

De bijzondere zorgplicht bij de opzegging van kredietovereenkomsten – zijn de zeven vette jaren van Rabobank/Aarding voorbij?

*Mr. P.S. Bakker en mr. dr. D. Haas**

1 Inleiding

Ruim zeven jaar geleden wees het Hof Arnhem het inmiddels veelbeschreven¹ arrest over kredietopzegging, Rabobank/Aarding.² In dit arrest overwoog het hof dat een bank 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, aldus het hof, af van de omstandigheden van het geval. Voor een kredietopzegging impliceert dit volgens het hof dat deze ten minste zal moeten voldoen aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

Het arrest van het hof heeft in de lagere jurisprudentie veel navolging gehad.³ De laatste tijd nemen vanuit de literatuur de kritische geluiden over het hofoordeel echter toe.⁴ Dit en de maatschappelijke betekenis van het arrest vormen voor ons reden genoeg om zeven jaar na dato te bezien of we de zeven

vette jaren die het arrest heeft beleefd, niet achter ons moeten laten.

In deze bijdrage zal na een eerste globale bespreking van het arrest (par. 2) en een beknopte behandeling van de opzegging van duurovereenkomsten (par. 3) worden nagegaan of het hof een juiste maatstaf heeft gehanteerd ter beoordeling van de kredietopzegging door Rabobank (par. 4) en worden bezien in hoeverre art. 2 van de algemene bankvoorwaarden op de invulling van de te hanteren maatstaf bij opzegging van invloed is (par. 5). Vervolgens zal in de paragrafen 6 en 7 worden stilgestaan bij het fenomeen van de bijzondere zorgplicht en de wijze waarop deze in de contractuele relatie is ingebed respectievelijk hoe deze daarop inwerkt. De bijdrage wordt afgesloten met een conclusie (par. 8).

2 Het arrest Rabobank/Aarding

In de zaak die leidde tot dit arrest was sprake van een kredietovereenkomst met contractuele opzegmogelijkheid. De duur van de opzegtermijn bedroeg drie maanden. Niettemin zegde de kredietverschaffer het krediet met onmiddellijke ingang op. Gesteld voor de vraag of deze opzegging regelmatig was, heeft het hof in dit arrest een bijzondere zorgplicht aangenomen, die rust op de kredietopzeggende bank en die met zich brengt dat een kredietopzegging ten minste behoort te voldoen aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Het hof somt vervolgens een negental gezichtspunten op dat in aanmerking moet worden genomen bij de beantwoording van de vraag of de opzegging aan de genoemde eisen van proportionaliteit en subsidiariteit voldoet.

Door het hof worden genoemd:

- 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

* Mr. P.S. Bakker is als advocaat/PSL werkzaam bij Houthoff Buruma te Amsterdam en verbonden aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Mr. dr. D. Haas is jurist bij de AFM en verbonden aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Mr. dr. D. Haas is tevens als redactielid verbonden aan MvV.

1. Zie onder meer R.I.V.F. Bertrams, Beëindiging van krediet en andere maatregelen door de bank in een tijd van de kredietcrisis, FIP 2009/7, p. 215 e.v., M.C.J.A. Schröder-van Waes, Krediet(relatie) opzeggen of voortzetten?, MvV 2009, p. 233 e.v., J.H.M. Spanjaard, Algemene bankvoorwaarden: modernisering, maar geen vernieuwing, VrA 2010 (7) 2, p. 55 e.v., M. van Hooijdonk, De opzegging van kredietovereenkomsten, TOP 2009/7, p. 259 e.v. en S. Bochove, Opzegbaarheid van bankkrediet: een economisch gegeven voor solvabiliteitsberekening, MvV 2008, p. 77-83.

2. Hof Arnhem 18 februari 2003, JOR 2003, 267.

3. Zie par. 2.

4. Zie met name D.A. Viëtor, Opeising of weigering van krediet en uitwinning van zekerheden door een bank, TFR 2009, p. 264-275; J. Meijer Timmerman Thijssen, De ontvankelijkheid van het Nederlandse privaatrecht voor invloeden uit de Anglo-Amerikaanse financieringspraktijk, Contracteren 2009/4, p. 123-140.

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 (bijvoorbeeld 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 zo ja 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 en
- andere maatschappelijke belangen (waaronder het voortbestaan van werkgelegenheid).

Het arrest heeft in de afgelopen zeven jaren een aanzienlijke invloed uitgeoefend op de lagere rechtspraak.⁵ Naast bijval heeft de uitspraak van Hof Arnhem, zoals gezegd, echter ook kritiek ge oogst.⁶ Deze kritiek is, nu zij verband houdt met het leerstuk van de opzegging van duurovereenkomsten, niet goed te plaatsen zonder een wat uitgebreidere behandeling van dit leerstuk.

3 Opzegging van duurovereenkomsten

Een duurovereenkomst is een overeenkomst waaruit ofwel een voortdurende verbintenis voortvloeit ofwel een verplichting om gedurende zekere tijd periodiek, of zo dikwijls als de schuldeiser daartoe de wens te kennen geeft, een zekere prestatie te verrichten (ongeacht of deze voortdurend is).⁷

Duurovereenkomsten kunnen worden aangegaan voor bepaalde dan wel voor onbepaalde tijd. Bij een duurovereenkomst die is aangegaan voor bepaalde tijd is tussentijdse opzegging in het algemeen niet mogelijk, tenzij sprake is van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat instandhouding van de overeenkomst tot het overeengekomen tijdstip naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag worden verwacht (vgl. art. 6:258 Burgerlijk Wetboek (BW))⁸ of een tussentijdse opzeggingsmogelijkheid is overeengekomen. In dit laatste geval kan in beginsel steeds met inachtneming van de overeengekomen opzegtermijn worden opgezegd, tenzij een beroep op het opzegbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW).

De tussentijdse opzegging van een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd *met* opzegclausule is in beginsel steeds mogelijk. Een beroep op de overeengekomen opzegclausule sneeft in beginsel slechts ingeval dit beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW).

Voor duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd *zonder* opzegbeding heeft het volgende te gelden. In 1999 heeft de Hoge Raad het arrest Latour/De Bruijn gewezen.⁹ Dit arrest kan nog altijd maatgevend worden geacht in het kader van de vraag naar de opzegbaarheid van dergelijke overeenkomsten. De Hoge Raad bepaalde in dit arrest ten aanzien van distributieovereenkomsten dat van principiële opzegbaarheid van zulke overeenkomsten niet gesproken kan worden: of de opzegging van zo'n overeenkomst voor onbepaalde tijd zonder opzegbeding in een concreet geval het beoogde rechtsgevolg heeft gehad, moet worden beantwoord aan de hand van de (aanvullende) redelijkheid en billijkheid in verband met de omstandigheden van het geval:

'3.6. De subonderdelen I.1 en I.2 voeren aan dat het Hof heeft miskend dat een distributieovereenkomst als de onderhavige altijd opzegbaar is in dier voege dat de leverancier ook zonder grond mag opzeggen en dat die opzegging altijd tot gevolg heeft dat de overeenkomst wordt beëindigd. Die opvatting vindt in haar algemeenheid echter geen steun in het recht. Bij gebreke van een wettelijke of contractuele regeling daaromtrent zal de vraag of de opzegging in een concreet geval het beoogde rechtsgevolg heeft gehad, beantwoord moeten worden aan de hand van de redelijkheid en billijkheid in verband met de omstan-

5. Verwezen zij naar de uitspraken van onder meer Hof Arnhem 5 augustus 2003, LJN AI1095, Rb. Arnhem 30 juni 2004, JOR 2004/283 m.nt. Verdaas (Kattenbelt/Rabobank), Rb. Arnhem 1 oktober 2008, LJN BG0278, Rb. Assen 31 augustus 2005, JOR 2005/285 (Van Wijk/Rabobank), Rb. Assen 28 juni 2006, LJN AY5652, Rb. Leeuwarden 15 november 2006, JOR 2007/25 m.nt. Verdaas (Rabobank/Bokma), Hof Amsterdam 14 juni 2007, JE 2008/11, Hof Den Bosch 9 september 2008, JOR 2009/52 (Facet Nederland/ABN Amro Bank), Rb. Rotterdam 11 maart 2009, LJN BH6417, Rb. Middelburg 20 oktober 2009, LJN BK2787 en Rb. Amsterdam 25 mei 2009, LJN BJ1645, JOR 2009, 332.

6. Viëtor 2009; Meijer Timmerman Thijssen 2009.

7. Strijbos, *Opzegging van duurovereenkomsten*, Deventer: Kluwer 1985, p. 25; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 89; J.E. Brink-van der Meer en A.J. van der Vegt, *Beëindiging van duurovereenkomsten; Evaluatie van (recente) jurisprudentie en literatuur*, Contracteren 2007/4.

8. Brink-van der Meer & Van der Vegt 2007, Hof Leeuwarden 8 maart 2006, LJN AV 4142, r.o. 14, HR 21 oktober 1988, NJ 1990, 439 (Mondia/Calanda), zie r.o. 3.2: '(...) Een voor bepaalde tijd gesloten overeenkomst kan, zo tussentijdse opzegbaarheid niet is bedongen, in beginsel niet eenzijdig tussentijds door opzegging worden beëindigd. Weliswaar is niet geheel uitgesloten dat op dit beginsel een uitzondering wordt aangenomen, maar een dergelijke uitzondering kan slechts haar grond vinden in onvoorziene – dat wil zeggen niet in de overeenkomst verdisconteerde – omstandigheden, 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.'

9. HR 3 december 1999, NJ 2000, 120.

digheden van dat geval. Ook indien uit de aard van een specifieke distributieovereenkomst 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 beëindiging van de overeenkomst leidt indien een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging bestaat.’

Hoewel het arrest betrekking had op een distributieovereenkomst voor onbepaalde tijd zonder opzegbeding, wordt veelal aangenomen dat de in het arrest geformuleerde regel algemene gelding heeft voor opzegging van voor onbepaalde tijd aangegane duurovereenkomsten zonder opzegbeding.¹⁰

4 Heeft het hof een juiste maatstaf gehanteerd voor kredietopzegging?

Zoals hiervoor opgemerkt, is het arrest Rabobank/Aarding niet alleen navolging maar ook kritiek ten deel gevallen, met name van Viëtor¹¹ en J. Meijer Timmerman Thijssen.¹² Viëtor meent dat het hof zich ten aanzien van de opzegbevoegdheid van de bank ten onrechte heeft gebaseerd op het hiervoor genoemde arrest Latour/De Bruijn en mitsdien op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 1 BW.¹³ In het arrest van de Hoge Raad was echter sprake van een duurovereenkomst voor onbepaalde tijd *zonder* contractuele opzegmogelijkheid. Viëtor betoogt dat, aangezien in Rabobank/Aarding opzegging – in tegenstelling tot het geval van Latour/De Bruijn – *wel* contractueel geregeld was, enkel plaats was voor toetsing van de kredietopzegging aan de onaanvaardbaarheidsmaatstaf van art. 6:248 lid 2 BW.¹⁴

Deze kritiek ziet er echter aan voorbij dat er in Rabobank/Aarding weliswaar sprake was van een kredietovereenkomst met een contractuele opzegmogelijkheid, maar dat het krediet door Rabobank in casu niet met inachtneming van de overeengekomen opzegtermijn van drie maanden werd opgezegd, maar met onmiddellijke ingang. Dit leverde wanprestatie op, tenzij Rabobank had kunnen aantonen dat een beroep op de overeengekomen opzeggingstermijn van drie maanden in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Het hof heeft getoetst of Rabobank bevoegd was voorbij te gaan aan de opzeggingstermijn door de kredietovereenkomst rauwelijks op te zeggen. Het hof voerde daarmee de toets uit of Rabobank was geslaagd in haar verweer dat inachtneming van de contractuele opzeggingstermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Het hof oordeelde dat dit niet het geval was:

‘4.28. In hoger beroep heeft Rabo niet weersproken dat zij het krediet in strijd met voormeld artikel 17 met onmiddellijke ingang heeft opgezegd. Volgens Rabo rechtvaardigde de kredietoverschrijding die onmiddellijke opzegging omdat er geen uitzicht was op herstel terwijl, zoals hier, de bedrijfsvoering in de oorspronkelijke opzet werd voortgezet en de debetstand zou blijven oplopen.

Naar het oordeel van het hof geldt de contractuele opzeggingstermijn als uitgangspunt. Een bank kan intussen een kredietoverschrijding (trachten te) reduceren tot aan de kredietlimiet en zij kan in beginsel een verdere oploop van de debetstand weigeren, ook als de verliezen oplopen. Waar de bank al tot zodanige bevrozing bevoegd is, valt niet in te zien waarom toepassing van een opzeggingstermijn (zoals voorzien in artikel 17 van drie maanden) naar maatstaven van redelijkheid en billijk onaanvaardbaar zou zijn en niet zou kunnen worden afgewacht. Rabo heeft zich ter rechtvaardiging van de onmiddellijke opzegging niet op andere contractuele bepalingen beroepen. Rabo had dus tenminste de termijn van drie maanden in acht moeten nemen.’

Het voorgaande laat onverlet dat Viëtor terechte kritiek uitangaande de overweging van het hof dat de vraag:

‘4.30 (...) of de opzegging in dit concrete geval het beoogde 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.’

Het opzeggingscriterium, dat het hof hier hanteert is, zoals Viëtor juist opmerkt, ontleend aan het eerdergenoemde arrest Latour/De Bruijn. Zoals wij reeds zagen, heeft dit arrest enkel betrekking op duurovereenkomsten voor onbepaalde tijd *zonder* contractueel overeengekomen mogelijkheid van tussentijdse opzegging. Omdat in dit type overeenkomst nu eenmaal niets over opzegging geregeld is, zal een (aan de hand van de omstandigheden van het geval vast te stellen) bevoegdheid tot opzegging enkel kunnen worden gebaseerd op de aanvullende redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 1 BW (vgl. HR 25 juni 1999, NJ 1999, 602, r.o. 3.4).

Anders ligt dit natuurlijk bij overeenkomsten (zoals in Rabobank/Aarding) waarin die opzeggingsmogelijkheid juist wel is opgenomen: zulke overeenkomsten kunnen met inachtneming van de geldende opzegtermijn in beginsel steeds worden opgezegd. Bij zulke overeenkomsten bestaat daarom in de regel geen behoefte aan een op de aanvullende redelijkheid en billijkheid gebaseerde opzegbevoegdheid. In de regel, omdat

10. Zie onder meer T&C, aant. 5 bij art. 6:248 BW (Valk) en M. de Hoon, Vuistregels voor een redelijke opzegtermijn, NJB 2010/21, p. 1338-1345.

11. Viëtor 2009.

12. Meijer Timmerman Thijssen 2007.

13. Viëtor 2009.

14. In gelijke zin: Meijer Timmerman Thijssen 2007.

soms een contractueel overeengekomen opzegtermijn buiten werking kan worden gesteld door de derogerende redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW. Denkbaar is dat daarvoor alsnog een leemte in de overeenkomst ontstaat, die vervolgens door de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 1 BW moet worden aangevuld (bijvoorbeeld met een kortere of langere opzegtermijn dan overeengekomen).

De zo-even beschreven situatie was in Rabobank/Aarding echter (juist) niet aan de orde: het betoog van Rabobank dat het beroep van Aarding op de overeengekomen opzegtermijn van drie maanden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was, werd immers door het hof verworpen (r.o. 4.28). Die verwerping hield echter tevens in dat de contractuele opzegtermijn tussen partijen gewoon van kracht was gebleven en dat voor toepassing van het opzeggingscriterium van Latour/De Bruijn derhalve geen noodzaak en geen plaats was. Door toch aan de hand van dit criterium te onderzoeken of de opzegging door Rabobank op haar plaats was, lijkt het hof dit te hebben miskend.

De tweede zwakke steen in het arrest van het hof houdt met de vorige verband en betreft de overweging dat een kredietopzegging ‘ten minste zal moeten voldoen aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit’. Proportionaliteit en subsidiariteit zijn allebei rechtsbeginselen.¹⁵ Zij hebben werking in de redelijkheid en billijkheid en wel via art. 3:12 BW. Dit artikel bepaalt:

‘Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken.’

Er dient (niettegenstaande hetgeen hierna volgt in par. 5) naar onze opvatting geen plaats te zijn voor rechtstreekse toetsing van (vrijwel altijd op een contractueel overeengekomen bevoegdheid gebaseerde) kredietopzeggingen aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Dit zou namelijk een onaanvaardbare doorkruising van de werking van art. 6:248 lid 2 BW opleveren. Laatstgenoemd artikel bevat volgens vaste rechtspraak een tot terughoudendheid aansporende maatstaf die met zich brengt dat de rechter niet licht mag overgaan tot het oordeel dat een beroep op het overeengekomene onaanvaardbaar is. Toegespitsd op kredietovereenkomsten betekent dit dat de rechter niet heeft te toetsen of wellicht een andere remedie beter, meer voor de hand liggend, minder bezwarend, minder belastend, enzovoort, zou zijn, maar of de uitoefening van de contractueel overeengekomen bevoegdheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* moet worden geacht. Bij het beoordelen van

die onaanvaardbaarheid kan het voorhanden zijn van andere, minder ingrijpende remedies overigens als omstandigheid weer wel een rol spelen, zij het slechts in het kader van de vraag of de uitoefening van de metterdaad gekozen remedie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *onaanvaardbaar* moet worden geacht. Het hof miskent deze maatstaf als het overweegt dat een kredietopzegging *ten minste* zal moeten voldoen aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit (r.o. 4.30).¹⁶

Aangenomen moet worden dat aan voormelde onaanvaardbaarheidsmaatstaf in de regel niet snel zal worden voldaan: zeker in verhoudingen tussen professionele partijen (waarvan in Rabobank/Aarding sprake was) mag niet te snel een uitzondering worden aanvaard op de gebondenheid aan het gegeven woord. Een en ander volgt uit meergenoemde redelijkheid en billijkheid zelf. Zie in deze zin de Hoge Raad in het arrest Briljant Schreuders/ABP:

‘(...) redelijkheid en billijkheid verlangen immers in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord en laten afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering toe (vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 969).¹⁷

Kort en goed: aanvaarding van toetsing aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit bij opzegging van krediet zou betekenen dat naast (of ter vervanging van) de hiervoor aangeduide, strenge maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW een lichtere, rechtstreekse toets aan genoemde beginselen zou kunnen plaatsvinden, die sneller zou leiden tot het buiten werking zetten van contractuele afspraken, zoals die ter zake van opzegging van krediet. Introductie van een dergelijke toets is gezien de hiervoor aangeduide, strenge maatstaf onwenselijk te achten.

5 De algemene bankvoorwaarden

In het arrest Rabobank/Aarding heeft het hof zijn overweging omtrent de door de bank in acht te nemen beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit doen stoelen op een algemene, *uit hoofde van hun maatschappelijke functie* op banken rustende zorgplicht. In casu waren blijkens r.o. 4.44 van het arrest echter ook de algemene bankvoorwaarden op de overeen-

15. Zie M.M. Stolp, Ontbinding, schadevergoeding en nakoming – de remedies voor wanprestatie in het licht van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit (diss. Nijmegen), Deventer 2007, voor een uitgebreide bespreking van deze eisen in het remedierecht.

16. Een proportionaliteits- en subsidiariteitstoets bij de beoordeling van de toelaatbaarheid of een kredietverschaffer zich op een opzeggingsbeding mag beroepen, leidt overigens tot een opmerkelijke discrepantie met de opzegging van een consumentenkredietovereenkomst. Het voorgestelde art. 7:64 lid 2 BW, dat met de implementatie van de richtlijn consumentenkrediet zal worden ingevoerd, kent geen proportionaliteits- of subsidiariteitstoets. De toelichting zegt hierover: ‘De kredietgever kan de kredietovereenkomst slechts opzeggen, indien partijen dit in de kredietovereenkomst zijn overeengekomen. De kredietgever dient daarbij een opzegtermijn in acht te nemen van tenminste twee maanden en hij zal de consument van de opzegging op de hoogte moeten stellen door een mededeling aan de consument toe te zenden op papier of op een andere duurzame drager.’ MvT 2009-2010 (nr. 3).

17. HR 20 februari 1998, NJ 1998, 493.

komst tussen partijen van toepassing. Art. 2 daarvan bepaalt (in de versie van 1995¹⁸):

‘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, met dien verstande dat zij niet gehouden is gebruik te maken van haar bekende niet openbare informatie, waaronder koersgevoelige informatie.’

Dit artikel legt derhalve, mits van toepassing, een niet uit de ‘maatschappelijke functie van de bank’ voortvloeiende, maar *contractueel overeengekomen* zorgplicht op de bank en gebiedt deze om *naar beste vermogen* met de belangen van de cliënt rekening te houden. Deze verplichting kan onzes inziens mogelijk (terecht) worden opgevat als een *contractueel overeengekomen* gehoudenheid tot het betrachten van proportionaliteit en subsidiariteit bij de uitoefening van bevoegdheden, zoals die van opzegging van krediet. Bij toepasselijkheid van de algemene bankvoorwaarden achten wij dan ook denkbaar dat de uitoefening van een bevoegdheid door de bank in strijd kan komen met haar contractuele gehoudenheid tot het betrachten van proportionaliteit en subsidiariteit, met *wanprestatie* als gevolg.

Eveneens denkbaar achten wij dat voornoemd art. 2 de kredietnemer een middel kan verschaffen om een beroep van de bank op een overeengekomen opzegbeding eerder onaanvaardbaar te doen zijn en dus af te weren. Het vaststellen of een beroep op een opzegbeding in een kredietovereenkomst al dan niet aanvaardbaar is, dient, zoals wij hiervoor zagen, aan de hand van de onaanvaardbaarheidsmaatstaf van art. 6:248 lid 2 BW plaats te vinden. Art. 2 van de algemene bankvoorwaarden schroeft de zorgplicht voor de kredietverschaffer echter op. Daardoor is opzegging wellicht eerder onaanvaardbaar te achten, omdat het verwachtingspatroon van de kredietnemer jegens de bank, gelet op de overeengekomen verplichting tot het betrachten van subsidiariteit en proportionaliteit, gerechtvaardigd hoger is en honorering verdient.

In het kader van de vraag of proportionaliteit en subsidiariteit zijn betracht of geschonden, zij overigens wel aangetekend dat bij een dergelijke toetsing niet eenzijdig het belang van de kredietnemer mag worden vooropgesteld. Uit de kredietcrisis valt de les te leren dat het eigen belang van de bank bij een gezond voortbestaan en het maatschappelijk belang van een goedwer-

kend bankenstelsel mede in de oordeelsvorming dienen worden betrokken.

6 De inbedding van de bijzondere zorgplicht in contractuele duurrelaties

Bij het arrest Rabobank/Aarding is in het voorgaande en aantal kanttekeningen geplaast. In de eerste plaats onderzocht het hof Arnhem in een daarvoor niet geschikt geval en dus ten onrechte de toelaatbaarheid van de kredietopzegging aan de hand van de regel van het arrest Latour/De Bruijn.¹⁹ In de tweede plaats heeft het hof geoordeeld dat de vraag naar de toelaatbaarheid van opzegging van een krediet rechtstreeks dient te worden getoetst aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, hetgeen zich niet goed laat rijmen met de tot terughoudendheid nopende onaanvaardbaarheidsmaatstaf van art. 6:248 lid 2.²⁰ Ten slotte wordt uit het arrest niet duidelijk hoe naar de opvatting van het hof de verhouding van genoemde eisen van proportionaliteit en subsidiariteit met de contractuele zorgplicht van art. 2 algemene bankvoorwaarden moet worden gezien.²¹

De vraag rijst waarom het mis ging bij de toch op het eerste gezicht niet bijzonder ingewikkelde beoordeling of opzegging van het krediet al dan niet toelaatbaar was.

De mogelijke oorsprong van het probleem ligt naar onze mening in de bijzondere zorgplicht die de opzegging van de kredietovereenkomst normeerde. De bijzondere zorgplicht die het hof aannam, leverde kennelijk moeilijkheden op bij de inpassing daarvan in het contractenrechtelijk (opzeggings)stelsel. De wijze waarop het hof de bijzondere zorgplicht liet doorwerken via de genoemde eisen van proportionaliteit en subsidiariteit getuigt daarvan.

De bijzondere zorgplicht voor banken en andere financiële ondernemingen heeft de afgelopen twee decennia een enorme vlucht genomen.²² De vraag naar de doorwerking van de bijzondere zorgplicht in de contractuele relatie rechtvaardigt een bespiegeling.

7 De bijzondere zorgplicht, niet zo bijzonder

Uit jurisprudentie volgt dat de bijzondere zorgplicht doorwerkt via de redelijkheid en billijkheid: deze zorgplicht – die naar zijn aard tot strekking heeft de cliënt te beschermen tegen het gevaar van eigen lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht, zodat, indien dat gevaar zich verwezenlijkt, bij de toepassing van de in art. 6:101 BW opgenomen maatstaf fouten van de cliënt die uit die lichtvaardigheid of dat gebrek aan inzicht voortkomen in beginsel minder zwaar wegen dan fouten van de bank waardoor deze in die zorgplicht is tekortgeschoten (HR 23 mei 1997, nr. 16,250, *NJ* 1998, 192) – vloeit voort uit

18. De algemene bankvoorwaarden 2009 bevatten een nagenoeg gelijklopende bepaling: ‘De bank neemt bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht en houdt daarbij naar beste vermogen rekening met de belangen van de cliënt. Geen van de bepalingen van deze algemene bankvoorwaarden of van de door de bank gebruikte bijzondere voorwaarden kan aan dit beginsel afbreuk doen.’

19. Par. 4.

20. Idem.

21. Par. 5.

22. O.O. Cherednychenko, De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht, NTBR 2010, p. 66.

hetgeen de eisen van redelijkheid en billijkheid, naar de aard van de contractuele verhouding tussen een bank en haar particuliere cliënten, meebrengen.²³

De term 'bijzondere zorgplicht', die op banken rust ten opzichte van cliënten, suggereert een externe norm die op een buitencontractuele wijze inwerkt op de contractuele verhoudingen. Het is mogelijk deze (onjuiste) gedachte geweest die in Rabobank/Aarding heeft geleid tot de door het hof gehanteerde constructie.

Ook in de literatuur wordt het bijzonder-zijn van deze zorgplicht wel eens benadrukt. Cherednychenko schrijft:

'In bepaalde gevallen rust op de bank een *bijzondere* zorgplicht, die de normale contractuele zorgvuldigheid jegens cliënten overstijgt en nog meer aandacht voor het belang van de cliënt vergt.²⁴

De veronderstelde bijzonderheid van deze speciale zorgplicht, mogelijk veroorzaakt door haar deels publiekrechtelijke wortels, lijkt te vragen om spitsvondige jurisprudentie teneinde deze norm in het privaatrechtelijk systeem in te passen. Onzes inziens is de bijzondere zorgplicht voor banken echter niet veel meer dan een verbijzondering van het algemene gezichtspunt van de hoedanigheid van contractspartijen en de plicht tot zorgzaamheid die voor een partij uit het behept zijn met een bepaalde hoedanigheid kan voortvloeien. Op banken rust een bijzondere zorgplicht in de vorm van een informatie-, waarschuwings- of weigeringsplicht dan wel extra behoedzaamheid ten opzichte van de minder kundige en bemiddelde wederpartijen. Het enige wat bijzonder is aan deze zorgplicht is de intensiteit daarvan, gelet op de grote risico's²⁵ die aan financiële transacties zijn verbonden.²⁶ De bijzondere zorgplicht wordt ingevuld aan de hand van de bijzondere omstandigheden van het geval waarbij de jurisprudentie op dit terrein houvast geeft.²⁷

Hoe werkt deze zorgplicht in op de contractuele relatie? Via een rechtshandeling, zoals algemene (bank)voorwaarden, of indien van toepassing, via wetsbepalingen van aanvullend

recht, zoals art. 7:401 BW.²⁸ Bij gebreke van een rechtshandeling of wettelijke bepaling als basis voor de doorwerking van de bijzondere zorgplicht vloeit de bijzondere zorgplicht via de werking van de (precontractuele) redelijkheid en billijkheid de overeenkomst in.²⁹ Als zij eenmaal deel is van de overeenkomst, verschilt de bijzondere zorgplicht in niets van de overeengekomen verbintenissen.³⁰

De bijzondere zorgplicht kan in verschillende contractuele leerstukken tot uitdrukking komen.³¹ Niet-naleving van de bijzondere zorgplicht, bijvoorbeeld het niet bewaken van de marginverplichting,³² kan leiden tot schadeplichtigheid op grond van wanprestatie. Indien de bank een bijzondere zorgplicht heeft geschonden, komt bij de bepaling van de omvang van de schadevergoeding in het kader van art. 6:101 bovendien minder gewicht toe aan fouten die de beleggers zelf hebben gemaakt.³³ Een tekortkoming in de nakoming van een bijzondere zorgplicht kan onzes inziens tevens grond voor ontbinding opleveren. Schending van een verplichting die voortvloeit uit de bijzondere zorgplicht, bijvoorbeeld een mededelingsplicht, kan leiden tot vernietiging wegens dwaling. Voorts dient de schending van een bijzondere zorgplicht te kunnen leiden tot een verklaring voor recht (art. 3:296 jo. art. 3:303). Doorwerking van de bijzondere zorgplicht vindt evenwel plaats via allerlei contractenrechtelijke leerstukken, waaronder ook de aanvullende en beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Waar de bijzondere zorgplicht echter *niet* toe leidt, is wijziging van de *criteria* die besloten liggen in de bestaande contractenrechtelijke leerstukken waarin de bijzondere zorgplicht tot uitdrukking komt. Dit heeft het hof in Rabobank/Aarding onzes

23. HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192 (Rabobank/Evenaars) m.nt. Van Zeven, en HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (Kouwenberg/Rabobank) m.nt. Du Perron.

24. Cherednychenko 2010.

25. HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660 (Van de Klundert/Rabobank) m.nt. C.J. van Zeeben, r.o. 3.6 en HR 5 juni 2009, RvdW 2009, 683 (De Treek/Dexia), r.o. 4.8.4.

26. B.T.M. van der Wiel, De marginverplichting bij handel in aandelenopties Van Haanstra/Rabobank naar Nabbe/Staalbankiers, MvV 2010, p. 151.

27. Bij de effectenlease-arresten abstraheert de Hoge Raad van bepaalde omstandigheden van het geval, zoals van de deskundigheid van de benadeelde beleggers, bij de invulling van de bijzondere zorgplicht, zie HR 5 juni 2009, RvdW 2009, 683 (De Treek/Dexia), r.o. 5.2.1. In de optiehandel-arresten wordt daaraan wel gewicht toegekend, zie bijvoorbeeld HR 23 mei 1997 (Rabobank/Evenaars), LJN ZC2376, NJ 1998, 192 m.nt. C.J. van Zeven, r.o. 3.

28. Vgl. HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (Van Zuylen/Rabobank) m.nt. C.E. du Perron, voor toepassing van art. 7:401 BW. Zie ook, C.E. du Perron, *Zorgplicht en eigen schuld in het effectenrecht*, in: M.W. Hesselink e.a. (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2003, p. 187.

29. HR 5 juni 2009, RvdW 2009, 683 (De Treek/Dexia) en HR 1 juni 1990, NJ 1991, 759 m.nt. CJHB (Van Lanschot/ Bink).

30. De bijzondere zorgplicht werkt door in de contractuele relatie via contract, wet of aanvullende redelijkheid en billijkheid, maar wordt niet door deze rechtsbronnen in het leven geroepen, zij bestaat onafhankelijk daarvan. Deze gedragsnorm is van openbare orde en kan onzes inziens niet contractueel worden uitgesloten.

31. Daarnaast kan de bijzondere zorgplicht via het onrechtmatige daadrecht tot uitdrukking komen, bijvoorbeeld bij de buitencontractuele bescherming van bepaalde derden: HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285 (MeesPierson/Ten Bos) m.nt. W.M. Kleijn, HR 23 december 1995 (Fortis/Stichting Volendam) m.nt. M.R. Mok, HR 27 november 2009, RvdW 2009 (VEB c.s./World Online c.s.). En in de precontractuele bescherming van de afnemers van effectenleaseproducten, HR 5 juni 2009, RvdW 2009, 683 (Dexia), HR 5 juni 2009, RvdW 2009 (Levob) en HR 5 juni 2009, RvdW 2009, 685 (Aegon). De dactuele werking van de bijzondere zorgplicht valt evenwel buiten het bestek van deze bijdrage.

32. De marginverplichting is de verplichting voor een bank erop na te zien dat beleggers een financiële buffer aanhouden om aan toekomstige verplichtingen te kunnen voldoen (leveren dan wel afnemen van aandelen), art. 86 BGfo.

33. HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192 (Rabobank/Evenaars) m.nt. C.J. van Zeven, r.o. 3.3 en HR 11 juli 2003, NJ 2005, 103 (Van Zuylen/Rabobank) m.nt. C.E. du Perron, r.o. 3.6.4.

inziens miskend. De onaanvaardbaarheidsmaatstaf van art. 6:248 lid 2 BW heeft het hof, wellicht daartoe gebracht door het (vermeend) specifieke karakter van de bijzondere zorgplicht, ten onrechte verruild voor een directe toetsing van een contractuele opzegbevoegdheid aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. De aanwezigheid van een bijzondere zorgplicht rechtvaardigt echter niet de aanpassing van de criteria van de leerstukken waarin zij doorwerkt. Daarmee is niet gezegd dat genoemde zorgplicht niet doorwerkt in de toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Integendeel: de bijzondere zorgplicht, zoals deze (onder meer) tot uitdrukking komt in art. 2 van de algemene bankvoorwaarden rechtvaardigt de verwachting van de kredietnemer dat een bank het krediet niet lichtvaardig zal opzeggen. Die omstandigheid zal in rechte desgevraagd moeten worden 'meegenomen' bij de beoordeling of een opzegging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is te achten.³⁴ Door deze zorgplicht is opzegging wellicht eerder onaanvaardbaar te achten, omdat het verwachtingspatroon van de kredietnemer jegens de bank vanwege deze zorgplicht gerechtvaardigd hoger is en honorering verdient.

8 Conclusie

De bijzondere zorgplicht is enkel bijzonder, omdat deze wordt ingegeven door de maatschappelijke functie van banken en niet door de bank kan worden weggecontracteerd. De zorgplicht bereikt de contractuele relatie via een contractuele norm, waarbij de bank zich ertoe verbindt deze plicht in acht te nemen dan wel via een wettelijke norm of via de redelijkheid en billijkheid. De oorsprong van de bijzondere zorgplicht heeft echter geen invloed op de werking van de zorgplicht. Zodra de zorgplicht deel is van de overeenkomst werkt deze door in de reguliere contractenrechtelijke leerstukken, net als andere contractuele verbintenissen.

Dit laatste heeft het hof in Rabobank/Aarding miskend: niet alleen door ten onrechte de toelaatbaarheid van de kredietopzegging aan de hand van de regel van het arrest Latour/De Bruijn te beoordelen, maar tevens door te overwegen dat de al dan niet toelaatbaarheid van opzegging van krediet dient te worden getoetst aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

Ruim zeven jaar nadat Hof Arnhem het arrest Rabobank/Aarding heeft gewezen, is het tijd voor een nieuwe koers waarbij de bijzondere zorgplicht beter wordt ingebed in de leerstukken die de opzegging van de kredietovereenkomst normeren.

De zeven vette jaren, waarin het hofarrest veel navolging kreeg, zijn dan ook wat ons betreft voorbij.

34. Op het terrein van de effectenlease-uitspraken is ook kritiek te horen op de systematische inconsistentie die de doorwerking van de bijzondere zorgplicht veroorzaakt. In bijvoorbeeld de Dexia-zaak leverde schending van een precontractuele waarschuwingsplicht geen actie tot dwaling op, maar wel een onrechtmatige daad, HR 5 juni 2009, RvdW 2009, 683 (Dexia), r.o. 4.8.1. Zie bijv. W.H. van Boom, De beslissing van de Hoge Raad in de effectenleasezaken, TvC 2009, p. 238-239 en W.L. Valk, Dwaling, tekortkoming en effectenlease, NTBR 2009, p. 237 en K.J.O. Jansen, De eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument, WPNR 6853 (2010), p. 630-631.