

ECLI:NL:GHAMS:2017:1048

Instantie Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak 28-03-2017

Datum publicatie 15-05-2017

Zaaknummer 200.177.460/01

Rechtsgebieden Civiel recht

Bijzondere kenmerken Hoger beroep

Inhoudsindicatie

Aan X is door schuldenaar Y gevraagd om zich borg te stellen voor diens schuld aan Z. X geeft in dat kader aan zijn bank opdracht om een bankgarantie te stellen ten gunste van Z, welke door deze laatste wordt ingeroepen. Artikel 1:88 lid 1 sub c BW is niet van toepassing op de overeenkomst tussen X en zijn bank die strekt tot het stellen van bedoelde bankgarantie (en de daaruit voortvloeiende zogenoemde contragarantie). Geen schending informatieplicht bank.

Wetsverwijzingen [Burgerlijk Wetboek Boek 1](#)
[Burgerlijk Wetboek Boek 1 88](#)
[Burgerlijk Wetboek Boek 1 89](#)

Vindplaatsen Rechtspraak.nl
JOR 2017/271 met annotatie van mr. R.I.V.F. Bertrams
AR 2017/5719
AR 2017/2511

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.177.460/01

zaaknummer rechtbank Amsterdam : C/13/544417 / HA ZA 13-685

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 28 maart 2017

inzake

de naamloze vennootschap ABN AMRO BANK N.V.,

gevestigd te Amsterdam,
appellante,
tevens incidenteel geïntimeerde,
advocaat: mr. A.J. Haasjes te Amsterdam,

tegen:

1 [X] ,

wonend te [woonplaats] ,

2. [geïntimeerde sub 2],

wonend te [woonplaats] ,

geïntimeerden,

tevens incidenteel appellanten,

advocaat: mr. S. Velthuisen te Rotterdam.

1 Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna ABN AMRO en [X] c.s. (en ieder voor zich [X] respectievelijk [geïntimeerde sub 2]) genoemd.

ABN AMRO is bij dagvaarding van 15 september 2015 in hoger beroep gekomen van vonnissen van de rechtbank Amsterdam van 14 mei 2014 en 26 augustus 2015, onder bovenvermeld zaaknummer gewezen tussen [X] c.s. als eisers en ABN AMRO als gedaagde.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

memorie van grieven, met producties;

- memorie van antwoord, tevens akte wijziging eis, tevens memorie van grieven in incidenteel appel, met producties;

- memorie van antwoord in incidenteel appel, tevens incidentele vordering ex art. 843a Rv, met een productie;

- memorie van antwoord in het incident ex art. 843a Rv.

Bij rolbeslissing van 24 mei 2016 heeft het hof het verzoek tot een afzonderlijke behandeling van de incidentele vordering ex art. 843a Rv afgewezen op de grond dat onvoldoende duidelijk is of de beslissing op het verzoek rechtstreeks van invloed is op de voortgang van de zaak.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 16 december 2016 doen bepleiten door hun hiervoor

genoemde advocaten, [X] en [geïntimeerde sub 2] tevens door mr. D.R.D. van Lenningh, advocaat te Rotterdam, aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd.

Ten slotte is arrest gevraagd.

ABN AMRO heeft geconcludeerd dat het hof de bestreden vonnissen zal vernietigen en de vorderingen van [X] c.s. alsnog zal afwijzen, met veroordeling – uitvoerbaar bij voorraad – van [X] c.s. tot terugbetaling, met rente, van al hetgeen de bank op grond van de vonnissen waarvan beroep aan hen heeft betaald, en met beslissing over de proceskosten, met rente en nakosten.

[X] c.s. hebben geconcludeerd tot bekrachtiging van de bestreden vonnissen, zij het met een aanpassing van het dictum, en met – uitvoerbaar bij voorraad – beslissing over de proceskosten, met nakosten en rente.

In het incidentele appel hebben [X] c.s. geconcludeerd dat ABN AMRO bovendien wordt veroordeeld tot betaling van € 7.257,59, vermeerderd met rente, en – voorwaardelijk – dat de vorderingen van [X] c.s. worden toegewezen op de subsidiaire grondslagen, met beslissing over de kosten, met rente.

ABN AMRO heeft in het incidentele appel geconcludeerd tot verwerping van de grieven, met beslissing over de kosten, met rente.

In het incident heeft ABN AMRO gevorderd dat [X] c.s. worden veroordeeld tot verstrekking, op straffe van verbeurte van een dwangsom, van stukken betreffende – kort gezegd – door [X] ontvangen betalingen, met veroordeling van [X] c.s. in de kosten van het incident, met rente. [X] c.s. hebben geconcludeerd tot afwijzing van deze vorderingen, met veroordeling van ABN AMRO in de kosten van het incident, met rente.

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

2 Feiten

2.1. De rechtbank heeft in het in deze zaak gewezen tussenvonnissen van 14 mei 2014, onder 2 (2.1 tot en met 2.22) de feiten beschreven die tussen partijen vaststaan. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

(i) [X] en [geïntimeerde sub 2] zijn gehuwd.

(ii) [bank Z] , gevestigd te [vestigingsplaats] , Duitsland (hierna: [bank Z]), heeft € 1.464.000 geleend aan [Y] , gevestigd te [vestigingsplaats] , Duitsland (hierna: [Y]). [Y] werd bestuurd door [H] , een zoon van een kennis van [X] .

(iii) Op 22 juni 2005 heeft ABN AMRO aan [bank Z] een bankgarantie verstrekt tot betaling van maximaal € 420.000, tot zekerheid van de nakoming door [Y] van haar betalingsverplichtingen jegens [bank Z] .

(iv) Op 25 juni 2005 heeft [X] ten behoeve van ABN AMRO een akte van vrijwaring getekend, waarin hij – kort gezegd – bevestigt dat ABN AMRO in zijn opdracht een bankgarantie heeft gesteld (art. 1) en ABN AMRO vrijwaart voor betalingen onder deze garantie, des dat hij zich verbindt tot betaling aan ABN AMRO van alles wat ABN AMRO volgens haar opgave van [X] te vorderen heeft (art. 3, art. 4). Volgens het onderschrift van de akte dient deze, als zij wordt getekend door een natuurlijk persoon en strekt tot de voldoening van verplichtingen van een derde, mede te worden ondertekend door de echtgenoot van die natuurlijke persoon.

(v) In verband met de akte van vrijwaring heeft ABN AMRO [X] een obligokrediet verstrekt van € 420.000.

(vi) In 2008 heeft [X] gepoogd de bankgarantie te beëindigen. [bank Z] heeft daaraan echter niet willen meewerken en ABN AMRO heeft daarom geweigerd [X] uit diens verplichtingen onder de akte van vrijwaring te ontslaan. De bankgarantie is in de jaren daarna blijven bestaan.

(vii) Bij brief van 28 maart 2013 heeft [geïntimeerde sub 2], onder verwijzing naar art. 1:88 BW, aan ABN AMRO verklaard dat zij de akte van vrijwaring van 25 juni 2005 vernietigt.

(viii) Op 11 april 2013 heeft ABN AMRO van [bank Z] het bericht ontvangen dat zij de garantie inriep voor een bedrag van € 380.727,49. Op 18 april 2013 heeft ABN AMRO [X] laten weten dat zij de rekening van [X] voor eenzelfde bedrag in debet zal stellen. [X] heeft zich daartegen tevergeefs verzet. ABN AMRO heeft € 381.647,11 aan [bank Z] betaald en bij brief van 26 april 2013 heeft zij [X] geschreven dat zijn rekening is gedebiteerd met een bedrag van € 381.647,11.

(ix) [Y] is op of omstreeks 8 mei 2013 (naar Duits recht) failliet verklaard.

2.2. [X] c.s. hebben primair gevorderd – kort gezegd – dat voor recht wordt verklaard dat de akte van vrijwaring rechtsgeldig is vernietigd en dat ABN AMRO wordt veroordeeld om het bedrag van € 381.647,11 aan hen terug te betalen, met rente en kosten. Subsidiair hebben zij aangevoerd dat ABN AMRO haar zorgplicht jegens [X] heeft geschonden doordat zij heeft verzuimd [X] te informeren over de risico's van de financiële constructie, en hebben zij zich beroepen op dwaling althans de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, en voorts gesteld dat ABN AMRO toerekenbaar is tekortgeschoten althans onrechtmatig heeft gehandeld jegens [X], door zonder rechtsgrond een bedrag van € 381.647,11 van zijn rekening af te schrijven en niet te reageren op mededelingen en sommaties van [X].

2.3. In het tussenvonnis heeft de rechtbank vooropgesteld dat tussen partijen niet in geschil is dat de akte van vrijwaring binnen het bereik valt van art. 1:88 lid 1 sub c BW. Zij heeft ABN AMRO opgedragen om te bewijzen dat [geïntimeerde sub 2] op 28 maart 2010 – drie jaar voor haar vernietigingsverklaring – daadwerkelijk bekend was met de akte van vrijwaring en de financiële gevolgen die hieruit voor [X] konden voortvloeien. Nadat van beide zijden getuigen waren gehoord, heeft de rechtbank bij het eindvonnis beslist dat ABN AMRO het aan haar opgedragen bewijs niet had geleverd en de primaire vordering van [X] c.s. toegewezen.

3 Beoordeling

3.1. Tegen de beslissing van de rechtbank en de motivering die daaraan ten grondslag ligt, komt ABN AMRO met haar grieven op. In het incidentele appel vermeerderen [X] c.s. hun eis en grieven zij voorwaardelijk tegen de verwerping van de subsidiaire grondslagen van hun vordering en (gedeeltelijk) tegen de bewijswaardering door de rechtbank.

3.2. Door middel van haar eerste grief bestrijdt ABN AMRO dat de opdracht van [X] tot het stellen van de bankgarantie ten behoeve van [bank Z], het in dat kader tekenen en aangaan van de vrijwaring en het aangaan van het obligokrediet, rechtshandelingen zijn die worden bestreken door het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 1 sub c BW. Volgens ABN AMRO zijn de

bankgarantie en de akte van vrijwaring niet een zekerheid in de zin van art. 1:88 lid 1 sub c BW. Voorts stelt zij dat de bankgarantie en de akte van vrijwaring op zichzelf moeten worden beschouwd.

- 3.3. Het verweer van [X] c.s. dat de door de grief verdedigde stelling tardief is aangevoerd, wordt verworpen. De herstellfunctie van het hoger beroep brengt immers mee dat ABN AMRO alsnog de stelling kan aanvoeren dat de bankgarantie en de akte van vrijwaring niet kunnen worden aangemerkt als het stellen van zekerheid in de zin van art. 1:88 lid 1 sub c BW (zie bijvoorbeeld HR 11 december 1998, NJ 1999/341; HR 1 maart 2002, NJ 2003/355; HR 9 juli 2010, NJ 2010/418). Dit kan anders zijn indien sprake is van een gedekt verweer (art. 348 Rv), maar voor zover [X] c.s. hebben bedoeld te stellen dat ABN AMRO het verweer dat er geen sprake is van een rechtshandeling in de zin van art. 1:88 lid 1 sub c BW in eerste aanleg uitdrukkelijk heeft prijsgegeven, is dat onjuist, omdat zulks niet in de stellingen van ABN AMRO valt te lezen.
- 3.4. Bij de beoordeling van de grief strekt het hof tot uitgangspunt dat art. 1:88 lid 1 BW niet van (overeenkomstige) toepassing is op andere dan de in die bepaling met name genoemde rechtshandelingen, waaraan niet afdoet dat ook andere rechtshandelingen dan de in art. 1:88 BW genoemde een bedreiging kunnen vormen voor de financiële positie van de andere echtgenoot (HR 19 november 1993, NJ 1994/259; HR 29 november 2002, NJ 2003/152).
- 3.5. De grief slaagt. Volgens [X] c.s. heeft [Y] [X] verzocht om zich borg te stellen voor de schuld van [Y] aan [bank Z] en heeft [X] zich daartoe bereid verklaard. [X] heeft de nakoming van zijn mogelijk hieruit voortvloeiende betalingsverplichting jegens [bank Z] zekergesteld door aan ABN AMRO op te dragen een bankgarantie ten gunste [bank Z] te stellen. De zekerheid voor de schuld van een derde die onder het regime van artikel 1:88 lid 1 sub c BW valt en (mogelijk) voor vernietiging op de voet van artikel 1:89 BW in aanmerking komt, heeft [X] daarmee jegens [bank Z] (en met name niet jegens ABN AMRO) gesteld.
- [X] heeft door middel van de akte van vrijwaring bevestigd dat hij alle financiële verplichtingen die voor ABN AMRO uit de door [X] gegeven opdracht tot het stellen van een bankgarantie zouden voortvloeien voor zijn rekening zou nemen. Waar [X] c.s. verdedigen dat deze zogenoemde contragarantie onder het regime van artikel 1:88 lid 1 sub c BW valt, miskennen zij echter dat [X] door de ondertekening van die akte niet meer heeft gedaan dan toezeggen dat hij zijn *eigen* betalingsverplichting jegens ABN AMRO uit hoofde van de met deze gesloten overeenkomst van opdracht (lastgeving) zou nakomen. Daarvoor was niet de toestemming van [geïntimeerde sub 2] vereist.
- 3.6. Voor zover [X] c.s. betogen dat de akte van vrijwaring een handeling is die als een geheel met de bankgarantie moet worden gezien, des dat de vernietigingsverklaring van [geïntimeerde sub 2] moet worden geacht mede betrekking te hebben gehad op de bankgarantie, wordt dat betoog verworpen, reeds omdat de bankgarantie, zoals gezegd, is verstrekt met het oog op de nakoming door [X] van zijn eigen betalingsverbintenis uit hoofde van de door hem aan [bank Z] verstrekte zekerheid. Het hof brengt hierbij het uitgangspunt in herinnering dat art. 1:88 lid 1 BW niet van (overeenkomstige) toepassing is op andere dan de in die bepaling met name genoemde rechtshandelingen.
- 3.7. De stelling van [X] c.s. dat ABN AMRO "niet [heeft] bewezen dat [X] de opdrachtgever is van de bankgarantie", is reeds in het licht van de akte van vrijwaring – die dwingende bewijskracht heeft – niet goed te volgen en is overigens ongeloofwaardig. Zij wordt gepasseerd.
- 3.8. De overige grieven van ABN AMRO behoeven gelet op het voorgaande geen bespreking, zij het dat in verband met de devolutieve werking de subsidiaire grondslagen van de vordering van [X] c.s. aan de orde zijn, waarop [X] c.s. door middel van het voorwaardelijke incidentele appel zekerheidshalve wijzen. ABN AMRO heeft deze grondslagen in de toelichting op haar vijfde grief bestreden.

- 3.9. [X] c.s. stellen dat ABN AMRO [X] ten onrechte niet heeft geïnformeerd over de risico's van de akte van vrijwaring. Dit verwijt van [X] c.s. gaat echter langs de kern van de zaak: de opdracht tot het stellen van de bankgarantie en de uit die opdracht voortvloeiende vrijwaring bouwen voort op de zekerheidsstelling waartoe [X] zich jegens [bank Z] heeft verbonden. De risico's waarop [X] c.s. het oog hebben, betreffen de duur en de risico's van de investering in [Y] ([H]); de informatie daarover had moeten komen van [Y] en [bank Z] . Niet gebleken is dat ABN AMRO [X] onvoldoende heeft geïnformeerd over de bankgarantie en de vrijwaring en het hof verenigt zich dan ook met het oordeel van de rechtbank dat de vordering van [X] c.s. niet op deze grondslag toewijsbaar is.
- 3.10. Het beroep van [X] c.s. op – naar het hof begrijpt – de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid respectievelijk onrechtmatig handelen van ABN AMRO wegens het zonder rechtsgrond en rauwelijks debiteren van de rekening van [X] en het niet reageren op mededelingen en sommaties van [X] c.s. is in hoger beroep niet verder toegelicht dan in eerste aanleg. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat het beroep op de derogerende werking dient te worden gepasseerd nu het niet anders is gemotiveerd dan door de (hierboven verworpen) stellingen die strekken ter motivering van de stelling dat ABN AMRO haar informatieplicht heeft geschonden. De stelling dat ABN AMRO door de debitering van de rekening van [X] onrechtmatig heeft gehandeld, dient te worden verworpen, nu hierboven is vastgesteld dat ABN AMRO tot die debitering gerechtigd was.
- 3.11. Bij deze stand van zaken heeft [X] geen belang bij een bespreking van de eisvermeerdering die is ingesteld door middel van de eerste grief in het incidentele appel, noch bij een bespreking van zijn derde grief in het voorwaardelijke incidentele appel, die de bewijswaardering door de rechtbank betreft, waaraan in verband met het slagen van de eerste grief van ABN AMRO niet wordt toegekomen.
- 3.12. De slotsom is dat de eerste grief in het principale appel slaagt en dat de (vermeerderde) eis van [X] c.s. noch op de primaire grondslag noch op de subsidiaire grondslagen toewijsbaar is. Gelet daarop behoeft de incidentele vordering van ABN AMRO geen bespreking. De vonnissen waarvan beroep zullen worden vernietigd en de vordering van [X] c.s. zal alsnog worden afgewezen. [X] c.s. zullen als de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in eerste aanleg en in het principale hoger beroep en voorts, nu het incidentele hoger beroep niet uitsluitend heeft gestrekt tot het onder de aandacht brengen van stellingen die op grond van de devolutieve werking aan de orde zijn, in de kosten van het incidentele hoger beroep. ABN AMRO zal worden veroordeeld in de kosten van het incident.

4 Beslissing

Het hof:

rechtdoende in principaal en incidenteel appel en in het incident ex art. 843a Rv:

vernietigt de vonnissen waarvan beroep, en opnieuw rechtdoende:

wijst de vorderingen van [X] c.s. af;

wijst de incidentele vordering van ABN AMRO af;

veroordeelt [X] c.s. tot terugbetaling van al hetgeen ABN AMRO op grond van de vonnissen waarvan beroep aan hen heeft betaald, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf de dag van betaling tot de dag der algehele voldoening;

veroordeelt [X] c.s. in de kosten van het geding in beide instanties aan de zijde van ABN AMRO begroot op € 3.962,50 aan verschotten en € 10.320,- voor salaris in eerste aanleg en in hoger beroep tot op heden op € 5.254,19 aan verschotten en op € 9.789,- voor salaris in principaal appel en op € 4.894,50 voor salaris in incidenteel appel en voorts op € 131,- voor nasalaris, te vermeerderen met € 68,- voor nasalaris en met de kosten van het betekeningsexploit, ingeval niet binnen veertien dagen is voldaan aan de bij dit arrest uitgesproken veroordeling(en) en betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en vermeerderd met de wettelijke rente over deze kosten indien [X] c.s. deze niet binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest hebben voldaan;

veroordeelt ABN AMRO in de kosten van het incident begroot op € 894,- voor salaris, vermeerderd met de wettelijke rente over dit bedrag indien ABN AMRO dit niet binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest heeft voldaan;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

Dit arrest is gewezen door mrs. W.A.H. Melissen, E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell, en A.C. van Schaick en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 28 maart 2017.