

4. Dat dit bedrag, door de omslag van de algemene faillissementskosten, niet bij de Belastingdienst terecht zal komen, doet daar – zoals de rechtbank in r.o. 4.8 terecht overweegt – niet aan af. Zou de vraag of het bedrag van de pandinbreng bij de fiscus terechtkomt, wel relevant zijn, dan leidt dat tot ongerijmde consequenties. Dat zou kunnen betekenen dat in een geval als dit de pandhouder de gehele opbrengst aan de boedel moet afstaan, maar ook dan kan daar mogelijk de fiscale (bodenvoorrecht)schuld niet uit worden voldaan. En wat dan? In de koopovereenkomst, zoals onder nr. 2 weergegeven, is wel een bepaling opgenomen die de curator de mogelijkheid zou geven de gehele opbrengst bij de pandhouder op te eisen. Logischerwijs is de curator zover niet gegaan, maar *de facto* tracht hij hier wel de pandhouder twee maal de pandinbreng van € 44.000 aan de boedel te laten voldoen. Dat kan evenmin de bedoeling zijn.

5. Bij de afwikkeling van faillissementen in verband met het bodenvoorrecht komt ook nog wel eens een andere “redeneerfout” voor. Stel, de opbrengst van de bodemzaken zou uitkomen op € 300.000 en de vordering van de fiscus onder het bodenvoorrecht is € 100.000. De boedelkosten zijn flink opgelopen, niet alleen door de afwikkelingskosten zelf, maar ook door de loongarantieclaim van het UWV over de opzegtermijn (een preferente boedelvordering). De totale boedelkosten bedragen aldus € 400.000. Er zijn dan curatoren die zich op het standpunt stellen dat, gezien de hoogte van de boedelkosten, de gehele opbrengst van de bodemzaken aan de boedel zou toekomen. Het moge duidelijk zijn dat dit een stap te ver is. Dit bedrag is gemaximeerd op € 100.000, want meer heeft de fiscus niet onder het bodenvoorrecht te vorderen. Art. 57 lid 3 Fw, waar curatoren zich in dit soort gevallen uiteraard op moeten beroepen, impliceert een *nemo-plus* gedachte: de curator kan niet meer rechten ten aanzien van de bodemzaken uitoefenen dan de fiscus zelf zou kunnen (buiten faillissement). Het arrest Aerts q.q./ABN AMRO is eveneens op die gedachte gestoeld. De fiscus zou in dit geval niet meer dan de genoemde € 100.000 kunnen claimen. Dat, in geval de opbrengst via de boedel loopt, er nog een omslag in de algemene faillissementskosten moet plaatsvinden, staat daar los van.

mr. dr. A.J. Tekstra

296

Begunstigde abstracte bankgarantie mag bankgarantie niet trekken nu huurovereenkomst ontbreekt

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
19 juli 2022, zaaknr. 200.296.546,
ECLI:NL:GHARL:2022:6179
(mr. Ter Veer, mr. Engberts, mr. De Waele)
Noot mr. V.G. Koolen

Abstracte bankgarantie. Uitleg. Geen betalingsverplichting op grond van abstracte bankgarantie nu rechtsverhouding waarvoor bankgarantie is gesteld (huurovereenkomst), ontbreekt. Geen sprake van contractsovername, schuldovername of een nieuwe huurovereenkomst. Trekken bankgarantie is onrechtmatige daad begunstigde jegens (schuldeisers van) opdrachtgever.

[BW art. 6:162]

Bij een abstracte bankgarantie moet de bank in beginsel op eerste verzoek uitbetalen aan de begunstigde, zonder dat die bank onderzoek hoeft te doen naar de juistheid van de vordering. De discussie of er al dan niet terecht wordt geclaimd, moet worden gevoerd tussen de opdrachtgever (in dit geval de curator namens failliet) en de begunstigde (appellant). In die verhouding moet worden onderzocht of er op grond van een huurovereenkomst tussen failliet en appellant een verplichting bestaat (of heeft bestaan) voor failliet tot betaling van huur aan appellant. Appellant heeft gesteld dat failliet de huurovereenkomst van haar bestuurder heeft overgenomen. Er is niet voldaan aan de vereisten voor contractsovername. Weliswaar was het de bedoeling van de bestuurder van failliet de activa en passiva van zijn eenmanszaak in te brengen in failliet, maar of dit ook heeft geleid tot overname door failliet van de rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst kan niet worden vastgesteld, nu een beschrijving van de activa en passiva van de eenmanszaak (die op grond van de wet wel vereist wordt) ontbreekt. Daarnaast geldt dat onvoldoende is komen vast te staan dat appellant

na de oprichting van failliet in 2016 en voor afgifte van de bankgarantie in 2017 heeft ingestemd met een contractsovername door failliet. Nadat de bankgarantie was afgegeven in 2017 hebben appellant en de bestuurder van failliet meerdere aanvullende afspraken gemaakt over de huurovereenkomst en het had voor de hand gelegen dat, als appellant tenminste instemde met een contractsovername door failliet, dit daarin zou zijn vastgelegd. Dat is blijkens de tekst van die aanvullende afspraken niet (duidelijk) gebeurd. Appellant heeft ook onvoldoende aangevoerd om aan te nemen dat er een nieuwe huurovereenkomst tot stand is gekomen tussen hem en failliet (in plaats van de huurovereenkomst die bestond met de bestuurder van failliet). Ook voor een geldige schuldovername (een zogenoemde voltooide schuldovername, waarbij de schuld geheel overgaat op de nieuwe schuldenaar (in dit geval failliet)) is instemming van appellant nodig. Niet is komen vast te staan dat die instemming is gegeven vóór intreding van het faillissement. De conclusie luidt dat appellant niet gerechtigd was de bankgarantie te trekken. Door dat wel te doen heeft hij onrechtmatig gehandeld tegenover de (gezamenlijke schuldeisers van) failliet.

X,
appellant,
advocaat: mr. M.A. Kerkdijk,
tegen
mr. R.F. Feenstra te Apeldoorn, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Y BV,
geïntimeerde,
advocaat: mr. B.B.P.J.M. Derks.

(...; red.)

2. De vaststaande feiten

2.1. [de bestuurder van de vennootschap] had een eenmanszaak genaamd [naam1] (hierna: de eenmanszaak). Ter uitvoering van de werkzaamheden heeft de eenmanszaak met ingang van 1 september 2010 een huurovereenkomst gesloten met [appellant] ter zake een in Apeldoorn gelegen bedrijfspand.

2.2. [de bestuurder van de vennootschap] heeft op 31 mei 2016 [naam1] B.V. (hierna: de vennootschap) opgericht. [de bestuurder van de vennootschap] is via een holding enig bestuurder en aandeelhouder van de vennootschap.

2.3. Op verzoek van de vennootschap heeft de Rabobank op 17 augustus 2017 een bankgarantie ten behoeve van [appellant] afgegeven. In die bankgarantie staat vermeld dat [appellant] en de vennootschap “bij akte d.d. 1 september 2010” een huurovereenkomst hebben gesloten en stelt de Rabobank zich daarna garant voor “al hetgeen huurder ingevolge de bovengenoemde huurovereenkomst (...) verschuldigd zal zijn (...)” tot een maximum van € 22.312,50.

2.4. De vennootschap heeft zich op 11 augustus 2017 verbonden tot een contragarantie, te weten om alles aan de Rabobank te betalen wat de bank op grond van de bankgarantie zou moeten uitbetalen. Tot zekerheid voor de nakoming van die contragarantie heeft de vennootschap € 22.312,50 op een geblokkeerde rekening bij de Rabobank gestort.

2.5. De vennootschap is op 18 februari 2020 failliet verklaard, met benoeming van mr. Feenstra als curator.

2.6. [appellant] heeft de bankgarantie bij brief van 20 april 2020 ingeroepen in verband met een door hem gestelde vordering van € 76.615,- wegens onder meer huurachterstand.

De Rabobank is tot uitbetaling aan [appellant] overgegaan, tot het in de bankgarantie genoemde maximum, en heeft zich op basis van de contragarantie verhaald op de vennootschap.

3. De motivering van de beslissing in hoger beroep

Kern van de zaak

3.1. Was [appellant] gerechtigd om de bankgarantie in te roepen? De curator stelt van niet, omdat er volgens hem geen huurovereenkomst tot stand is gekomen tussen de vennootschap en [appellant] en de in de bankgarantie genoemde huurovereenkomst dus niet bestaat. [appellant] heeft zich daarom, door het onterecht trekken van de bankgarantie, ongerechtvaardigd verrijkt ten nadele van de faillissementsboedel van de vennootschap dan wel heeft hij onrechtmatig gehandeld tegenover de (gezamenlijke schuldeisers van) de vennootschap. [appellant] heeft aangevoerd dat hij de bankgarantie terecht heeft ingeroepen omdat er wel degelijk een huurovereenkomst tussen de vennootschap en hem tot stand is gekomen.

3.2. De rechtbank heeft de vordering van de curator tot terugbetaling van het met de bankgarantie gemoeide bedrag toegewezen. De bezwaren van

[appellant] tegen deze beslissing zullen hierna besproken worden.

Uitleg grieven

3.3. De curator heeft aangevoerd dat [appellant] geen bezwaren (grieven) gericht heeft tegen de beslissing van de rechtbank dat [appellant] door het trekken van de bankgarantie zich ongerechtvaardigd heeft verrijkt (in rechtsoverweging 4.5) en ook niet tegen de beslissing dat [appellant] onrechtmatig heeft gehandeld jegens de vennootschap (in rechtsoverweging 5.1).

3.4. Het hof moet de grieven onbekrompen uitleggen, maar wel met het oog op de kenbaarheid voor de wederpartij. Dit betekent dat de appellant (in dit geval [appellant]) duidelijk moet maken op welke gronden hij vernietiging van het bestreden vonnis wenst. In dit geval is voldoende duidelijk dat [appellant] het niet eens is met de beslissing van de rechtbank (te weten dat er geen huurovereenkomst bestaat tussen de vennootschap en hem en dat hij daarom de bankgarantie onterecht heeft getrokken) en dat hij het dus ook niet eens is met de juridische consequenties van dat oordeel. Dat deze bedoeling van de grieven duidelijk was voor de curator blijkt ook (onmiskenbaar) uit de inhoud van de memorie van antwoord.

Uitleg bankgarantie

3.5. De rechtbank heeft terecht vastgesteld dat sprake is van een abstracte bankgarantie; daar zijn partijen het ook over eens. Bij zo'n bankgarantie moet de bank in beginsel op eerste verzoek uitbetalen aan de begunstigde, zonder dat die bank onderzoek hoeft te doen naar de juistheid van de vordering. De discussie of er al dan niet terecht wordt geclaimd moet gevoerd worden tussen de opdrachtgever (in dit geval de curator namens de failliete vennootschap) en de begunstigde ([appellant]), zoals in deze zaak ook gebeurt.

3.6. In die verhouding moet naar het oordeel van het hof worden onderzocht of er op grond van een huurovereenkomst tussen de vennootschap en [appellant] een verplichting bestaat (of heeft bestaan) voor de vennootschap tot betaling van huur aan [appellant]. De uitleg die de curator voorstaat (er heeft geen huurovereenkomst, *gesloten op 1 september 2010*, bestaan tussen [appellant] en de vennootschap en alleen daarom al kan [appellant] geen beroep doen op de bankgarantie) is te strikt. Dit gaat namelijk voorbij aan de wel vaststaande bedoeling van [appellant] en [de be-

stuurder van de vennootschap] (als bestuurder van de vennootschap) bij het aangaan van de bankgarantie in 2017, te weten om zekerheid te geven aan [appellant] voor de incassering van de huur van zijn pand. De door de curator genoemde uitspraak¹ van de Hoge Raad over de strikte (taalkundige) uitleg van een abstracte bankgarantie betreft een met deze zaak onvergelijkbaar geval (een geschil tussen de opdrachtgever van de bankgarantie en de garanderende bank, waarbij bedrog of willekeur gesteld werd aan de zijde van de begunstigde).

3.7. Er zal echter wel sprake moeten zijn van een huurovereenkomst tussen de vennootschap en [appellant], wil deze laatste gerechtigd zijn om de bankgarantie in te roepen. Het andersluidende betoog van [appellant] (dat hij de bankgarantie kan trekken, ook als er geen huurovereenkomst bestond tussen hem en de vennootschap, maar wel een verplichting tot betaling van de huur door de vennootschap aan hem op een andere grond) volgt het hof niet, omdat die uitleg te ver afstaat van de tekst van de bankgarantie.

Geen contractsoverneming

3.8. [appellant] heeft gesteld dat de vennootschap de huurovereenkomst van [de bestuurder van de vennootschap] heeft overgenomen en heeft daarvoor verwezen naar de akte van inbreng en naar de akte van oprichting van de vennootschap. Uit die akten blijkt volgens [appellant] dat [de bestuurder van de vennootschap] de activa en passiva van zijn eenmanszaak heeft ingebracht in de vennootschap en daarmee de verplichtingen uit de huurovereenkomst met [appellant].

3.9. De curator heeft aangevoerd dat uit de genoemde akten niet kan volgen dat de huurovereenkomst is overgenomen door de vennootschap. Dat kan volgens hem ook niet volgen uit de pagina's 18 en 19 van de akte van oprichting. Daarin staat weliswaar vermeld dat de activa en passiva van de eenmanszaak zijn ingebracht, maar ook dat van die inbreng nog een beschrijving moet worden opgesteld die een inbrengbalans omvat (met daarop vermeld de in te brengen activa en passiva met de daaraan toegekende waarde). Aangezien dit in strijd met artikel 2:204 lid 1 sub c BW

1 HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:600 («JOR» 2015/184, m.nt. Bergervoet (*ABN AMRO/Amstelpark Tennis Promotions*); red.)

niet is gebeurd, kunnen voor de vennootschap uit deze rechtshandelingen geen rechten of verplichtingen ontstaan, zodat niet is voldaan aan de vereisten voor contractoverneming.

3.10. Het hof is met de curator van oordeel dat niet is voldaan aan de vereisten voor contractsovername. Weliswaar blijkt uit de akte van oprichting van de vennootschap en uit de akte van inbreng dat het de bedoeling van [de bestuurder van de vennootschap] was de activa en passiva van zijn eenmanszaak in te brengen in de vennootschap, maar of dit ook heeft geleid tot overname door de vennootschap van de rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst kan niet worden vastgesteld, nu een beschrijving van de activa en passiva van de eenmanszaak (die op grond van de wet wel vereist wordt) ontbreekt.

3.11. Daarnaast geldt dat onvoldoende is komen vast te staan dat [appellant] na de oprichting van de vennootschap in 2016 en voor afgifte van de bankgarantie in 2017 heeft ingestemd met de contractsovername door de vennootschap. Dit blijkt niet uit enig stuk uit die periode, terwijl [appellant] desgevraagd tijdens de mondelinge behandeling bij de rechtbank ook geen duidelijkheid heeft gegeven of hij nu wel of niet ingestemd heeft met de contractsovername. Hij verklaart namelijk op de vraag van de kantonrechter of de huurovereenkomst is overgegaan op de vennootschap: "...Ik heb hem (hof: [de bestuurder van de vennootschap]) gezegd, ik hou je privé aansprakelijk, maar we gaan het verder via de B.V. doen..."

3.12. Nadat de bankgarantie was afgegeven in 2017 hebben [appellant] en [de bestuurder van de vennootschap] meerdere aanvullende afspraken gemaakt over de huurovereenkomst en het had voor de hand gelegen, als [appellant] tenminste instemde met een contractsovername door de vennootschap, dat dit daarin zou zijn vastgelegd. Dat is blijkens de tekst van die aanvullende afspraken (de zogenoemde allonges IV en V) niet (duidelijk) gebeurd. In Allonge IV (ondertekend op 3 mei 2019) wordt alleen [de bestuurder van de vennootschap] (met zijn geboorteplaats en -datum) als huurder genoemd, niet de vennootschap. In de begeleidende mail (van 16 januari 2020 van de adviseur van [appellant]) bij Allonge V merkt de adviseur op dat de huurovereenkomst nog op naam van [de bestuurder van de vennootschap] privé staat. In de bij die mail gevoegde Allonge V is weliswaar te lezen dat overeengekomen is dat de huurovereenkomst tussen [appellant] en [de be-

stuurder van de vennootschap] is voortgezet door de vennootschap, maar die Allonge is nooit ondertekend.

3.13. [appellant] heeft kortom onvoldoende gesteld om tot contractsovername door de vennootschap te kunnen concluderen vóór intreding van het faillissement (op 18 februari 2020).

Geen nieuwe huurovereenkomst

3.14. Gelet op het voorgaande heeft [appellant] ook onvoldoende aangevoerd om aan te nemen dat er een nieuwe huurovereenkomst tot stand is gekomen tussen hem en de vennootschap (in plaats van de huurovereenkomst die bestond met [de bestuurder van de vennootschap]).

Geen schuldovername

3.15. Ook voor een geldige schuldovername (een zogenoemde voltooide schuldovername, waarbij de schuld geheel overgaat op de nieuwe schuldenaar (in dit geval de vennootschap) is instemming van [appellant] nodig. Gelet op het voorgaande is niet komen vast te staan dat die instemming is gegeven vóór intreding van het faillissement.

3.16. [appellant] heeft nog aangevoerd (subsidiar, voor zover zijn instemming met de schuldovername niet wordt aangenomen) dat sprake is van een zogenoemde onvoltooide schuldovername. Bij een onvoltooide schuldovername gaat de schuld niet over op de nieuwe schuldenaar, maar spreekt deze af met de oorspronkelijke schuldenaar (in dit geval [de bestuurder van de vennootschap]) dat deze zijn schuld zal betalen.

3.17. Een dergelijke (voltooide of onvoltooide) schuldovername valt echter hoe dan ook niet onder de tekst van de bankgarantie, te weten dat er *op grond van een huurovereenkomst* een verplichting is ontstaan van de vennootschap om aan [appellant] huur te betalen.

Bewijsaanbod wordt gepasseerd

3.18. Omdat [appellant] onvoldoende heeft gesteld om aan te nemen dat er een huurovereenkomst is ontstaan tussen hem en de vennootschap komt het hof niet toe aan het aanbod dat hij heeft gedaan om dat te bewijzen.

4. De slotsom

4.1. De conclusie luidt dat [appellant] niet gerechtigd was de bankgarantie te trekken. Door dat wel te doen heeft hij onrechtmatig gehandeld tegen-

over de (gezamenlijke schuldeisers van) de vennootschap. Het hoger beroep gaat dus niet op en het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd.

4.2. Als de in het ongelijk te stellen partij zal het hof [appellant] in de kosten van het hoger beroep veroordelen.

De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van de curator zullen worden vastgesteld op:

(...; *red.*).

4.3. Als niet weersproken zal het hof ook de gevorderde wettelijke rente over de proceskosten en de nakosten toewijzen zoals hierna vermeld.

5. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

5.1. bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter in de rechtbank Gelderland van 19 mei 2021;

5.2. veroordeelt [appellant] in de kosten van het hoger beroep (...; *red.*);

5.4. verklaart dit arrest voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad;

5.5. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

1. In deze procedure staat ter discussie of de begunstigde van een bankgarantie gerechtigd was om de bankgarantie af te roepen en daarvan betaling te ontvangen. De curator van de failliete opdrachtgever van de bankgarantie stelt van niet en vordert van de begunstigde het bedrag terug dat zij uit hoofde van de bankgarantie heeft ontvangen. De rechtbank heeft de vordering toegewezen. Het hof bekrachtigt het vonnis en oordeelt dat de begunstigde onrechtmatig heeft gehandeld doordat zij de bankgarantie heeft afgeroepen terwijl zij daartoe niet gerechtigd was.

2. De feiten luiden kort gezegd als volgt en zijn mede ontleend aan een arrest van het hof in een aan deze procedure verwante zaak, zie Hof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6198. Een vennootschap die een bakkerij exploiteert, laat haar bank een bankgarantie verstrekken aan een verhuurder tot zekerheid van de vorderingen uit de huurovereenkomst. De huurovereenkomst is echter niet gesloten door de vennootschap, maar door de bestuurder van die vennootschap. Deze bestuurder exploiteerde de bakkerij enkele jaren in de vorm van een eenmanszaak, voordat

de vennootschap werd opgericht. Na de faillietverklaring van de opdrachtgever van de bankgarantie (de vennootschap) doet de verhuurder een verzoek tot uitbetaling van de bankgarantie voor onder meer niet-betaalde huurvorderingen. De bank gaat over tot uitbetaling en verhaalt het gehele bedrag op de opdrachtgever via de contra-garantie en de daarvoor gevestigde zekerheden. De curator stelt dat de verhuurder niet gerechtigd was de bankgarantie in te roepen, omdat de huurovereenkomst waarnaar de bankgarantie verwijst, niet is aangegaan met de opdrachtgever (die toen nog niet bestond), maar met de bestuurder van de opdrachtgever.

3. Het hof stelt voorop dat sprake is van een abstracte bankgarantie. Volgens het hof zal sprake moeten zijn van een huurovereenkomst tussen de opdrachtgever en de verhuurder, wil deze laatste gerechtigd zijn om de bankgarantie in te roepen. In dat kader stelt het hof vast dat tussen de opdrachtgever en verhuurder geen huurovereenkomst bestaat. De huurovereenkomst is gesloten tussen de eenmanszaak en de verhuurder en die overeenkomst is vervolgens niet door middel van contractsovername overgegaan op de opdrachtgever. Ook heeft geen schuldovername plaatsgevonden en is geen nieuwe huurovereenkomst tot stand gekomen, zo stelt het hof vast. Op basis daarvan concludeert het hof dat de verhuurder onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers door de bankgarantie af te roepen terwijl hij daartoe niet gerechtigd was.

4. Ik meen dat de in het arrest genoemde omstandigheden geen aanleiding geven om te concluderen dat de verhuurder niet gerechtigd was de bankgarantie af te roepen. Anders dan het hof tot uitgangspunt lijkt te nemen, speelt de aanwezigheid van een overeenkomst tussen de opdrachtgever en de begunstigde van een abstracte bankgarantie geen beslissende rol bij de beantwoording van de vraag of de begunstigde gerechtigd is de bankgarantie af te roepen. Een abstracte bankgarantie bevat een betalingsverplichting die zelfstandig is ten opzichte van de onderliggende rechtsverhouding. Indien aan de in de bankgarantie vermelde voorwaarden voor betaling is voldaan, staan verweeren ontleend aan die rechtsverhouding in beginsel niet aan uitbetaling in de weg. Zie HR 13 maart 2015, «JOR» 2015/184, m.nt. Bergervoet (*Amstelpark Tennis Promotions*), r.o. 4.2.2.

5. Het abstracte karakter van een bankgarantie brengt mee dat de toetsing van het betalingsverzoek aan de voorwaarden een formeel karakter heeft. De bank behoeft geen onderzoek te doen naar de materiële verschuldigheid van de vorderingen waarvoor de bankgarantie wordt ingeroepen. Voor de gerechtigdheid tot uitbetaling is vrijwel uitsluitend van belang of het betalingsverzoek strikt overeenkomt met de in de bankgarantie gestelde voorwaarden. Zie nader R.I.V.F. Bertrams & P.C. Russcher, *Bankgaranties*, Deventer: Wolters Kluwer 2022/8.1; G.J.L. Bergervoet, A.M.M. Hendriks & S. Klinkhamer, *Persoonlijke zekerheden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2021, par. 4.6 & 4.7. Hierop bestaat op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een uitzondering indien sprake is van bedrog of willekeur aan de zijde van de begunstigde. Zie HR 13 maart 2015, «JOR» 2015/184, m.nt. Bergervoet (*Amstelpark Tennis Promotions*), r.o. 4.2.1.

6. Het hof overweegt in r.o. 3.7 dat een uitleg van de bankgarantie die meebrengt dat de bankgarantie ook inroepbaar is zonder de aanwezigheid van een huurovereenkomst tussen de verhuurder en de opdrachtgever, te ver afstaat van de tekst van de bankgarantie. Vermoedelijk doelt het hof hier op het feit dat de bankgarantie tot uitgangspunt neemt dat een huurovereenkomst is gesloten tussen de opdrachtgever en de verhuurder. Het abstracte karakter van een bankgarantie brengt echter mee dat een dergelijke verwijzing naar de onderliggende rechtsverhouding niet behoort tot de afroepvoorwaarden waarvan het recht op uitbetaling afhankelijk is. Vgl. Bertrams & Russcher a.w., par. 8.3; Bergervoet, Hendriks & Klinkhamer a.w., nr. 118. In casu lijken geen gebreken te kleven aan het betalingsverzoek van verhuurder, zodat de vraag rest of bedrog dan wel willekeur aan de zijde van de verhuurder betlette dat zij gerechtigd was de bankgarantie af te roepen.

7. Mijns inziens blijkt uit het arrest niet van omstandigheden die wijzen op bedrog of willekeur aan de zijde van de verhuurder. Het lijkt niet in geschil dat de verhuurder nog recht heeft op betaling van achterstallige huurschulden en dat de bankgarantie mede strekt tot zekerheid van betaling van deze schulden. Daaraan doet geen afbreuk dat niet de opdrachtgever van de bankgarantie de huurvorderingen was verschuldigd, maar zijn bestuurder en enig aandeelhouder. Het is niet ongebruikelijk dat de opdrachtgever van

een bankgarantie zelf niet de gezeekerde vorderingen verschuldigd is, maar slechts gelieerd is aan de schuldenaar van de gezeekerde vorderingen, bijvoorbeeld omdat hij deel uitmaakt van hetzelfde concern. Zie bijv. Bertrams & Russcher a.w., par. 15-4.

8. Tot slot zij opgemerkt dat ook wanneer verondersteld wordt dat de verhuurder niet gerechtigd was de bankgarantie af te roepen, de slotsom van het hof dat de verhuurder onrechtmatig heeft gehandeld, niet vanzelfsprekend is. De enkele omstandigheid dat een begunstigde een bankgarantie heeft afgeroepen voor vorderingen die achteraf gezien niet verschuldigd waren, levert nog niet een onrechtmatige daad op. Daarvoor zal nodig zijn dat de begunstigde handelt in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamelijk is, bijvoorbeeld omdat zij ten tijde van het betalingsverzoek weet dat zij in werkelijkheid niets te vorderen heeft. Zie P.C. Russcher, 'De abstracte bankgarantie in het burgerlijk recht', *TvI* 2018/18, par. 5.2.2, met verwijzingen naar lagere rechtspraak.

mr. V.G. Koolen
promovendus burgerlijk recht, verbonden aan
het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht,
Radboud Universiteit en jurist bij ING

297

Financieren van apparatuur en stellen van zekerheden behoort tot normale bedrijfsuitoefening ziekenhuis

Rechtbank Amsterdam
 20 juli 2022, rolNr. HA ZA 21-254,
 ECLI:NL:RBAMS:2022:4908
 (mr. Oosterhoff)
 Noot mr. P.C. Russcher

Abstracte garantie. Particuliere of zakelijke borgtocht. Handelen ten behoeve van normale bedrijfsuitoefening. Verweermiddelen borg.

[BW art. 7:853, 7:855, 7:857, 7:858 lid 2, 7:860, 7:862, 7:863]

In art. 7:857 BW staat wat een particuliere borg is. Het gaat om een natuurlijke persoon die een borgtocht aangaat en daarbij niet handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf en ook niet voor de normale uitoefening van het bedrijf van een nv of bv, waarvan hij bestuurder is en alleen met zijn medebestuurders (direct of indirect) de meerderheid van de aandelen heeft. Als sprake is van een particuliere borg in voornoemde zin, mag er niet ten nadele van de borg worden afgeweken van art. 7:852-7:856 en 7:858-7:861 BW, zo bepaalt art. 7:862 BW. Verder volgt uit art. 7:863 BW dat indien Personal Guarantees niet als borgtocht kwalificeren, maar Borg 1 zich wel heeft verbonden voor het geval de schuldenaar haar verplichtingen jegens de schuldeiser niet nakomt en Borg 1 wel voldoet aan de criteria van art. 7:857 BW, hij eenzelfde bescherming geniet als een particuliere borg. Gelet op art. 7:863 BW kan het daarom voor de verdere beoordeling van deze zaak in het midden blijven of de Personal Guarantees kwalificeren als abstracte garantie dan wel als borgtocht. Wel is relevant en dient beoordeeld te worden of Borg 1 wat betreft het verstrekken van de Personal Guarantees voldoet aan de criteria van art. 7:857 BW. In dat geval dient er immers rekening mee te worden gehouden dat Borg 1 zich zal kunnen beroepen op diverse beschermende wetsbepalingen

gen waarvan niet in zijn nadeel mag worden afgeweken.

Het behoort voor een (net opgericht) ziekenhuis als de schuldenaar tot de normale uitoefening van het bedrijf om nieuwe ziekenhuisapparatuur aan te schaffen en deze te financieren. Het aangaan van de leningen I en II wordt dan ook beschouwd als behorend tot de normale uitoefening van het bedrijf van de schuldenaar. Ook het stellen van zekerheden voor deze leningen I en II door Borg 1 wordt vervolgens geacht te zijn gebeurd ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van de schuldenaar, waarvan Borg 1 medebestuurder en indirect aandeelhouder is. Indien Borg 1 niet slaagt in het leveren van bewijs, dan wordt er verder van uitgegaan dat hij wat betreft het verstrekken van de Personal Guarantees niet voldoet aan de criteria van art. 7:857 BW, in welk geval Borg 1 zich niet zal kunnen beroepen op de door hem aangehaalde beschermende bepalingen uit Boek 7 BW. Indien Borg 1 wel slaagt in het te leveren bewijs en ervan uit moet worden gegaan dat hij wel voldoet aan de criteria van art. 7:857 BW, dan zal Borg 1 zich wel kunnen beroepen op hiervoor bedoelde beschermende bepalingen. Voor die situatie zal de rechtbank de bepalingen waarop Borg 1 een beroep doet, alvast achtereenvolgens bespreken.

Art. 7:853 BW vormt dwingend recht voor een particuliere borg/garant. Voor zover art. 6 van de Personal Guarantees afwijkt van art. 7:853 BW, kan een beroep op dit wetsartikel Borg 1 echter niet baten, omdat niet gesteld of gebleken is dat de rechtsvordering tot nakoming van de verbintenissen van de schuldenaar is verjaard. Daar komt bij dat voor zover art. 6 van de Personal Guarantees in strijd is met de dwingendrechtelijke bepalingen, dit er slechts toe leidt dat dit artikel ongeldig is en de schuldeiser er geen beroep op kan doen.

Het beroep op art. 7:855 BW kan Borg 1 niet baten nu tussen partijen vaststaat dat de schuldeiser is aangesproken en met de terugbetaling/aflossing van de leningen I en II in verzuim verkeerde alvorens Borg 1 werd aangesproken onder de Personal Guarantees. Er is daarmee geen sprake van een situatie dat Borg 1 wordt aangesproken voordat de hoofschuldenaar toerekenbaar tekort is geschoten. Daar komt bij dat voor zover art. 7 van de Personal Guarantees in strijd is met de dwingendrechtelijke bepalingen, dit er slechts toe