

Effecten van de kredietcrisis op (rechtsgevolgen van) financieringsovereenkomsten*

A.T.G.M. Venrooy & P.S. Bakker

1 Inleiding

In deze bijdrage wordt stilgestaan bij de vraag of en in hoeverre – in het licht van de huidige kredietcrisis – de redelijkheid en billijkheid respectievelijk onvoorziene omstandigheden effect hebben op (rechtsgevolgen van) financieringsovereenkomsten. Na een inleidende beschouwing over de kredietcrisis en de gevolgen daarvan voor de financieringsmarkt zullen de redelijkheid en billijkheid in het handelsrecht worden behandeld. Vervolgens zullen we aandacht besteden aan de vraag in hoeverre redelijkheid en billijkheid – in het licht van de kredietcrisis – kunnen inwerken op de eenvoudige kredietovereenkomst en op de meer uitgebreide – op LMA standaard gebaseerde – loan agreement. Deze vragen zullen ook met betrekking tot het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden worden behandeld. De bijdrage wordt afgesloten met een samenvattend slotwoord.

2 De gevolgen van de kredietcrisis voor de financieringsmarkt

Door het uitbreken van de kredietcrisis en de daarop volgende sterke economische neergang zijn veel zowel kleine als grote ondernemers in financieel zwaar weer gekomen. Gelet op het sterk gestegen aantal faillissementen in de afgelopen periode¹ en de nochtans sombere verwachtingen omtrent economisch herstel, ligt het voor de hand dat banken nu en in de komende tijd in toenemende mate ertoe over zullen gaan bestaande kredieten op te zeggen en/of zekerheden uit te winnen. Er is c.q. zal immers steeds vaker sprake zijn van tekortkoming door kredietnemers ten aanzien van door hen afgesloten financieringsarrangementen. Ook veel banken hebben, zoals bekend, als gevolg van de kredietcrisis flinke klappen gekregen. Omdat zij als gevolg van de kredietcrisis in veel gevallen zelf te kampen hebben met verliezen, liquiditeitskrapte en terugvallende solvabiliteitsratio's, zijn banken minder dan voorheen bereid nieuwe financieringen te verstrekken en bedingen zij doorgaans strengere condities voor nieuwe financieringen. De Britse advocaten Bacon en Goettsch (Husch Blackwell Sanders LLP) beschrijven in een nieuwsbrief van eerder dit jaar treffend de sterk veranderde situatie op de financieringsmarkt:

* De auteurs danken mw. mr. C.H. Schot voor haar nuttige commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

1 Bron: persbericht Centraal Bureau voor de Statistiek d.d. 12 mei 2009. Zie <www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/veiligheid-recht/publicaties/artikelen/archief/2009/2009-05-12-m07.htm>. Zie ook persbericht Graydon d.d. 24 mei 2009 op <www.graydon.nl>.

“The bank market is a lenders’ market today. (...) Tougher terms and higher pricing are becoming the norm – banks are, for example, requiring stricter monitoring covenants (including financial covenants, such as net worth tests, that often fell by the wayside when capital was readily available) or more restrictions on a borrower’s use of cash for acquisitions, dividends, and other activities.”²

De aanhoudende liquiditeitskrapte op de internationale geldmarkt en het nog altijd voortdurende gebrek aan vertrouwen tussen banken om elkaar geld te lenen, brengen tevens met zich dat thans meer dan voorheen banken zich jegens (potentiële) kredietnemers indekken door in de leningsdocumentatie zogeheten *market disruption clauses*, *market MACs* en bepalingen die de banken in staat stellen om een liquiditeitsopslag (bovenop EURIBOR of LIBOR) te heffen, op te nemen. *Market disruption clauses* en bepalingen inzake liquiditeitsopslag zijn bedoeld om te worden ingeroepen als banken meer moeite ondervinden bij het aantrekken van gelden op de interbancaire markt of indien zij in het interbancaire verkeer meer betalen dan het afgesproken ‘referentiescherm’ (*screen rate*) met betrekking tot de gekozen rente aangeeft.³ Het invoeren van een *market disruption clause* en/of een bepaling inzake de liquiditeitsopslag stelt banken in staat om de aan kredietnemers belaste tarieven te verhogen, zodat deze de werkelijke kosten die met het aantrekken van de gelden door de banken gemoeid zijn, reflecteren. *Market MACs* worden doorgaans aange troffen in de *mandate letter* voor een gesyndiceerde lening en voorzien in een recht voor de bank om te heronderhandelen of uit het bankensyndicaat te stappen, indien zich een gebeurtenis of omstandigheid voordoet die negatieve invloed heeft op de internationale of binnenlandse kapitaalmarkten.⁴ Beide typen clausules strekken ertoe de positie van de bank ten koste van de kredietnemer te verstevigen, met de bijbehorende voor de kredietnemer nadelige gevolgen van dien.⁵ Het huidige beeld

- 2 Newsletter Husch Blackwell Sanders LLP d.d. 23 januari 2009, te vinden op <www.huschblackwell.com/pdf/eblast_tips_when_tapping_the_bank_loan.pdf>. De transitie naar een minder *borrower-friendly* financieringsmarkt is al enige tijd aan de gang. Zie onder meer M. Hitching & K. Roberts, *Leveraged lending: writing new business in the credit crunch*, Butterworths Journal of International Banking and Financial Law, December 2007, p. 627 e.v. en T. Gärdfors, *Credit crunch: leveraged finance market trends*, Butterworths Journal of International Banking and Financial Law, April 2008, p. 205.
- 3 Een gangbaar referentiescherm is bijvoorbeeld Reuters. Als alternatief (*fall back-scenario*) kan bijvoorbeeld een pagina van Bloomberg dienen ofwel, indien deze ook niet beschikbaar is, een rentepercentage, op te geven door een aantal met name genoemde andere banken.
- 4 De *Market MAC* dient te worden onderscheiden van de ‘gewone’ *MAC* die in veel overnameovereenkomsten pleegt te worden gehanteerd. Ingaan op het onderscheid tussen beide typen *MACs* gaat het bestek van dit artikel te buiten. Voor meer informatie in het licht van de kredietcrisis over het type *MAC* dat in overnameovereenkomsten wordt gebruikt, zij verwezen naar het artikel van Van Valen en Boufadiss, *De MAC-bepaling en de huidige downturn*, TOP, nr. 3, mei 2009, p. 95 e.v. Beide auteurs wijzen terecht op het risico van discrepantie tussen de inhoud van een *Market MAC* en een gewone *MAC*, die tot gevolg kan hebben dat in een bepaalde overnamesituatie het ene type *MAC* wel kan worden ingeroepen en het andere niet.
- 5 In de Verenigde Staten zijn inmiddels enkele tot de verbeelding sprekende gevallen bekend waarin banken een beroep deden op een *Market MAC*. Zie onder meer de zaak *Solutia Inc. v. Citigroup Global Markets, Inc.*, Case no. 08-01057 (Bankr. S.D.N.Y.).

is derhalve als volgt: banken komen moeilijker aan geld, lenen minder makkelijk uit, zijn kritischer in het beoordelen van nieuwe en bestaande portefeuilles, stellen strengere voorwaarden aan nieuwe en bestaande financieringsovereenkomsten en beroepen zich vaker dan voorheen op clausules, waardoor zij hun positie in de relatie met de kredietnemer kunnen verbeteren.

3 Plan van behandeling

Het geschetste beeld roept vragen op. In deze bijdrage behandelen wij er twee: 1) welke rol spelen – in het licht van de kredietcrisis – de redelijkheid en billijkheid bij de opzegging en aanpassing van financieringsarrangementen respectievelijk bij de uitoefening van andere bevoegdheden door de bank, zoals het opeisen van een lening of het uitwinnen van zekerheden en 2) in hoeverre kunnen contractspartijen – opnieuw in het licht van de kredietcrisis – bij een financieringsovereenkomst een beroep doen op het leerstuk der onvoorziene omstandigheden? De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Omdat financieringsovereenkomsten doorgaans worden afgesloten door commerciële contractspartijen, zal in paragraaf 3 eerst in algemene zin de redelijkheid en billijkheid in het handelsrecht worden behandeld. Daarbij wordt mede acht geslagen op de invloed van de factor autonomie bij de vraag welke rol redelijkheid en billijkheid ten opzichte van een commercieel contract behoren te spelen. In paragraaf 4 zal vervolgens worden gezien welke rol de redelijkheid en billijkheid spelen bij de opzegging en aanpassing van financieringsovereenkomsten respectievelijk bij de uitoefening van andere bevoegdheden door de bank. Bij de beantwoording van deze vraag zal een onderscheid worden gemaakt tussen de eenvoudige kredietovereenkomst waarbij partijen de gemaakte (financierings)afspraken in enkele pagina's vastleggen en de gedetailleerde *loan agreements*, waarbij – al dan niet met gebruikmaking van standaarddocumentatie, zoals de LMA-documentatie – datgene wat tussen partijen is overeengekomen zo volledig mogelijk op schrift wordt vastgelegd. Betoogd zal worden dat de aldus verschillende wijze van contractssluiting gevolgen heeft voor de mate waarin redelijkheid en billijkheid de rechtsverhouding tussen partijen beheersen. Voorafgaand aan behandeling van de tweede vraag zal in paragraaf 5 in algemene zin het leerstuk van onvoorziene omstandigheden worden behandeld. In paragraaf 6 zal vervolgens worden gezien in hoeverre contractspartijen – in het licht van de kredietcrisis – bij een financieringsovereenkomst een beroep kunnen doen op onvoorziene omstandigheden. Daarbij zal wederom onderscheid gemaakt worden tussen uitgebreide en gedetailleerde *loan agreements* en eenvoudige kredietovereenkomsten, maar ook tussen

financieringsovereenkomsten die na dan wel vóór het uitbreken van de kredietcrisis zijn afgesloten. Paragraaf 7 bevat een samenvattend slotwoord.⁶

4 Redelijkheid en billijkheid in het handelsrecht

In de literatuur wordt sinds een aantal jaren door diverse schrijvers gepleit voor een herwaardering van het adagium *pacta sunt servanda* en voor terugdringing van de redelijkheid en billijkheid in het (internationale) handelsverkeer. Exponenten van deze – Anglo-Amerikaans georiënteerde – stroming zijn onder meer Tjittes, Haak en Schelhaas.⁷ Centraal binnen deze stroming staat de gedachte dat de redelijkheid en billijkheid in het zakelijke en op rechtszekerheid gebaseerde (internationale) handelsverkeer in vergelijking met andere delen van het privaatrecht nauwelijks een rol van betekenis speelt, althans behoort te spelen. De genoemde stroming ziet dan ook noch voor de aanvullende noch voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid in het (internationale) handelsverkeer een grote rol weggelegd. De Hoge Raad heeft zich de afgelopen jaren niet ongevoelig voor de argumenten van deze stroming getoond: middels (met name) de arresten PontMeyer⁸ en Derksen/Homburg⁹ heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat in het contractenrecht het handelscontract een aparte plaats inneemt, in die zin dat handelscontracten in beginsel taalkundig mogen worden uitgelegd indien beide partijen commerciële contractanten zijn en bij de transactie door juridisch deskundigen zijn begeleid. Bij een dergelijke taalkundige uitleg is de rol van de (aanvullende) redelijkheid en billijkheid beperkt.¹⁰ Ook ten aanzien van de derogerende redelijkheid en billijkheid heeft de Hoge Raad de status aparte van het handelscontract onderkend. Uit het arrest GTI/Zürich¹¹ kan worden afgeleid dat de Hoge Raad van oordeel is dat in het algemeen extra terughoudendheid bij toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW in het

6 Volledigheidshalve zij vermeld dat de in dit artikel besproken *loan agreements* vaak worden gesloten tussen (syndicaten van) banken en grote, professionele partijen. Waar het gaat om een internationaal bankensyndicaat is veelal geen Nederlands recht op de *loan agreement* van toepassing. Gewezen zij echter op art. 3 lid 3 en 7 Europees Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (EVO): onder meer Hartkamp en Vlas zijn van mening dat art. 6:248 BW en art. 6:258 BW als dwingendrechtelijke bepalingen ook van toepassing kunnen zijn indien een overeenkomst wordt beheerst door vreemd recht. Anders onder meer H.L.E. Verhagen in diens annotatie bij Pres. Rb. Arnhem 6 november 1997, JOR 1998/37 (zie aldaar ook voor vindplaatsen literatuur).

7 Zie onder meer R.P.J.L. Tjittes, Uitleg van schriftelijke contracten, Themis 2005, nr. 1, p. 20 e.v., en van dezelfde auteur, met verwijzing naar andere exponenten van deze stroming, zijn eerder dit jaar verschenen gelijknamige monografie, verschenen bij *Ars Aequi Libri*, Nijmegen 2009, p. 24 e.v., H.N. Schelhaas, *Pacta sunt servanda* bij commerciële contractanten, NTBR 2008/4 en K.F. Haak, Redelijkheid en billijkheid in het handelsrecht, *Bundel Recht in bedrijf*, Gouda 1997, p. 119.

8 HR 19 januari 2007, NJ 2007, 575.

9 HR 29 juni 2007, NJ 2007, 576 m.nt. M.H. Wissink.

10 Taalkundige uitleg is overigens een verre van probleemloos of eenduidig begrip. Om redenen van beknoptheid wordt de aan taalkundige uitleg verbonden problematiek in dit artikel niet behandeld. Kortheidshalve zij verwezen naar het Themis-themanummer Taalkundige argumentatie, april 2009, in het bijzonder C.E. Smiths bijdrage Het woord als grenswachter: functies van taalkundige interpretatie voor de rechtsvinding.

11 HR 15 oktober 2004, NJ 2005/141, zie r.o. 3.5.

professionele handelsverkeer geboden is. Deze erkenning van de speciale positie van het commerciële contract respectievelijk de commerciële contractant heeft onze instemming: commerciële professionele contractanten zijn doorgaans repeat players¹². Zij kennen de risico's die bij het sluiten van contracten horen, althans behoren deze doorgaans te kennen. Zij zijn in staat contractuele of andersoortige voorzieningen te treffen bij tegenvallers en hebben in het algemeen minder behoefte aan bescherming dan gewone contractanten, temeer omdat zij bij het redigeren van hun contracten in de regel door deskundige professionals worden bijgestaan. Ook het grote belang van rechtszekerheid in het (internationale) handelsverkeer, alsmede het feit dat het risico van teleurstellende contracten inherent is aan het zakendoen, zijn aan te merken als factoren die nopen tot een extra terughoudende toepassing van de redelijkheid en billijkheid in het (internationale) handelsverkeer tussen professionele partijen.¹³ Consumenten daarentegen ontberen doorgaans de vrijheid om te contracteren: zij moeten eten, wonen, energie krijgen, medische verzorging ontvangen, enzovoort.¹⁴ Vanwege zijn afhankelijke, kwetsbare positie verdient de consument bescherming, solidariteit: de redelijkheid en billijkheid zijn bij uitstek instrumenten door middel waarvan het evenwicht tussen de consument en diens commerciële wederpartij kan worden hersteld en door middel waarvan de solidariteit met de consument vorm kan worden gegeven. Of zoals Tjittes het bondig formuleert: ondernemers hebben behoefte aan zeker recht, consumenten hebben behoefte aan billijk recht.¹⁵

In aanvulling en ter nuancering op het voorgaande zij evenwel opgemerkt dat het klassieke onderscheid tussen consument en commerciële contractant niet zaligmakend is. Naast de hoedanigheid (consument, commerciële contractant of enige variant daartussenin) van contractspartijen (welke een meer structureel karakter heeft) achten wij voor de rol die redelijkheid en billijkheid in een gegeven contractrelatie behoren te spelen, evenzeer van belang de mate van autonomie van beide contractspartijen of het eventuele gebrek daaraan. De mate van autonomie van een contractspartij hangt niet enkel af van de hoedanigheid van contractspartijen.¹⁶ Autonomie heeft een meer incidenteel karakter en hangt mede af van de omstandigheden van het concrete geval. Een voorbeeld kan dit verduidelijken: veel multinationals hadden vóór de huidige kredietcrisis en economische recessie de banken 'voor het uitkiezen' en waren ten opzichte van hun banken in hoge mate autonoom. Vele van hen worden thans echter gedwongen om op korte termijn naar herfinanciering te zoeken, omdat zij te kampen hebben gekregen met hoge schulden (vaak door overnames) en scherp dalende inkomsten (als gevolg van de recessie). Indachtig de benarde positie, waarin veel van deze multinationals aldus zijn komen te

12 M. Galanter, *Why the 'haves' come out ahead: speculations on the limits of legal change*, *Law and Society Review* 1974, p. 95-160.

13 Zie ook Tjittes (2009), p. 26 e.v. met verdere, deels aan de *Law & Economics* beweging ontleende inzichten.

14 Tjittes (2009), p. 24 e.v.

15 Tjittes, t.a.p.

16 Er is natuurlijk wel een verband tussen beide: in de regel zal de autonomie van de commerciële contractant relatief groot zijn en die van de consument relatief gering. De omstandigheden van het geval kunnen hier, zoals betoogd, echter verandering in brengen.

verkeren, valt moeilijk vol te houden dat deze multinationals, die vaak financieel met de rug tegen de muur staan, ook thans nog een hoge mate van autonomie zouden bezitten om hun contractrelatie met de banken naar eigen inzicht en goeddunken vorm te geven.¹⁷ Wij menen dat, voor de rol die redelijkheid en billijkheid in een gegeven contractrelatie behoren te spelen, autonomie in die zin van betekenis is, dat naarmate zij meer bij een der partijen komt te ontbreken, de rol van redelijkheid en billijkheid in de contractrelatie ten gunste van deze partij automatisch groter wordt. Omgekeerd: al naar gelang de autonomie van een contractspartij groter is, dient redelijkheid en billijkheid te zijnen gunste een bescheidener rol te spelen in de contractrelatie.

5 De rol van de redelijkheid en billijkheid bij financieringsovereenkomsten in het licht van de kredietcrisis

De autonomie van contractspartijen (of juist het ontbreken daarvan) komt ook tot uitdrukking in de wijze waarop financieringsovereenkomsten in de praktijk worden gesloten. Waar voor een kleine of middelgrote kredietnemer in de regel weinig te onderhandelen valt en geen of slechts geringe *bargaining power* bestaat, zal deze doorgaans zijn aangewezen op het sluiten van een eenvoudige kredietovereenkomst met bijbehorende (geheel gestandaardiseerde) algemene bankvoorwaarden. De grote kredietnemer met voldoende keuze uit financiers en typen financiering zal doorgaans kiezen voor een meer *sophisticated* en op de complexiteit van zijn onderneming afgestemde *loan agreement*. Beide typen contractanten/kredietnemers lopen als gevolg van de kredietcrisis grotere risico's dan voorheen. Door de economische malaise volgend op het uitbreken van de kredietcrisis ligt het voor de hand dat banken nu en in de komende tijd in toenemende mate zullen overgaan tot het opzeggen van lopende kredieten en/of het uitwinnen van zekerheden, nu steeds vaker sprake is c.q. zal zijn van tekortschieten van kredietnemers ten aanzien van door hen afgesloten financieringsarrangementen. De vraag is welke rol redelijkheid en billijkheid spelen bij beide typen financieringsovereenkomsten indien de bank besluit het krediet op te zeggen, zekerheden uit te winnen of anderszins bevoegdheden ten detrimente van de kredietnemer wenst uit te oefenen.

5.1 De eenvoudige kredietovereenkomst

De eenvoudige kredietovereenkomst komt vaak op snelle wijze en veelal zonder invulling van (veel) details tot stand. Dergelijke financieringsarrangementen worden doorgaans zonder juridische bijstand van de kredietnemer afgesloten en bevatten in het algemeen een beperkt aantal op de contractrelatie toegespitste, tussen partijen uitonderhandelde bedingen, zulks in tegenstelling tot de hierna te bespreken *loan agreement*. Wel zijn op dergelijke eenvoudige kredietovereenkomsten veelal de Algemene Bankvoorwaarden van toepassing. De kredietnemer heeft doorgaans geen andere keus dan deze voorwaarden, die buiten zijn invloedssfeer tot stand zijn gekomen, in hun geheel te verwerpen (wat hij vrijwel nooit zal doen) of te accepteren.

17 Zie ter illustratie het artikel bouwer Heijmans buigt diep in het FD van 30 juni 2009.

Gelet op deze omstandigheden wordt de (totstandkoming van de) eenvoudige kredietovereenkomst in de regel gekenmerkt door een zekere 'ingebakken' ongelijkheid tussen (de inbreng van) beide partijen, waarbij de kredietnemer ten opzichte van de bank doorgaans als de zwakkere partij kan worden aangemerkt. Hiervoor werd al betoogd dat waar beide partijen autonome professionals zijn en hun contract tot in detail uitonderhandelen, voor de (aanvullende dan wel derogerende werking van de) redelijkheid en billijkheid in de regel weinig plaats zal bestaan. Waar echter een van beide partijen deze autonomie of professionaliteit ontbeert, kan worden aangenomen dat het werkingsterrein van de redelijkheid en billijkheid automatisch te zijnen gunste wordt vergroot: de sterkere partij dient zich bij het uitoefenen van zijn contractuele rechten voldoende rekeningschap te geven van de kwetsbaarheid van zijn contractspartner. Doet hij dit niet, dan kan dit ertoe leiden dat hij een contractueel recht of bevoegdheid op grond van de (derogerende werking van de) redelijkheid en billijkheid niet kan doorzetten. Teneinde dit te voorkomen, dient de bank dan ook steeds zorgvuldig met de belangen van de kredietnemer om te gaan. Artikel 2 van de Algemene Bankvoorwaarden bepaalt dit ook met zoveel woorden: '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 (...)' Maar ook los van de Algemene Bankvoorwaarden kan worden aangenomen dat in een dergelijk geval op een bank een bijzondere zorgplicht rust jegens de kredietnemer, die met zich brengt dat zij ter zake van de uitoefening van haar toekomstige bevoegdheden terdege rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de kredietnemer. Dit uitgangspunt komt ook in de rechtspraak tot uitdrukking. Zo blijkt uit (r.o. 4.30 van) het arrest Hof Arnhem, 18 februari 2003, JOR 2003/267¹⁸ dat een opzegging van een kredietovereenkomst moet voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Steeds zal door de bank een *faire* afweging moeten worden gemaakt van de relevante factoren in het kader van een kredietopzegging. Deze factoren worden opgesomd in het voornoemde arrest van het Hof Arnhem, in r.o. 4.31:

1. de duur, de mate van exclusiviteit, de omvang en de ingewikkeldheid en het verloop van de kredietrelatie;
2. een aanmerkelijke afname van de kredietwaardigheid en/of aanmerkelijke toename van het bancaire kredietrisico, waarbij met name van belang zal zijn of er voldoende dekking door zekerheid bestaat dan wel kan worden verleend en de mate van waarschijnlijkheid of en in welke omvang deze zal blijven bestaan (alles te stellen op de liquidatiewaarde);
3. 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;
4. of en in welke mate de kredietnemer toerekenbaar is tekortgeschoten (bijvoorbeeld door (structurele en/of ruime) overschrijding van de kredietlimiet);

18 Bevestigd in onder meer: Rb. Rotterdam 11 maart 2009, LJN BH6417, Vzr. Rb. Assen 31 augustus 2005, JOR 2005/285 en Rb. Arnhem 30 juni 2004, JOR 2004/283 m.nt. Verdaas. Zie ook Rb. Leeuwarden 15 november 2006, JOR 2007/25 m.nt. Verdaas.

5. 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;
6. 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;
7. de wijze van besluitvorming van de bank voorafgaand aan de opzegging en de wijze waarop overleg is gevoerd met de kredietnemer en of en in welke mate de bank de kredietnemer tevoren heeft gewaarschuwd;
8. of de bank door eigen gedragingen (zoals toelating van overschrijding van de kredietlimiet) verwachtingen heeft gewekt; en
9. andere maatschappelijke belangen (waaronder het voortbestaan van werkgelegenheid).

Deze factoren dienen naar onze mening echter niet slechts in het kader van *opzegging* van een (eenvoudige) kredietovereenkomst te worden afgewogen, doch – *mutatis mutandis* – ook in ogenschouw te worden genomen in het kader van de *uitoefening van andere bevoegdheden* van de bank, zoals het aanpassen of opeisen van een lening of het uitwinnen van zekerheden. Ten aanzien van een aantal in het arrest genoemde factoren merken wij het volgende op. De bank heeft haar eigen solvabiliteitsverplichtingen op grond van de Wet op het financieel toezicht (Wft), het Besluit prudentiële regels Wft en de Regeling solvabiliteitseisen voor het kredietrisico van De Nederlandsche Bank N.V. Het door een bank (kunnen) blijven voldoen aan deze solvabiliteitseisen is een essentiële voorwaarde voor een goed en effectief functionerend bancaire systeem.¹⁹ Evenzeer als de instandhouding van – in potentie – gezonde bedrijven (zie factor 5 hiervoor) is een krachtig en gezond bankwezen van groot maatschappelijk belang. Het zou onwenselijk zijn dat een bank in zwaar weer terechtkomt, doordat zij tegen haar wil gedwongen wordt kredietarrangementen te continueren met ‘zwakke broeders’, waarop zij onaanvaardbaar grote risico’s loopt. Temeer daar veel Nederlandse banken als gevolg van de kredietcrisis toch al aanmerkelijk kwetsbaarder zijn geworden, ligt het in de rede dat bij toekomstige rechterlijke beoordeling van het door banken uitoefenen van bevoegdheden eveneens gewicht zal worden toegekend aan het belang van banken bij gezonde en solvabele debiteuren en het sterk daarmee samenhangende maatschappelijke belang van een gezond bancaire systeem. Deze belangen dienen mee te wegen bij de rechterlijke beoordeling van een beroep zijdens de kredietnemer op artikel 6:248 lid 2 BW.

5.2 De loan agreement

Bij de tweede vorm van (financierings)overeenkomsten, de *loan agreements*, liggen de kaarten enigszins anders. Deze overeenkomsten zijn doorgaans vele pagina’s lang, uitgebreid, tot in detail uitonderhandeld, waarbij partijen doorgaans hebben

19 Zie bijvoorbeeld de uitlatingen van bestuursvoorzitter Albert Röell van Kas Bank in het FD van 15 oktober 2008, Geldmarkt toont weer levensteken. Zie tevens het in opdracht van het kabinet door de Centrale Economische Commissie opgestelde rapport Verkenning gevolgen economische crisis, p. 17 (te vinden op <www.minaz.nl/dsc?c=getobject&s=obj&objectid=118824>).

beoogd om in zo veel mogelijk denkbare scenario's in de overeenkomst te voorzien. Dergelijke *loan agreements* worden doorgaans gesloten tussen (syndicaten van) banken en grote, professionele partijen. De Algemene Bankvoorwaarden zijn in het geval van financiering door banksyndicaten veelal niet op dergelijke overeenkomsten van toepassing. Gelet op de hoedanigheid van de kredietnemer als professionele partij bij dergelijke overeenkomsten en gelet op het feit dat zo'n kredietnemer veelal zal worden bijgestaan door een (team van) gespecialiseerde adviseurs, menen wij, onder verwijzing naar hetgeen hiervoor in paragraaf 3 werd opgemerkt, dat bij dit soort contracten voor de redelijkheid en billijkheid in zijn algemeenheid een meer bescheiden rol is weggelegd. In dergelijke contractuele settings geldt nog meer dan elders het adagium 'afpraak is afspraak' en is voor het ten gunste van de kredietnemer aannemen van uitzonderingen op dit adagium minder reden als laatstgenoemde in hoge mate autonoom is, door deskundige professionals wordt bijgestaan en daarom minder behoefte heeft aan bescherming jegens de bank dan een kleine kredietnemer. Ook Kliebisch²⁰ meent dat, gelet op het feit dat de rechtsverhouding tussen partijen in geval van *loan agreements* uitputtend wordt geregeld, als partijen op voet van gelijkheid met elkaar hebben onderhandeld en zich beide door juridische specialisten hebben laten bijstaan, bij *loan agreements* voor de redelijkheid en billijkheid niet meer dan een marginale rol is weggelegd. Niettemin meent Kliebisch dat de redelijkheid en billijkheid wel een belangrijke rol zullen spelen bij de beoordeling van de uitoefening door de financier van de aan hem krachtens de *loan agreement* toegekende discretionaire bevoegdheden, waaronder 'de beoordeling of een bepaalde gebeurtenis een zodanig Material Adverse Effect heeft op de kredietwaardigheid van de geldnemer dat dit een opeising van het onder de kredietfaciliteit uitstaande bedrag rechtvaardigt'. Wij zijn het met Kliebisch in zoverre eens dat, gelet op de hiervoor gememoreerde zorgplicht van de bank, ook de uitoefening van bevoegdheden als de opeising van een lening, de aanpassing of opzegging van een kredietovereenkomst en de uitwinning van zekerheden door een bank(ensyndicaat) in het kader van een *loan agreement* in beginsel zal moeten voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, waarbij de in het genoemde arrest van Hof Arnhem genoemde factoren op *faire* wijze door de bank zullen moeten worden afgewogen. Bij de beoordeling van de ernst van een opgetreden *event of default* (bijvoorbeeld een sterke daling van de waarde van aan de bank verpande of verhypothekerde zekerheden) zal de bank met name hebben te letten op de vraag in hoeverre dit *event* een aanmerkelijke afname met zich brengt van de kredietwaardigheid van de kredietnemer en/of een aanmerkelijke toename van het bancaire kredietrisico, waarbij vooral van belang zal zijn of er voldoende dekking door zekerheid bestaat dan wel kan worden verleend en de mate van waarschijnlijkheid of en in welke omvang deze zal blijven bestaan. Niettemin menen wij dat een beroep zijdens de bank op rechten die voortvloeien uit een schending door de kredietnemer van bepalingen uit de *loan agreement*, in het algemeen (doch afhankelijk van de omstandigheden van het geval) minder snel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zal dienen te worden geacht, dan een vergelijkbaar beroep zijdens de bank op schending van enige bepaling van een eenvoudige, niet uitonderhandelde

20 Th.A.L. Kliebisch, 'Ins' en 'outs' omtrent loan agreements, O&F 2002, nr. 50, p. 49 e.v.

kredietovereenkomst met een kleine of middelgrote kredietnemer. Zulks te minder, indien de bank een aantoonbaar eigen, zwaarwegend belang heeft bij het uitoefenen van haar op grond van de contractsschending toekomende rechten. Zoals gezegd, de bank heeft niet alleen met de belangen van de kredietnemer rekening te houden, maar ook met die van hemzelf en het maatschappelijk belang van een gezond bankenstelsel.

6 Onvoorziene omstandigheden in het handelsrecht

Het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden (hierna ook: *imprévision*) is neergelegd in artikel 6:258 BW. Dit artikel maakt het de rechter mogelijk in te grijpen in de rechtsgevolgen van een contract in het geval van ‘onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten’. Naar algemeen wordt aangenomen, gaat het bij het begrip ‘onvoorziene omstandigheden’ niet om wat voor partijen voorzienbaar was of wat zij hebben voorzien, maar om de vraag of het intreden van de relevante omstandigheden – uitdrukkelijk dan wel stilzwijgend – in het contract is verdisconteerd.²¹ Van onvoorziene omstandigheden is uitsluitend sprake voor zover het omstandigheden betreft die op het tijdstip van de totstandkoming van het contract nog in de toekomst lagen.²² Blijkens de parlementaire geschiedenis van artikel 6:258 BW (dat ingevolge art. 6:250 BW van dwingend recht is) zal slechts bij hoge uitzondering sprake zijn van een situatie waarbij een wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van het contract niet mag verwachten.²³ Gelet op de nauwe samenhang tussen enerzijds de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid en anderzijds de *imprévision* – zoals die onder meer blijkt uit de parlementaire geschiedenis²⁴ en de rechtspraak van de Hoge Raad²⁵ – kan worden aangenomen dat de hiervoor in paragraaf 3 besproken uit het arrest GTI/Zürich²⁶ kenbare noodzaak tot extra terughoudendheid bij toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW op handelscontracten tussen professionele partijen, eveneens opgaat voor de toepassing van artikel 6:258 BW, in die zin dat ook de door artikel 6:258 BW aan de rechter gegeven wijzigings- en ontbindingsbevoegdheid bij handelscontracten tus-

21 Zie P.S. Bakker/J.W. de Groot, *Onvoorziene omstandigheden: de stand van zaken*, WPNR 2 mei 2009/6797, p. 369 e.v. met verdere verwijzingen.

22 Zie ook HR 24 december 2004, NJ 2007/58 en Hof Leeuwarden 22 februari 1984, NJ 1985/27.

23 De noodzaak tot terughoudendheid bij de toepassing van art. 6:258 BW is door de Hoge Raad verwoord in het arrest *Brijlant Schreuders/ABP*: ‘Aan het vereiste [dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van het contract niet mag verwachten, ATGMV/PSB] zal niet spoedig zijn voldaan; redelijkheid en billijkheid verlangen immers in de eerste plaats trouw aan het gegeven woord en laten afwijking daarvan slechts bij hoge uitzondering toe (...). Uit het voorgaande vloeit voort dat de rechter terughoudendheid moet betrachten ten aanzien van de aanvaarding van een beroep op onvoorziene omstandigheden.’

24 Zie hierover M.E.M.G. Peletier, *Rechterlijke vrijheid en partij-autonomie* (diss. Amsterdam), 1999, p. 92.

25 Zie HR 25 juni 1999, NJ 1999/602 (*Vereniging voor Effectenhandel/CSM*). Zie hierover ook Bakker/De Groot (2009), p. 369 e.v.

26 HR 15 oktober 2004, NJ 2005/141, zie r.o. 3.5.

sen professionele partijen met extra terughoudendheid moet worden gehanteerd. De redenen hiervoor zijn dezelfde als welke in paragraaf 3 werden aangevoerd ter onderbouwing van de door de Hoge Raad gehonoreerde opvatting dat de redelijkheid en billijkheid in het zakelijke en op rechtszekerheid gebaseerde (internationale) handelsverkeer in vergelijking met andere delen van het privaatrecht slechts een bescheiden rol behoort te spelen. Daarbij past evenwel de nuancering die hiervoor in paragraaf 3 werd gemaakt: voor de vraag welke rol de redelijkheid en billijkheid in een gegeven contractsrelatie behoort te spelen, is niet alleen de hoedanigheid van contractspartijen van belang, maar tevens de mate van autonomie van beide contractspartijen: al naar gelang de autonomie van een contractspartij groter of kleiner is, dient redelijkheid en billijkheid te zijnen gunste een bescheidener dan wel grotere rol te spelen.

7 Imprévision en de kredietcrisis

De vraag is of een rechter, geconfronteerd met een verzoek van een contractspartij om, met een beroep op de kredietcrisis als onvoorziene omstandigheid, over te gaan tot wijziging of gehele of gedeeltelijke ontbinding van een overeenkomst, dit verzoek mogelijk zal honoreren. Deze vraag kent geen eenduidig antwoord. Wel menen wij dat enige suggesties tot een antwoord kunnen worden gedaan.

Allereerst is het van belang een onderscheid te maken tussen financieringsovereenkomsten die vóór dan wel na het uitbreken van de kredietcrisis zijn afgesloten.

7.1 Financieringsovereenkomsten die na het uitbreken van de kredietcrisis zijn afgesloten
Ten aanzien van financieringsarrangementen die na het uitbreken van de kredietcrisis zijn afgesloten, wordt de desbetreffende documentatie door de betrokken partijen doorgaans (nog meer dan voorheen) zeer nauwgezet voorbereid en bestudeerd. Scenario's zoals een mondiale krediet- of systeemcrisis, die in het recente verleden nog voor ondenkbaar werden gehouden, worden nu veelal als reële doemscenario's uitonderhandeld en in contracten verdisconteerd. In deze situatie lijkt weinig ruimte te bestaan voor toepassing van het leerstuk van de onvoorziene omstandigheden, althans voor wat de kredietcrisis betreft. Deze zal namelijk veelal, zoal niet expliciet, dan toch stilzwijgend moeten worden geacht in de na het uitbreken van de kredietcrisis gesloten financieringsovereenkomsten als omstandigheid te zijn verdisconteerd. Daarnaast geldt dat van onvoorziene omstandigheden in de zin van artikel 6:258 BW alleen sprake kan zijn voor zover het betreft omstandigheden die op het ogenblik van tot stand komen van de overeenkomst nog in de toekomst lagen. De kredietcrisis wortelt inmiddels echter in het heden. Ook om deze reden zien wij ten aanzien van financieringsovereenkomsten die na het uitbreken van de kredietcrisis zijn gesloten weinig ruimte voor toepassing van het leerstuk van de *imprévision*.

7.2 *Financieringsovereenkomsten die vóór het uitbreken van de kredietcrisis zijn afgesloten*

Voor financieringsovereenkomsten die vóór het uitbreken van de kredietcrisis zijn afgesloten, geldt naar onze opvatting dat de kredietcrisis, indien in de overeenkomst noch uitdrukkelijk noch stilzwijgend de gevolgen daarvan zijn verdisconteerd, in beginsel als een onvoorziene omstandigheid kan worden aangemerkt. Echter alleen onvoorziene omstandigheden, welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding niet mag verwachten, kunnen leiden tot een succesvol verzoek tot aanpassing of ontbinding van een overeenkomst. Dit betekent dat de kredietcrisis slechts dan tot wijziging of ontbinding zou kunnen leiden indien als gevolg van de kredietcrisis ongewijzigde uitvoering van de financieringsovereenkomst voor een der partijen zodanig bezwaarlijk is geworden, dat de redelijkheid en billijkheid in de weg komen te staan aan ongewijzigde voortzetting daarvan. Hieraan zal niet snel zijn voldaan. Het enkele feit dat als gevolg van de kredietcrisis ongewijzigde uitvoering van de overeenkomst voor een der partijen minder voordelig of wellicht zelfs verliesgevend is geworden, betekent op zichzelf nog niet dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de financieringsovereenkomst (dus) niet meer mag worden verwacht.²⁷ Of de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding niet mag verwachten, hangt naar onze mening in belangrijke mate af van de *impact* van de onvoorziene omstandigheden op en het (financiële) uithoudingsvermogen van de partij die nadeel ondervindt van de onvoorziene omstandigheden. Hoe ernstiger het nadeel, des te eerder het punt is bereikt dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding niet mag worden verwacht. Omgekeerd, hoe lichter het nadeel en hoe steviger de financiële positie van de benadeelde, des te minder reden er zal zijn om aan te nemen dat redelijkheid en billijkheid in de weg staan aan het onverkort handhaven van de gemaakte afspraken. Daarnaast geldt op grond van artikel 6:258 lid 2 BW dat geen wijziging of ontbinding kan worden verzocht voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de verkeersopvattingen voor rekening komen van degene die zich op de onvoorziene omstandigheden beroept. Met name indien de financieringsovereenkomst tussen grote, professionele (al dan niet internationaal opererende) partijen tot stand is gekomen, is het niet ondenkbaar dat de opgetreden onvoorziene omstandigheden binnen de risicosfeer vallen van degene die zich daarop beroept. De verkeersopvatting (lees: een tegenvallend contract behoort tot de risico's die inherent zijn aan het zaken doen, zie ook par. 3) kan dan in de weg staan aan toewijzing van een wijzigings- of ontbindingsverzoek. Ook de hoedanigheid van contractspartijen respectievelijk de aard van de overeenkomst kunnen aan wijziging of ontbinding in de weg staan. Gaat het om een beknopte overeenkomst tussen een bank en een kleine kredietnemer, dan zien wij eerder reden voor toepassing van de *imprévision* dan indien het gaat om een uitonderhandelde *loan agreement* tussen een grote, van deskundige bijstand voorziene, professionele partij en een internationaal bankensyndicaat. Dit achten wij ook in lijn met de hiervoor verwoorde opvatting dat, in navolging van het arrest

27 Zie bijv. Hof Den Bosch 11 april 2006, NJF 2006/500.

GTI/Zürich, de door artikel 6:258 BW aan de rechter gegeven wijzigings- en ontbindingsbevoegdheid bij handelscontracten tussen professionele partijen met extra terughoudendheid moet worden gehanteerd.

8 Slot

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat naarmate partijen professioneler en autonomer zijn en hun rechtsverhouding uitputtender hebben geregeld, er minder ruimte bestaat voor toepassing van de aanvullende respectievelijk beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en het leerstuk van onvoorziene omstandigheden. Om te voorkomen dat uitoefening van bevoegdheden door een bank(ensyndicaat) afstuit op de derogerende redelijkheid en billijkheid, zal een bank(ensyndicaat) de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht moeten nemen. Dit zal dienen te geschieden aan de hand van de factoren zoals geformuleerd in het in paragraaf 4 genoemde arrest van Hof Arnhem d.d. 18 februari 2003. Gewaakt dient echter te worden voor een (al te) eenzijdige aandacht voor de belangen van de kredietnemer. De als gevolg van de kredietcrisis sterk toegenomen kwetsbaarheid van veel Nederlandse banken zal er naar verwachting toe leiden dat, wellicht meer dan voorheen, het eigen belang van de bank en het maatschappelijk belang van een gezond bankstelsel in de oordeelsvorming worden betrokken. In het licht van de kredietcrisis werd in deze bijdrage geconstateerd dat er weinig ruimte bestaat voor het op grond van onvoorziene omstandigheden ingrijpen in overeenkomsten die na het uitbreken van de kredietcrisis zijn gesloten. Voor overeenkomsten die vóór het uitbreken van de kredietcrisis zijn gesloten, geldt dat de kredietcrisis, indien in de overeenkomst noch uitdrukkelijk noch stilzwijgend de gevolgen van een financiële crisis zijn verdisconteerd, weliswaar in beginsel als een onvoorziene omstandigheid kan worden aangemerkt, maar dat toepassing van het leerstuk van onvoorziene omstandigheden ook in dat geval niet snel tot de mogelijkheden zal behoren.