inbreukmaker rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat hij zijn financiële administratie gedurende de procedure (sinds 1989) niet heeft bewaard. Onduidelijkheden en onzekerheden in het door de inbreukmaker geleverde bewijs komen voor rekening en risico van de inbreukmaker. De volledige kosten van de ingeschakelde deskundigen komen om die reden voor rekening van de inbreukmaker. Rente over de winstafdracht vanaf 1 november 1989 in plaats van door het hof toegewezen rente vanaf 9 april 1997, omdat verweer hiertegen pas is gevoerd na tweede verwijzing en niet is gebleken dat eiser deze uitbreiding van de rechtsstrijd heeft aanvaard. Reeds betaalde compensatoire interesten door het hof terecht niet in mindering gebracht op de toewijsbare hoofdsom, omdat uit de gedingstukken niet blijkt dat de inbreukmaker voor het hof dit standpunt heeft ingenomen.

[eiser], wonende te [woonplaats],

Eiser tot cassatie, verweerder in het incidenteel cassatieberoep, advocaat: mr. K. Teuben, tegen

JUMBO Groep Holding BV, gevestigd te Veghel als rechtsoptolger onder bijzondere titel van SdB NV (in liquidatie), voorheen Super de Boer NV, daarvoor genaamd Laurus NV, rechtsoptolger van de Boer Unigro NV, op haar beurt rechtsoptolger van De Boer Winkelbedrijven NV, Verweerderster in cassatie, eiseres in het incidenteel cassatieberoep, advocaten: mr. T. Cohen Jehoram en mr. V. Rörsch.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiser] en De Boer.

Hoge Raad:

1 Het geding

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken: