

ECLI:NL:HR:2018:915

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	15-06-2018
Datum publicatie	15-06-2018
Zaaknummer	17/01316
Formele relaties	In cassatie op : ECLI:NL:GHSHE:2016:5409, Bekrachtiging/bevestiging Conclusie: ECLI:NL:PHR:2018:206, Gevolgd
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	Borgtocht (art. 7:850 BW). Vraag of borgtochtovereenkomst op grond van art. 6:265 BW ontbonden kan worden. Wederkerige overeenkomst (art. 6:261 lid 1 BW)? Rechtsbetrekking die strekt tot wederzijds verrichten van prestaties (art. 6:261 lid 2 BW)? Schending zorgvuldigheidsverplichting door schuldeiser.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl NJB 2018/1245 RvdW 2018/726

Uitspraak

15 juni 2018

Eerste Kamer

17/01316

LZ/AR

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

WAVE B.V.,

gevestigd te Bergen op Zoom,

EISERES tot cassatie, verweerster in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,

advocaten: mr. A.C. van Schaick en mr. N.E. Groeneveld-Tijssens,

t e g e n

ABN AMRO N.V.,
gevestigd te Amsterdam,
VERWEERSTER in cassatie, eiseres in het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,
advocaat: mr. F.E. Vermeulen.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als Wave en ABN AMRO.

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak C/02/264369/HA ZA 13-373 van de rechtbank Zeeland-West-Brabant van 11 december 2013 en 8 oktober 2014;
- b. de arresten in de zaak 200.164.619/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 22 december 2015 en 6 december 2016.

De arresten van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen de arresten van het hof heeft Wave beroep in cassatie ingesteld. ABN AMRO heeft voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld.

De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer tot verwerping geconcludeerd.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, voor ABN AMRO mede door mr. P.B. Fritschy.

De conclusie van de Advocaat-Generaal M.L.C.C. Lückers strekt tot verwerping van het principale cassatieberoep.

De advocaat van Wave heeft bij brief van 22 maart 2018 op die conclusie gereageerd.

3 Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten en omstandigheden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1.1. Deze komen, kort samengevat, op het volgende neer.

(i) De rechtsvoorganger van ABN AMRO (Fortis Bank Nederland N.V., hierna: Fortis) heeft bij schriftelijke overeenkomst van 29 juni 2010 aan S3 en A Holding B.V. (hierna: S3&A) een krediet in rekening-courant verstrekt met een limiet van € 3.000.000,-- en als einddatum 1 november 2010. S3&A was een van de topholdings van een groep vennootschappen, de Partner Logistics Groep.

(ii) Voor deze kredietfaciliteit diende door S3&A als zekerheid (onder meer) een borgtocht van

Wave te worden verstrekt. Daartoe heeft de bestuurder en enig aandeelhouder van Wave op 25 juni 2010 namens Wave als zakelijke borg een borgtochtovereenkomst (tot een maximum bedrag van € 3.000.000,--) getekend. Voordien heeft Fortis bij brief van 19 april 2010 aan Wave bericht:

“Wij hebben vernomen dat u (...) bereid bent een borgtocht af te geven (...). 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 (...) u in onze rechten kunt treden voor het pandrecht dat rust op de aandelen van [B] Holding [Hoge Raad: een van de vennootschappen binnen de Partner Logistics Groep] (...).”

(iii) S3&A is haar verplichtingen uit de kredietovereenkomst niet nagekomen en heeft het krediet niet op 1 november 2010 terugbetaald. ABN AMRO heeft bij brief van 26 augustus 2011 S3&A gewaarschuwd dat de kredietlimiet is overschreden en haar verzocht de debetstand terug te brengen tot de toegestane kredietlimiet.

(iv) Bij brief van 9 januari 2012 heeft 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. (...) 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. (...)”

(v) Bij brief van dezelfde datum (9 januari 2012) heeft de advocaat van ABN AMRO aan Wave meegedeeld dat S3&A al geruime tijd in verzuim was om te voldoen aan haar verplichtingen.

(vi) 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. surseance van betaling verleend. Deze vennootschappen zijn kort daarna gefailleerd.

(vii) 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. Wave is niet tot enige betaling overgegaan.

3.2.1 In dit geding vordert ABN AMRO op grond van de borgtochtovereenkomst de veroordeling van Wave tot betaling van € 3.000.000,-- met rente.

Voor zover in cassatie van belang, vordert Wave in (voorwaardelijke) reconventie dat de borgtochtovereenkomst op grond van een tekortkoming aan de zijde van ABN AMRO wordt ontbonden, en voor zover geen ontbinding zou plaatsvinden, vergoeding van de door Wave geleden schade. Volgens Wave bestaat de tekortkoming van ABN AMRO erin dat zij jegens Wave niet de op haar rustende zorgvuldigheids- en inspanningsverplichtingen heeft betracht; ABN AMRO heeft, door zich pas op 9 januari 2012 tot Wave te wenden, het belang van Wave bij prompte informatie miskend, waardoor Wave niet de voor haar borgstelling bedongen zekerheid (het pandrecht dat is vermeld in de hiervoor in 3.1 onder (ii) genoemde brief van 19 april 2010) heeft kunnen inroepen op een moment dat deze voor haar nog enige waarde had.

3.2.2 De rechtbank heeft in haar eindvonnis de vordering in conventie toegewezen en die in reconventie afgewezen.

Het hof heeft het eindvonnis van de rechtbank bekrachtigd. Daartoe heeft het in zijn tussenarrest, kort samengevat en voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen.

Het beroep van Wave op rechtsverwerking door ABN AMRO wordt verworpen (rov. 3.4.5). ABN AMRO was rechtens niet gehouden om na 1 november 2010 Wave te laten weten dat S3&A niet aan haar betalingsverplichtingen uit de kredietovereenkomst had voldaan (rov. 3.5.4). Dat neemt evenwel niet weg dat, gelet op de door ABN AMRO jegens Wave als borg in acht te nemen zorgvuldigheid, van ABN AMRO had 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 (rov. 3.5.5). Het hof heeft Wave toegelaten tot het bewijs van feiten en omstandigheden waaruit kan worden geconcludeerd dat en in welke mate zij, 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.

In zijn eindarrest heeft het hof geoordeeld dat Wave niet in het opgedragen bewijs is geslaagd (rov. 6.3.4).

Op die grond oordeelde het hof in rov. 6.4.1 dat de grieven 2 en 3 geen doel treffen; blijkens de vaststelling van het hof in rov. 3.2.5 van het tussenarrest kwam grief 2 op tegen de verwerping door de rechtbank van het verweer dat ABN AMRO in strijd met haar zorgvuldigheidsverplichting heeft gehandeld, en was grief 3 gericht tegen de afwijzing door de rechtbank van de vordering van Wave tot ontbinding en tot schadevergoeding. Aangezien ook de overige grieven geen succes hadden, heeft het hof het eindvonnis van de rechtbank bekrachtigd.

- 3.3.1 Onderdeel 1 van het middel klaagt dat het hof ten onrechte geen beslissing heeft gegeven op de vordering van Wave tot ontbinding van de borgtochtovereenkomst, waartoe de grieven 2 en 3 (mede) strekten, maar slechts heeft beslist op de, in verhouding tot de vordering tot ontbinding subsidiaire, vordering van Wave tot schadevergoeding. Althans is het oordeel van het hof op dit punt ten onrechte niet, dan wel onbegrijpelijk, gemotiveerd.
- 3.3.2 ABN AMRO heeft betoogd dat deze klacht bij gebrek aan belang niet tot cassatie kan leiden. Dit betoog treft doel. Daartoe wordt het volgende overwogen.
- 3.4.1 Blijkens de omschrijving in art. 7:850 lid 1 BW van de borgtocht, is deze overeenkomst naar haar aard niet een wederkerige, maar een eenzijdige overeenkomst. Alleen de borg neemt immers een verbintenis op zich, namelijk tot nakoming van de verbintenis die een derde (de hoofdschuldenaar) tegenover de schuldeiser heeft of zal krijgen. Daartegenover neemt de schuldeiser niet "een verbintenis op zich ter verkrijging van de prestatie waartoe de wederpartij zich daartegenover jegens haar verbindt", zoals art. 6:261 lid 1 BW het voor een wederkerige overeenkomst kenmerkende ruilkarakter omschrijft. Een en ander brengt mee dat de voor wederkerige overeenkomsten bestaande mogelijkheid tot ontbinding op grond van een tekortkoming (art. 6:265 BW), niet geldt – behoudens hetgeen hierna in 3.4.3 wordt overwogen – voor de overeenkomst van borgtocht.
- 3.4.2 De omstandigheid dat uit de borgtochtovereenkomst ook verplichtingen voor de schuldeiser (kunnen) voortvloeien – zoals de verplichting op grond van art. 6:154 BW om zich te onthouden van gedragingen die ten koste van de borg afbreuk doen aan de rechten waarin hij mag verwachten te worden gesubrogeerd, of meer in het algemeen een jegens de borg in acht te nemen zorgvuldigheidsverplichting – maakt de borgtocht niet tot een wederkerige overeenkomst. Deze verplichtingen komen immers niet op de schuldeiser te rusten "ter verkrijging" van hetgeen waartoe de borg zich verbindt, zodat aan die verplichtingen het voor wederkerige overeenkomsten kenmerkende ruilkarakter ontbreekt. Wanneer de schuldeiser een dergelijke verplichting niet nakomt, kan de borg daaraan dan ook niet de bevoegdheid tot ontbinding van de borgtochtovereenkomst ontleen. Wel heeft hij in zodanig geval, indien aan de overige voorwaarden is voldaan, recht op vergoeding van de schade die hij als gevolg van schending van de verplichting door de schuldeiser lijdt.

In het onderhavige geval is sprake van schending door ABN AMRO van een verplichting als zojuist bedoeld. Het hof heeft immers in rov. 3.5.5 (in cassatie onbestreden) geoordeeld dat ABN AMRO in strijd heeft gehandeld met de door haar jegens Wave in acht te nemen zorgvuldigheid, doordat zij Wave onkundig heeft 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. De schending van deze verplichting door ABN AMRO geeft Wave niet het recht tot ontbinding van de borgtochtovereenkomst, nu deze schending geen tekortkoming oplevert van ABN AMRO in de nakoming van een verplichting die in een ruilverhouding staat tot de verbintenis van Wave.

3.4.3 Mogelijk is wel dat in verband met de borgtocht (ook) door de schuldeiser verplichtingen zijn aangegaan die in zodanig nauwe samenhang staan tot de verbintenis van de borg, dat sprake is van een rechtsbetrekking die strekt tot het wederzijds verrichten van prestaties in de zin van art. 6:261 lid 2 BW (vgl. HR 29 april 2011 ECLI:NL:HR:2011:BP4340 ([...]/Staat), rov. 3.15).

In zodanig geval zijn ingevolge zojuist genoemd artikellid de bepalingen omtrent wederkerige overeenkomsten van overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Mits aan de overige voorwaarden is voldaan, kan een dergelijke rechtsbetrekking derhalve in beginsel op grond van art. 6:265 BW geheel of gedeeltelijk ontbonden worden (zie ook zojuist vermeld arrest). In zodanig geval kan derhalve bij een tekortkoming van de schuldeiser, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, de borg door middel van ontbinding geheel of gedeeltelijk bevrijd worden van de op hem rustende verbintenis.

In het onderhavige geval heeft het hof echter niet vastgesteld dat sprake is van een rechtsbetrekking als bedoeld in art. 6:261 lid 2 BW. Daarover klaagt het middel niet. De stukken van het geding laten ook geen andere conclusie toe dan dat Wave in feitelijke instanties ter onderbouwing van haar ontbindingsvordering onvoldoende feiten heeft gesteld die zouden kunnen leiden tot het aannemen van een dergelijke rechtsbetrekking.

3.5 Hetgeen hiervoor in 3.4.1-3.4.3 is overwogen, laat geen andere conclusie toe dan dat de vordering van Wave tot ontbinding van de borgtochtovereenkomst niet toewijsbaar is. Daarom heeft Wave geen belang bij (gegrondbevinding van) de hiervoor in 3.3.1 weergegeven klacht van onderdeel 1. De klacht kan derhalve niet tot cassatie leiden.

3.6 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3.7 Het principale beroep faalt derhalve. Daarmee is de voorwaarde waaronder het incidentele beroep is ingesteld, niet vervuld, zodat het geen behandeling behoeft.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het principale beroep;

veroordeelt Wave in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van ABN AMRO begroot op € 6.575,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president C.A. Streefkerk als voorzitter en de raadsheren A.H.T. Heisterkamp, C.E. du Perron, M.J. Kroeze en H.M. Wattendorff, en in het openbaar uitgesproken door de vice-president G. de Groot op 15 juni 2018.