

**JIN 2016/153, Gerechtshof Amsterdam, 12-07-2016,**

**ECLI:NL:GHAMS:2016:2816, 200.167.471/01 (annotatie)**

<b>Instantie:</b> Gerechtshof Amsterdam
<b>Datum uitspraak:</b> 12-07-2016
<b>Publicatie:</b> JIN 2016/153 (Sdu Jurisprudentie in Nederland), aflevering 7, 2016
<b>Annotator:</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• E.J.H. Zandbergen</li><li>• M.C. van Rijswijk</li></ul>
<b>ECLI:</b> <u>ECLI:NL:GHAMS:2016:2816</u>
<b>Zaaknummer:</b> 200.167.471/01
<b>Overige publicaties:</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• RF 2016/88</li><li>• JONDR 2016/941</li></ul>
<b>Rechtsgebied:</b> Ondernemingsrecht
<b>Rubriek:</b> Ondernemingsrecht
<b>Rechters:</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• mr. Hoekzema</li><li>• mr. Arnold</li><li>• mr. Jurgens</li></ul>
<b>Partijen:</b> 1. v.o.f. [X] en zn., 2. Fruitbedrijf [X] B.V., beiden gevestigd te [Z], appellanten, tevens incidenteel geïntimeerden, advocaat: mr. K. Roderburg te Amsterdam, tegen Deutsche Bank Nederland N.V., gevestigd te Amsterdam, geïntimeerde, tevens incidenteel appellante, advocaat: mr. A.J. Haasjes te Amsterdam.
<b>Regelgeving:</b> <ul style="list-style-type: none"><li>• <b><u>BW Boek 6 - 248 lid 2</u></b></li></ul>

## Inhoudsindicatie

## Redelijkheid en Billijkheid

### Ga direct naar

- Samenvatting
- Uitspraak
- Noot

### Samenvatting

Het hof komt tot de conclusie dat het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat Deutsche Bank aanspraak maakt op betaling van de aflossingsvergoeding.

Het hof is van oordeel dat Deutsche Bank gelet op haar kennis van de onderneming van [X] had moeten begrijpen dat [X] als gevolg van de meegedeelde strategische heroriëntatie en de weigering verder aanvullend krediet te verstrekken genoodzaakt zou zijn elders financiering te zoeken en in zijn geheel over zou moeten stappen naar een andere bank om de continuïteit en daarvoor benodigde groei van haar bedrijfsvoering te kunnen waarborgen. Dit was overigens ook de bedoeling van Deutsche Bank, gelet op wat zij [X] over de beleidswijziging en de gevolgen daarvan voor [X] heeft meegedeeld. Deutsche Bank wijst in haar brief van 12 april 2013 er weliswaar op dat individuele overeenkomsten zullen worden voortgezet en de beleidswijziging van Deutsche Bank daar geen invloed op zal hebben, maar niet valt in te zien wat daarvan de waarde is, omdat [X] ter waarborging van de continuïteit en groei nu juist was aangewezen op aanvullende financiering voor de langere termijn. [X] is met zoveel woorden meegedeeld dat Deutsche Bank niet bereid was die aanvullende financiering te verstrekken. Daarmee komt wat Deutsche Bank aan [X] heeft meegedeeld in de gegeven omstandigheden in wezen erop neer dat zij voornemens was de kredietrelatie af te bouwen en geleidelijk te beëindigen. Dit leidt ertoe dat het hof niet het standpunt volgt van Deutsche Bank dat [X] geacht moet worden zelf ervoor te hebben gekozen om de lopende financieringen vervroegd af te lossen. Dat besluit is het noodzakelijke gevolg geweest van de eenzijdige beslissing van Deutsche Bank om vanwege strategische redenen de relatie met [X] niet te willen voortzetten op een wijze waarbij verdere groei en daarmee de continuïteit van [X] zouden zijn gewaarborgd. Door onder deze omstandigheden onverkort aanspraak te maken op de aflossingsvergoeding geeft Deutsche Bank er onvoldoende blijk van dat zij voldoende oog heeft gehad voor de gerechtvaardigde belangen van [X]. Als Deutsche Bank haar belang en dat van [X] al heeft afgewogen, dan heeft zij aan haar eigen belang tegenover dat van [X] gelet op de hiervoor genoemde omstandigheden een te zwaar gewicht toegekend. Haar handelwijze valt aldus niet te rijmen met de

zorgvuldigheid die zij op grond van art. 2 van de ABV in acht diende te nemen, waarbij zij naar beste vermogen met de belangen van de cliënt rekening diende te houden. Alles afwegende komt het hof tot de conclusie dat het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat Deutsche Bank aanspraak maakt op betaling van de aflossingsvergoeding. De grieven 3 tot en met 6 in principaal appel slagen en grief 2 in incidenteel appel wordt verworpen.

## **Uitspraak**

### **Hof:**

#### ***1 Het geding in hoger beroep***

Appellanten in het principaal appel worden hierna gezamenlijk, in vrouwelijk enkelvoud, [X] genoemd en ieder afzonderlijk v.o.f. [X] en [X] B.V. Geïntimeerde in het principaal appel wordt Deutsche Bank genoemd.

[X] is bij dagvaarding van 17 december 2014, hersteld bij exploit van 26 februari 2015, in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Amsterdam van 8 oktober 2014, onder bovenvermeld zaak-/rolnummer geweest tussen [X] als eiseres in conventie, tevens verweerster in reconventie en Deutsche Bank als gedaagde in conventie tevens eiseres in reconventie.

Partijen hebben de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, met producties;
- memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in (voorwaardelijk) incidenteel appel, met producties;
- memorie van antwoord in incidenteel appel, met producties.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 12 februari 2016 doen bepleiten, [X] door mr. Roderburg voornoemd en Deutsche Bank door mr. Haasjes voornoemd, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd.

Ten slotte is arrest gevraagd.

[X] heeft in het principaal appel geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal

vernietigen en overigens – voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad – overeenkomstig de conclusie van haar memorie, waaronder veroordeling van Deutsche Bank tot terugbetaling van wat ter uitvoering van het bestreden vonnis is betaald en veroordeling van Deutsche Bank in de kosten van het geding in beide instanties.

Deutsche Bank heeft in het principaal appel geconcludeerd dat [X] niet-ontvankelijk zal worden verklaard in het appel, dan wel dat het appel zal worden verworpen. In het (deels voorwaardelijk) incidenteel appel heeft Deutsche Bank geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en overigens – voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad – overeenkomstig de conclusie van haar memorie, waaronder veroordeling van [X] – in het principaal en incidenteel appel – in de kosten van het geding met nakosten en rente.

Beide partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

## **2 Feiten**

2.1 De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.25, de feiten opgesomd die tussen partijen vaststaan. Deutsche Bank betoogt met grief 1 in het incidenteel appel dat de feitenvaststelling van de rechtbank een aantal onjuistheden bevat. Voor zover de door de rechtbank als vaststaand beschreven feiten in hoger beroep niet zijn bestreden, binden zij ook het hof. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen die feiten neer op het volgende

2.2 [vader] [X] is bestuurder van [X] B.V. en één van de vier vennoten van v.o.f. [X]. De overige vennoten zijn de drie zonen van [vader] [X]. [X] exploiteert een fruittelersbedrijf. Het productieproces van [X] omvat het telen, plukken, sorteren, verpakken, koelen, schillen en uitleveren van appels en peren. [X] teelt haar fruit grotendeels op percelen eigen grond. De vruchten worden jaarlijks omstreeks de maanden augustus en september geoogst. Vervolgens worden de geplukte vruchten opgeslagen in koelhuizen, omdat de vraag van de afnemers geleidelijk over het gehele jaar is verdeeld.

2.3 [X] heeft vanaf 2006 een sterke groei doorgemaakt. Tot 2006 had [X], verspreid over diverse locaties, de beschikking over ongeveer 37ha landbouwgrond. In 2006 heeft zij 25ha landbouwgrond bijgekocht. Op deze grond heeft zij appel- en perenbomen geplant. In 2008, uiterlijk 2009, kon zij daarvan de oogst verwachten. Voor de opslag van de oogst van de (toen) in totaal ca 62ha landbouwgrond heeft zij

in 2008 een bestaande loods omgebouwd tot koelhuis met 24 koelcellen en een capaciteit van 2.400 ton fruit.

2.4 In 2009 heeft [X] opnieuw grond bijgekocht, ditmaal ongeveer 37ha. [X] was daardoor genoodzaakt haar koelcapaciteit uit te breiden. In 2009 is zij gestart met de ontwikkeling van een nieuw koelhuis met een totale lengte van 65 meter dat in twee fasen gebouwd zou worden. In de brief van de architect van [X] aan de gemeente [Z] van 16 november 2009 met het verzoek om het bouwperceel te mogen vergroten, is hierover het volgende opgenomen:

‘1. Het bedrijf is de laatste paar jaar fors uitgebreid, er werd 35ha grond bijgekocht, inmiddels is deze bijgekochte oppervlakte volledig ingeplant met fruit. (...). De totale bedrijfsoppervlakte van Fruitbedrijf [X] is 100ha.

(...)

4.De huidige opslagcapaciteit is 3,5 miljoen kilo. Voor 100ha is ca. 5 miljoen kilo opslag nodig.’

2.5 Het vreemd vermogen van [X] bestond destijds uit:

- een kredietfaciliteit verstrekt door Coöperatieve Rabobank Kromme Rijnstreek (Rabobank) bestaande uit een rekening-courant krediet en een drietal leningen; en
- een kredietfaciliteit verstrekt op 2 januari 2006 door ABN Amro Bank N.V. (ABN AMRO).

In april 2010 heeft Deutsche Bank de door ABN AMRO verstrekte kredietfaciliteit van 2 januari 2006 overgenomen als gevolg van de overname door Deutsche Bank van verschillende onderdelen van ABN AMRO. Ter vervanging van deze kredietovereenkomst hebben [X] en Deutsche Bank op 13 oktober 2010 Kredietovereenkomst I gesloten, waarbij de kredietfaciliteit van 2 januari 2006 is voortgezet.

2.6 Op 13 augustus 2010 heeft [A], accountmanager van Deutsche Bank, gespecialiseerd in de agrarische sector, de onderneming van [X] bezocht. [A] heeft toen geconstateerd – zo heeft hij op de comparitie in eerste aanleg verklaard – dat de bestaande koelhuiscapaciteit van [X] te klein was voor 100ha grond.

2.7 Deutsche Bank heeft zich bereid verklaard het krediet van Rabobank over te

nemen en te verhogen voor de financiering van de eerste fase van het nieuwe koelhuis. Volgens [A] ter comparitie in eerste aanleg is [X] 'naar binnen gehaald met een scherp tarief'. Dit heeft geresulteerd in de op 19 januari 2011 tussen [X] en Deutsche Bank gesloten kredietovereenkomst, waarbij Deutsche Bank aan [X] een kredietfaciliteit heeft verstrekt van in totaal € 6.420.000,= (hierna kredietovereenkomst II). Daarmee waren alle lopende financieringen van [X] ondergebracht bij Deutsche Bank.

2.8 Op 21 september 2011 is kredietovereenkomst III gesloten, waarbij Deutsche Bank aan [X] een aanvullend krediet heeft verstrekt van € 1.350.000,=.

2.9 Op de kredietovereenkomsten II en III zijn, onder meer, de Algemene Voorwaarden ABN AMRO Bank N.V. (hierna: ABV) en de Algemene Bepalingen voor Kredietverlening door ABN AMRO van toepassing (hierna: Algemene Bepalingen) verklaard. In Kredietovereenkomst III is het volgende vermeld:

'Overige bepalingen

(...)

– Alle betrekkingen tussen de Kredietnemer en Deutsche Bank zijn onderworpen aan de Algemene Voorwaarden ABN AMRO Bank N.V., bestaande uit I. Algemene Bankvoorwaarden en II. Voorwaarden Cliëntrelatie. Voorts zijn op deze Kredietovereenkomst van toepassing de bij de Kredietovereenkomst gevoegde Algemene Bepalingen voor Kredietverlening door ABN AMRO van november 2009. (...).'

2.10 Hoofdstuk III van de Algemene Bepalingen, genaamd "Algemene Bepalingen van toepassing op Krediet in de vorm van een lening", luidt voor zover van belang als volgt:

'4 Vervroegde aflossing

4.1 Indien de lening luidt in euro, is het de Kredietnemer toegestaan die lening vervroegd af te lossen zonder een vergoeding voor geleden verlies en gedeerde winst aan ABN AMRO verschuldigd te zijn mits voldaan is aan de volgende voorwaarden:

a. de Kredietnemer heeft ABN AMRO ten minste een maand te voren van zijn voornemen tot vervroegde aflossing alsmede van het bedrag en de datum daarvan bij aangetekende brief kennisgegeven; en

b. de vervroegde aflossing valt samen met de vervaldag van een verplichte aflossing dan wel met een overeengekomen rentevervaldag; en

c. de vervroegde aflossing bedraagt, indien de lening niet volledig wordt afgelost, ten minste € 1000,= en per kalenderjaar ten hoogste 5% van de oorspronkelijke hoofdsom van de lening; en

d. de Kredietnemer toont ten genoegen van ABN AMRO aan dat de vervroegde aflossing uit eigen middelen van de Kredietnemer geschiedt.

Indien de Kredietnemer niet aan één of meer van de hiervoor genoemde voorwaarden voldoet; (...) is de Kredietnemer aan ABN AMRO over het (anders of meer) vervroegd af te lossen bedrag en tegelijk met de betaling daarvan een vergoeding voor geleden verlies en gederfde winst verschuldigd. De hoogte van deze vergoeding wordt door ABN AMRO bepaald op de wijze als hierna onder 4.2 dan wel 4.3 vermeld.

4.2 Indien (i) een vast rentepercentage van kracht is ten aanzien van een lening die luidt in euro of (ii) (...), wordt de hiervoor onder 4.1 bedoelde vergoeding door ABN AMRO bepaald op het verschil tussen:

a. de som van de contant gemaakte rentebedragen die ABN AMRO vanaf de datum van vervroegde aflossing tot de laatste aflossingsdatum, dan wel de eerstvolgende renteherzieningsdatum indien deze hieraan voorafgaat, op grond van de Kredietovereenkomst over het (anders of meer) vervroegd af te lossen bedrag zou hebben ontvangen, doch door de vervroegde aflossing niet ontvangt, en

b. de som van de contant gemaakte rentebedragen die ABN AMRO op de interbancaire markt zou kunnen ontvangen over geldleningen die qua grootte vergelijkbaar zijn met het bedrag van het (anders of meer) vervroegd af te lossen bedrag, en qua looptijd vergelijkbaar zijn met de hiervoor onder 4.2a. bedoelde periode.

Zulks met een minimum van 1% van het (anders of meer) vervroegd af te lossen bedrag. Het contant maken zal geschieden tegen de ten tijde van de vervroegde aflossing op de interbancaire markt geldende rente. ABN AMRO zal het bedrag van de vergoeding aan de Kredietnemer meedelen.'

2.11 Artikel 2 ABV luidt als volgt:

'Artikel 2 Zorgplicht bank en cliënt

1. 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.'

2.12 Op 12 december 2012 heeft Deutsche Bank met een persbericht bekendgemaakt dat zij haar organisatie wilde gaan stroomlijnen en haar strategische focus zou gaan aanscherpen.

2.13 Op 17 december 2012 heeft [B], vanaf 2011 de accountmanager van [X] bij Deutsche Bank, een bezoek gebracht aan [X]. [B] heeft toen verteld dat Deutsche Bank zich zou terugtrekken uit de markt van "Small en Medium Enterprises", dat de relatie met [X] om die reden niet zou worden uitgebreid, dat [X] derhalve voor een eventuele aanvullende financiering op een andere bank aangewezen zou zijn en dat de relatie op den duur zou worden beëindigd.

2.14 Per brief van 12 april 2013 heeft Deutsche Bank aan [X] medegedeeld wat de op 12 december 2012 aangekondigde 'aanscherping van de strategische focus' voor haar zou betekenen:

'(...).

Wat betekent dit voor u?

Deutsche Bank is niet langer de geschikte bank om u de producten en diensten aan te bieden die u op dit moment afneemt. We vinden het van belang om hier transparant over te zijn en wijzen u op de mogelijkheden van Nederlandse banken die wel een breed lokaal aanbod hebben voor de producten en diensten die u op dit moment bij ons afneemt. We streven ernaar om voor eind juni contact met u op te nemen om de overstap naar een andere bank te bespreken. Individuele overeenkomsten met u zetten we vooralsnog voort, waarbij we rekening houden met de hiervoor geldende voorwaarden.'

2.15 In een gesprek dat plaatsvond op 16 mei 2013 heeft Deutsche Bank, in lijn met haar eerdere berichten, aan [X] laten weten dat zij in beginsel negatief stond tegenover uitbreiding van de financiering, hetgeen nog eens is bevestigd in een gesprek dat plaatsvond op 19 juni 2013. [X] heeft desondanks medio 2013 bij Deutsche Bank een nieuwe financieringsaanvraag voor een bedrag van € 1.350.000,= ingediend voor de financiering van (onder meer) de tweede fase van het nieuwe koelhuis. Bij brief van 6 augustus 2013 heeft Deutsche Bank die aanvraag



afgewezen.

2.16 Ondertussen had [X] ook contact opgenomen met ABN AMRO. Op 2 augustus 2013 heeft zij een offerte van ABN AMRO ondertekend voor een overneming van de kredietfaciliteit van Deutsche Bank en een aanvullend krediet van € 1.350.000,=. Deutsche Bank heeft daarop aan doorhaling van de aan haar verstrekte zekerheden de voorwaarde gesteld dat [X] op de voet van artikel 4 van de Algemene Bepalingen een aflossingsvergoeding zou betalen van € 323.074,=. [X] heeft daartegen geprotesteerd en tussen partijen is vervolgens een door [X] ten gunste van Deutsche Bank te stellen bankgarantie van € 161.537,= overeengekomen, die op 14 augustus 2013 door ABN AMRO is gesteld (hierna: de bankgarantie). Op 15 augustus 2013 is de kredietrelatie tussen [X] en Deutsche Bank beëindigd, onder aflossing van de kredieten van Deutsche Bank en vrijgave van de zekerheden door Deutsche Bank.

### **3 Beoordeling**

#### ***In principaal en incidenteel appel***

3.1 [X] heeft in eerste aanleg primair gevorderd dat 1) voor recht wordt verklaard dat het beroep van Deutsche Bank op artikel 4 van de Algemene Bepalingen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, 2) zij daarom geen aflossingsvergoeding is verschuldigd en 3) de bankgarantie aan haar moet worden geretourneerd. Deutsche Bank heeft in reconventie gevorderd dat [X] op de voet van genoemde bepaling wordt veroordeeld tot betaling van een vergoeding van € 323.074,=. De rechtbank heeft partijen in gelijke mate verantwoordelijk gehouden voor de vervroegde aflossing van de kredieten in augustus 2013 (rov. 4.12); [X] omdat zij al voor de afwijzing van 6 augustus 2013 naar ABN AMRO was overgestapt en Deutsche Bank vanwege de aangekondigde wijziging van haar strategische focus. De rechtbank heeft de in conventie gevorderde verklaring voor recht toegewezen – met dien verstande dat voor recht is verklaard dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om [X] de *gehele* aflossingsvergoeding te laten betalen – en heeft in reconventie de vordering van Deutsche Bank toegewezen tot een bedrag van € 161.537,=. Tegen deze beslissingen en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt [X] in het principaal appel met zes grieven op en Deutsche Bank in het incidenteel appel met twee onvoorwaardelijke grieven en één voorwaardelijke grief. [X] heeft bovendien in hoger beroep haar eis gewijzigd met dien verstande dat onder 1) subsidiair wordt gevorderd dat voor recht wordt verklaard dat het beroep van Deutsche Bank op artikel 4 van de Algemene Bepalingen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, onder 2) wordt gevorderd dat voor recht wordt verklaard dat Deutsche Bank geen rechten kan

ontlenen aan de bankgarantie en onder 3) wordt gevorderd dat de bankgarantie dient te worden geretourneerd binnen 14 dagen na het in deze te wijzen arrest op straffe van dwangsommen. Deutsche Bank heeft tegen deze eisen wijziging geen bezwaar gemaakt en ook ambtshalve ziet het hof geen aanleiding om haar buiten beschouwing te laten, zodat op de gewijzigde eis recht zal worden gedaan.

3.2 De grieven 2 tot en met 6 in principaal appel komen alle in de kern op tegen het oordeel van de rechtbank dat in resultaat erop neerkomt dat Deutsche Bank deels aanspraak kan maken op de aflossingsvergoeding. Met haar tweede (onvoorwaardelijke) grief in incidenteel appel beoogt Deutsche Bank betaling te verkrijgen van de volledige aflossingsvergoeding. De grieven lenen zich voor een gezamenlijke behandeling.

3.3 Het hof overweegt als volgt. Voorop wordt gesteld dat tussen partijen is overeengekomen dat [X] bij vervroegde aflossing aan Deutsche Bank een aflossingsvergoeding verschuldigd zou zijn. De vraag die voorligt, is of in de gegeven omstandigheden het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat Deutsche Bank aanspraak maakt op die aflossingsvergoeding. De beantwoording van die vraag is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de overeenkomst, de aard van de bepalingen in kwestie en de mate waarin die bepalingen juist voor de desbetreffende rechtsbetrekking tussen partijen zijn geschreven. Daarbij heeft ook te gelden dat eerder aan een bepaling mag worden gederogeed naarmate zij meer van algemeen karakter is, zoals een algemene voorwaarde in verhouding tot een met het oog op het specifieke contract opgesteld beding. Voorts is in hoger beroep niet bestreden het oordeel van de rechtbank dat bij de beoordeling betekenis toekomt aan artikel 2 van de ABV waarin is vastgelegd dat de bank bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht dient te nemen en daarbij naar beste vermogen met de belangen van de cliënt rekening dient te houden. Bij de beoordeling moet verder in aanmerking worden genomen dat de maatstaf van artikel 6:248 lid 2 BW ('onaanvaardbaar') tot uitdrukking brengt dat de rechter bij de toepassing van deze bepaling de nodige terughoudendheid in acht dient te nemen. Daarvan uitgaande overweegt het hof het volgende.

3.4 [X] heeft vanaf 2006 een sterke groei doorgemaakt. Omdat [X] haar omzet en productie wilde uitbreiden heeft zij in totaal tussen 2006 en 2009 62ha landbouwgrond bijgekocht. [X] was daardoor genooddaakt haar koelcapaciteit substantieel uit te breiden in de periode 2011 tot en met 2013. Rabobank was niet bereid haar kredietfaciliteit ten behoeve van deze investering te verhogen. Deutsche Bank was wel tot aanvullende financiering bereid. Zij heeft het krediet van Rabobank

geherfinancierd en een aanvullende kredietfaciliteit ter beschikking gesteld voor de benodigde investering. Vóór het aangaan van de kredietrelatie was het Deutsche Bank bekend dat de koelhuis capaciteit te klein was in verhouding tot de hoeveelheid grond. Mede in aanmerking genomen dat Rabobank niet bereid was verdere groei te financieren en Deutsche Bank wel, is bij [X] in de gegeven omstandigheden het gerechtvaardigde vertrouwen gewekt dat Deutsche Bank in beginsel bereid was aanvullend krediet te verstrekken om de verlangde groei mogelijk te maken. Partijen zijn bovendien een kredietrelatie voor langere tijd aangegaan. Op 19 januari 2011 is kredietovereenkomst II gesloten bestaande uit verschillende onderdelen met een looptijd variërend van 3 tot 13 jaar. In september 2011 is krediet verstrekt met een looptijd van 5 jaar. [X] was voor haar verdere groei en continuïteit geheel afhankelijk van externe financiering. Dit was Deutsche Bank bij het aangaan van de kredietrelatie bekend. Deutsche Bank heeft in dit verband onvoldoende toegelicht en onderbouwd dat [X] geheel uit eigen middelen het eerste deel van het nieuwe koelhuis heeft gebouwd. Deze stelling van Deutsche Bank valt ook niet te rijmen met de kredietaanvraag die [X] in mei 2013 heeft gedaan voor aankoop van landbouwgrond én een koelhuis.

3.5 Het hof is van oordeel dat Deutsche Bank gelet op haar kennis van de onderneming van [X] had moeten begrijpen dat [X] als gevolg van de medegedeelde strategische heroriëntatie en de weigering verder aanvullend krediet te verstrekken genoodzaakt zou zijn elders financiering te zoeken en in zijn geheel over zou moeten stappen naar een andere bank om de continuïteit en daarvoor benodigde groei van haar bedrijfsvoering te kunnen waarborgen. Dit was overigens ook de bedoeling van Deutsche Bank, gelet op wat zij [X] over de beleidswijziging en de gevolgen daarvan voor [X] heeft meegedeeld. Deutsche Bank wijst in haar brief van 12 april 2013 er weliswaar op dat individuele overeenkomsten zullen worden voortgezet en de beleidswijziging van Deutsche Bank daar geen invloed op zal hebben, maar niet valt in te zien wat daarvan de waarde is, omdat [X] ter waarborging van de continuïteit en groei nu juist was aangewezen op aanvullende financiering voor de langere termijn. [X] is met zoveel woorden meegedeeld dat Deutsche Bank niet bereid was die aanvullende financiering te verstrekken. Daarmee komt wat Deutsche Bank aan [X] heeft meegedeeld in de gegeven omstandigheden in wezen erop neer dat zij voornemens was de kredietrelatie af te bouwen en geleidelijk te beëindigen. Dit leidt ertoe dat het hof niet het standpunt volgt van Deutsche Bank dat [X] geacht moet worden zelf ervoor te hebben gekozen om de lopende financieringen vervroegd af te lossen. Dat besluit is het noodzakelijke gevolg geweest van de eenzijdige beslissing van Deutsche Bank om vanwege strategische redenen de relatie met [X] niet te willen voortzetten op een wijze waarbij verdere groei en daarmee de continuïteit van [X]

zouden zijn gewaarborgd. Door onder deze omstandigheden onverkort aanspraak te maken op de aflossingsvergoeding geeft Deutsche Bank er onvoldoende blijk van dat zij voldoende oog heeft gehad voor de gerechtvaardigde belangen van [X]. Als Deutsche Bank haar belang en dat van [X] al heeft afgewogen, dan heeft zij aan haar eigen belang tegenover dat van [X] gelet op de hiervoor genoemde omstandigheden een te zwaar gewicht toegekend. Haar handelwijze valt aldus niet te rijmen met de zorgvuldigheid die zij op grond van artikel 2 van de ABV in acht diende te nemen, waarbij zij naar beste vermogen met de belangen van de cliënt rekening diende te houden. Alles afwegende komt het hof tot de conclusie dat het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat Deutsche Bank aanspraak maakt op betaling van de aflossingsvergoeding. De grieven 3 tot en met 6 in principaal appel slagen en grief 2 in incidenteel appel wordt verworpen.

3.6 Gelet op voorgaande behoeven de grieven 1 en 2 in principaal appel geen verdere behandeling. De eerste (onvoorwaardelijke) grief in incidenteel appel strandt deels op het voorgaande en behoeft voor het overige geen bespreking. Nu de grieven in principaal slagen, komt het hof ook niet toe aan de behandeling van (voorwaardelijke) grief 3 in incidenteel appel, nu deze afhankelijk is gesteld van de voorwaarde dat zowel de grieven in principaal appel als de grieven in incidenteel appel worden verworpen.

3.7 Deutsche Bank heeft bewijs aangeboden, maar het aangeboden bewijs kan niet leiden tot een andere beslissing in deze zaak, zodat het bewijsaanbod als niet ter zake dienend zal worden gepasseerd.

3.8 De slotsom is dat het vonnis waarvan beroep dient te worden vernietigd en de vordering onder 1 van [X] als na te melden dient te worden toegewezen. Bij die uitkomst heeft [X] bij een beslissing op haar vordering onder 1 primair geen belang. Dit geldt eveneens voor de vorderingen van [X] onder 2 en 3. Deutsche Bank heeft hierover het standpunt ingenomen dat de laatste twee vorderingen niet toewijsbaar zijn nu [X] zich heeft verbonden tot het stellen van een bankgarantie en zij overigens de vorderingen niet heeft onderbouwd. De bankgarantie dient in stand te blijven zolang niet definitief, bij kracht van gewijsde gegaan arrest ten nadele van Deutsche Bank is beslist, aldus nog steeds Deutsche Bank. Deutsche Bank kan niet worden gevolgd in dit standpunt, omdat haar vordering waarvoor de bankgarantie is gesteld zal worden afgewezen en gesteld noch gebleken is dat partijen zijn overeengekomen dat de bankgarantie pas hoeft te worden geretourneerd als de afwijzing kracht van gewijsde heeft gekregen.

De vorderingen van Deutsche Bank dienen te worden afgewezen. Als de in het ongelijk gestelde partij zal Deutsche Bank worden veroordeeld in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg in de kosten van conventie en reconventie en in hoger beroep in de kosten van principaal en incidenteel appel. De door [X] gevorderde veroordeling van Deutsche Bank tot restitutie van wat ter uitvoering van het vonnis waarvan beroep is betaald, zal worden toegewezen.

#### **4 Beslissing**

Het hof:

rechtdoende in principaal en incidenteel appel:

vernietigt het vonnis waarvan beroep zowel in conventie als in reconventie gewezen, en opnieuw rechtdoende:

verklaart voor recht dat een beroep door Deutsche Bank op artikel 4 van de Algemene Bepalingen, in het bijzonder de artikelen 4.1 en 4.2 daarvan, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is en dat [X] derhalve jegens Deutsche Bank is bevrijd van enige verplichting uit hoofde van genoemde bepalingen;

verklaart voor recht dat Deutsche Bank geen rechten kan ontlenen aan de bankgarantie;

gebiedt Deutsche Bank om de bankgarantie te retourneren aan ABN AMRO Bank binnen 14 dagen na het in deze zaak te wijzen arrest, op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 5000,= per dag, of gedeelte daarvan, dat Deutsche Bank daarmee in gebreke blijft;

veroordeelt Deutsche Bank tot terugbetaling van wat [X] haar ter uitvoering van het bestreden vonnis heeft betaald, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling tot aan de dag van algehele terugbetaling;

wijst af de vorderingen van Deutsche Bank;

veroordeelt Deutsche Bank in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg aan de zijde van [X] in conventie begroot op € 665,71 aan verschotten en € 904,= voor salaris en in reconventie op € 452,= voor salaris en in principaal hoger beroep tot op heden op € 5237,84 aan verschotten en € 7896,= voor salaris en in

incidenteel hoger beroep, tot op heden aan de zijde van [X] begroot op € 3948,= voor salaris;

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

## Noot

1. Eind 2012 besloot Deutsche Bank haar strategische focus te veranderen en was zij in principe niet meer bereid een deel van haar klanten, waaronder de fruitteler, additioneel krediet te verstrekken. Bestaande kredieten konden wel doorlopen. De fruitteler had een groeiend bedrijf en had steeds additioneel krediet nodig. Voor dit additioneel krediet heeft de fruitteler Deutsche Bank als ook andere banken benaderd. Vlak voordat Deutsche Bank deze kredietaanvraag afwees (nadat zij regelmatig om additionele stukken had gevraagd), heeft de fruitteler al zijn kredieten geherfinancierd bij ABN AMRO. Deutsche Bank vorderde vervolgens de contractuele aflossingsvergoeding. Deze aflossingsvergoeding had zij reeds voor al haar klanten beperkt tot de *break funding costs*, zodat zij afstand deed van haar toekomstige marge op de opgezegde kredieten en louter een vergoeding wenste voor de door haar gemaakte financieringskosten voor de afgebroken *funding*.

2. De fruitteler doet een beroep op de beperkende redelijkheid en billijkheid, inhoudende dat geen beroep zou kunnen worden gedaan op de contractuele aflossingsvergoeding omdat dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. De rechtbank oordeelt dat de opzegging door de fruitteler mede het gevolg is geweest van de strategiewijziging bij Deutsche Bank en dat een dergelijk beroep gegrond is. Echter, omdat de vergoeding wel uitdrukkelijk tussen partijen is overeengekomen en de fruitteler er ook onder gelijkblijvende omstandigheden niet zonder meer van uit mocht gaan dat Deutsche Bank steeds financiering zou verstrekken, oordeelt de rechtbank dat Deutsche Bank gerechtigd is tot de helft van de contractuele aflossingsvergoeding. De fruitteler gaat in hoger beroep.

3. Het hof beoordeelt evenzeer of de afspraak in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het hof vermeldt enkele omstandigheden die daarbij een rol spelen, zijnde de aard van de overeenkomst, de aard van de bepalingen in kwestie en de mate waarin die bepalingen voor de desbetreffende rechtsbetrekking tussen partijen zijn geschreven. Tevens is volgens het hof van belang dat eerder aan bepalingen met een algemeen karakter kan

worden gederogerd dan aan bepalingen met een specifiek karakter en dat art. 2 van de Algemene Bankvoorwaarden (waarin de zorgplicht voor banken is opgenomen) impliceert dat de nodige zorgvuldigheid door de bank in acht moet worden genomen en dat daarbij naar beste vermogen met de belangen van de cliënt rekening moet worden gehouden. Tot slot oordeelt het hof dat bij de toetsing aan art. 6:248 lid 2 BW de nodige terughoudendheid dient te worden betracht (een beroep op de overeengekomen vergoeding dient onaanvaardbaar te zijn). Deze hoge drempel van onaanvaardbaarheid bij opzegging van duurovereenkomsten (welke drempel aanmerkelijk hoger ligt dan bij strijd met redelijkheid en billijkheid) blijkt ook uit HR 10 oktober 2014, [ECLI:NL:HR:2014:2929](#) en wijkt daarmee af van de maatstaf van proportionaliteit en subsidiariteit die in lagere rechtspraak inzake opzegging bankkredieten op grond van het *Rabobank/Aarding*-arrest (Hof Arnhem 18 februari 2003, [ECLI:NL:GHARN:2003:AF5233](#)) regelmatig werd gebezigd.

4. Het hof oordeelt dat in de gegeven omstandigheden een beroep op deze vergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het hof baseert dit op twee gronden. Bij zijn overweging toetst het hof niet (althans niet expliciet) aan diens eerder vermelde omstandigheden, zoals hiervoor onder randnummer 3 vermeld. Dit lijkt echter gemeengoed voor de meeste geschillen over beëindiging bankkredieten (zie onder meer voormeld arrest van de Hoge Raad).

5. De eerste grond is dat Deutsche Bank bij het aangaan van de kredietrelatie bekend was met het feit dat de fruitteler voor zijn verdere groei en continuïteit geheel afhankelijk was van externe financiering. Afhankelijkheid is doorgaans een wezenlijk element bij opzegging van duurovereenkomsten. Echter, het lijkt te ver gaan om een bank te beperken in zijn opzeggingsmogelijkheid, louter omdat de cliënt geheel afhankelijk is van bankfinanciering. Dat geldt immers voor nagenoeg iedere onderneming. Bovendien oordeelt het hof dat niet zozeer de afhankelijkheid zelf een wezenlijk punt is, maar de kennis van de bank hierover en wel op het moment van het aangaan van de kredietrelatie (dus doorgaans jaren voordat de kredietrelatie eindigt). Heel relevant (of duidelijk) is deze eerste grond daarmee niet. Evenmin is duidelijk waarom het hof gewag maakt van het feit dat Deutsche Bank bij aanvang van de kredietrelatie wist dat additionele financiering voor het koelhuis nodig was, nu deze financiering vervolgens ook is verstrekt. Het lijkt erop dat het hof dit aanvoert ter adstructie van zijn oordeel dat partijen een kredietrelatie voor een lange termijn zijn aangegaan (hetgeen bij financiering nagenoeg altijd het geval is). Heel relevant lijkt dit aspect voor de praktijk daarmee evenmin. Relevant voor een geldige opzegging zal doorgaans bijvoorbeeld wel zijn dat voldoende tijd wordt geboden aan de cliënt om een nieuwe financierer te vinden. De cliënt moet immers niet onnodig bekneeld

worden.

6. In casu was er echter geen sprake van een opzegging door de bank, maar een aankondiging dat de cliënt in de toekomst niets meer van Deutsche Bank hoefde te verwachten anders dan het uitdienen van lopende overeenkomsten. Dit verschilt voor sommige cliënten de facto weinig van een formele opzegging, omdat deze cliënten hun wensen voor bijvoorbeeld additionele financiering niet vervuld zien worden. In onderhavige zaak staat echter, net als in voormeld arrest van de Hoge Raad, niet de opzegging zelf ter discussie maar de aflossingsvergoeding. Het argument in voormeld arrest was dat de bank had opgezegd wegens enkele inbreuken door de cliënt op de door haar afgegeven convenanten (maar waarbij rente en aflossing wel steeds tijdig werd betaald) en dat de bank geen extra risico had gelopen door deze inbreuken. Vertalend naar onderhavige zaak is de keuze van Deutsche Bank voor haar strategiewijziging en haar aankondiging daarvan mede de oorzaak van de opzegging door de fruitteler en kan de bank derhalve geen beroep doen op de aflossingsvergoeding.

7. De tweede grond is dan ook dat de opzegging door de fruitteler het noodzakelijke gevolg is geweest van de (mededeling van) de strategiekeuze van Deutsche Bank. Immers, de fruitteler had voor zijn groei juist aanvullende financiering nodig terwijl Deutsche Bank juist wilde afbouwen. Deutsche Bank heeft de laatste kredietaanvraag ook niet goedgekeurd.

8. Deutsche Bank lijkt zelf de veroorzaker van de opzegging door de fruitteler en het lijkt derhalve naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat Deutsche Bank een beroep doet op de aflossingsvergoeding. Enige nuancering is echter wel op zijn plaats. Deutsche Bank is, zoals iedere onderneming, bevoegd zijn strategie te wijzigen. Deutsche Bank heeft daarbij vermeld dat bestaande kredieten zullen worden voortgezet en dat cliënten die willen opzeggen enkel de *break funding costs* maar niet de winstmarge voor de resterende looptijd van de afgebroken financieringen hoeven te betalen. Deze *break funding costs* zijn kosten die de bank maakt voor het aantrekken van de *funding*. Als een cliënt bij Deutsche Bank blijft, is er uiteraard niets aan de hand. Omdat de kredieten worden uitgediend, is er normaliter ook geen concreet nadeel voor de cliënt. Dit wordt pas anders als de cliënt extra wensen heeft, zoals toekomstige kredietbehoeften. In veel gevallen (en zeker in dit geval) is deze additionele kredietbehoefte een gevolg van een vrije keuze van de cliënt om bijvoorbeeld te gaan groeien. In onderhavige zaak kreeg de fruitteler de mogelijkheid tot koop van een perceel dat hij gebruikte en waarvan het gebruiksrecht ging eindigen. De fruitteler kon zo zijn terrein vergroten en had (wederom) uitbreiding van het koelhuis nodig. De fruitteler had ook kunnen besluiten dat niet te doen of



anderszins minder hard te groeien. Dan was er geen noodzaak om de kredietrelatie op te zeggen. De conclusie van het hof dat de opzegging door de fruitteler een noodzakelijk gevolg was van de strategiewijziging door Deutsche Bank is daarmee onvoldoende onderbouwd. Ook had de fruitteler mogelijk een andere financiering voor dit nieuwe perceel en koelhuis kunnen aantrekken. Uit de feiten blijkt dat zij enkel ABN AMRO heeft gepolst. ABN AMRO wilde echter enkel de volledige financiering van de fruitteler doen, omdat zij niet met Deutsche Bank de zekerheden wilde delen. Andere banken hadden daar mogelijk anders over gedacht, maar niet gebleken is dat die ook zijn benaderd. Ook is onbekend of ABN AMRO niet (eventueel tegen gewijzigde voorwaarden) alsnog bereid zou zijn de fruitteler enkel gedeeltelijk te financieren indien de fruitteler daarom zou vragen. Ook zouden andere financieringsvormen, zoals *sale & lease-back* constructies, mogelijk kunnen zijn geweest. Mede omdat het een apart perceel met daarop te bouwen koelhuis betrof, zijn separate zekerheden immers goed te vestigen. Deutsche Bank heeft een gedeeltelijke financiering door een andere bank ook als mogelijkheid aangeboden. Omdat de fruitteler meerdere locaties had, lijkt dit ook praktisch uitvoerbaar. Verder was de fruitteler niet geheel afhankelijk van bankfinanciering (het hof lijkt dit te interpreteren als de mogelijkheid om zelf eigen vermogen te investeren), nu met Deutsche Bank was afgesproken dat de bank de investering in de koelcellen niet zou financieren maar dat deze uit de *cash flow* zou worden gefinancierd. Tot slot is een relevant element dat de fruitteler waarschijnlijk niet lichtvaardig de overeenkomst met Deutsche Bank en bijbehorende aflossingsvergoedingsafpraak is aangegaan, aangezien kort daarvoor de fruitteler een soortgelijke aflossingsvergoeding aan Rabobank diende te betalen en de fruitteler hiervoor nota bene een 13-jarige lening van € 2 mln. bij de Deutsche Bank heeft aangetrokken (overigens de meest langlopende lening, waarbij het hof de langlopende termijn als feit voor zijn eerste grond heeft meegenomen). Tot slot heeft Deutsche Bank schijnbaar serieus de kredietaanvraag van de fruitteler in behandeling genomen door diverse stukken op te vragen en onder meer om taxaties te verzoeken. Dat ligt niet voor de hand als Deutsche Bank per definitie geen additionele financiering zou verstrekken. De fruitteler heeft dit echter niet willen afwachten. Als de opzegging door de fruitteler een noodzakelijk gevolg is van de strategiewijziging van Deutsche Bank kan dit laatste de fruitteler moeilijk worden aangerekend, maar zoals vermeld is het maar de vraag of er sprake was van een noodzakelijkheid. Het feit dat de fruitteler toch een kredietaanvraag bij Deutsche Bank indiende, duidt immers niet op een noodzakelijkheid en hetzelfde geldt voor het feit dat niet gebleken is dat de fruitteler ook andere partijen dan ABN AMRO heeft benaderd.

9. Het hof had dus ook anders kunnen oordelen of, net als de rechtbank, de

aflossingsvergoeding kunnen matigen. De weging van de omstandigheden is van feitelijke aard en leent zich niet voor cassatie. De fruitteler plukt in dit geval de vruchten, maar vanwege de casuïstische aard van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid wacht enkele andere Deutsche Bankcliënten ongetwijfeld een zure appel.

E.J.H. Zandbergen, Fermm Advocaten

M.C. van Rijswijk, Fermm Advocaten

---