

Between a rock and a hard place?

Opzegging van kredietovereenkomsten door banken in het kader van ESG-doelstellingen

*Mr. F. Lambert**

1 Inleiding

Banken staan niet alleen volop in de belangstelling ten aanzien van de bestrijding van financiële criminaliteit en witwassen, maar ook als centrale partij bij de uitvoering van ESG-doelstellingen,¹ waaronder de beheersing van klimaat- en/of milieurisico's. In algemene zin lijkt een trend waarneembaar dat van banken (en ondernemingen in het algemeen) steeds dwingender wordt verwacht dat zij een actieve(re) rol spelen om ervoor te zorgen dat zij zelf en hun kredietnemers voldoende zorgvuldigheid betrachten. Dit om te voorkomen dat activiteiten (indirect) negatieve effecten veroorzaken met betrekking tot ESG-doelstellingen.²

Deze zorgvuldigheid zou er onder omstandigheden toe kunnen leiden dat van banken wordt gevergd dat zij bestaande kredietrelaties beëindigen. Dit vloeit voort uit internationale *soft law*-instrumenten zoals de UN Guiding Principles (hierna: UNGP) en de OECD Guidelines for Multinational Enterprises on Responsible Business Conduct (hierna: MNE Guidelines). Ook hebben toezichthouders Europese Centrale Bank (ECB) en De Nederlandsche Bank (DNB) aanbevelingen en *good practices* (samen: *good practices*) ontwikkeld voor de beheersing van klimaat- en/of milieurisico's door banken.³

Als banken onvoldoende zorgvuldigheid betrachten, zien zij zich in toenemende mate geconfronteerd met een dreiging van *ESG-litigation* en toezichtrechtelijke maatregelen van de ECB en DNB. Deze risico's zijn niet denkbeeldig (meer), maar hebben zich al gematerialiseerd. In Frankrijk zijn twee procedures aanhangig tegen BNP Paribas, waarin op basis van de MNE

Guidelines onder meer wordt gevorderd dat BNP Paribas stopt met het financieren van nieuwe projecten in de fossiele brandstoffensector.⁴ In de Shell-uitspraak heeft de Nederlandse rechter de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW (onder meer) ingevuld met de UNGP. En in hoger beroep wordt tevens een beroep gedaan op de MNE Guidelines.⁵ De UNGP en MNE Guidelines gelden tevens als basis voor nog dwingendere wetgeving die in voorbereiding is, zoals de Corporate Sustainability Due Diligence Directive (hierna: CSDDD) en het wetsvoorstel internationaal maatschappelijk verantwoord ondernemen (hierna: Wetsvoorstel IMVO).⁶ Ook toezichthouder ECB laat zich niet onbetuigd en dreigt actief met het opleggen van boetes aan banken als zij zich niet tijdig houden aan de opgestelde *good practices*.

Het is echter maar zeer de vraag in hoeverre banken daadwerkelijk in staat zullen zijn om kredietovereenkomsten naar Nederlands recht rechtsgeldig op te zeggen.⁷ De maatstaf van art. 6:248 lid 2 BW, waaraan dit zal moeten worden getoetst, is al hoog, maar dat geldt des te meer door aanvullende vereisten die aan opzegging van relaties worden gesteld in de UNGP, de MNE Guidelines en de *good practices*. Mede als gevolg daarvan is het mijn verwachting dat banken slechts in uitzonderingsgevallen erin zullen slagen om kredietovereenkomsten rechtsgel-

* Mr. F. Lambert is advocaat bij Linklaters te Amsterdam. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

1 Met ESG wordt bedoeld op Environmental, Social & Governance.

2 Zie ook E.P.M. Joosen & C.W.M. Lieverse, Open normen en toezicht, in: H.J. de Kluiver (red.), Open normen en toezicht. Perspectieven op komende duurzaamheidswetgeving vanuit het bestuursrecht, het mededingingsrecht en het financieel toezichtrecht (Preadviezen van de Koninklijke Vereniging 'Handelsrecht' 2023), Zutphen: Uitgeverij Paris 2023, p. 105.

3 ECB, Good Practices for Climate-Related and Environmental Risk Management, 2022, www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/ssm.thematicreviewercompendingoodpractices112022-b474fb8ed0.en.pdf; DNB, Good Practice. Integration of Climate-Related Risk Considerations into Banks' Risk Management, 2020, www.dnb.nl/media/jwtjyvf/definitieve-versie-gp-en-qa-klimaatrisico-s-banken.pdf.

4 In deze twee procedures wordt (onder meer) van BNP Paribas gevorderd dat zij stopt met het verstrekken van financieringen aan bedrijven in de fossiele brandstoffensector die nieuwe projecten ontwikkelen, en dat BNP Paribas haar *due diligence*-processen verbetert ten aanzien van bedrijven in de Braziliaanse veeteeltsector. Beide dagvaardingen zijn openbaar toegankelijk via <https://climatecasechart.com/non-us-case/notre-affaire-a-tous-les-amis-de-la-terre-and-oxfam-france-v-bnp-paribas>, p. 37-53 en <https://climatecasechart.com/non-us-case/comissa%CC%83o-pastoral-da-terra-and-notre-affaire-a-tous-v-bnp-paribas>, p. 54-58.

5 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, JBPv 2021/43, JOR 2021/208 (Milieudefensie c.s./Shell), r.o. 4.4.1, 4.4.3 en 4.4.11. Zie ook par. 412-460 van de MvA van Milieudefensie c.s., toegankelijk via <https://milieudefensie.nl>.

6 In deze bijdrage verwijst CSDDD naar het voorstel d.d. 23 februari 2022 van de Europese Commissie, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52022PC0071/>. Het Wetsvoorstel IMVO is omschreven in Kamerstukken II, 35761, nrs. 1-19 (per de datum van deze bijdrage).

7 In deze bijdrage doe ik uitsluitend onderzoek naar de opzegging van kredietovereenkomsten naar Nederlands recht. Alle verwijzingen naar kredietovereenkomsten hebben uitsluitend betrekking op Nederlands recht, tenzij uitdrukkelijk anders vermeld.

dig op te zeggen in het kader van ESG-doelstellingen.⁸ Dit besef wordt mijns inziens nog in onvoldoende mate getoond in de literatuur, maar dit is wel iets waar rechters en toezichthouders in de toekomst rekening mee moeten houden bij de beoordeling van de door banken gehanteerde zorgvuldigheid.

In deze bijdrage bespreek ik kort het geldende juridisch kader voor banken bij de opzegging van kredietovereenkomsten (par. 2). Daarna bespreek ik de bestaande aanbevelingen voor de opzegging van kredietovereenkomsten door banken die voortvloeien uit de UNGP, de MNE Guidelines en de *good practices* van de ECB en DNB (par. 3). Vervolgens behandel ik welke relevante ESG-drijfveren ik voor banken identificeer om lopende kredietovereenkomsten op te zeggen (par. 4). Daarna komt aan de orde de wijze waarop een Nederlandse rechter de rechtsgeldigheid van een opzegging van een kredietovereenkomst wegens ESG-doelstellingen beoordeelt. Ik bespreek daarbij tevens enkele argumenten van Heemskerk en Cox, die in dit tijdschrift recent betoogden dat banken wel degelijk in staat zijn om kredietovereenkomsten op te zeggen in het kader van de klimaatdoelstellingen (par. 5).⁹ Tot slot sluit ik af met een korte reflectie (par. 6).

2 Juridisch kader voor de opzegging van kredietovereenkomsten door banken

Als uitgangspunt geldt dat de rechtsgeldigheid van een opzegging door een bank van een kredietovereenkomst – bij betwisting daarvan door een kredietnemer – zal worden getoetst op basis van de uit art. 6:248 lid 2 BW voortvloeiende maatstaf. Deze houdt in dat de opzegging niet rechtsgeldig is als deze in de concrete omstandigheden van het geval onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. In deze bijdrage ga ik uit van de situatie dat een bank haar zakelijke relaties in beginsel op elk moment kan opzeggen aan de hand van art. 35 van de algemene bankvoorwaarden (hierna: ABV)¹⁰ en dat een bank in beginsel ook kredietovereenkomsten kan opzeggen op basis van specifieke bepalingen daarin en/of toepasselijke algemene kredietvoorwaarden.¹¹

Een rechter dient tevens gewicht toe te kennen aan de zorgplicht van de bank. Die houdt in dat de bank rekening dient te houden met de belangen van de kredietnemer (art. 2 lid 1

ABV en art. 4:24a Wet op het financieel toezicht (Wft)).¹² Verder zijn de volgende gezichtspunten van belang: de aanwezigheid van een gegronde reden voor opzegging, de omstandigheid dat de reden van de opzegging desgevraagd is medegedeeld, en de door de bank gehanteerde opzeggingstermijn.¹³ In de jurisprudentie zijn daarnaast ook andere factoren ontwikkeld die de rechter een zekere richting kunnen geven voor de beoordeling of de opzegging van een kredietovereenkomst rechtsgeldig heeft plaatsgevonden.¹⁴

De beoordeling van de rechtsgeldigheid van de opzegging vindt in beginsel plaats aan de hand van de omstandigheden van het geval ten tijde van de opzeggingsbrief (*ex tunc*).¹⁵ Er dient steeds een individuele risicobeoordeling te worden gemaakt in hoeverre het belang van de bank bij opzegging opweegt tegen het belang van de klant bij het voortzetten van de kredietovereenkomst.¹⁶ Een opzegging van een relatie door een bank, op het enkele feit dat de relatie activiteiten verricht in een bepaalde sector die een bank in zijn algemeenheid te risicovol acht (een zogeheten categorale opzegging), zonder dat de bank een individueel risico aannemelijk heeft kunnen maken,

8 Ik gebruik de term ‘opzegging’ in deze bijdrage, maar daarbij doel ik eveneens op ‘opeising’, aangezien de rechtsgevolgen feitelijk hetzelfde zullen zijn, namelijk dat de kredietnemer het uitstaande krediet aan de bank zal moeten terugbetalen. Vgl. A.J. Verdaas, *De bancaire kredietovereenkomst*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2018, p. 74.

9 P. Heemskerk & R.H.J. Cox, *Bancaire klimaat aansprakelijkheid onder invloed van duurzaamheidswetgeving*, MvV 2023, afl. 3, p. 101.

10 Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 18 augustus 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3245, JOR 2015/333, r.o. 3.7.4, Rb. Den Haag 14 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11842, JOR 2016/291 (Beck q.q./Rabobank), r.o. 4.2.

11 Dit is een vereenvoudigde weergave van de werkelijkheid, de ABV hoeven bij – met name – omvangrijke financieringen niet noodzakelijkerwijs van toepassing te zijn en dergelijke financieringen zijn ook (lang) niet altijd op ieder moment onmiddellijk opzegbaar door banken.

12 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2929, NJ 2015/70, JOR 2015/8 (ING/De Keijzer), r.o. 3.5.2 en 3.5.4. Zie ook Hof Amsterdam 27 juli 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2316 (Rabobank/Polikliniek), r.o. 4.4; Hof Amsterdam 29 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3898 (ING/Hap Foods), r.o. 3.3; Hof Amsterdam 19 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:281, JOR 2018/216 (Yin Yang I), r.o. 3.3.

13 Hof 's-Hertogenbosch 18 augustus 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3245, JOR 2015/333, r.o. 3.7.5 en Rb. Rotterdam 19 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8326, JOR 2017/49, r.o. 4.6.

14 Zoals geformuleerd in Hof Arnhem 18 februari 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AF5233, JOR 2003/267 (Rabobank/Aarding), r.o. 4.3.1. Vgl. Verdaas 2018, p. 81 en Hof 's-Hertogenbosch 18 augustus 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3245, JOR 2015/333, r.o. 3.7.5.

15 Zie in dit kader concl. A-G Hartlief bij HR 25 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:347, RvdW 2021/275, par. 2.10-2.12 en Hof Amsterdam 30 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2822, JOR 2020/63 (Yin Yang I), met expliciete navolging in onder meer Hof Amsterdam 19 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2101, r.o. 4.4, Rb. Amsterdam 17 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:8599, r.o. 4.4 en Rb. Amsterdam 15 juni 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:3871, r.o. 4.5. Zie noot Van der Beek onder 4 bij Rb. Amsterdam 24 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5062, JOR 2022/259. Zie anders Rb. Midden-Nederland 2 februari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:259, JOR 2022/125 (Rabobank/OAD), r.o. 2.3, maar bekritiseerd in de noot van Wijnstekers onder 4.

16 Vgl. Hof Amsterdam 19 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2101, r.o. 4.11 en Rb. Amsterdam 1 juli 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:3937, r.o. 4.5. Zie ook noot Struycken en Wijnstekers onder 8 bij Hof 's-Hertogenbosch 18 augustus 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3245, JOR 2015/333.

wordt slechts in uitzonderingsgevallen op bedrijfseconomische gronden toelaatbaar geacht.¹⁷

3 Welke relevante aanbevelingen zijn er voor banken ten aanzien van de beëindiging van kredietovereenkomsten wegens ESG-doelstellingen?

De afgelopen jaren is een veelvoud aan (inter)nationale niet-bindende 'soft law'-instrumenten tot stand gekomen en/of ontwikkeld¹⁸ die invulling geven aan de wijze waarop overheden en ondernemingen worden geacht hun zorgvuldigheidsverplichtingen (*due diligence*) uit te voeren in hun waardekens ten aanzien van verschillende ESG-doelstellingen.¹⁹ De twee meest relevante acht ik in dit kader de UNGP en de MNE Guidelines, geleet op de relevantie die daaraan wordt toegedicht in de Shell-zaak, de BNP Paribas-procedures, de CSDDD en het Wetsvoorstel IMVO.²⁰ Overigens bestaat er vooralsnog geen consensus in hoeverre de UNGP en de MNE Guidelines daadwerkelijk als grondslag kunnen dienen voor in

Nederland afdwingbare civielrechtelijke verbintenissen.²¹ Voor de implementatie van de MNE Guidelines heeft de Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) specifieke aanbevelingen ontwikkeld die onder meer in de OECD Banking Guide²² en de OECD Finance Guide zijn neergelegd.²³

Zowel de UNGP als de MNE Guidelines bevatten aanbevelingen voor banken hoe zij op actieve wijze door middel van *stakeholder engagement* invulling behoren te geven aan due diligence. Deze due diligence heeft betrekking op eventuele negatieve effecten voor (onder meer) mensenrechten, klimaat en/of het milieu, die worden veroorzaakt door activiteiten van kredietnemers. Tevens heeft deze betrekking op de wijze waarop negatieve effecten kunnen worden voorkomen en/of gemitigeerd.²⁴ Aangenomen wordt dat banken daar voornamelijk middels financieringen hun bijdrage aan kunnen leveren.²⁵

De ECB en DNB verwachten (onder meer) van banken dat klimaat- en/of milieurisico's worden meegewogen bij alle relevante stadia van de kredietverlening. In de door de ECB en DNB gepubliceerde *good practices* wordt de intentie van banken zich te committeren aan de klimaatdoelstellingen van het Klimaatakkoord van Parijs²⁶ als good practice benoemd.²⁷ De *good practices* kunnen worden beschouwd als een toezichtrechtelijke invulling van de verplichting van banken tot het voeren van een beheerste en integere bedrijfsvoering zoals be-

17 Categoriële opzegging niet toegestaan: Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juli 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:6292, Hof 's-Hertogenbosch 10 mei 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ4142, JOR 2011/257, r.o. 4.9, Hof 's-Hertogenbosch 9 december 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BI0880, JOR 2009/134, r.o. 4.11, Rb. Amsterdam 29 maart 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2009, JOR 2023/185 (X/Knab), r.o. 4.10, Rb. Amsterdam 2 maart 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:945, JOR 2022/180 (CIS Management/ING), r.o. 5.18-5.19, Rb. Amsterdam 1 december 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:6245, JOR 2021/91 (CIS Management/ING) en Rb. Amsterdam 28 mei 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2733, r.o. 4.9. Zie anders Rb. Amsterdam 24 augustus 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:5062, JOR 2022/259 (Van Eps/ABN AMRO) en Rb. Amsterdam 22 februari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:942 (Polygon/ING Bank), r.o. 1.5. In haar opinie van 5 januari 2022 omschrijft de European Banking Association categorale opzegging van relaties door banken als een teken dat sprake kan zijn van ineffectief risicomanagement (in het kader van antiwitwasregelgeving) als de bank niet op voldoende wijze rekening heeft gehouden met het risicoprofiel van de individuele relatie (zie EBA/Op/2022/01).

18 Zie onder meer de United Nations Global Compact, de United Nations Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights, de ILO Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, de Universal Declaration of Human Rights, de International Covenant on Civil and Political Rights, de International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights en de ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work.

19 De meest actuele ESG-doelstellingen lijken de klimaatdoelstellingen te zijn, maar de UNGP en de MNE Guidelines hebben een (potentieel) aanzienlijk ruimer toepassingsgebied en strekken tevens tot bescherming van onder meer mensenrechten, rechten van werknemers, het milieu, tegen corruptie, etc. Zie ook J.E.S. Hamster, Ketenaansprakelijkheid naar Nederlands recht, in: J. van Bekkum e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2022-2023*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, par. 4.2.

20 Kamerstukken II 2022/23, 35761, nr. 10, p. 4-5. In de brief d.d. 10 oktober 2023 van de Minister voor Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking aan de Tweede Kamer staat bovendien opgemerkt dat de CSDDD de MNE Guidelines en de UNGP wettelijk zal verankeren. Voorstel d.d. 23 februari 2022 voor de CSDDD, p. 11.

21 Zie onder meer A. Hammerstein, Vraagtekens bij een vonnis, in: W.J.M. van Veen e.a., *De klimaatzaak tegen Shell: schriftelijke uitwerking van het seminar over het vonnis van de rechtbank Den Haag van 26 mei 2021 inzake Milieudefensie tegen Royal Dutch Shell Plc (ZIFO-reeks nr. 35)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 11-17 en B.M.H. Fleuren, *Het Shell-vonnis gezien vanuit internationaalrechtelijk perspectief: UN-soft law als potentiële bron voor afdwingbare rechtsplechten voor bedrijven?*, in: J. van Bekkum e.a. (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2022-2023*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 421-438. Zie ook Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, JOR 2021/208 (Milieudefensie c.s./Shell).

22 OECD, *Due Diligence for Responsible Corporate Lending and Securities Underwriting: Key Considerations for Banks Implementing the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 2019.

23 OECD, *Responsible Business Conduct Due Diligence for Project and Asset Finance Transactions*, 2022.

24 UNGP, beginsel 17 en MNE Guidelines, p. 10 onder 1.

25 Zie Heemskerk & Cox 2023, p. 98, OECD Banking Guide, p. 16 en DNB, *Op weg naar een duurzame balans 2021*, p. 14. Aangenomen wordt dat de relatie tussen een bank en haar kredietnemer geldt als een zakelijke relatie in de zin van de MNE Guidelines en de UNGP, zie MNE Guidelines, p. 19 en UNGP, toelichting bij beginsel 13.

26 Paris Agreement d.d. 12 december 2015: https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf.

27 ECB, *Guide on Climate-Related and Environmental Risks, Supervisory Expectations relating to Risk Management and Disclosure*, 2020, p. 4-5. De ECB benoemt de intentie van banken om te committeren aan de doelstellingen van het klimaatakkoord van Parijs als good practice op p. 11 van ECB Good Practices. DNB merkt op dat een groot gedeelte van de Nederlandse financiële sector zich eraan heeft gecommitteerd actief bij te zullen dragen aan de uitvoering van het Nederlandse klimaatakkoord, dat DNB toezicht zal houden op de mate van naleving van deze toezeggingen en in algemene zin dat duurzaamheidsrisico's een integraal onderdeel worden van het reguliere toezicht: DNB 2021, p. 8-9 en 29.

doeld in art. 3:17 lid 1 Wft.²⁸ Het uitgangspunt is daarbij – net als bij de UNGP en de MNE Guidelines – dat banken due diligence uitvoeren en door middel van effectief stakeholder engagement positieve veranderingen bij kredietnemers bewerkstelligen.²⁹

De nadruk op het stimuleren van positieve veranderingen bij de kredietnemer door middel van stakeholder engagement neemt niet weg dat zowel de aangehaalde soft law als de *good practices* erin voorzien dat beëindiging van een kredietovereenkomst door een bank als *last resort* geboden kan zijn.³⁰ Dit geldt met name wanneer (1) de stakeholder engagement niet heeft geresulteerd in de benodigde positieve veranderingen bij de kredietnemer, (2) de benodigde positieve veranderingen niet haalbaar (b)lijken of (3) de activiteiten van de kredietnemer in zodanige mate negatieve effecten veroorzaken dat dit onmiddellijke beëindiging van de kredietovereenkomst door de bank rechtvaardigt. Relevante gezichtspunten uit de UNGP en de MNE Guidelines voor de vraag of een kredietovereenkomst beëindigd dient te worden, zijn: de onderhandelingspositie van de bank ten opzichte van de kredietnemer, de ernst van de inbreuk door de kredietnemer, de mate waarin de beëindiging van de kredietovereenkomst zou leiden tot nadelige gevolgen voor de bank, de mate waarin de relatie cruciaal voor de bank is, en of de beëindiging van de kredietovereenkomst verantwoordelijk geschiedt met afweging van eventuele nadelige gevolgen voor de maatschappij, het milieu en/of de economie.³¹ Vanuit het perspectief van toezichthouders ECB en DNB lijkt opzegging van de kredietovereenkomst onder meer geboden als het risico dat de bank zelf loopt als gevolg van inbreuk op de verwezenlijking van bepaalde klimaat- en/of milieurisico's onaanvaardbaar is én dat dit ofwel in de weg staat aan een 'beheerste bedrijfsvoering' in de zin van art. 3:17 Wft, ofwel aan de weerbaarheid van de bank tegen interne of externe (financiële) schokken.³²

4 Mogelijke drijfveren van banken om over te gaan tot beëindiging van kredietovereenkomsten

Het ligt in de lijn der verwachtingen dat banken zich steeds meer gedwongen zullen voelen om kredietovereenkomsten met ESG-gevoelige kredietnemers te evalueren en mogelijk te beëindigen in verband met de (onvoldoende) naleving van ESG-doelstellingen door die kredietnemers. Sterker nog: dit proces lijkt al in gang te zijn gezet. Verschillende Nederlandse

banken hebben aangekondigd actief kredietportefeuilles af te bouwen voor kolencentrales en de olie- en gassector.³³

Ik bespreek hierna twee potentiële drijfveren voor banken die mogelijk relevant kunnen worden om over te gaan tot beëindiging van lopende kredietovereenkomsten in het kader van ESG-doelstellingen:

1. de toenemende dreiging van ESG-litigation;
2. de te verwachten regulatoire maatregelen van toezichthouders.

Er zijn echter ook andere drijfveren denkbaar, zoals het voorkomen van financiële risico's als gevolg van klimaatverandering en/of de energietransitie (overstromingen, *stranded assets*, etc.), het anticiperen op toekomstige (nog) dwingendere wetgeving (de CSDDD en/of het Wetsvoorstel IMVO) en het voorkomen van reputatierisico's. Bespreking daarvan valt echter buiten de reikwijdte van deze bijdrage. Overigens hoeft beëindiging van een kredietovereenkomst niet noodzakelijkerwijs te betekenen dat de bank deze opzegt. Eveneens is immers denkbaar dat banken hun blootstelling aan specifieke kredietnemers op andere wijzen verminderen, zoals verkoop van de kredietovereenkomst aan een derde partij en/of het niet verlenen van bestaande faciliteiten.

4.1 ESG-litigation tegen banken

De ESG-litigation tegen banken lijkt te kunnen bestaan uit vorderingen om generieke beleidsmaatregelen te treffen, zoals het geval was in het Urgenda-arrest³⁴ en het Shell-vonnis.³⁵ In die procedures werd kort gezegd vermindering van de CO₂-uitstoot gevorderd. Ook is dit het geval in de twee BNP Paribas-procedures. Daarin gaat het om het treffen van beleidsmaatregelen door BNP Paribas ten aanzien van gehele sectoren. Daarnaast lijken banken te kunnen worden geconfronteerd met ESG-litigation, waarin zij aansprakelijk worden gesteld door (onder meer) niet-gouvernementele organisaties (ngo's) voor vermeende schade door het onvoldoende nakomen van ESG-doelstellingen. Alhoewel ik nog niet bekend ben met concrete voorbeelden van dergelijke aansprakelijkheidsprocedures tegen banken, waarschuwt zowel de ECB als DNB hier reeds uitdrukkelijk voor.³⁶ Illustratief is in dit kader een citaat uit een recente toespraak van Frank Elderson, *executive board member* van de ECB:

28 Joosen & Lieverse 2023, p. 117 en 122-123. Zie ook DNB Good Practices, p. 7 en DNB 2021, p. 7, waarin de beheersing van duurzaamheidsrisico's als onderdeel van een integere en beheerste bedrijfsvoering in de zin van art. 3:17 Wft wordt omschreven.

29 ECB Good Practices, p. 21 e.v. en DNB Good Practices, p. 14.

30 UNGP, beginsel 19, inclusief toelichting, MNE Guidelines, p. 19 onder 25, OECD Finance Guide, p. 47-49, OECD Banking Guide, p. 48 en 51-53, ECB Good Practices, p. 21-22, DNB Good Practices, p. 15 en DNB 2021, p. 17.

31 UNGP, toelichting bij beginsel 19, MNE Guidelines, p. 19 onder 25, OECD Finance Guide, p. 47-48, OECD Banking Guide, p. 52-53 en ECB Good Practices, p. 21-22.

32 Joosen & Lieverse 2023, p. 133.

33 ING Climate Report 2023, p. 19 en 59, ABN AMRO Climate Report 2022, p. 58, Rabobank Climate Report 2022, p. 74 en NIBC Climate-Related Financial Disclosure 2022, p. 16.

34 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41 (Staat der Nederlanden/Stichting Urgenda).

35 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, JOR 2021/208 (Milieudefensie c.s./Shell).

36 ECB Good Practices, p. 19, ECB 2020, p. 28 en 39, en DNB 2021, p. 16-17.

[L]itigants are coming after the banks, “come hell or high water”. And the banks need to be prepared.³⁷

Ook betoogden de advocaten van Milieudefensie recentelijk nog in dit tijdschrift dat klimaataansprakelijkheid voor banken dreigt op basis van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm in art. 6:162 lid 2 BW als banken onvoldoende maatregelen treffen om naleving van de klimaatdoelen te bewerkstelligen.³⁸

4.2 Toezichtrechtelijke maatregelen wegens onvoldoende nakoming van klimaatdoelstellingen

Zowel de ECB als DNB heeft aangekondigd toezicht te zullen houden op de adressering van klimaat- en/of milieurisico's door banken (zoals uitgewerkt in de *good practices*) en, indien nodig, regulatoire maatregelen te zullen treffen tegen banken. Veelzeggend is de door de ECB uitgesproken doelstelling haar beleid in overeenstemming te brengen met de klimaatdoelen die voortvloeien uit het Klimaatakkoord van Parijs, en dat de ECB deze verwachtingen na 2024 met alle mogelijke middelen zal handhaven, waaronder het opleggen van periodieke boetes aan banken.³⁹ Voorts sprak Frank Elderson op 14 november 2023 uit dat banken nog onvoldoende voldoen aan de door de ECB gestelde vereisten, en tevens dat de ECB reeds is aangevangen met het opstellen van handhavingsmaatregelen en bij banken heeft gedreigd met het opleggen van boetes als deze niet tijdig voldoen aan de door de ECB opgestelde aanbevelingen.⁴⁰ Opgemerkt dient wel te worden dat het op dit moment nog onduidelijk is hoe heet de toezichtrechtelijke soep zal worden gegeten en wat het daadwerkelijke risico van banken in dit kader zal zijn.

5 Problemen die zich voordoen bij tussentijdse beëindiging van een kredietovereenkomst door een bank

5.1 Er is geen concrete verplichting tot beëindiging van een relatie door een bank ten behoeve van ESG-doelstellingen

Bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van een eventuele opzegging wegens ESG-doelstellingen is het van belang dat uit de UNGP, de MNE Guidelines en de *good practices* blijkt dat een concrete noodzaak voor de bank tot opzegging van de kredietovereenkomst niet snel kan worden aangenomen. De focus ligt immers op het bewerkstelligen van positieve verande-

ringen door middel van stakeholder engagement. In de bestaande niet-ESG-gerelateerde jurisprudentie geldt dat voor een rechtsgeldige opzegging van een kredietovereenkomst door een bank ofwel een concreet financieel risico voor de bank is vereist (zoals een voor de bank ontoereikende zekerheidspositie), ofwel sprake is van zeer bijzondere omstandigheden.⁴¹ Duidelijk is dat banken al op financiële (niet-ESG-gerelateerde) gronden er regelmatig niet in slagen om op adequate wijze aannemelijk te maken dat het belang tot opzegging zwaarder weegt dan de voortzetting van een kredietovereenkomst, zodat de opzegging niet als rechtsgeldig wordt aangenomen.⁴²

Dit werpt zijn schaduw vooruit op geschillen over de opzegging van kredietovereenkomsten door banken wegens ESG-doelstellingen, omdat het belang van de bank tot opzegging inherent verbonden is aan het risico dat de bank loopt bij ongestoorde voortzetting van de kredietovereenkomst. Mijns inziens kan dat risico van de bank en/of een verplichting tot opzegging voor een individuele kredietovereenkomst niet te snel worden aangenomen in het licht van de UNGP, de MNE Guidelines en/of de *good practices*, omdat het uitgangspunt juist is dat de bank zich moet richten op het bewerkstelligen van positieve veranderingen door middel van stakeholder engagement en opzegging van een kredietovereenkomst slechts kan gelden als last resort. Daar komt bij dat de UNGP, de MNE Guidelines en de *good practices* ten opzichte van de Nederlandse rechtspraak aanvullende aanbevelingen voor banken bevatten die in acht moeten worden genomen bij de vraag of een kredietovereenkomst zou moeten worden beëindigd.⁴³ Het belang van een bank om cruciale zakelijke relaties te kunnen behouden, vormt daar ook onderdeel van.⁴⁴ Tot slot kan de rechtsgeldigheid van een opzegging door de bank juridisch ingewikkelder worden als blijkt dat de zorgplicht van de bank wordt uitgebreid in het geval dat de bank een zodanig actieve rol heeft in de stakeholder engagement dat feitelijk sprake is van advisering. Dit zou kunnen betekenen dat de bank dient te handelen in het belang van de kredietnemer (art. 4:24a lid 2 Wft). Kortom, de mogelijkheden van banken om rechtsgeldig op te zeggen in het kader van ESG-doelstellingen lijken beperkter dan in niet-ESG-gerelateerde gevallen.

37 Keynote speech Frank Elderson d.d. 4 september 2023. Frank Elderson is sinds 2020 directielid en vicevoorzitter van de raad van toezicht van de ECB. Beschikbaar via www.ecb.europa.eu.

38 Heemskerk & Cox 2023, p. 97. Zie ook D. Roessingh & J. de Boer, The Developing Field of ESG Law and Mass Claim Instruments: A Challenging Combination, *Mass Claims* 2023/1, M.J. Bosselaar, ESG litigation in de financiële sector; over class actions, climate change en greenwashing, *FR* 2023/10 en Milieudefensie dreigt nu ook Rabobank met klimaatproces, *Het Financieel Dagblad* 7 oktober 2021. Zie ook [https://milieudefensie.nl/actueel/met-onze-volgende-klimaatzaak-pakken-ween-bank-verzekeraar-of-pensioenfondsaan-\(geraadpleegd-op-7-december-2023\)](https://milieudefensie.nl/actueel/met-onze-volgende-klimaatzaak-pakken-ween-bank-verzekeraar-of-pensioenfondsaan-(geraadpleegd-op-7-december-2023)).

39 Keynote speech Frank Elderson d.d. 20 september 2023, p. 5.

40 Speech Frank Elderson d.d. 14 november 2023, p. 4.

41 Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 13 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8354, JOR 2016/209, Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7498, RCR 2016/5, Hof 's-Hertogenbosch 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2977, JOR 2015/153, Rb. Noord-Nederland 9 november 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:4277, JOR 2023/80 en Rb. Overijssel 17 juni 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:2829.

42 Zie bijv. Hof Amsterdam 28 juni 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1871, RF 2023/10, Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:9851, RF 2017/41, Rb. Rotterdam 19 oktober 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:8326, JOR 2017/49 m.nt. Verdaas, Rb. Gelderland 7 december 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8186, RI 2016/51, Rb. Den Haag 14 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11842, JOR 2016/291 (Beck q.q./Rabobank) en Rb. Noord-Nederland 22 juli 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3637.

43 Zie noot 30.

44 UNGP, toelichting bij beginsel 19.

5.2 Een bank zal slechts in uitzonderingsgevallen een relevant individueel risico aannemelijk kunnen maken

Naar verwachting zal het aldus voor een bank zowel praktisch als juridisch problematisch zijn om voldoende aannemelijk te kunnen maken dat de bank belang heeft bij beëindiging van een individuele klantrelatie, omdat het onaannemelijk lijkt dat een enkele kredietrelatie op zichzelf een substantieel risico voor de bank meebrengt dat een opzegging rechtvaardigt (in het licht van de UNGP, de MNE Guidelines en de *good practices*). De meest concrete juridische problemen die ik daarbij voorzie, zijn de volgende.

Ten eerste zal een bank aannemelijk moeten maken dat er sprake is van een causaal verband tussen de negatieve effecten van de activiteiten van haar kredietnemer enerzijds en het enkele bestaan van een kredietrelatie anderzijds. Het is meen ik een te kortzichtige benadering om voorshands aan te nemen dat sprake is van een zodanig causaal verband, terwijl de afwezigheid van het causaal verband mijns inziens in de weg staat aan een rechtsgeldige opzegging. Ter illustratie: zowel ING Bank als Rabobank berekent (vereenvoudigd weergegeven) de CO₂-uitstoot van een financiering door het uitstaande bedrag te delen door de gehele uitstaande schuld van de kredietnemer en dit te vermenigvuldigen met de totale CO₂-uitstoot van de onderneming en een cijfermatige toerekeningsfactor.⁴⁵ Deze boekhoudkundige waarheid zou niet noodzakelijkerwijs overeen hoeven te stemmen met het antwoord op de vraag of sprake is van een causaal verband. Denkbaar is immers dat de gehanteerde toerekeningsfactor onjuist is, omdat de financiering bijvoorbeeld (indirect) heeft bijgedragen aan verduurzaming en/of andere activiteiten die niet leiden tot negatieve effecten voor mensenrechten, die buiten de beoordeling van de bank zijn gebleven. Opgemerkt dient echter wel te worden dat men zou mogen verwachten dat een gedegen feitelijk onderzoek naar de juistheid van de toerekeningsfactor onderdeel uitmaakt van de vereiste due diligence van de bank. Ook lijkt van de bank te kunnen worden verwacht dat de kredietnemer in de gelegenheid is gesteld om te reageren op de gehanteerde toerekeningsfactor. Het lijkt mij voor zich te spreken dat dit voer zal zijn voor relatief uitgebreide en technische discussies tussen de bank en haar kredietnemer, aangezien de aard hiervan enigszins subjectief lijkt te zijn. Als uitgangspunt zou in ieder geval moeten gelden dat de aanname van een bank dat een bepaalde sector als geheel vervuילend is, nog niet met zich meebrengt dat een individuele kredietnemer die onderdeel uitmaakt van die sector dat ook is.

Ten tweede zal het voor een bank mijns inziens relatief ingewikkeld zijn om te beoordelen in hoeverre een kredietnemer op afdoende wijze invulling heeft gegeven aan een door de bank geïnitieerd verbetertraject. Ook is onduidelijk in hoeverre de bank ruimte moet toekennen aan de praktische realiteit

van die kredietnemer, die niet altijd praktisch en/of financieel in staat zal zijn om de door de bank gewenste veranderingen te implementeren. Gedacht kan worden aan een voorbeeld waarbij de bank een kredietnemer heeft verzocht om de uitstoot te verminderen, maar waarbij de kredietnemer wegens langlopende verplichtingen feitelijk slechts in staat is om aan een gedeelte van de door de bank gestelde vereisten tegemoet te komen. Het lijkt mij onredelijk en bovenal niet in lijn met de strekking van de UNGP en de MNE Guidelines dat in een zodanig geval een bank zou moeten overgaan tot opzegging. De bank heeft in dat geval juist immers positief stakeholder engagement uitgeoefend en ook de kredietnemer heeft (gedeeltelijk) laten zien zich te committeren aan de relevante ESG-doelstellingen op instructie van de bank.⁴⁶ Wel lijkt de vraag voor mij op voorhand voor discussie vatbaar in hoeverre een kredietnemer in afdoende mate tegemoet is gekomen aan de door de bank gestelde verbeteringseisen en in hoeverre de volledige tegemoetkoming daaraan daadwerkelijk feitelijk onmogelijk is voor de kredietnemer. Deze vraag geldt in het bijzonder ten aanzien van ESG-onderwerpen zonder concrete ESG-doelstellingen (zoals mensenrechten).

Ten derde zal het naar mijn verwachting voor een bank lastig zijn om aannemelijk te maken dat zij een individueel risico loopt als een specifieke kredietovereenkomst niet wordt beëindigd. Zowel de ESG-litigation als de *good practices* hebben betrekking op relatief algemene ESG-doelstellingen van banken en zien niet noodzakelijkerwijs op individuele kredietnemers. Relevant zal ook de situatie zijn waarbij de bank de mogelijkheid heeft om ook kredietovereenkomsten van andere kredietnemers op te zeggen, die mogelijk zelfs nog schadelijkere activiteiten dan de betreffende kredietnemer eropna houden. Een bank stelt zich in dat geval overigens eveneens bloot aan exhibitievorderingen van kredietnemers, omdat concrete informatie over negatieve effecten van individuele kredietnemers in beginsel niet toegankelijk zal zijn voor andere kredietnemers.

Een ander dilemma dat zich hierbij kan voordoen, is het geval waarbij een kredietnemer bijvoorbeeld relatief slecht scoort op het gebied van de ene ESG-doelstelling (bijvoorbeeld: CO₂-uitstoot), maar tegelijkertijd ten opzichte van vergelijkbare bedrijven bovengemiddeld goed beleid voert ten aanzien van de nakoming van een of meer andere ESG-doelstellingen (bijvoorbeeld: het milieu en de mensenrechten). Het is mij niet duidelijk hoe een bank dergelijke belangen tegen elkaar af zou moeten wegen in het kader van haar eigen risicoafweging. De UNGP en/of de MNE Guidelines lijken geen rangorde te bevatten ten aanzien van de relevantie van de verschillende doelstellingen.⁴⁷ Mogelijk kan dit wel een argument opleveren dat de bank in dat geval geen verplichting heeft tot opzegging van de betreffende kredietovereenkomst, omdat de MNE Guidelines aanbevelen dat een opzegging niet ten koste mag

45 ING Bank en Rabobank berekenen CO₂-uitstoot aan de hand van de PCAF-richtlijnen, zie Rabobank Climate Report 2022, p. 25 en ING Climate Report 2023, p. 48-49. Zie PCAF, *Financed Emissions. The Global GHG Accounting & Reporting Standard. Part A*, 2022, p. 40.

46 UNGP, toelichting bij beginsel 19, OECD Banking Guide, p. 23 en MNE Guidelines, p. 20.

47 Vgl. UNGP, toelichting bij beginsel 12.

gaan van andere ESG-doelstellingen.⁴⁸ Uiteindelijk zal het gewicht van een dergelijk argument afhangen van de concrete omstandigheden van het geval, die op zichzelf lastig te beoordelen zullen zijn door de spreekwoordelijke vergelijking tussen appels en peren. Hoe moet immers worden geoordeeld als een kredietnemer machines ontwikkelt waarmee milieuvuiling aanzienlijk kan worden beperkt, maar bij de productie van diezelfde machines de mensenrechten van werknemers aanzienlijk worden geschonden? Moet de bank ook in dat geval de kredietovereenkomst beëindigen?

5.3 Weerlegging argumenten Heemskerk en Cox

Recentelijk betoogden Heemskerk en Cox in dit tijdschrift⁴⁹ dat het van banken wel degelijk moet kunnen worden verwacht dat zij kredietovereenkomsten tussentijds opzeggen ten behoeve van de nakoming van de klimaatdoelstellingen. Alhoewel Heemskerk en Cox erkennen dat het waarschijnlijk lastig zal zijn voor banken kredietovereenkomsten rechtsgeldig op te zeggen, stappen zij daar op basis van twee argumenten mijns inziens (te) eenvoudig overheen. Zij betogen dat (1) het Nederlandse verbintenissenrecht voldoende mogelijkheden biedt om het beperken van klimaatverandering mee te wegen in de contractuele verhouding tussen de bank en haar kredietnemer, zoals de redelijkheid en billijkheid, de onvoorziene omstandigheden en/of contractuele grondslagen, en (2) banken geen verplichting hebben tot abrupte beëindiging van dienstverlening bij een specifieke klant, maar juist ruimte hebben om tijdig met klanten in gesprek te gaan. Indien het voor een bank juridisch niet mogelijk blijkt een kredietovereenkomst te beëindigen, dan moet die bank een beëindigingsvergoeding aan de kredietnemer betalen om de kredietovereenkomst alsnog te beëindigen. Ik zal hierna uiteenzetten dat geen van deze argumenten overtuigt.

Andere normen geven geen grond voor opzegging: redelijkheid en billijkheid en/of onvoorziene omstandigheden

Heemskerk en Cox lijken te miskennen dat bij de opzegging van een kredietovereenkomst doorgaans het bestaan van de contractuele bevoegdheid van de bank niet het probleem zal zijn. Zoals hierboven uiteengezet, kan de contractuele bevoegdheid van de bank voortvloeien uit (onder meer) art. 35 ABV, algemene kredietvoorwaarden en/of specifieke bedingen in de kredietovereenkomst. Deze bedingen zijn doorgaans vrij algemeen geformuleerd, zodat relatief snel sprake zal zijn van een contractuele bevoegdheid van de bank tot opzegging.⁵⁰ De opzeggingsproblematiek ziet doorgaans juist op de toetsing die vervolgens plaats zal moeten vinden aan de hand van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de zin van art. 6:248 lid 2 BW. Wel ben ik het eens met de aanname van Heemskerk en Cox dat een rechter in die afweging ook het belang van de bank tot het beperken van klimaatverandering zou moeten kunnen toetsen in het kader van de redelijkheid en bil-

lijkheid. Dit vloeit mijns inziens afdoende voort uit het feit dat voor de beoordeling van de rechtsgeldigheid van opzegging de maatschappelijke belangen een van de gezichtspunten vormen die voortvloeien uit het Rabobank/Aarding-arrest.⁵¹ Dit neemt naar mijn mening echter niet weg dat de uiteindelijke toets betrekking heeft op de afweging van een risico van de bank op basis van een individuele situatie. Net als in de rechtspraak van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) zou de opzegging van een kredietovereenkomst wegens ESG-doelstellingen, omdat een bepaalde sector in zijn algemeenheid voor de bank een onaanvaardbaar risico met zich meebrengt, in beginsel onvoldoende zijn om te komen tot rechtsgeldige opzegging.⁵²

Evenmin zie ik heil in het argument van Heemskerk en Cox dat een bank een kredietovereenkomst zou moeten (kunnen) ontbinden, althans wijzigen, wegens onvoorziene omstandigheden in de zin van art. 6:258 BW (hetgeen overigens eveneens aan de maatstaf van redelijkheid en billijkheid dient te worden getoetst). Voorop staat daarbij dat een vordering op grond van onvoorziene omstandigheden naar alle waarschijnlijkheid pas in beeld komt als een rechter een opzegging niet rechtsgeldig heeft geacht, omdat deze naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Een bank zal immers in beginsel volstaan met het doen van een opzegging, zonder een juridische procedure te initiëren waarin zij ontbinding van de kredietovereenkomst vordert. Hooguit zou de bank in een door de kredietnemer aanhangig gemaakte art. 6:248 lid 2 BW-procedure eventueel in reconventie dan de ontbinding van een kredietovereenkomst kunnen vorderen wegens onvoorziene omstandigheden. Ik zie echter niet in waarom een rechter bij toewijzing in conventie van die art. 6:248 lid 2 BW-vordering van de kredietnemer dan wél in reconventie de kredietovereenkomst zou ontbinden of wijzigen, omdat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet van de bank zou kunnen worden verwacht dat deze (ongewijzigd) in stand wordt gehouden. Wel geldt dat een ontbinding mogelijk minder verstrekkende gevolgen heeft voor een kredietnemer dan de opzegging van de kredietovereenkomst, omdat bij ontbinding – in tegenstelling tot bij opzegging – een verbintenis tot ongedaanmaking ontstaat (art. 6:271 BW), zodat de kredietnemer in beginsel recht heeft op terugbetaling van betaalde rentes. De enige opties die verder overblijven, zouden zijn dat een bank een kredietovereenkomst vernietigt wegens dwaling, bedrog en/of misbruik van omstandigheden. Deze opties lijken mij echter om dezelfde redenen niet realistisch, tenzij sprake is van uitzonderlijke omstandigheden.

48 MNE Guidelines, p. 19 onder 25.

49 Zie Heemskerk & Cox 2023.

50 Zie ook Verdaas 2018, p. 73.

51 Hof Arnhem 18 februari 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AF25233, JOR 2003/267 (Rabobank/Aarding), r.o. 4.31, negende gedachtestreepje.

52 Vgl. F.M.A. 't Hart, Contracteerplicht en afscheidsplicht, TFR 2022, afl. 7/8, par. 2.3.2 (Redelijkheid en billijkheid). Zie ook de bronnen weergegeven in noot 32.

*Er is geen grond voor een verplichting voor een bank om
beëindigingsvergoeding te betalen*

Het argument van Heemskerk en Cox dat banken kredietovereenkomsten rechtsgeldig kunnen opzeggen, omdat zij deze niet abrupt hoeven op te zeggen (en dus een langere opzeggingstermijn kunnen hanteren), overtuigt niet. Het feit dat de UNGP, de MNE Guidelines en de *good practices* van DNB en de ECB voorschrijven dat een bank zich primair op stakeholder engagement moet richten en beëindiging van een relatie als last resort geldt, zorgt er mijns inziens juist voor dat een bank een kredietovereenkomst uiteindelijk moeilijker kan opzeggen (zie par. 5.1 en 5.2 van deze bijdrage).

Evenmin overtuigt het argument van Heemskerk en Cox dat van banken mag worden verwacht dat zij een beëindigingsvergoeding aan kredietnemers betalen als blijkt dat banken geen juridische mogelijkheid hebben om een individuele kredietrelatie rechtsgeldig op te zeggen.⁵³ Dit lijkt mij een juridisch onjuiste en bovenal ineffectieve benadering.

Ten eerste zou een beëindigingsvergoeding in strijd zijn met de doelstelling van de beëindiging van de kredietovereenkomst, namelijk het beperken van de negatieve effecten van de activiteiten van de kredietnemer, omdat (1) de beëindigingsvergoeding naar verwachting een aanzienlijke financiële vergoeding voor de kredietnemer zal inhouden. De onderhandelingspositie van een kredietnemer van de bank zal immers ten aanzien van een eventuele beëindigingsvergoeding naar verwachting bijzonder sterk zijn als in rechte eenmaal (onherroepelijk) is komen vast te staan dat de bank een kredietovereenkomst niet rechtsgeldig kon opzeggen, zodat de hoogte daarvan aanzienlijk kan oplopen, en (2) als banken zowel in kort geding als in een bodemprocedure hun rechtsmiddelen volledig moeten uitputten (mede om de verschuldigheid van aanzienlijke beëindigingsvergoedingen te voorkomen), kan dat een geruime tijd in beslag nemen (lees: jaren). Een dergelijke verplichting zou het doel ervan mijns inziens voorbijschieten. De opzegging van kredietovereenkomsten van gevallen waarbij de bank er in eerste instantie niet in slaagt om rechtsgeldig op te zeggen, zou dan op de lange baan worden geschoven. Dergelijke procedures nemen naar alle waarschijnlijkheid immers jaren in beslag.

Ten tweede lijkt een beëindigingsvergoeding zonder contractuele basis strijdig met de aanbevelingen van de OECD ten aanzien van de beëindiging van kredietovereenkomsten. De OECD beveelt juist aan dat beëindigingen dienen plaats te vinden in overeenstemming met de contractuele bepalingen van de relatie.⁵⁴ Als rechtsgeldige opzegging juridisch niet mogelijk blijkt, kan daarom niet van een bank worden verwacht een beëindigingsvergoeding te betalen.

Ten derde komt het mij onbillijk voor dat als een rechter een opzegging van een kredietovereenkomst door een bank niet rechtsgeldig acht, dan van de bank zou mogen worden verwacht dat zij alsnog – zonder enige contractuele en/of wettelijke grondslag – een beëindigingsvergoeding aan de kredietnemer zou moeten betalen. In ieder geval zie ik hiervoor geen enkele grondslag in de UNGP, de MNE Guidelines en/of de *good practices*.

Ten vierde is de suggestie van Heemskerk en Cox praktisch onuitvoerbaar en is het onduidelijk wanneer de bank een beëindigingsvergoeding zou moeten betalen. Het lijkt me daarbij terecht om als uitgangspunt te nemen dat van een bank in ieder geval niet kan worden geëist dat de beëindigingsvergoeding wordt betaald voordat die bank de mogelijkheid heeft gekregen al haar rechtsmiddelen volledig uit te putten om de rechtsgeldige opzegging van de kredietovereenkomst in rechte vast te stellen (art. 6 EVRM).

6 Reflectie

Ten aanzien van ESG-doelstellingen lijken banken *'between a rock and a hard place'*. Enerzijds worden banken geconfronteerd met een toenemende druk om betrokkenheid bij bedrijven die negatieve effecten veroorzaken voor zaken als mensenrechten, klimaat en/of milieu te beëindigen. Anderzijds zal het op basis van de huidige jurisprudentie voor banken praktisch moeilijk uitvoerbaar worden om kredietovereenkomsten naar Nederlands recht daadwerkelijk tussentijds rechtsgeldig op te zeggen. Banken zouden zelfs aansprakelijkheid jegens kredietnemers kunnen riskeren als zij al te voortvarend kredietovereenkomsten opzeggen. Deze situatie van banken wordt mogelijk nog dringender naarmate er meer (dwingendere) wetgeving komt op het gebied van ESG-doelstellingen, in het bijzonder de CSDDD en het Wetsvoorstel IMVO. Van belang zullen ook zijn de uitkomst van het hoger beroep in de Shellzaak en de uitkomst van de twee procedures tegen BNP Paribas, aangezien de UNGP en de MNE Guidelines daar (mede) als juridische grondslag voor de vorderingen worden gebruikt.

⁵³ Heemskerk & Cox 2023, p. 101.

⁵⁴ OECD Finance Guide, p. 36.