

# Zoekresultaat - inzien document

## ECLI:NL:GHSHE:2015:5333

Permanente link:

<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHSHE:2015:5333>

Instantie	Gerechtshof 's-Hertogenbosch
Datum uitspraak	22-12-2015
Datum publicatie	24-12-2015
Zaaknummer	HD 200.164.619_01
Formele relaties	Eerste aanleg: <a href="#">ECLI:NL:RBZWB:2014:6933</a> , Overig
Rechtsgebieden	Verbintenissenrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	zorgplicht bank jegens zakelijke borg
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl INS-Updates.nl 2016-0021

## Uitspraak

### GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Afdeling civiel recht

zaaknummer 200.164.619/01

### arrest van 22 december 2015

in de zaak van

#### **Wave B.V.,**

gevestigd te [vestigingsplaats 1] ,

appellante,

hierna aan te duiden als Wave,

advocaat: mr. L.J. van Langevelde te Bergen op Zoom,

tegen

**ABN AMRO Bank N.V.,**

gevestigd te [vestigingsplaats 2] ,

geïntimeerde,

hierna aan te duiden als ABN AMRO,

advocaat: mr. B.W.G. van der Velden te Amsterdam,

op het bij exploit van dagvaarding van 11 december 2014 ingeleide hoger beroep van de vonnissen van 11 december 2013 en 8 oktober 2014, door de rechtbank Zeeland-West-Brabant, zittingsplaats Middelburg, gewezen tussen Wave als gedaagde in conventie, eiseres in reconventie en ABN AMRO als eiseres in conventie, verweerster in reconventie.

**1 Het geding in eerste aanleg (zaaknr. C/02/264369/HA ZA 13-373)**

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormelde vonnissen.

**2 Het geding in hoger beroep**

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep;
- de memorie van grieven (met 4 producties, de producties 9 t/m 12);
- de memorie van antwoord (met 1 productie);
- het pleidooi, waarbij beide partijen pleitnotities hebben overgelegd;
- de bij H12 formulier door Wave toegezonden productie 13, die bij het pleidooi bij akte in het geding is gebracht.

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

**3 De beoordeling**

3.1. Tegen het tussenvonnissen van 11 december 2013 zijn geen grieven gericht, zodat Wave in het mede tegen dat vonnis ingestelde hoger beroep niet ontvankelijk zal worden verklaard.

3.2.1. Het gaat in deze zaak om het volgende:

- a. Wave is een besloten vennootschap met als activiteit het functioneren als financiële holding. [bestuurder Wave] (verder: [bestuurder Wave] ) is bestuurder en enig aandeelhouder van deze vennootschap (prod. 1 inl. dagv.).
- b. S3 en A Holding B.V. (verder: S3&A) is eveneens een holding-vennootschap (prod. 4 inl. dagv.). Zij was aandeelhouder van BrammBramm Beheer B.V. (later genaamd Partner Logistics B.V.) en daarmee een van de topholdings van een groep vennootschappen, de Partner Logistics Groep. Enig aandeelhouder van S3&A was de Stichting Administratiekantoor S3&A, bestuurder van S3&A was mevrouw [bestuurder S3&A] . De heer [directeur Partner

- Logistics] (verder: [directeur Partner Logistics] ) was algemeen directeur van Partner Logistics B.V. [bestuurder Wave] was een van de oprichters van het Partner Logistics concern eind jaren '90. [bestuurder Wave] is tot en met april 2008 nog als commissaris bij Partner Logistics Europe B.V. betrokken geweest.
- c. Bij een op 29 juni 2010 door S3&A ondertekende overeenkomst (prod. 5 inl. dagv.) heeft de rechtsvoorgangster van ABN AMRO (Fortis Bank Nederland N.V., verder: Fortis) aan S3&A een rekening-courant faciliteit verstrekt met een limiet van € 3.000.000,= met als einddatum 1 november 2010. Het krediet werd verleend ten behoeve van de resterende certificaten van BrammBramm Beheer B.V. Voor deze kredietfaciliteit diende door S3&A als zekerheid te worden verstrekt een borgtocht van Wave en een verhoging van een aan Fortis verstrekt pandrecht op de gecertificeerde aandelen van 22,200 % naar 33,300%.
- d. Over voormelde kredietfaciliteit, die aanvankelijk € 2.000.000,= zou bedragen en later € 3.000.000,= is geworden, en de door Fortis daarvoor verlangde zekerheden, heeft onder meer overleg plaatsgevonden tussen [vertegenwoordiger Fortis] van Fortis en [financieel adviseur Wave] , financieel adviseur van Wave.
- e. In een telefoongesprek van 14 april 2010 (prod. 3 cva) tussen [vertegenwoordiger Fortis] (aangeduid als [vertegenwoordiger Fortis] ) en [financieel adviseur Wave] (aangeduid als [financieel adviseur Wave] ) is over de van Wave gevraagde borgstelling onder meer het volgende besproken :
- "(...)
- [financieel adviseur Wave] (...) dat werd uitgelegd als een, ja, een zachte zekerheid waar in feite beperkte risico's aan werden gehangen. Nou hangt aan een borgtocht naar mijn idee nooit beperkte risico's, dus ik was eigenlijk benieuwd naar meer achtergrond.*
- (..)
- [vertegenwoordiger Fortis] (...) is men druk doende een nieuwe aandeelhouder aan boord te halen. In het kader van die aandelenbeweging koopt [directeur Partner Logistics] (toev. hof: [directeur Partner Logistics] ) een paar bestaande managementleden uit (..) en voor 2-miljoen daarvan vraagt hij ons een krediet.*
- (...) dat een nieuwe aandeelhouder zeer aanstaande is. (..) Dus wij verwachten dat in het derde kwartaal af te ronden.*
- [financieel adviseur Wave] (...) Ik begreep dat het een bedoeling was dat de borgtocht zou lopen tot november (...) en dat komt ook in de borgtocht, als einddatum wordt die er ook in vermeld.*
- [vertegenwoordiger Fortis] Nee, nee, dat is eigenlijk ongewenst, uh, dus het zal wel een open eind zijn, maar het is absoluut een redelijke verwachting. Ik zal eerlijk zijn, wij streven er zelfs eigenlijk naar om dat in augustus zo'n beetje afgerond te hebben.*
- [financieel adviseur Wave] Maar dat kan wel als voorwaarde ook in de borgtocht vermeld worden, dat bij het afronden van die transactie de borgtocht weer teruggegeven wordt?*
- [vertegenwoordiger Fortis] Dat wel, ja, want hij is zuiver bedoeld voor die 2-miljoen en wij zouden ook in een begeleidende brief even deze context kunnen opschrijven, maar, uh, het is een brug te ver om dat in de akte op te nemen. (..)"*
- f. In dat telefoongesprek is verder besproken:
- " (..)
- [financieel adviseur Wave] Ik zit even te denken aan het, kijk een borgtocht, hij wordt niet voor niks gevraagd, mocht er, maar dan ga ik heel in uitersten denken, maar stel dat hij toch aangesproken wordt, ja dan is 2-miljoen een enorme hap.*
- (...) ik vind het op zich dan niet zo vreemd om toch ergens naar een bepaalde vorm van zekerheid te kijken waar een bank in principe niet mee kan werken maar wat bijvoorbeeld, wat [bestuurder Wave] (hof: [bestuurder Wave] ) persoonlijk wel zou kunnen.*
- (...)
- [financieel adviseur Wave] (..) [bestuurder Wave] (..) wil ontzettend graag wil hij helpen, maar goed ik heb hem ook wel tegen het licht aangehouden, van ja houd er rekening mee, als die borgtocht aangesproken wordt wat het voor je betekent, het is zeker geen zachte zekerheid.*
- (...) En je moet toch op de een of andere manier een bepaalde securisatie er tegenover kunnen krijgen wil je daarin meegaan (...)*
- [vertegenwoordiger Fortis] Ja, laat ik even kijken in hoeverre de aandelen aan ons verpand zijn (..) Als dat zo is zouden we nog steeds kunnen afspreken dat op het moment dat wij*

- claimen onder die borgtocht, uh, u gaat die borgtocht regelen om een stuk van die aandeelhouders uit te kopen, dat er dan verpanding plaatsvindt ook van een stuk van die aandelen. (...)*"
- g. In een telefoongesprek van 16 april 2010 (prod. 3 cva) is vervolgens tussen [financieel adviseur Wave] en [vertegenwoordiger Fortis] het volgende gezegd:  
" [vertegenwoordiger Fortis] *Ok, dus ik mag aannemen dat het nu bevredigend is hè?*  
[financieel adviseur Wave] *Uh, ja, uh, als ik het goed begrijp (...) dat op het moment dat we de borgstelling afgeven, uh, dan komt er een sideletter (...) en in die sideletter komt te staan dat die, uh, ja, een aanspraak maakt op verpanding van aandelen.*  
(...)  
[vertegenwoordiger Fortis] *Ja en wij willen eigenlijk over de mail nu een conceptbriefje sturen.*  
(...)  
[financieel adviseur Wave] *Ja, ik vind dat prima, want dan kan ik het doorleiden. (..) Dan kan [bestuurder Wave] er nog even naar kijken. (...)*"
- h. Bij brief van 19 april 2010 (prod. 4 cva) heeft [vertegenwoordiger Fortis] namens Fortis vervolgens aan Wave ( [bestuurder Wave] ) bericht: "*Wij hebben vernomen dat u voor de financiering van de overname van de certificaten van BrammBramm Beheer bereid bent een borgtocht af te geven van EUR 2.000.000,=. Wij hebben met u besproken dat de bankfinanciering van de transactie in principe loopt tot uiterlijk 1 november 2010. Zodra de bankfinanciering is afgewikkeld zullen wij de borgtocht aan u retourneren. Mocht zich onverhoopt een situatie voordoen waardoor wij genoodzaakt zijn onder de door u afgegeven borgtocht te claimen, dan zeggen wij u toe dat wanneer dit het geval is u in onze rechten kunt treden voor het pandrecht dat rust op de aandelen van [bestuurder S3&A] Holding voor 22,2 %. (...)*"
- i. Op 25 juni 2010 heeft [bestuurder Wave] daarna namens Wave als zakelijk borg een borgtochtovereenkomst getekend (prod. 3 inl. dagv en prod. 1 mva).  
Onder 2 van de borgtochtovereenkomst is bepaald: "*Deze borgtocht is onafhankelijk van eventuele andere borgtochten en geldt voor al hetgeen de Kredietnemer aan de Bank nu of te eniger tijd verschuldigd mocht zijn, uit welken hoofde ook (...), echter tot een maximum bedrag van EUR 3.000.000,00 (...)*".
- j. S3&A is haar verplichtingen uit de kredietovereenkomst niet nagekomen en heeft het krediet niet op 1 november 2010 terugbetaald.
- k. Bij brief van 26 augustus 2011 (prod. 7 inl. dagv.) heeft de rechtsopvolgster van Fortis, ABN AMRO, inzake de kredietfaciliteit aan S3&A geschreven: "*(..) Wij hebben geconstateerd dat u met betrekking tot bovengenoemde faciliteit al enige tijd de kredietlimiet overschrijdt, momenteel voor een bedrag ad EUR 134.353,85. Wij verzoeken u dan ook uiterlijk 9 september as. de debetstand (...) terug te brengen tot de toegestane kredietlimiet, zijnde EUR 3.000.000,= (...)*"
- l. Bij brief van 9 januari 2012 (prod. 8 inl.dagv.) heeft de advocaat van ABN AMRO aan S3&A geschreven: "*(...) De Vennootschap is al enige tijd in verzuim onder de Faciliteit. De Faciliteit is op 1 november 2010 komen te vervallen. (...) In 2011 hebben diverse besprekingen plaatsgevonden ten aanzien van het voortdurend verzuim en in november 2011 heeft ABN aangeboden geen handhavingsmaatregelen te treffen onder de voorwaarden zoals neergelegd in een concept standstillovereenkomst. (...) Ik constateer dat de standstillovereenkomst niet is ondertekend (...) Onder deze omstandigheden is ook de Faciliteit direct opeisbaar en is ABN gerechtigd om betaling te vorderen en de Faciliteit te beëindigen. (..) ABN is thans tevens bevoegd de zekerheden en garanties uit te winnen en om aanspraak te maken op de borgtocht. ABN zal de borg hieromtrent separaat berichten en een kopie sturen van deze brief. (...)*"
- m. Bij brief van dezelfde datum (9 januari 2012, prod. 9 inl. dagv) heeft de advocaat van ABN AMRO Wave meegedeeld dat S3&A al geruime tijd in verzuim was om te voldoen aan haar verplichtingen.
- n. In de periode tussen het verstrijken van de einddatum van het aan S3&A verstrekte rekening-courantkrediet en medio 2012 is ABN AMRO nauw betrokken geweest bij een herstructurering van de Partner Logistics Groep. Er is niet tot een structurele oplossing gekomen voor de financieringsproblemen van de Partner Logistics Groep. Op 30 mei 2012 is

aan Partner Logistics Group B.V. en aan Partner Logistics Europe B.V. surséance van betaling verleend. Deze vennootschappen zijn kort daarna gefailleerd.

- o. ABN AMRO heeft Wave op 26 september 2012 geschreven dat zij genoodzaakt was over te gaan tot uitwinning van de borgtocht en haar een termijn van 14 dagen gesteld om het bedrag van € 3.000.000,=, te vermeerderen met rente vanaf 25 september 2012 te voldoen. Bij brief van 16 mei 2013 (prod. 11 inl. dagv.) heeft de advocaat van ABN AMRO namens ABN AMRO Wave andermaal gesommeerd tot betaling binnen 7 dagen, derhalve uiterlijk 23 mei 2013, van een bedrag van in totaal € 3.105.570,= op grond van de borgtocht.
- p. Wave is niet tot enige betaling overgegaan.

3.2.2. ABN AMRO heeft in het geding in eerste aanleg in conventie veroordeling van Wave gevorderd tot betaling van € 3.000.000,=, te vermeerderen met de contractuele rente vanaf 25 september 2012 en de proceskosten, waaronder de beslagkosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

3.2.3. Wave heeft die vordering bestreden. Zij stelde primair dat, hoewel dat in de akte van borgtocht niet is vermeld, beide partijen de intentie hebben gehad een borgtocht van beperkte duur (tot uiterlijk 1 november 2010) aan te gaan. Volgens Wave is de borgtocht derhalve op 1 november 2010 van rechtswege komen te vervallen. Wave beriep zich, voor het geval van een borgtocht voor bepaalde tijd geen sprake zou worden geacht, op de vernietigbaarheid van de borgtochtovereenkomst wegens dwaling. Meer subsidiair betoogde zij dat ABN AMRO door het laten voortduren van het krediet aan S3&A een nieuwe kredietovereenkomst met S3&A is aangegaan waarvoor Wave zich geen borg heeft gesteld. Nog meer subsidiair beriep Wave zich erop dat ABN AMRO door geruime tijd niet in actie te komen na de einddatum van het kortlopende krediet haar recht om Wave nog uit hoofde van haar borgstelling voor dat krediet aan te spreken had verwerkt. Meest subsidiair beriep Wave zich op ontbinding van de overeenkomst van borgtocht wegens een toerekenbare tekortkoming van ABN AMRO, daarin bestaande dat ABN AMRO jegens Wave niet de zorgvuldigheids- en inspanningsverplichtingen heeft betracht die van haar mochten worden verwacht. Wave verweet ABN AMRO dat zij zich pas op 9 januari 2012 tot Wave heeft gewend en daarmee het belang van Wave bij een prompte informatie heeft miskend. Wave had, zo stelde zij, er groot belang bij om direct door ABN AMRO aangesproken te worden omdat zij dan op haar beurt de door haar voor de borgstelling bedongen zekerheid had kunnen invoeren op een moment dat deze voor haar nog enige waarde had. Wave stelde verder dat het beroep van ABN AMRO op punt 4 van de borgtochtovereenkomst (afstand van alle verweermiddelen door Wave) naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht.

Wave vorderde in (voorwaardelijke) reconventie (1) vernietiging van de borgtochtovereenkomst wegens dwaling, (2) ontbinding van de overeenkomst en (3) voor zover geen vernietiging of ontbinding zou plaatsvinden, vergoeding van de door het gestelde onzorgvuldig handelen van ABN AMRO door Wave geleden schade, ter hoogte van het in conventie toe te wijzen bedrag dan wel een ex aequo et bono te begroten bedrag.

3.2.4. Bij het eindvonnis van 8 oktober 2014 heeft de rechtbank de vorderingen van ABN AMRO in conventie toegewezen (overigens zonder vermelding van de wettelijke rente over de proceskosten waarvan de rechtbank in r.o. 4.4 van het vonnis overwoog dat deze zou worden toegewezen). De rechtbank wees bij het eindvonnis van 8 oktober 2014 de vorderingen van Wave in reconventie af.

3.2.5. Wave heeft tegen het eindvonnis van 8 oktober 2014 vier grieven aangevoerd en geconcludeerd tot afwijzing alsnog van de vorderingen van ABN AMRO in conventie en toewijzing alsnog van haar vorderingen in reconventie.

In grief 1 komt Wave op tegen de verwerping door de rechtbank van haar verweer dat tussen partijen een borgtocht voor beperkte termijn was overeengekomen en de verwerping van haar beroep op rechtsverwerking (r.o. 4.1).

Met grief 2 bestrijdt Wave de verwerping door de rechtbank van haar verweer dat de bank (het hof zal hierna blijven spreken van ABN AMRO, ook voor zover het gaat om handelingen en/of gebeurtenissen die zich hebben afgespeeld ten tijde van de rechtsvoorgangster van ABN AMRO) in strijd met haar zorgvuldigheidsverplichting heeft gehandeld (r.o. 4.3).

Grief 3 is gericht tegen de afwijzing door de rechtbank van de vordering van Wave in

reconventie tot ontbinding van de overeenkomst van borgtocht en veroordeling tot schadevergoeding (r.o. 4.6 en r.o. 4.7).

Grief 4 is in algemene bewoordingen gericht tegen de toewijzing door de rechtbank van de vorderingen van ABN AMRO in conventie en de afwijzing van de vorderingen van Wave in reconventie. In de toelichting op deze grief stelt Wave dat zij met deze grief het geschil in volle omvang ter beoordeling aan het hof beoogt voor te leggen.

- 3.3. Ten aanzien van grief 4 overweegt het hof dat Wave door het enkele instellen van een dergelijke 'veeggrief' niet kan bewerkstelligen dat andere dan behoorlijk in het geding in hoger beroep naar voren gebrachte bezwaren tegen het beroepen vonnis bij de beoordeling worden betrokken. Het hof stelt vast dat Wave in de memorie van grieven geen concrete grief heeft gericht tegen de verwerping door de rechtbank van haar subsidiaire beroep op dwaling en haar meer subsidiaire beroep op vernieuwing van het krediet aan S3&A. Evenmin heeft zij een concrete grief heeft gericht tegen de afwijzing van haar vordering in reconventie tot vernietiging van de overeenkomst van borgtocht op grond van dwaling.
- Het hof zal daarom - bij gebreke van een voldoende concrete grief tegen de oordelen van de rechtbank daaromtrent - het subsidiaire beroep van Wave op dwaling en haar vordering in reconventie tot vernietiging van de overeenkomst op grond van dwaling en het meer subsidiaire beroep op schuldvernieuwing niet opnieuw beoordelen.
- 3.4.1. Wave erkent dat in de door haar ondertekende akte van borgtocht aan de borgtocht geen termijn is gesteld. Zij stelt echter dat bij een uitleg naar de Haviltex-maatstaf niettemin moet worden geconcludeerd dat het in dit geval gaat om een borgtocht voor bepaalde tijd. Wave beroept zich voor dat standpunt op de aan de totstandkoming van de overeenkomst voorafgegane gesprekken tussen [vertegenwoordiger Fortis] en [financieel adviseur Wave] en op het feit dat de borgtocht werd verstrekt voor een kortlopend krediet. Wave verwijst verder naar de door haar bedongen zekerheid in de vorm van de mogelijkheid om in de rechten van ABN AMRO te kunnen treden ten aanzien van pandrecht van ABN AMRO op 22,2% (33,3%) van de aandelen in [bestuurder S3&A] Holding.
- 3.4.2. Naar het oordeel van het hof zijn in de door Wave genoemde telefoongesprekken tussen [vertegenwoordiger Fortis] en [financieel adviseur Wave] geen aanwijzingen te vinden voor de stelling van Wave dat ABN AMRO bereid was om de borgtocht voor beperkte duur te doen zijn. Uit die gesprekken (hiervoor in r.o. 3.2.1 gerelateerd onder e, f en g) blijkt juist dat [vertegenwoordiger Fortis] op een opmerking van [financieel adviseur Wave] van die strekking niet instemmend heeft gereageerd doch daarentegen juist te kennen heeft gegeven dat dit ongewenst was. Uit voormelde gesprekken blijkt niet meer dan dat [vertegenwoordiger Fortis] de - niet in de schriftelijke overeenkomst van borgtocht tot uitdrukking gebrachte - toezegging heeft gedaan dat de borgtocht uitsluitend ten behoeve van de aan S3&A verstrekte tijdelijke kredietfaciliteit zou worden verstrekt en dat ABN AMRO bereid was om, indien onder de borgtocht zou worden geclaimd, Wave in haar pandrecht op de aandelen van [bestuurder S3&A] Holding voor 22,2 % (33,3%) te laten treden. Deze niet in de schriftelijke overeenkomst van borgtocht op te nemen afspraken zouden volgens [vertegenwoordiger Fortis] in dat telefoongesprek kunnen worden vastgelegd in een begeleidende brief c.q. sideletter. Die vastlegging is vervolgens ook gerealiseerd in de in r.o. 3.2.1 onder h gerelateerde brief van 19 april 2010 van Fortis aan Wave.
- 3.4.3. Uit de brief van 19 april 2010 heeft Wave naar het oordeel van het hof evenmin meer mogen afleiden dan dat (a) de borgtocht alleen zou worden verstrekt ten behoeve van de specifieke kortdurende kredietfaciliteit van aanvankelijk € 2.000.000,= en later € 3.000.000,= en (b) dat zij, indien die kredietfaciliteit zou zijn afgewikkeld, de borgtocht geretourneerd zou krijgen en bij een onverhoopte aanspraak op de borgtocht in de pandrechten van ABN AMRO zou kunnen treden. Uit het enkele feit dat de borgtocht werd verstrekt voor een kortlopend krediet heeft Wave niet mogen concluderen dat de borgtocht, zonder dat dit in de overeenkomst is vermeld, van eenzelfde beperkte duur zou zijn.
- 3.4.4.

Op grond van het voorgaande verwerpt het hof, evenals de rechtbank, het primaire verweer van Wave dat tussen partijen een in tijdsduur beperkte borgtocht is overeengekomen. Nu door Wave geen andere feiten of omstandigheden zijn aangevoerd die, indien bewezen, tot een ander oordeel kunnen leiden, gaat het hof aan het door Wave aangeboden bewijs van haar voormelde stelling als niet relevant voorbij.

- 3.4.5. Het hof verwerpt eveneens het beroep van Wave op rechtsverwerking door ABN AMRO. Het enkele feit dat ABN AMRO na de einddatum van het krediet Wave niet aanstonds uit hoofde van de borgtocht heeft aangesproken leidt niet tot rechtsverwerking. Mede gelet op de afspraak tussen partijen dat ABN AMRO na afwikkeling van het krediet de borgtocht aan Wave zou retourneren en een dergelijke retournering is uitgebleven, kan evenmin worden geoordeeld dat ABN AMRO bij Wave het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat (het krediet was afgewikkeld en) zij haar aanspraak jegens Wave uit hoofde van de borgtocht niet meer geldend zou maken.
- 3.4.6. Het voorgaande betekent dat grief 1 faalt.
- 3.5.1. Daarmee komt het verwijt van Wave aan de orde dat ABN AMRO onzorgvuldig jegens haar heeft gehandeld door haar pas op 9 januari 2012 van het verzuim van S3&A in de nakoming van haar verplichtingen uit het kortlopend krediet in kennis te stellen en haar pas op 26 september 2012 te laten weten dat zij tot uitwinning van de borgtocht zou over gaan. Volgens Wave had ABN AMRO haar eerder behoren te informeren over het feit dat ABN AMRO het krediet (nog) niet had afgewikkeld omdat zij, Wave, dan haar positie had kunnen bepalen en kunnen afwegen wat zij met haar zekerheid kon doen. Doordat ABN AMRO met die kennisgeving meer dan een jaar heeft gewacht werd Wave, naar zij stelt, geconfronteerd met een zekerheid waarvan de waarde inmiddels was verdampt.
- 3.5.2. Het hof overweegt allereerst dat naar zijn oordeel het bepaalde onder 4 van de overeenkomst van borgtocht – de afstand door de borg van de verweermiddelen en rechten die aan de kredietnemer en/of de borg toekomen – aan het beroep van Wave op onzorgvuldig handelen van ABN AMRO niet in de weg kan staan. Het hof neemt bij de beoordeling van dit beroep verder in aanmerking dat uit de hiervoor besproken telefoongesprekken tussen [vertegenwoordiger Fortis] en [financieel adviseur Wave] blijkt dat Wave zich de risico's van de verlening van een borgtocht realiseerde en dat zij bij haar bereidheid tot het nemen van die risico's heeft meegewogen dat de borgtocht uitsluitend voor een krediet van beperkte duur zou worden verleend en dat zij daarvoor een zekerheid kreeg door de toezegging van ABN AMRO dat zij bij uitwinning in de pandrechten van ABN AMRO op 33,3% van de aandelen in [bestuurder S3&A] Holding zou treden.
- 3.5.3. Het hof merkt op dat Wave zelf degene is geweest die zich borg heeft gesteld voor de verplichtingen van S3&A uit het kortlopend krediet en dat zij zelf voormelde omstandigheden – de korte duur van het krediet en de aan haar door ABN AMRO daarvoor verstrekte zekerheid van de pandrechten – van doorslaggevende betekenis achtte voor het door haar geaccepteerde risico van een borgstelling voor de verplichtingen van S3&A uit dat krediet. Het had dan ook bij uitstek juist op de weg van Wave zelf gelegen om zich er na het verstrijken van de termijn van het kortlopend krediet van te vergewissen – hetzij bij de schuldenaar hetzij bij de bank – of het krediet naar behoren was afgewikkeld. Dit geldt temeer nu Wave, gezien de afspraak tussen ABN AMRO en haar dat na afwikkeling van het krediet de borgtocht aan haar zou worden geretourneerd en die retournering vervolgens uitbleef, geen reden had om bij gebrek aan berichtgeving op een afwikkeling in de door haar veronderstelde zin te vertrouwen.
- 3.5.4. ABN AMRO was, naar zij op zichzelf terecht stelt, rechtens niet gehouden om na 1 november 2010 Wave te laten weten dat S3&A niet aan haar betalingsverplichtingen uit de kredietovereenkomst had voldaan. Het aan S3&A verleende krediet was een krediet voor bepaalde tijd. Bij niet voldoening aan haar verplichtingen uit dat krediet op uiterlijk 1 november 2010 was S3&A van rechtswege in verzuim. ABN AMRO hoefde S3&A daarvoor niet in gebreke te stellen en was daarmee ook niet gehouden tot het doen van een mededeling als bedoeld in art. 7:855 lid 2 BW aan Wave.

- 3.5.5. Dit alles neemt evenwel niet weg dat het ook voor ABN AMRO uit de gesprekken tussen [vertegenwoordiger Fortis] en [financieel adviseur Wave] in verband met de borgtocht duidelijk moet zijn geweest dat juist de korte duur van het krediet en de aard van de aan de borgstelling verbonden zekerheid voor Wave omstandigheden waren die voor haar het risico van een borgtocht overzienbaar en acceptabel maakten. Gezien die omstandigheid had naar het oordeel van het hof, gelet op de door ABN AMRO ook jegens Wave als borg in acht te nemen zorgvuldigheid, niettemin van ABN AMRO mogen worden verwacht dat zij Wave niet onkundig had gelaten van haar voornemen om S3&A in afwachting van een financiële herstructurering van de Partner Logistics groep nog niet op haar verzuim aan te spreken. Het hof neemt hierbij in aanmerking dat van enige betrokkenheid van Wave bij of bekendheid van Wave met die reorganisatie vooralsnog niet is gebleken. [bestuurder Wave] (Wave) was weliswaar mede oprichter van het concern maar zijn aandeelhouderschap en positie als commissaris eindigden, naar Wave stelt (cva 5) en [bestuurder Wave] bij het pleidooi in hoger beroep heeft bevestigd, met de verkoop van zijn aandelen in april 2008.
- 3.5.6. Daarmee komt de vraag aan de orde òf en hoeverre voormelde nalatigheid van ABN AMRO tot enig nadeel van Wave heeft geleid. De stelling van Wave dat dit tot nadeel heeft geleid, is door ABN AMRO uitdrukkelijk betwist, zodat Wave dit door haar gestelde nadeel en het causaal verband daarvan met het aan ABN AMRO te verwijten handelen nader zal dienen te bewijzen. Het hof zal Wave, gelet op het door haar gedaan bewijsaanbod, toelaten tot dat bewijs.
- 3.5.7. Het hof overweegt met betrekking tot het door Wave bij te brengen bewijs reeds thans dat het enkele feit dat, zoals door Wave gesteld (en door ABN AMRO eveneens is betwist), de waarde van de zekerheid na de met de herstructurering gemoeide tijd is 'verdamppt' voor het bewijs van haar stelling niet voldoende zal zijn. Voor het causaal verband tussen de aan ABN AMRO te verwijten onzorgvuldigheid en het nadeel dat Wave dientengevolge stelt te hebben ondervonden, zal Wave tevens bewijs moeten leveren van feiten en omstandigheden op grond waarvan kan worden aangenomen dat Wave, indien zij wel kort na 1 november 2010 door ABN AMRO in kennis zou zijn gesteld van de respijtverlening aan S3&A in verband met de herstructurering door ABN AMRO, ervoor zou hebben gekozen om in dat geval direct als borg de schuld van S3&A te voldoen dan wel, onafhankelijk van de herstructurering, een voldoening door S3&A van haar schuld aan ABN AMRO zou hebben kunnen bewerkstelligen. Het hof zal de bewijsopdracht daarom formuleren als in het dictum van dit arrest nader omschreven.
- 3.5.8. ABN AMRO heeft, voor het geval wel tot enige aansprakelijkheid van haar op grond van onzorgvuldig handelen zou worden geconcludeerd, een beroep op medeschuld van Wave gedaan. Dit aspect zal door partijen bij de bewijsvoering kunnen worden betrokken.

3.6. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

#### 4 De uitspraak

Het hof:

laat Wave toe tot het bewijs van: *feiten en omstandigheden waaruit kan worden geconcludeerd dat en in welke mate Wave, indien zij door ABN AMRO in kennis was gesteld van het uitstel van de afwikkeling van het aan S3&A verleende krediet, de gevolgen van haar aansprakelijkheid als borg voor de niet voldoening door de hoofdschuldenaar had kunnen beperken en zou hebben beperkt;*



bepaalt, voor het geval Wave bewijs door getuigen wil leveren, dat getuigen zullen worden gehoord ten overstaan van mr. J.A.M. van Schaik-Veltman als raadsheer-commissaris, die daartoe zitting zal houden in het Paleis van Justitie aan de Leeghwaterlaan 8 te 's-Hertogenbosch op een door deze te bepalen datum;

verwijst de zaak naar de rol van 12 januari 2016 voor opgave van het aantal getuigen en van de verhinderdata van partijen zelf, hun advocaten en de getuige(n) in de periode van 4 tot 12 weken na de datum van dit arrest;

bepaalt dat de raadsheer-commissaris na genoemde roldatum dag en uur van het getuigenverhoor zal vaststellen;

bepaalt dat de advocaat van Wave tenminste zeven dagen voor het verhoor de namen en woonplaatsen van de te horen getuigen zal opgeven aan de wederpartij en aan de civiele griffie;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.A.M. van Schaik-Veltman, H.A.G. Fikkers en mr. M.E. Bruning en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 22 december 2015.

griffier rolraadsheer