

JOR 2006/236

Hof Leeuwarden

23 augustus 2006, 0400372; LJN AY6866.

(Mr. Verschuur

Mr. Janse

Mr. Keur)

Nestor BV, h.o.d.n. Hanos Groningen te Groningen,

appellante,

procureur: mr. J.V. van Ophem,

tegen

X,

geïntimeerde,

procureur: mr. P. Stehouwer.

Maatstaf voor

bestuurdersaansprakelijkheid, Afroepen bankgarantie doet niet per definitie een verplichting voor de vennootschap ontstaan, Derhalve geen Beklamel-situatie, Geen persoonlijke aansprakelijkheid bestuurder, ongeacht zijn eventuele wetenschap omtrent de financiële positie van de vennootschap

[BW Boek 6 - 162]

» Samenvatting

Naar het oordeel van het hof verschilt de situatie die in deze zaak ter beoordeling voorligt van het geval dat de Hoge Raad in de Beklamel-zaak had te beoordelen.

Immers, in de onderhavige zaak is geen sprake van het aangaan door de vennootschap van een verplichting door het sluiten van een koopovereenkomst, waardoor per definitie een verplichting voor de vennootschap zou ontstaan (de betaling van de koopprijs), maar heeft deze vennootschap de laatste termijn van de gestelde bankgarantie afgeroepen, welke bankgarantie door Hanos was afgegeven als zekerheid voor de betaling van de overname van de onderneming van de vennootschap. Slechts indien zou moeten worden aangenomen dat de vennootschap

de bankgarantie zou hebben afgeroepen, terwijl X wist dan wel redelijkerwijs behoorde te weten dat de vennootschap op uitbetaling daarvan geen recht had en zich hierdoor ongerechtvaardigd verrijkte, is naar het oordeel van het hof sprake van een situatie waarop de hiervoor vermelde maatstaf voor de aansprakelijkheid van een bestuurder van toepassing zou kunnen zijn. In dat geval dient vervolgens nog de vraag te worden beantwoord of X ten tijde van het afroepen van de bankgarantie wist dan wel behoorde te weten dat de vennootschap niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de wederpartij ten gevolge daarvan zou lijden.

Het (doen) afroepen door X van de bankgarantie kan onder de omstandigheden van dit geval niet op één lijn worden gesteld met het aangaan van een verplichting door de vennootschap, zodat er geen sprake kan zijn van aansprakelijkheid van X als bestuurder van de vennootschap, ongeacht de eventuele wetenschap van X omtrent de financiële positie van de vennootschap.

[beslissing/besluit](#)

» Uitspraak

(...; red.)

De verdere beoordeling

Met betrekking tot de ondernemingsstructuur van Hanos

1. In antwoord op de door het hof bij tussenarrest van 22 maart 2006 gestelde vragen, heeft Hanos bij akte uitlating het volgende aangegeven. Nestor B.V. h.o.d.n. Hanos Groningen is niet alleen in deze procedure partij, maar is (als koper) ook partij bij de koopovereenkomst welke in dit geding centraal staat. Hanos Groningen

B.V. bestaat als zodanig niet. Admidex B.V. (waarvan de informele handelsnaam Hanos Nederland is) is een holdingvennootschap, welke – onder meer – een meerderheidsbelang (60%) heeft in Hanos. [betrokkene 1 en 2] zijn directeur van Admidex B.V. De overige aandelen in Hanos zijn in handen van Gulden Akker B.V. (20%) en Mariel B.V. (20%).

2. Verder heeft Hanos verklaard dat [betrokkene 3 en 4] door middel van hun eigen vennootschappen (Gulden Akker B.V., resp. Mariel B.V.) bestuurder zijn van Hanos. Een en ander is gestaafd met uittreksels uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel en niet betwist door [geïntimeerde]. Nu beide genoemde personen ten tijde van de getuigenverhoren bestuurder van Hanos waren, heeft de rechtbank hen terecht aangemerkt als partijgetuigen.

3. Het hof is van oordeel dat zijn vragen hiermee afdoende zijn beantwoord en zal nu overgaan tot de beoordeling van de grief.

Met betrekking tot de grief

4. Deze grief richt zich tegen de overwegingen 5.18 tot en met 5.21 van het vonnis waarvan beroep.

5. In haar toelichting op deze grief stelt Hanos in de eerste plaats dat [de besloten vennootschap] niet aan haar verplichtingen uit hoofde van het veroordelend vonnis van de rechtbank Assen van 28 april 2004 heeft voldaan en inmiddels is gebleken dat deze vennootschap geen enkel verhaal biedt. Uit de jaarrekening 2000 van [de besloten vennootschap] (latere jaarrekeningen zijn niet meer bij de Kamer van Koophandel gedeponeerd) blijkt een negatief eigen vermogen van ? 326.000. Hanos neemt aan dat deze vermogenspositie in de jaren erna slechts kan zijn verslechterd gezien de negatieve bedrijfsresultaten. Hanos stelt

zich dan ook op het standpunt dat [de besloten vennootschap] ten tijde van het afroepen van de bankgarantie door [geïntimeerde] niet meer aan haar financiële verplichtingen kon voldoen.

6. Voorts stelt Hanos dat het afroepen van de bankgarantie door [geïntimeerde] jegens haar onrechtmatig was. Hiertoe voert zij aan dat [geïntimeerde] (middellijk) enig aandeelhouder en directeur van [de besloten vennootschap] was en uit dien hoofde volledig op de hoogte was van de financiële situatie van zijn vennootschap waarin na de overname door Hanos geen bedrijfsactiviteiten meer werden ontplooid. [geïntimeerde] wist daardoor dat de BV niet in staat zou zijn om het bedrag van de bankgarantie terug te betalen, indien achteraf zou blijken dat dit ten onrechte was uitbetaald. Dat acht Hanos op zich al onrechtmatig jegens haar. Bovendien is de bankgarantie onnodig afgeroepen, aangezien Hanos, gelet op het tussen partijen gerezen meningsverschil, had aangeboden om de bankgarantie met twee maanden te verlengen waardoor [geïntimeerde] geen enkel risico had gelopen. Door desondanks de bankgarantie af te roepen, heeft [geïntimeerde] in strijd met de geldende zorgvuldigheidnorm en dus onrechtmatig jegens Hanos gehandeld.

7. Bovendien heeft [geïntimeerde] volgens Hanos onrechtmatig jegens haar gehandeld, omdat hij verhaal van Hanos onmogelijk heeft gemaakt. Immers, op 12 februari 2003 heeft de bank het onder de bankgarantie geclaimde bedrag uitgekeerd, maar de volgende dag bleek het geld al niet meer in de BV aanwezig, aangezien het namens Hanos op 13 februari 2003 gelegde conservatoir derdenbeslag geen doel heeft getroffen. [geïntimeerde] heeft, aldus Hanos, het geld derhalve terstond aan verhaal van Hanos onttrokken ofwel door het zichzelf toe te eigenen, ofwel met het geld andere crediteuren te betalen ofwel het geld te verstoppert. In alle gevallen heeft [geïntimeerde] onrechtmatig jegens Hanos

gehandeld doordat hij daarvoor verhaal door Hanos onmogelijk heeft gemaakt.

8. Hanos stelt hierdoor schade te hebben geleden ten bedrage van € 61.260,33 met rente, het bedrag dat ten onrechte door [geïntimeerde] onder de bankgarantie is geclaimd. Verder heeft Hanos nog een bedrag van ongeveer € 7.000,= van [de besloten vennootschap] tegoed omdat zij door (vrijwillige) betaling van de eerste twee tranches uiteindelijk dit bedrag al te veel had betaald. Indien [geïntimeerde] het door de bank onder de garantie uitbetaalde bedrag met opzet achter mocht houden, handelt hij aldus ook ter zake van dit bedrag onrechtmatig jegens Hanos.

9. Ten slotte heeft Hanos haar eis gewijzigd in die zin dat deze in eerste aanleg voorwaardelijk was ingesteld, maar thans als onvoorwaardelijk dient te gelden.

10. [geïntimeerde] heeft deze stellingen van Hanos betwist en daartoe in essentie aangevoerd dat hij er ten tijde van het afroepen van de bankgarantie vanuit ging en ook vanuit mocht gaan dat [de besloten vennootschap] recht had op deze betaling, omdat de waarde van de goodwill gerelateerd moest worden aan het omzetjaar 2001. Er was dan ook voor hem geen reden om ermee rekening te moeten houden dat [de besloten vennootschap] dit bedrag later aan Hanos zou moeten terugbetalen. [interim-directeur], die namens [de besloten vennootschap] de overname door Hanos heeft begeleid, heeft aan [de besloten vennootschap] en aan [geïntimeerde] ook niet anders gerapporteerd dan hij heeft verklaard. Met het geld dat door de bank onder de bankgarantie aan [de besloten vennootschap] is uitgekeerd, zijn enige crediteuren betaald. [geïntimeerde] betwist dan ook dat hij het door de bank uitgekeerde bedrag aan verhaal door Hanos zou hebben onttrokken door het aan zichzelf uit te keren dan wel het bedrag te verstoppen.

11. Nu [geïntimeerde] geen bezwaar heeft gemaakt tegen de wijziging van eis in hoger beroep door Hanos, zal het hof in zijn beoordeling van deze gewijzigde eis uitgaan.

12. Het hof overweegt met betrekking tot de grief in de eerste plaats dat een bestuurder van een vennootschap aansprakelijk kan zijn voor een gedraging van die vennootschap indien die bestuurder bij het aangaan van een overeenkomst namens de vennootschap wist dan wel redelijkerwijs behoorde te weten dat de vennootschap niet of niet binnen redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de wederpartij ten gevolge van die tekortkoming zou lijden (HR 6 oktober 1989, Stimulan BV/Klaas [Beklamel], NJ 1990, 286).

13. Naar het oordeel van het hof verschilt de situatie die in deze zaak ter beoordeling voorligt van het geval dat de Hoge Raad in voornoemde zaak had te beoordelen. Immers, in de onderhavige zaak is geen sprake van het aangaan door [de besloten vennootschap] van een verplichting door het sluiten van een koopovereenkomst, waardoor per definitie een verplichting voor de vennootschap zou ontstaan (de betaling van de koopprijs), maar heeft deze vennootschap de laatste termijn van de gestelde bankgarantie afgeroepen, welke bankgarantie door Hanos was afgegeven als zekerheid voor de betaling van de overname van de onderneming van [de besloten vennootschap]. Slechts indien zou moeten worden aangenomen dat [de besloten vennootschap] de bankgarantie zou hebben afgeroepen, terwijl [geïntimeerde] wist dan wel redelijkerwijs behoorde te weten dat de vennootschap op uitbetaling daarvan geen recht had en zich hierdoor ongerechtvaardigd verrijkte, is naar het oordeel van het hof sprake van een situatie waarop de hiervoor vermelde maatstaf voor de aansprakelijkheid van een bestuurder van toepassing zou kunnen zijn.

In dat geval dient vervolgens nog de vraag te worden beantwoord of [geïntimeerde] ten tijde van het afroepen van de bankgarantie wist dan wel behoorde te weten dat de vennootschap niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de wederpartij ten gevolge daarvan zou lijden.

14. Het hof vindt in de stukken onvoldoende aanknopingspunten voor de conclusie dat [geïntimeerde] ten tijde van het afroepen van de bankgarantie wist dan wel redelijkerwijs behoorde te weten dat [de besloten vennootschap] geen recht had op betaling van dat bedrag. Uit de zich in het dossier bevindende correspondentie tussen partijen kan wel worden afgeleid dat [geïntimeerde] op het moment van afroepen van de bankgarantie wist dan wel redelijkerwijs behoorde te weten dat Hanos de koopovereenkomst met [de besloten vennootschap] anders uitlegde en op grond van die uitleg niets meer aan [de besloten vennootschap] verschuldigd meende te zijn, maar naar het oordeel van het hof blijkt uit die correspondentie evenzeer dat [de besloten vennootschap] het daarmee niet eens was. In het bijzonder blijkt dit uit de brief van 7 januari 2003 welke [betrokkene 5] namens [de besloten vennootschap] aan Hanos heeft gestuurd. De enkele omstandigheid dat [de besloten vennootschap] met die brief terugkwam op haar in de brief van 10 december 2002 gegeven zienswijze rechtvaardigt nog niet de conclusie dat [geïntimeerde] in de toenmalige situatie wist dan wel redelijkerwijs behoorde te weten dat zijn in de brief van 7 januari 2003 gegeven uitleg van de koopovereenkomst tussen partijen hoe dan ook geen stand zou houden en aldus tegen beter weten in heeft gehandeld. Hanos heeft geen feiten en omstandigheden gesteld waaruit dat zou kunnen blijken. Daartoe is in elk geval onvoldoende dat Hanos, waar het gaat om de uitleg van de koopovereenkomst tussen partijen, bij

arrest van heden door dit hof in hoger beroep in het gelijk is gesteld.

15. Het hof is dan ook van oordeel dat het (doen) afroepen door [geïntimeerde] van de bankgarantie onder de omstandigheden van dit geval niet op één lijn kan worden gesteld met het aangaan van een verplichting door [de besloten vennootschap], zodat er geen sprake kan zijn van aansprakelijkheid van [geïntimeerde] als bestuurder van [de besloten vennootschap], ongeacht de eventuele wetenschap van [geïntimeerde] omtrent de financiële positie van de vennootschap. Dit oordeel brengt mee dat de argumenten van Hanos met betrekking tot de financiële situatie van [de besloten vennootschap] en de wetenschap van [geïntimeerde] daarvan, in het kader van dit onderdeel van de grief verder onbesproken kunnen blijven.

16. Hanos heeft verder nog aangevoerd dat [geïntimeerde] onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door het geld uit de bankgarantie te onttrekken aan verhaal door Hanos door betaling aan andere crediteuren of aan zichzelf dan wel door het geld te verstoppen. Nu de door Hanos bedoelde onttrekking aan verhaal één dag na het afroepen van de bankgarantie heeft plaatsgevonden, zoals Hanos heeft gesteld en [geïntimeerde] niet heeft betwist, stuit dit onderdeel van de grief naar het oordeel van het hof reeds af op hetgeen hiervoor is overwogen. Naar het oordeel van het hof heeft Hanos immers onvoldoende gesteld om aan te kunnen nemen dat [geïntimeerde] ten tijde van het afroepen van de bankgarantie wist dan wel redelijkerwijs behoorde te weten dat [de besloten vennootschap] daardoor een verplichting jegens Hanos aanging, zodat hij Hanos ook op de dag na het afroepen van de bankgarantie niet behoefde te beschouwen als crediteur en het uit de bankgarantie ontvangen geld dan ook niet beschikbaar behoefde te houden voor

verhaal door Hanos, nu ook hieromtrent onvoldoende door Hanos is gesteld.

17. De grief faalt.

Slotsom

18. Het vonnis waarvan beroep dient dan ook, onder verbetering van de gronden, te worden bekrachtigd. Hanos zal als de in het ongelijk te stellen partij in de kosten van het geding in hoger beroep worden veroordeeld (tarief IV, 1 punt)

Beslissing

Het gerechtshof

bekrachtigt – onder verbetering van de gronden – het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt Hanos in de kosten van het geding in hoger beroep (...; *red.*).

» Noot

1. Door het stellen van een bankgarantie verkrijgt de begunstigde van de garantie een voorwaardelijke vordering op de bank. Zijn de in de bankgarantie opgenomen voorwaarden vervuld en doet de begunstigde een beroep op de garantie, dan zal de bank de vordering van de begunstigde moeten voldoen, tenzij voor de bank zonder nader onderzoek duidelijk is dat sprake is van een bedrieglijk of willekeurig beroep op de bankgarantie; vgl. HR 26 maart 2004, «JOR» 2004, 153, m.nt. Bertrams, NJ 2004, 309, m.nt. PvS (Anthea/ABN AMRO). De bank heeft voor het door haar onder de garantie betaalde bedrag een regresvordering op de opdrachtgever. De lezer die behoefte heeft aan een recent en praktisch naslagwerk over bankgaranties wijs ik op: E.L.A. van Emden, Bankgarantie (Serie Financieel recht nr. 11), Deventer: Kluwer 2005.

2. De (in de garantie opgenomen) voorwaarden waaraan de vordering van de begunstigde op de bank is onderworpen, zijn in veel gevallen zo geformuleerd dat de begunstigde deze eenvoudig in vervulling kan doen gaan. Voldoende is vaak dat de begunstigde aan de bank schriftelijk verklaart dat degene op wiens verzoek de garantie is gesteld (de opdrachtgever) jegens hem in verzuim is, bijvoorbeeld met de nakoming van een overeenkomst. Door het stellen van zo een garantie vindt materieel gezien een (forse) verschuiving van (verhaals)risico van de begunstigde naar de opdrachtgever plaats. De opdrachtgever die meent dat de begunstigde onterecht een beroep op de garantie heeft gedaan, zal het de facto door hem aan de begunstigde betaalde bedrag in beginsel uitsluitend op de begunstigde kunnen verhalen indien hij (i) beschikt over een daartoe strekkende en voor tenuitvoerlegging vatbare rechterlijke beslissing en (ii) de begunstigde verhaal biedt. Het beroep van de begunstigde op de garantie zal in zijn verhouding tot de opdrachtgever onterecht zijn als hij door dat beroep te doen toerekenbaar tekortschiet of onrechtmatig handelt jegens de opdrachtgever.

3. De belangrijkste rechtsvraag die het hof in het hier te bespreken arrest beantwoordt, is de vraag aan de hand van welke maatstaf moet worden bepaald of een bestuurder van een vennootschap die de begunstigde is van een bankgarantie onrechtmatig handelt (ex art. 6:162 BW) als hij namens de vennootschap een beroep doet op de bankgarantie. Deze vraag moet, zoals het hof ook doet, onderscheiden worden van de vraag of de vennootschap onterecht een beroep op de bankgarantie heeft gedaan. Dat (achteraf) komt vast te staan dat een beroep op een bankgarantie onterecht was en de opdrachtgever het onder de garantie betaalde bedrag kan vorderen van de vennootschap (de begunstigde) hoeft niet te betekenen dat de bestuurder die namens de vennootschap een beroep op de garantie

deed daardoor onrechtmatig handelende jegens de opdrachtgever. Van belang daarbij acht ik dat (ook) de opdrachtgever ervoor gekozen heeft om een verschuiving van verhaalsrisico in zijn nadeel te doen plaatsvinden.

4. Een bestuurder die namens een vennootschap een verplichting aangaat terwijl hij weet of redelijkerwijze behoort te begrijpen dat de vennootschap die niet zal kunnen nakomen en geen verhaal biedt voor de schade die de wederpartij ten gevolge van die tekortkoming zal lijden, handelt onrechtmatig jegens de wederpartij van de vennootschap; zie Hoge Raad 6 oktober 1989, NJ 1990, 286, m.nt. Ma (Beklamel). Met het hof meen ik dat de Beklamel-maatstaf in aangepaste vorm kan worden toegepast op de vraag of een bestuurder onrechtmatig handelt als hij namens de vennootschap een beroep op een bankgarantie doet. Het hof formuleert het (als abstracte norm geherformuleerd, AJV) in nr. 13 als volgt: “Slechts indien zou moeten worden aangenomen dat de vennootschap de bankgarantie zou hebben afgeroepen, terwijl de bestuurder wist dan wel redelijkerwijs behoorde te weten dat de vennootschap op uitbetaling daarvan geen recht had en zich hierdoor ongerechtvaardigd verrijkte, is sprake van een situatie waarop de Beklamel-maatstaf voor de aansprakelijkheid van een bestuurder van toepassing zou kunnen zijn.” De ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) lijkt mij een slip of the pen. Van ongerechtvaardigde verrijking is geen sprake als de begunstigde vennootschap onterecht een beroep op de garantie heeft gedaan; in dat geval heeft zij voor het aan haar uitbetaalde bedrag een schuld aan de opdrachtgever.

5. Mijn voorstel is om de Beklamel-maatstaf voor toepassing op de vraag of een bestuurder onrechtmatig handelt als hij namens de vennootschap een beroep doet op een bankgarantie als volgt te formuleren: Een bestuurder die namens een

vennootschap een beroep doet op een bankgarantie terwijl hij weet of behoort te weten dat de vennootschap (i) door een beroep op de bankgarantie te doen toerekenbaar tekortschiet of onrechtmatig handelt jegens de opdrachtgever van de bankgarantie en (ii) de uit dat toerekenbaar tekortschieten of onrechtmatig handelen voortvloeiende vordering van de opdrachtgever niet zal kunnen nakomen en geen verhaal biedt voor de schade die de wederpartij ten gevolge van die tekortkoming zal lijden, handelt onrechtmatig jegens de opdrachtgever.

6. Voor het antwoord op de vraag of de begunstigde vennootschap door een beroep op de bankgarantie te doen toerekenbaar tekortschiet of onrechtmatig handelt jegens de opdrachtgever van de bankgarantie is niet van belang of de in de garantie opgenomen voorwaarde(n) voor betaling onder de garantie in vervulling is (zijn) gegaan. Dat is uitsluitend van belang voor de beantwoording van de vraag of de bank terecht onder de garantie heeft betaald of betaling heeft geweigerd. Waar het om gaat bij de beantwoording van de vraag of de vennootschap toerekenbaar tekortschiet of onrechtmatig handelt, is of de begunstigde, in haar rechtsverhouding tot de opdrachtgever, de voorwaarden terecht in vervulling heeft doen gaan en/of terecht jegens de bank aanspraak op betaling heeft gemaakt. Vervult de begunstigde bijvoorbeeld de enige in de bankgarantie opgenomen voorwaarde, luidende dat zij jegens de bank verklaart dat de opdrachtgever jegens de begunstigde in verzuim verkeert, en verzoekt zij de bank om tot betaling onder de garantie over te gaan, dan is betaling door de bank onder de bankgarantie terecht. In haar verhouding tot de opdrachtgever kan dit handelen van de begunstigde (het vervullen van de voorwaarde en het aanspraak maken op betaling) onrechtmatig handelen en/of toerekenbaar tekortschieten opleveren.

7. Juist acht ik het oordeel van het hof (zoals ik dat begrijp) dat het op zichzelf niet onrechtmatig is om een onder een bankgarantie betaald bedrag aan verhaal door de opdrachtgever te onttrekken. Ook bij dit oordeel acht ik van belang dat door het stellen van een bankgarantie nu eenmaal een materiële verschuiving in (verhaals)risico van de begunstigde naar de opdrachtgever plaatsvindt. De opdrachtgever die dat risico niet (in die mate) wenst te lopen, moet hetzij geen bankgarantie doen stellen, hetzij andere voorwaarden in de bankgarantie doen opnemen, hetzij zijn verhaal op de begunstigde zeker stellen, bijvoorbeeld door de begunstigde op zijn beurt een bankgarantie te doen stellen. Men kan dit ook zo zien dat een bankgarantie na (volledige) betaling van het gegarandeerde bedrag is ‘uitgewerkt’; de begunstigde hoeft dit bedrag niet beschikbaar te houden voor verhaal door de opdrachtgever.

en specialist Financiering & Zekerheden,
Juridische Zaken SNS REAAL

8. Het hof gaat niet in op de stelling van de opdrachtgever (zie nr. 6 in het arrest) dat de begunstigde jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld door een beroep op de bankgarantie te doen ondanks dat de opdrachtgever had aangeboden deze met twee maanden te doen verlengen. Van een algemeen geldende verplichting om verlenging als alternatief voor uitbetaling te accepteren is mijns inziens geen sprake. Wel komt mij voor dat het onder omstandigheden onrechtmatig kan zijn om verlenging als alternatief voor uitbetaling af te wijzen. Ik denk dan aan de omstandigheden dat (i) onzeker is of de begunstigde in zijn relatie tot de opdrachtgever terecht een beroep op de bankgarantie kan doen en (ii) de mogelijkheid van verhaal door de opdrachtgever op de begunstigde van het (mogelijk) onterecht betaalde bedrag twijfelachtig is.

A.J. Verdaas, onderzoeker
Onderzoekcentrum Onderneming & Recht