

Civiel recht

118
<p>Hoge Raad 7 april 2017, nr. 16/00068 ECLI:NL:HR:2017:632 ECLI:NL:PHR:2017:75 (mr. Numann, mr. Snijders, mr. De Groot, mr. Polak, mr. Kroeze) (concl. A-G mr. Van Peursem) Noot M. Teekens</p>
<p>Bancair recht. Zorgplicht bank bij acceptatie en tijdens 'clearing'-periode van een cheque jegens advocatenkantoor met commerciële praktijk. Algemene (Bank)voorwaarden.</p>
<p>Tussen de Orco Bank N.V. (de Bank) en het in Curaçao gevestigde Advocatenkantoor BBV Legal N.V. (BBV) bestaat een bancaire relatie. BBV krijgt een incasso-opdracht van een Japanse onderneming. Snel volgt een deelbetaling met een cheque. BBV dient die meteen in bij de Bank. De bank keert het bedrag uit terwijl de 'clearing'-periode nog loopt. Daarvan maakt de Bank melding. BBV stort de betaling door aan haar klant. Na betaling en doorbetaling blijkt de cheque vervalst. De bank debiteert het bedrag vervolgens op BBV. BBV meent dat de Bank haar zorgplicht heeft geschonden door voorafgaand aan acceptatie van de cheque niet voldoende te wijzen op de risico's en het bedrag al beschikbaar te stellen tijdens de 'clearing'-periode.</p>
[BW art. 6:46]

BBV wordt opgelicht, maar heeft dat niet in de gaten. Het Japanse SEF Universal Petrochem Ltd. (SEF) meldt zich als klant met een omvangrijke incasso-opdracht op Tres Networks N.V. (TRES). Kort daarop deelt SEF mee dat TRES een substantieel bedrag met een cheque wil betalen. Die cheque wordt ontvangen via DHL vanuit Canada. BBV gaat voortvarend te werk en dient de cheque meteen in bij de bank met het verzoek het bedrag diezelfde dag te storten op haar derdengeldrekening en door te betalen aan SEF op een rekening bij de China Merchants Bank ten name van Concordia Investments Holding Ltd. De Bank geeft aan de betalingsopdracht uit te zullen voeren. De volgende correspondentie is daarbij relevant. De Bank bericht BBV: "Theoretisch heeft de rekening hoog credit saldo, maar officieel moet de check, in dit geval een buitenlandse check, alsnog gecleared worden en dit neemt 20 werkdagen in beslag. Dit houdt dus in dat als we de transfer vandaag uitvoeren, CLAC [zoals BBV destijds was genaamd] wel debetrente zal gaan betalen op die \$ 294.500,= gedurende de dagen dat de check (nog) niet is gecleared. Dat je dit later alsnog in rekening brengt bij de klant." BBV heeft hierop gereageerd met: "20 dagen... come one... Over welke bedragen praten we igv debetrente?" De Bank bericht vervolgens: "Ja vriend, ik weet het maar het is een standaard procedure bij alle banken (vooral na de economische crash van 2008)... Toen hadden we te maken met US bankers' checks die alsnog werden gebounced. Ik zal het laten checken maar het zal een benadering zijn. Wat doe ik in the meantime, laten transfere-

ren?" BBV reageert vervolgens met "Ik begrijp het. Ja de transfer MOET uit voor client... kosten bespreken we later wel." De derdenrekening van BBV is diezelfde dag gecrediteerd en vervolgens is ook de betaling aan SEF verricht. Kort daarop dient BBV een tweede cheque van \$ 650.000,= in die zij heeft ontvangen van TRES die op dezelfde wijze moet worden behandeld als de eerste cheque. Vervolgens corresponderen de Bank en BBV over het risico van de eerste cheque. BBV schrijft daarover "Naar onze mening is de garantie van de CITIbank nu juist het concept van een bankers cheque (vs een 'gewone' cashiers cheque). De uitgevende bank staat garant voor het uit te keren bedrag. Mede gezien het feit dat het bedrag reeds is bijgeschreven op onze rekening en ook reeds is door geboekt naar degene voor wie het is bestemd (de cliënt), betekent voor ons dat het 'OK' is en de clearing periode ook voorbij is. Hoor graag je bevestiging hiervan". De Bank heeft vervolgens aangegeven dat het wel goed zal zijn, daar bekend is dat TRES met een miljoeneninvestering bezig is en dat zij zal nagaan of de 'clearing' versneld kan gebeuren in dit geval. Als advies heeft de Bank in datzelfde schrijven aangegeven om in de toekomst alles via transfers te doen aangezien dat veiliger is. Kort daarop schrijft de Bank ook nog "Wegens de grote bedragen van de desbetreffende bankers' checks, en om de risik [risico's] voor ons – maar vooral ook voor jullie – zoveel mogelijk te beperken, willen we als bank ook liever wachten tot die 10 a 15 werkdagen (clearing periode) voorbij is." Vervolgens blijkt diezelfde dag dat de eerste cheque vals of vervalst is. De derdengeldrekening wordt vervolgens gedebiteerd door de Bank. SEF laat niets meer van zich horen. De Bank vordert bij het GEA betaling van BBV van een bedrag gelijk aan de uitgekeerde cheque te vermeerderen met contractuele rente. De Bank doet onder andere een beroep op art. 22 van de toepasselijke algemene voorwaarden. Die bepaling luidt: "Bij creditering van een ten gunste van de cliënt (te) ontvangen bedrag geldt als voorbehoud dat de bank dit bedrag daadwerkelijk, definitief en onvoorwaardelijk ontvangt. Als hieraan niet is voldaan, mag de bank de creditering – zonder voorafgaande kennisgeving – door debitering van een gelijk bedrag, met terugwerkende kracht, ongedaan maken. (...)" Deze bepaling is gelijk aan de uitgangspunten van art. 6:46 BW. De rechtbank en het hof stellen de Bank in het gelijk. De stelling van BBV dat de Bank haar zorgplicht heeft geschonden gaat ook volgens de Hoge Raad niet op. Het hof heeft de relevante feiten en omstandigheden meegenomen in de overwegingen. Die houden in dat de cheque het normale veiligheidskenmerk toonde, dat BBV een advocatenkantoor is dat zich richt op de commerciële praktijk, waarvan mag worden verwacht dat het bedacht is op oplichting en valsheid van stukken, en dat de Bank niet hoefde te twijfelen aan de kennis en het oordeel van een commerciële advocaat omtrent de risico's van de overboeking. Op de Bank rustte derhalve geen zorgplicht om BBV voorafgaand aan de acceptatie van de cheque te waarschuwen over de daaraan verbonden risico's en de Bank mocht tot uitkering overgaan gedurende de 'clearing'-periode. De zaak wordt wel terugverwezen, omdat het hof ten onrechte voorbij is gegaan aan de stelling en het bewijsaanbod van BBV dat de Bank haar (actief) op het verkeerde been heeft gezet, door bij monde van een accountmanager van de Bank (telefonisch) toe te zeggen dat de clearingperiode zou worden versneld, waardoor BBV meende dat de clearingperiode was voltooid toen de creditering en de daarop volgende overboeking op 8 juli 2011 plaatsvonden.

BBV Legal N.V.,
gevestigd in Curaçao,
verzoekster tot cassatie,
advocaten: mr. J.W.H. van Wijk en mr. K.J.O. Jansen,
tegen
Orco Bank N.V.,

gevestigd in Curaçao,
verweerster tot cassatie,
advocaat: mr. R.P.J.L. Tjittes.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als BBV en de Bank.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

1. Feiten¹ en procesverloop

1.1 Tussen het advocatenkantoor BBV en de Bank bestaat sinds september 2010 een bancaire relatie.

1.2 BBV is op 23 juni 2011 benaderd door een te Japan gevestigde rechtspersoon, SEF Universal Petrochem Ltd. (hierna: SEF), met het verzoek om namens haar incassowerkzaamheden te verrichten voor een vordering die SEF beweerde te hebben op een te Curaçao gevestigde rechtspersoon, Tres Networks N.V. (hierna: Tres), ter hoogte van \$ 6.000.000,=. Ter onderbouwing van voornoemde vordering heeft SEF een factuur aan BBV verzonden, ter zake van de aan Tres geleverde goederen.

1.3 SEF heeft op 4 juli 2011 aan BBV medegedeeld dat Tres een deelbetaling zou verrichten aan SEF van \$ 350.000,= middels een door Citibank uitgegeven bankierscheque. Deze bankierscheque, middels het koeriersbedrijf DHL verzonden door [betrokkene 1] te Canada, werd door BBV op 7 juli 2011 ontvangen.

1.4 BBV heeft vervolgens diezelfde dag (om 14:23 uur) een kopie van de cheque middels e-mail verstuurd naar de Bank met het verzoek om – kort samengevat – de cheque die middag nog gestort te hebben, bij voorkeur op de derdengeldenrekening van BBV. Om 15:49 uur heeft BBV de Bank vervolgens verzocht om zorg te dragen voor de betaling van \$ 294.500,= vanaf deze derdengeldenrekening naar een offshore bankrekening aangehouden bij de China Merchants Bank ten name van Concordia Investment Holding Ltd.

1.5 BBV heeft de Bank om 17:03 uur verzocht om een transfer statement, waaruit blijkt dat voornoemde betalingsopdracht die middag nog is geïnitieerd zodat zij de klant kan geruststellen. Voorts heeft BBV de Bank verzocht de betalingsopdracht desnoods door een andere bankmedewerker te laten uitvoeren.

1.6 De volgende dag, 8 juli 2011 om 7:51 uur, heeft de Bank BBV medegedeeld dat zij de betalingsopdracht laat uitvoeren. Zij heeft tevens het volgende aangegeven:

“Theoretisch heeft de rekening hoog credit saldo, maar officieel moet de check, in dit geval een buitenlandse check, alsnog geclareed worden en dit neemt 20 werkdagen in beslag. Dit houdt dus in dat als we de transfer vandaag uitvoeren, CLAC wel debetrente zal gaan betalen op die \$ 294.500,= gedurende de dagan dat de check (nog) niet is geclareed. Dat je dit later alsnog in rekening brengt bij de klant.

OK with you?”

BBV heeft in haar e-mail om 7:51 uur als volgt hierop gereageerd:

“20 dagen... come on...”

Over welke bedragen praten we igv debetrente?”

1.7 In reactie hierop heeft de Bank het volgende gezegd:

“Ja vriend, ik weet het maar het is een standaard procedure bij alle banken (vooral na de economische crash van 2008)... Teon

hadden we te maken met US bankers' checks die alsnog werden bounced.

Ik zal het laten checken maar het zal een benadering zijn.

Wat doe ik in the meantime, laten transferen?”

1.8 BBV heeft de Bank vervolgens als volgt medegedeeld:

“Ik begrijp het.

Ja de transfer MOET uit voor client... kosten bespreken we later wel.”

1.9 De derdengeldenrekening van BBV is diezelfde dag nog gecrediteerd voor een bedrag van \$ 350.000,= en vervolgens is een bedrag van \$ 294.500,= overgeboekt naar de offshore rekening van Concordia Investment Holding Ltd. aangehouden bij de China Merchants Bank. De voorgaande creditering en debitering zijn geschied zonder voorafgaande goedkeuring van het bestuur van de Bank.

1.10 Middels e-mail van 12 juli 2011 heeft BBV aan de Bank medegedeeld dat zij een tweede bankierscheque heeft ontvangen ten bedrage van \$ 650.000,= die op dezelfde wijze dient te worden verwerkt als de bankierscheque van \$ 350.000,=.

1.11 Bij e-mail van 13 juli 2011 heeft BBV de Bank de volgende vraag gesteld:

“(…) neem SVP bij het beantwoorden van de vragen ook mee de positie van ons ivm de reeds ontvangen bankers check > als ik het goed begrijp is ivm de check van CITibank voor ons geen risico, die bank staat garant voor de betaling van het op de check genoemde bedrag onafhankelijk van de relatie van Tres met CITibank? Kun je dit bevestigen?”

1.12 Hierop heeft de Bank geantwoord dat:

“(…) theoretisch is een bankers' check een 'gedekte' check, ik wil voor de goede orde intern nog even navragen want met die Amerikaanse banken weet je maar nooit.”

1.13 BBV heeft in haar reactie hierop aan de Bank het volgende medegedeeld:

“Naar onze mening is de garantie van de CITibank nu juist het concept van een bankers cheque (vs een 'gewone' cashiers cheque).

De uitgevende bank staat garant voor het uit te keren bedrag.

Mede gezien het feit dat het bedrag reeds is bijgeschreven op onze rekening en ook reeds is door geboekt naar degene voor wie het is bestemd (de cliënt), betekent voor ons dat het 'OK' is en de clearing periode ook voorbij is.

Hoor graag je bevestiging hiervan”

1.14 De Bank heeft vervolgens aangegeven dat het wel goed zal zijn, daar bekend is dat Tres met een miljoenen investering bezig is en dat zij zal nagaan of de “clearing” versneld kan gebeuren in dit geval. Als advies heeft de Bank in datzelfde schrijven aangegeven om in de toekomst alles via transfers te doen aangezien dat veiliger is.

1.15 Middels e-mail van 18 juli 2011 heeft De Bank enkele vragen van BBV betreffende het “clearen” van cheques als volgt beantwoord:

“– Nogmaals, bankers' cheque van buitenlandse banken nemen 10 a 15 werkdagen om te clearen. Dus de check van \$ 350.000,= gestort kop 8 juli jl. zal op 28 juli 2011 geclareed zijn.

– Contact met de CITibank kon (zoal wij tevens verwachten) geen verdere uitsluitel geven: ze willen geven geen informatie vrij wegens client confidentiality.

– Wegens de grote bedragen van de desbetreffende bankers' checks, en om de risik voor ons – maar vooral ook voor jullie – zoveel mogelijk te beperken, willen we als bank ook liever wachten tot die 10 a 15 werkdagen (clearing periode) voorbij is. Mede hierdoor nogmaals ons dringend advies om door te geven aan jullie kla geld over te maken naar jullie rekening, in plaats van deze bankers' checks.”

1 Ontleend aan rov. 2.2-2.4 van het vonnis van het Gerecht in eerste aanleg van Curaçao (hierna: GEA) van 2 juni 2014, registratienummer 54065/2012, waarvan het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba (hierna: het hof) blijktens het bestreden vonnis van 5 oktober 2015, registratienummer Ghis 54063 – H 08/15, rov. 2.1., ook is uitgegaan.

1.16 Op 18 juli 2011 heeft de Bank van haar correspondent bank in de Verenigde Staten van Amerika, de Bank of America, vernomen dat de bankierscheque niet zal worden gehonoreerd daar de cheque een valse of vervalste cheque betreft.

1.17 Als gevolg hiervan is op 19 juli 2011 de derdengeldenrekening van BBV ter hoogte van \$ 350.000,= gedebiteerd. Tussen BBV en de Bank heeft vervolgens een bespreking plaatsgevonden betreffende het voorgaande.

1.18 De Bank heeft op 19 juli 2011 een e-mail aan Citibank verstuurd met daarin het volgende:

“We were unpleasantly surprised by Bank of America informing us that an official Citibank check for the amount of \$ 350,00.00,= that we deposited was returned as counterfeit. (...)

Could you please check for us what the problem of these checks is? They looked real to us. The only thing we noticed afterwards was that when the check is copied you can see ‘void’ written. (...)”

1.19 Naar aanleiding van de gevoerde besprekingen, heeft BBV op 20 juli 2011 een e-mail verstuurd aan de Bank, waarin zij – kort samengevat – aangeeft dat de Bank een eigen verantwoordelijkheid heeft waardoor de gevolgen van het niet kunnen verzilveren van de (bankiers)cheque niet enkel voor rekening en risico van BBV komen. BBV heeft aangegeven derhalve niet akkoord te zijn met de debitering.

1.20 Als reactie hierop heeft de Bank BBV een brief verstuurd waarin zij – voor zover hier van belang – heeft aangegeven dat BBV op de hoogte was of behoorde te zijn van de geldende procedures ten aanzien van het verzilveren van cheques en de hieraan verbonden risico’s. In dit kader heeft de Bank verwezen naar art. 22 van de tussen partijen toepasselijke algemene voorwaarden.

1.21 Art. 22 van die algemene voorwaarden luidt als volgt:

“Bij creditering van een ten gunste van de client (te) ontvangen bedrag geldt als voorbehoud dat de bank dit bedrag daadwerkelijk, definitief en onvoorwaardelijk ontvangt. Als hieraan niet is voldaan, mag de bank de creditering – zonder voorafgaande kennisgeving – door debitering van een gelijk bedrag, met terugwerkende kracht, ongedaan maken. (...)”

1.22 Tussen partijen hebben nog enkele besprekingen plaatsgevonden. BBV heeft, ondanks pogingen daartoe niets meer vernomen van SEF. SEF heeft het bedrag van \$ 294.500,= evenmin teruggestort.

1.23 De Bank heeft in deze procedure in eerste aanleg na eisvermindering betaling door BBV van \$ 294.500,= gevorderd, vermeerderd met rente van 11,25% per jaar vanaf 8 juli 2011, kosten rechtens. De Bank heeft daartoe aangevoerd dat BBV bekend was met (art. 22 uit) de algemene voorwaarden en deze ook heeft aanvaard en dat BBV ondanks dat de cheque nog niet was “gecleared” en de Bank BBV op de hieraan verbonden risico’s heeft gewezen, heeft aangedrongen op het uitvoeren van de betalingsopdracht van \$ 294.500,=. De gevolgen van het uiteindelijk niet “clearen” van de cheque dienen derhalve volgens de Bank voor rekening van BBV te komen.

BBV heeft de vordering van de Bank betwist. Volgens BBV is een beroep op de algemene voorwaarden in strijd met de redelijkheid en billijkheid en heeft de Bank haar bijzondere zorgplicht geschonden doordat zij BBV, vóór de acceptatie van de cheque niet terdege heeft geïnformeerd over de risico’s verbonden aan het internationale betalingsverkeer met cheques, zeker gelet op de omstandigheid dat BBV geen specialist is op dit gebied. Daarnaast heeft de Bank volgens BBV ook ná acceptatie van de cheque haar bijzondere zorgplicht geschonden door de echtheid van de cheque niet te controleren en door BBV, tegen de beleidsregels van de Bank in, te laten beschikken over het

chequebedrag voordat de cheque was “gecleared”. Verder heeft BBV aangevoerd dat de Bank haar zorgplicht heeft geschonden door het niet uitvoeren van een kredietwaardigheidstoets bij het aldus verstrekken van een krediet van \$ 294.500,=.

Op grond van deze schendingen van de zorgplicht vordert BBV in voorwaardelijke reconventie onder meer een verklaring voor recht dat de Bank onrechtmatig jegens BBV heeft gehandeld. Zij heeft ter zake ook een beroep gedaan op dwaling, schuldeisersverzuim en opschortingsrechten, alsmede op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. De zaak is op 17 december 2013 bepleit bij het GEA.

1.24 Het GEA heeft bij vonnis van 2 juni 2014 de vordering van de Bank toegewezen en de eis in reconventie afgewezen. Omdat de appelrechter zich aansluit bij de oordelen van het GEA en die tot de zijne maakt, waartegen het cassatieberoep deels is gericht, geef ik hier de rov. 4.2-4.10 van het GEA-vonnissen weer:

“4.2. Niet in geschil is dat er tussen partijen de Algemene Voorwaarden van de Bank gelden, waaronder het bepaalde in artikel 22 van genoemde voorwaarden. De vraag is of de Bank op deze bepaling een geslaagd beroep kan doen of dat de door BBV aangevoerde schending van de zorgplicht daaraan in de weg omdat beroep daarop naar maatstaven van redelijk en billijkheid onaanvaardbaar is.

4.3. De vraag of de Bank haar zorgplicht jegens BBV heeft geschonden, antwoordt Gerecht ontkennend en wel om de navolgende redenen.

4.4. Anders dan BBV heeft aangevoerd, hoefde de Bank BBV vooraf niet te adviseren om een andere wijze van betaling dan een cheque te accepteren, nu het BBV zelf is geweest die blijkens de hiervoor aangehaalde feiten de cheque met de nodige spoed op 7 juli 2011 ter creditering aan de Bank heeft aangeboden in het kader van haar incassowerkzaamheden ten behoeve van SEF. Gesteld noch gebleken is dat de Bank op de hoogte was van die incassowerkzaamheden, waardoor van de Bank ook niet verwacht hoefde te worden dat zij BBV daarover had moeten adviseren of informeren.

4.5. BBV verwijt de Bank ook haar zorgplicht te hebben geschonden door de cheque niet op echtheid te hebben gecontroleerd. In dit verband oordeelt het Gerecht dat alleen indien een aangeboden cheque op het eerste gezicht zichtbare onregelmatigheden vertoont, de bijzondere verplichting kan ontstaan dat de cheque nader moet worden onderzocht [voetnoot 1: HR 15 mei 2009, RvdW 2009, 632]. In dit verband beaamt BBV echter zelf dat de cheque die zij heeft aangeboden aan het veiligheidskenmerk voldoet dat er ‘void’ op de kopie van de cheque verschijnt en voorts blijkt uit de als productie 16 door de Bank overgelegde kleurenkopie van de cheque dat die voldoet aan de zogenaamde ‘knight and fingerprint watermark on the back’ waarnaar verwezen wordt aan de voorkant bovenaan de cheque. Verder is door BBV niet (nader) betwist dat de cheque voorzien was van alle (overige) erop vermelde veiligheidskenmerken. Uit het voorgaande volgt reeds dat de cheque op het eerste gezicht geen zichtbare onregelmatigheden vertoonde waardoor van de Bank geen nadere controle hoefde te worden verwacht.

4.6. Volgens BBV heeft de Bank haar zorgplicht ook geschonden omdat zij BBV – anders dan in het geval van binnenlandse cheques – over het bedrag van \$ 294.500,= heeft laten beschikken voordat de aanvankelijke Clearingperiode van 20 dagen was verstreken. Het Gerecht volgt BBV niet in deze redenering, nu BBV zelf, wetende van de vooraf medegedeelde clearingperiode, de daaraan gekoppelde debetrente die in rekening zou worden gebracht en het risico van het ‘bouncen’ van Amerikaanse banker’s cheques, erop stond dat de transfer uitgevoerd werd en daarmee de daaraan gekoppelde risico’s heeft aanvaard. Dat de Bank daarna BBV wederom erop wees dat zij de

voorkeur aan geeft om de clearing periode af te wachten en dat – in het licht van een tweede banker's cheque die BBV zou gaan aanbieden – het storten op de eigen rekening dringend geadviseerd wordt, brengt niet met zich dat de Bank ten aanzien van de eerste cheque haar zorgplicht heeft geschonden. Ten aanzien van BBV als professionele partij is het objectief niet te rechtvaardigen dat de Bank, gelet op de feiten en omstandigheden voorafgaand aan de transfer, jegens BBV zodanige zorgvuldigheid in acht had moeten nemen om BBV te beschermen tegen de thans verwezenlijkte risico's. Dit is niet anders nu de litigieuze cheque de eerste internationale cheque was die BBV ter creditering heeft aangeboden aan de Bank, nu de daaraan gekoppelde risico's, net zoals het geval zou zijn geweest indien het om binnenlandse cheques was gegaan, reeds op basis van de tussen partijen geldende artikel 22 van de Algemene Voorwaarden als bekend worden verondersteld. In dit verband heeft BBV ook een eigen verantwoordelijkheid gehad, nu zij de litigieuze cheque ter betaling heeft ontvangen in het kader van haar incassopraktijk en zelf erop had kunnen en moeten toezien hoe de betaling anders had kunnen plaatsvinden ter minimalisering van mogelijke risico's van wanbetaling en de daarop volgende restitutie.

4.7. De Bank wordt ten slotte verweten dat zij haar zorgplicht jegens BBV heeft geschonden doordat zij BBV met de uiteindelijke debitering van het bedrag van \$ 294.500,- aan haar in feite voor dat bedrag krediet heeft verschaft, terwijl de Bank daarbij geen rekenschap heeft gegeven van het feit dat BBV dit risico financieel niet kan dragen. Dit bevreemdt BBV, omdat de Bank eerder pas na analyse van BBV's kredietwaardigheid over is gegaan tot het verschaffen van een rekening courant krediet van maar NAF. 50.000,00. Gelijk de Bank nader heeft gesteld, ziet het Gerecht niet in op welke wijze er in deze situatie een nadere kredietfaciliteit aan BBV is verstrekt en dat daardoor een nadere kredietovereenkomst tot stand zou zijn gekomen. BBV gaat immers met dit verweer eraan voorbij dat de afwikkeling van een cheque, onder voorbehoud van goede afloop zoals bedoeld in de reeds tussen partijen geldende artikel 22 van de Algemene Voorwaarden, het risico van wanbetaling in de sfeer van de aanbieder van de cheque, te weten BBV, laat, ook als dat inhoudt dat BBV achteraf de daarmee verband houdende financiële risico's niet zou kunnen dragen. Dit brengt overigens met zich dat de Bank, ook gelet op de aard van de bedrijfsvoering van BBV, evenmin gehouden was om aan BBV vooraf te waarschuwen of uit te leggen wat het voorwaardelijke karakter van de creditering met zich kon brengen, waaronder de debitering achteraf. Anders dan bij de afwikkeling van een cheque, waarbij de daaraan verbonden risico's derhalve bij de aanbieder blijven, neemt de Bank bij het verstrekken van een kredietfaciliteit welbewust het risico van wanbetaling op zich, waardoor een kredietwaardigheidsanalyse voorafgaand aan de verstrekking niet onbegrijpelijk is. Van een onbegrijpelijk onderscheid tussen enerzijds bevoorschotting (in geval van de afwikkeling van een cheque) en anderzijds kredietverstrekking is derhalve geen sprake. Het Gerecht volgt BBV derhalve niet in haar verweer dat de Bank met de uiteindelijke debitering achteraf een zorgplicht heeft geschonden.

4.8. Gelet op al voorgaande, waarbij geoordeeld wordt dat de Bank geen zorgplicht jegens BBV heeft geschonden, komt de Bank een geslaagd beroep op haar Algemene Voorwaarden toe, zoals ze reeds eerder in haar brief van 21 juli 2011 heeft gedaan. Het voorgaande brengt tevens met zich dat nu geoordeeld is dat de Bank haar zorgplicht niet heeft geschonden, zij niet schadelijk is, noch wegens enig onrechtmatig handelen, noch wegens de niet-nakoming van enige overeenkomst met BBV. Daarmee is de grondslag van de voorwaardelijke reconventio-

nele vordering komen te vervallen, waardoor die zal worden afgewezen.

4.9. Nu verder niet nader onderbouwd is betwist dat BBV gesommeerd is tot betaling cq aanzuivering van het debetstand en dat BBV dat heeft nagelaten, is de vordering van de Bank op BBV rechtens opeisbaar. Niet gesteld is echter welke betalingstermijn aan BBV werd gegund, de ingangsdatum van de gevorderde rente zal daarom worden bepaald op de dag van het indienen van het inleidend verzoekschrift.

4.10. De nader gevorderde rente van 11,25% zal eveneens als niet nader betwist worden toegewezen."

1.25 BBV is hiervan in hoger beroep gekomen bij het hof, dat bij vonnis van 5 oktober 2015² het bestreden vonnis heeft bevestigd met de volgende overwegingen:

"3.1 Het hoger beroep faalt. Het Hof sluit zich aan bij de oordelen van het GEA en maakt deze tot de zijne. Het Hof voegt daar het volgende aan toe. Het is niet onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, artikel 6 van de Algemene Voorwaarden mede in aanmerking genomen, dat de Bank zich beroept op artikel 22 Algemene Voorwaarden. BBV is een advocatenkantoor dat zich richt op de commerciële praktijk. Van haar mag bij uitstek verwacht worden dat zij bedacht is op oplichting en (geavanceerde materiële en intellectuele) valsheid van stukken. BBV weet ook dat er pas na 'clearing' van een aangeboden cheque, al lijkt dit een bankierscheque te zijn, voldoende zekerheid bestaat over de goede afloop. Hierop had de Bank BBV bovendien gewezen. BBV heeft de 'clearing' niet willen afwachten. Kennelijk heeft BBV daarmee een ondernemingsrisico willen nemen teneinde een (potentiële) klant te gerieven. Het ondernemersrisico heeft zich verwezenlijkt en er is geen reden waarom dit voor rekening van de bank moet komen. BBV kon dit in redelijkheid niet van de Bank verwachten. BBV kon voorts, gelet op de e-mailcorrespondentie van de Bank zoals opgenomen in de feiten van het bestreden vonnis, niet in redelijkheid menen dat op het moment van de overmaking, de 'clearing' al was voltooid. Dat de Bank creditering op de derden-geldenrekening van BBV toestond, doet daar niet aan af. BBV kon in redelijkheid evenmin menen dat haar risico slechts bestond uit de debetrente over de periode van 'clearing' en dat de Bank wel het risico van valsheid van de cheque (of deconfiture van Citibank) op zich zou nemen. Feiten en/of omstandigheden die tot een ander oordeel moeten leiden, zijn gesteld noch gebleken.

3.2 Dat BBV een lopend krediet had van NAF 50.000,- hing kennelijk samen met haar omzet en debiteurenstand. In elk geval gaat de jegens BBV bestaande zorgplicht van de Bank niet zover dat de bank moest weigeren aan de opdracht van BBV te voldoen. De Bank hoefde in dit geval ook niet te twijfelen aan de kennis en het oordeel van een commerciële advocaat omtrent de aan de overmaking verbonden risico's. Gelet op alle omstandigheden van het geval heeft de Bank de zorgplicht van artikel 6 Algemene Voorwaarden niet geschonden.

3.3 De Bank heeft wel een risico genomen door de bevoorschotting, maar heeft dit kennelijk verantwoord geacht, gelet op het risicoprofiel van BBV (een commercieel advocatenkantoor ten aanzien waarvan de Bank aannam dat dit weet wat het doet en ten aanzien waarvan geen signalen bestonden dat dit anders zou zijn). Dat de werknemer [betrokkene 2] ten aanzien van de bevoorschotting geen contact gehad heeft met de directie van de Bank, is een interne kwestie van de Bank. Het maakt het voorgaande oordeel niet anders. Ten aanzien van de bevoorschotting geldt de limiet van het lopende krediet niet.

3.4 Dat bij het kopiëren van de cheque het woord ‘void’ verschijnt, is een normaal veiligheidskenmerk. De Bank hoefde dit daarom niet onverwijld te melden aan BBV. Indien en voor zover al juist is dat, zoals BBV stelt, bij een medewerker van de Bank twijfels over de cheque waren ontstaan nadat op de kopie van de cheque het woord ‘void’ verscheen, geldt dat deze omstandigheid BBV niet kon baten. Indien de medewerker van de bank onbekend was met dit algemene beveiligingspunt en daardoor twijfels over de echtheid van de cheque had, had de Bank zich in het kader van de op haar rustende zorgplicht daarover moeten laten informeren. Nu dit evenwel tot het antwoord had geleid dat het een normaal veiligheidskenmerk betreft, zou dit niet tot een ander nader handelen van de Bank hebben geleid en kan, anders dan BBV meent, niet worden gezegd dat doorbetaling van het chequebedrag zou zijn voorkomen.

3.5 Het betreft hier een kredietfaciliteit die de bank aan BBV had verstrekt, en deze staat los van de gang van zaken rond de ‘clearing’ van de aangeboden cheque. De Bank heeft in voldoende mate inhoud gegeven aan de op haar rustende zorgplicht door BBV op het risico rond de ‘clearing’ te wijzen.

3.6 Uit het voorgaande volgt dat het bestreden vonnis moet worden bevestigd. BBV dient de kosten van het hoger beroep te dragen.”

1.26 BBV is bij verzoekschrift van 5 januari 2016 tijdig in cassatie gekomen. De Bank heeft een verweerschrift ingediend, waarna partijen hun zaak schriftelijk hebben toegelicht. BBV heeft afgezien van repliek, de Bank heeft gedupliceerd.

2 Bespreking van het cassatieberoep

Inleiding

2.1 Het cassatiemiddel bestaat uit zeven onderdelen en verschillende subonderdelen.

Onderdeel 1, gericht tegen rov. 3.1, klaagt dat het hof zich ongemotiveerd heeft aangesloten bij het vonnis van het GEA.

Onderdeel 2 klaagt dat het hof ten onrechte en/of zonder voldoende (begrijpelijke) motivering het betoog van BBV heeft verworpen dat de Bank haar zorgplicht vóór acceptatie van de cheque heeft geschonden.

Onderdeel 3 bouwt voort op onderdeel 2 en ziet op de zorgplicht van de Bank ná acceptatie van de cheque.

Onderdeel 4 formuleert eenzelfde soort klacht dat het hof het betoog van BBV heeft verworpen dat de Bank haar zorgplicht heeft geschonden door ongevraagd krediet te verschaffen aan BBV, zonder onderzoek te doen naar haar kredietwaardigheid en zonder BBV deugdelijk te informeren over dit krediet.

Onderdeel 5 richt zich tegen afwijzing van de stelling dat het beroep van de Bank op art. 22 algemene voorwaarden in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.

Onderdeel 6 voert aan dat indien voorgaande klachten falen, het hof niet zonder nadere motivering voorbij heeft kunnen gaan aan grief 8 over het door de Bank gevorderde rentepercentage van 11,25%.

Onderdeel 7 bevat een veegklacht.

2.2 De kern van de zaak is of de Bank aan haar zorgplicht heeft voldaan bij deze internationale bankchequeafwikkeling en de betaling die in dat kader is gedaan. Volgens BBV is voor zover in cassatie van belang sprake van drieërlei zorgplichtschending:

1) voorafgaand aan acceptatie van de cheque door BBV niet te adviseren over verschillende vormen van afwikkeling en te waarschuwen voor aan cheques verbonden risico's, met name van fraude en vervalsing;

2) na acceptatie van de cheque door BBV al tijdens de “clearing”-periode te laten beschikken over het chequebedrag zon-

der BBV te waarschuwen voor de risico's daarvan, met name debitering bij gebleken vervalsing;

3) door na voorwaardelijke creditering de doorboekingsopdracht uit te voeren en BBV zo ongevraagd krediet te verlenen, zonder kredietwaardigheidsonderzoek en informatie over de voorwaarden daarvan, welk krediet BBV niet kon dragen³.

2.3 In cassatie worden volgens BBV twee gedachtelijken van de Curaçaose gerechten aangevallen. De eerste lijn is dat een commercieel advocatenkantoor bedacht moet zijn op dergelijke oplichting en weet wat cheques-“clearing” betekent en wat daar de risico's zijn. Bovendien is door de Bank gewezen op het risico van niet afwachten van de “clearing” en van “bouncende” cheques en wilde BBV per se al eerder doorgeboekt hebben, wat neerkomt op het nemen van een ondernemingsrisico volgens de feitenrechtters. Aldus is de samenvatting van deze lijnen in de inleiding op de cassatieklachten in het verzoekschrift onder 1.8. Preciezer is de samenvatting zijdens de Bank bij s.t. onder 24. Uit rov. 3.1 blijkt immers met name dat het hof van belang acht dat BBV a) een commercieel en deskundig advocatenkantoor is, b) dat bedacht hoort te zijn op oplichting en valsheid van stukken en c) aan wiens kennis en oordeel over de betrokken risico's door de Bank niet behoefde te worden getwijfeld, d) dat wist dat pas na “clearing” duidelijkheid bestond over de goede afloop, e) waarop het kantoor bovendien door de Bank is gewezen, f) het gelet op de e-mailcorrespondentie met de Bank in redelijkheid niet kon menen dat de “clearing” al was voltooid, dat alleen risico werd gelopen ten belope van de debetrente en de Bank het valsheidsrisico op zich zou nemen, maar g) BBV niettemin per se het ondernemingsrisico heeft willen nemen om de “clearing” niet af te wachten om een (potentiële) klant te gerieven.

2.4 Naar de kern genomen voert BBV in cassatie aan dat de twee door haar ontwaarde en hiervoor geschetste lijnen onjuist zijn. De contractuele zorgplicht van de Bank strekt ook tot bescherming van zakelijke cliënten als BBV (tegen eigen lichtvaardigheid of gebrek aan kunde en inzicht) en de Bank had BBV daarom niet zomaar mogen toestaan te beschikken over het chequebedrag toen de “clearing” nog niet was afgerond, althans had BBV daar indringender voor moeten waarschuwen. In dat licht is het oordeel van het hof dat BBV als professionele partij zelf het “clearing”-risico heeft genomen en de Bank ermee kon volstaan om daar op te wijzen als gedaan, volgens het middel onjuist, althans onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd. Dat BBV zelf aandrang op spoedige verwerking van de cheque maakt dat volgens het middel niet anders, omdat dat voortvloeit uit onkunde en lichtvaardigheid, waartegen de Bank BBV nu juist had behoren te beschermen. In dat verband valt het cassatiemiddel ook het oordeel van het hof aan, dat BBV een ondernemingsrisico heeft willen nemen om een (potentiële) cliënt te gerieven. Daarmee passeert het hof volgens het middel ongemotiveerd de essentiële stelling van BBV dat zij er door mondelinge toezeggingen van de accountmanager van de Bank van uit ging dat de “clearing” op 8 juli 2011 was voltooid, zodat er geen “clearing”-risico meer was.

Advies- en waarschuwingsplicht bij creditering van bankcheques

2.5 In de Algemene Bankvoorwaarden 2009, die de leden van de Nederlandse Vereniging van Banken hanteren in het kader van zelfregulering, gaat art. 23 over “creditering onder voorbehoud⁴”. Dat heeft dezelfde strekking als art. 22 van de algeme-

3 Aldus ook p. 3 van het cassatierekest met vermelding van de betreffende vindplaatsen in de processtukken.

4 Dit artikel luidt (onder de kop: Creditering onder voorbehoud) zo: “Bij creditering van een ten gunste van de cliënt (te) ontvangen bedrag geldt als voorbehoud dat de bank dit bedrag daadwerkelijk,

ne voorwaarden van de Bank in onze zaak (zie hiervoor onder 1.21)⁵. Ook in de voorlopers van de Algemene Bankvoorwaarden kwam een dergelijke bepaling voor. Het is een al lang aanvaarde standaardbepaling in het bancaire verkeer⁶. Uit de toelichting (uit 2014) bij art. 23 Algemene Bankvoorwaarden 2009 haal ik het volgende:

“Artikel 23 Creditering onder voorbehoud

Stel dat u verwacht via ons een betaling te ontvangen. Het komt voor dat wij dan bereid zijn hierop een voorschot aan u te geven. Dit wordt teruggedraaid als er met die betaling toch iets misgaat.

Als wij via uw bankrekening of op andere wijze een bedrag voor u ontvangen, dan heeft u dat bedrag van ons te goed. Soms komt het voor dat wij het tegoed al voor u boeken terwijl wij het bedrag nog niet (definitief) hebben ontvangen. Op die manier kunt u alvast over het geld beschikken. Wij mogen de boeking van het tegoed echter weer terugdraaien, als wij zelf het bedrag niet voor u ontvangen of dit weer moeten teruggeven. Wij hoeven dit niet vooraf aan u te laten weten.

Een voorbeeld:

U ontvangt in het buitenland een cheque van iemand en vraagt via ons om uitbetaling daarvan. Eigenlijk heeft u het bedrag van de cheque pas van ons te goed als wij de betaling van de cheque definitief voor u hebben ontvangen. Soms zijn wij echter bereid het bedrag aan u voor te schieten en het bedrag alvast als uw tegoed te boeken. Dit heeft voor u als voordeel dat u het geld al kunt gebruiken. Het kan helaas gebeuren dat wij toch geen betaling voor u ontvangen of dat wij een voor u ontvangen betaling weer moeten teruggeven. Wij zullen dan ook het alvast op uw rekening geboekte tegoed moeten terugdraaien. Denkt u hierbij aan het geval dat de cheque ongedekt blijkt of vals. Dit is voor uw risico. Wij staan namelijk niet garant voor de betaling door uw schuldenaar. Bij het terugdraaien van de boeking gelden de volgende regels:

a) Als de muntsoort bij boeking van het tegoed is gewisseld, mogen wij de muntsoort weer terugwisselen naar de oorspronkelijke muntsoort. Dit doen wij tegen de koers van het moment van terugwisselen.

b) Het kan gebeuren dat wij kosten maken in verband met het terugdraaien van de boeking. Die kosten zijn voor u. Dit kunnen bijvoorbeeld de kosten van het terugwisselen zijn.”

2.6 Per 1 maart 2017 zullen gewijzigde Algemene Bankvoorwaarden gelden. Het nieuwe art. 23 van de Algemene Bankvoorwaarden 2017 is ten opzichte van het oude artikel iets gewijzigd. Zo vermeldt het artikel per 1 maart 2017⁷:

definitief en onvoorwaardelijk, ontvangt. Als hieraan niet is voldaan, mag de bank de creditering – zonder voorafgaande kennisgeving – door debitering van een gelijk bedrag, met terugwerkende kracht, ongedaan maken. Als het (te) ontvangen bedrag bij creditering is omgezet in een andere valuta dan mag de bank de debitering uit voeren in die andere valuta tegen de wisselkoers op het moment van uitvoering. In verband met de ongedaanmaking gemaakte kosten komen voor rekening van de cliënt.”

5 Orco bank is volgens de ledenlijst van de Nederlandse Vereniging van Banken geen lid van deze vereniging, zie: <https://www.nvb.nl/vereniging/120/leden.html>.

6 Zie bijv. R.I.V.F. Bertrams, Algemene Bankvoorwaarden, in: B. Wesels c.s., Algemene voorwaarden, 2010, p. 472. W.A.K. Rank, Algemene Bankvoorwaarden, in: Bank & aansprakelijkheid, Serie Recht en Praktijk nr. 95, 1996, p. 12, geeft aan dat de ratio van de (voorganger van) deze bepaling evident is, omdat van de bank niet gevergd kan worden dat zij instaat voor de gegoedheid van de debiteur van haar cliënt en dat creditering altijd geschiedt onder het voorbehoud van het definitief en onherroepelijk ontvangen van de tegenwaarde van de cheque door de bank. Zo'n voorbehoud is volgens Rank zo algemeen aanvaard dat in jargon gesproken wordt van “creditering onder gewoon voorbehoud”.

7 <https://www.vnb.nl/publicaties-standpunten/publicaties/619/algemene-bankvoorwaarden-general-banking-conditions.html>.

“Zo is het mogelijk dat wij de uitbetaling van een cheque terugdraaien omdat deze achteraf vals of ongedekt blijkt. Als het de betaling van een cheque betreft, wijzen wij u bij de uitbetaling op ons voorbehoud.”

2.7 In zijn conclusie voor het *SNS Securities*-arrest⁸, een zaak die vervolgens is afgedaan met toepassing van art. 81 RO, heeft A-G Wuismans het volgende verwoord over bankenzorgplicht, dat ik met instemming hier weergeef:

“2.12 (...) Er rust op banken niet in algemene zin een bijzondere zorgplicht ten opzichte van cliënten. De plicht om een verhoogde zorg tegenover een cliënt te betrachten is gekoppeld aan bijzondere situaties. Het gaat om situaties waarin een cliënt tegen vergoeding de medewerking van een bank inroept voor een aangelegenheid waarvoor geldt enerzijds dat de cliënt daarbij, voor de bank kenbaar, gezien zijn inkomen en/of vermogen grote financiële risico's loopt en hij vanwege zijn gebrek aan kennis en inzicht en/of zijn lichtzinnigheid bescherming tegen zichzelf behoeft, en anderzijds dat de bank ter zake over de benodigde deskundigheid en ervaring beschikt. Voor zover de te betrachten zorg niet uit de toepasselijke regelgeving volgt, zal de aard en omvang ervan dienen te worden bepaald aan de hand van de omstandigheden van het betrokken geval. De te betrachten bijzondere zorg kan bestaan uit het doen van onderzoek naar de financiële risico's, maar eventueel zelfs ook uit het onthouden van de verlangde medewerking. (voetnoot 5 op deze plaats: De vraag of en in welke mate er voor de bank (of een andere instelling) een bijzondere al dan niet precontractuele zorgplicht bestaat is in het bijzonder gerezen in gevallen waarin de bank (of de andere instelling) betrokken was bij het beheren van vermogen van een cliënt en/of het ontplooiën van beleggingsactiviteiten door een cliënt. Voorbeelden van meer recente uitspraken van de Hoge Raad op dit vlak zijn: HR 11 juli 2003, LJN AF7419, NJ 2005, 103 m.nt. Du Perron; HR 23 december 2005, LJN:AU3713, NJ 2006, 289, m.nt. M.R. Mok, rov. 6.3.2; HR 5 juni 2009, LJN:BH2815, RvdW 2009, 683, AA2010, blz. 188 e.v. m.nt. Van Boom/Lindenbergh, JA 2009, 117 m.nt. Van Boom, rov. 4.8.4; HR 24 december 2010, LJN:BO1799, RvdW 2011, 35, rov. 3.4. Recente beschouwingen over de zorgplicht, deels ook van algemene aard, treft men onder meer aan bij: T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, diss. UvA, 2006, blz. 178 en 179 jo. blz. 101-137 en 139-170; J.H. Nieuwenhuis, *Paternalisme, fraternalisme, egoïsme, Afscheidsrede Leiden*, NJB 2009, blz. 2254 e.v.; O.O. Cherednychenko, De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht, NTBR 2010, 3, blz. 66 e.v.; K.J.O. Jansen, De eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument, WPNR 2010 (6853), blz. 623 e.v.)”

2.8 Naar ik meen is dit nog steeds de aan te leggen toets bij de vraag naar schending van zorgplicht door de Bank: dat hangt af van de omstandigheden van het geval. Ook uit het arrest *ING/...*⁹ over opzegging van een kredietrelatie, waarin duidelijk is gemaakt dat de bancaire zorgplicht ook in acht valt te nemen jegens zakelijke klanten van de bank, volgt geen andere juridische toets voor schending van deze verplichting. De contractuele bevoegdheid om een boete te bedingen werd daar tegen het licht gehouden van de omstandigheden bestaande uit het niet specifiek waarschuwen voor de kwantitatieve financiële gevolgen van de beëindiging, indien, zoals daar gebeurde, de cliënt

8 HR 13 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6921, RvdW 2011/633 (*SNS Securities*).

9 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2929, NJ 2015/70 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, JOR 2015/8 m.nt. R.I.V.F. Bertrams, RF 2015/2, JIN 2015/13 m.nt. M. Teekens, Tvl 2015/38 m.nt. A.J. Verdaas (*ING/...*).

de opgezegde kredieten vroegtijdig afloste. Een feitelijke toets dus. De aan te leggen toets stond daar net als in onze zaak in de sleutel van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid en daarbij dient inderdaad de zorgplicht van de bank op grond van (het equivalent van) art. 2 van de Algemene Bankvoorwaarden mede in aanmerking te worden genomen, aldus rov. 3.5.4 uit *ING/[...]*. Dat betekent naar ik meen evenwel niet dat het zo-even in 2.7 geciteerde uitgangspunt verwoord door A-G Wuisman in diens conclusie voor het *SNS Securities*-arrest niet langer zou gelden. Ook plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense verwees met instemming naar de maatstaf in haar conclusie voor het *ING/[...]*-arrest onder 17. Iets anders is dat door het hof in de *ING-[...]*-zaak wel – en in die zin anders dan het hof deed in onze zaak – werd gekomen tot schending van de aan art. 2 van de Algemene Bankvoorwaarden te ontleen zorgplicht, omdat de betreffende bank daar volgens het hof “met geen woord (had) gerept over de vergoeding wegens vervroegde aflossing.” Het hof kwam in die zaak tot die bevinding “op basis van al deze feiten en omstandigheden”. Die zijn naar mij voorkomt bepaald anders dan in onze zaak (daar was het de bank die het krediet tussentijd opzegde en de cliënt zo dreef tot eerdere aflossing en vervolgens aanspraak maakte op de contractueel bedongen boete, waar de bank het niet over had gehad bij de opzegging) – en een oordeel daarover is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt.

2.9 Het springende punt in deze zaak is dat BBV vindt dat hier sprake is van zo'n bijzondere situatie, waaraan een bijzondere zorgplicht voor de Bank zit gekoppeld. Die bijzonderheid zit hem volgens BBV in de onervarenheid van het kantoor met internationale bankcheques en de specifieke kennis over de daarmee gemoeide risico's bij de Bank, die BBV daarvoor onvoldoende indringend zou hebben gewaarschuwd. De Curaçaose rechters hebben dit in wezen aan de hand van de omstandigheden van de zaak anders geoordeeld en geoordeeld dat een dergelijk internationaal opererend advocatenkantoor van die risico's geacht kan worden te weten, daar bovendien voldoende voor is gewaarschuwd door de Bank en BBV klaarblijkelijk een ondernemingsrisico heeft genomen bij deze incassokwestie. Dat een feitelijke toets, waar de bulk van het cassatieberoep op stukloopt.

2.10 Het is misschien verstandig beleid voor een bank om bij creditering van een bankcheque er uitdrukkelijk op te wijzen dat deze creditering onder voorbehoud van een goede afloop geschiedt¹⁰, maar het is goed te volgen dat men vindt dat dat voor een zakelijk opererend advocatenkantoor als cliënt van een bank eigenlijk voor zich moet spreken – het is wettelijk en contractueel uitgangspunt. Of de in acht te nemen zorgplicht ook vereist dat de bank in een concreet geval een *zakelijke* cliënt voorafgaand aan het uitvoering geven van een specifieke chequeverzilveringsopdracht – naast het in de algemene voorwaarden opgenomen voorbehoud en mede gelet op het wettelijke uitgangspunt van art. 6:46 BW¹¹ – nog eens uitdrukkelijk op de daaraan verbonden risico's wijst, hangt naar ik meen af van de omstandigheden van dat concrete geval. Daarbij zullen de mate

van deskundigheid en de relevante ervaring van de cliënt natuurlijk een rol spelen¹², maar het gaat om een beoordeling in het licht van alle omstandigheden van de zaak. Voor het introduceren van een algemene advies- en waarschuwplicht voor banken bij creditering van bankcheques zonder meer (ook ten aanzien van zakelijke cliënten), waarvoor het middel een lans lijkt te breken, zie ik geen aansprekende gronden¹³. Ik wijs er daarbij op dat volgens de jurisprudentie van Uw Raad de bijzondere zorgplicht van banken bij vermogensbeheer – op welke jurisprudentie BBV zich beroept in onderdeel 2 – geen algemene advies- en waarschuwplicht inhoudt. Of er (bij vermogensbeheer) een advies- en waarschuwplicht bestaat, en hoever deze strekt, dient steeds beoordeeld te worden aan de hand van de omstandigheden van het geval, tot welke omstandigheden mede de mate van deskundigheid en de relevante ervaring van de cliënt behoren¹⁴. Ik realiseer mij overigens dat wel bepleit wordt dat in een geval als het onze juist eerder sprake kan zijn van een specifieke zorgplicht in de vorm van een concrete waarschuwplicht¹⁵.

12 Vgl. hof Leeuwarden 13 maart 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BV8646, rov. 5 en 7 (*Friesland Bank/KFM*) waar werd aangenomen dat de bank niet behoefde te waarschuwen voor de risico's verbonden aan een creditering onder voorbehoud. Het hof overwoog in rov. 7 onder meer: “Het enkele feit dat KFM nog een jonge onderneming zou zijn en geen ervaring zou hebben met cheques maakt niet dat op de bank een waarschuwplicht in voormelde zin kwam te rusten. Afgezien van het feit dat de bank onweersproken heeft gesteld dat “de achterliggende ondernemer en het brein van KFM”, te weten de heer [R] (de vader van [Y]), een gepokt en gemazelde ondernemer is, staat voor het hof voorop dat KFM opereerde in de nationale en internationale handel. De bank mocht er bij een dergelijk bedrijf van uitgaan dat het zich bewust was van het risico dat gepaard ging met de terugbetaling aan de afnemer terwijl de cheque nog niet was geïnd. Dit geldt temeer nu ervan mag worden uitgegaan dat KFM de betrouwbaarheid van haar eigen klant beter zal kunnen inschatten dan de bank, die buiten deze relatie staat. Gesteld noch gebleken is voorts dat de bank over bijzondere kennis of informatie beschikte, zoals mogelijkerwijs het vaker voorkomen van dit type fraude.”

13 Idem Teekens in zijn JIN-noot onder *ING/[...]*, vindplaats voetnoot 10, par. 9 (daar overigens in de sleutel van de opzeggingsbevoegdheid van een bankkrediet): “Bij de invulling die wordt gegeven aan art. 6:248 lid 2 BW is (slechts) de contractuele zorgplicht als opgenomen in art. 2 ABV relevant. De vraag is of de Hoge Raad hiermee bewust een signaal heeft afgegeven in de lijn van A-G Wuisman (zie zijn conclusie voor HR 13 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6921, RvdW 2011/633). Dat is wel te hopen. Het in het algemeen bestaan van een bijzondere zorgplicht – op zichzelf al een *contradictio in terminis* – bij een civielrechtelijke verhouding op basis van een maatschappelijke functie is onwenselijk.”

14 Vgl. HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, JOR 2011/54, m.nt. A.C.W. Pijls en OR 2011/33, m.nt. A.A. Ettema, rov. 3.4 (*Fortis/[...]*); HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, NJ 2016/245, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, JOR 2016/34, m.nt. F.M.A. Hart, rov. 4.1 (*Ponzi-zwandel*) en HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, NJ 1999/285, m.nt. W.M. Kleijn, JOR 1998/116, m.nt. S.C.J.J. Kortmann, rov. 3.6.2 (*Mees Pierson/Ten Bos*).

15 Aldus Tjong Tjin Tai in zijn NJ-noot onder *ING/[...]*, vindplaats voetnoot 10, par. 4, 4e alinea (daar overigens in de sleutel van de opzeggingsbevoegdheid van kredietverlening door een bank): “Op banken rust ingevolge art. 2 ABV een zorgplicht. Deze kan verder gaan dan de op zichzelf relatief specifieke financiële zorgplicht die in de rechtspraak van de Hoge Raad is ontwikkeld (ter bescherming van particulieren tegen gebrek aan kunde en inzicht of eigen lichtvaardigheid, bv. HR 5 juni 2009, NJ 2012/184, m.nt. J.B.M. Vranken). Art. 2 ABV verplicht de bank naar beste vermogen met de belangen van de klant rekening te houden. Dit suggereert een belangenafweging waarbij de belangen van de klant meer gewicht moet toekomen dan bij gewone contractuele verhoudingen. Dit

10 Zo ook W.H.G.A. Filott, *Algemene bankvoorwaarden* (2000), pp. 52-54. De nieuwe formulering van het komende art. 2 van de Algemene Bankvoorwaarden is een aanwijzing in die richting.

11 De tekst geldend op Curaçao is dezelfde als van het in Nederland geldende BW en luidt in lid 1: “Wanneer een schuldeiser een cheque, postcheque, overschrijvingsorder of een ander hem bij wijze van betaling aangeboden papier in ontvangst neemt, wordt vermoed dat dit geschiedt onder voorbehoud van goede afloop.” Zie M.F. Murray, *Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek*, tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek, 2016, p. 1405.

2.11 Een nadere beschouwing van de feiten in deze zaak kan licht doen denken aan het bekende aforisme van Paul Scholten: “in de feiten ligt het recht”. De feiten uit onze zaak zijn een soort variant op voorschotfraude, ook wel Nigeriaanse oplichting¹⁶ genoemd, waar al sinds tientallen jaren op advocatenkantoren voor wordt gewaarschuwd (mijzelf bekend uit eigen wetschap, daterend van eind jaren tachtig). De meest doorzichtige is dat er gouden bergen worden beloofd, waarvoor wel eerst relatief kleine onkosten moeten worden “voorgesloten”, waarna de oplichters spoorloos verdwijnen. Een andere is die van een rijkaard die niet bij zijn geld zou kunnen of waarbij bedragen tijdelijk op je rekening worden gestald tegen beloning. Wel moet er dan eerst, om het geld te kunnen vrijmaken, een bedrag worden overgemaakt, dat nooit meer wordt teruggezien. Weer een andere variant is een zakenman die vraagt cheques te verzilveren tegen hoge beloningen. Gemeenschappelijk is dat een voorstel meestal “te mooi is om waar te zijn” en dat de “scam” gelinkt is aan exotische buitenlandse met gebruikmaking van minder heldere betalingsroutes.

Die laatste elementen spelen in onze zaak ook en zouden, naar wil voorkomen, bij een commercieel advocaat allicht wenkbrauwen kunnen doen fronsen (hoewel BBV aanvoert dat het een geraffineerde fraude was, waar diverse advocatenkantoren in zijn getrapt en waar door Dekens van advocatenordes in Nederland en Curaçao nog in 2013 voor werd gewaarschuwd): nieuwe Japanse cliënt A meldt zich met incasso-opdracht voor \$ 6 miljoen van op Curaçao gevestigde debiteur B tegen 15% vergoeding (\$ 900.000,-). Nog voordat de advocaat voor deze in actie komt, arriveert bij de advocaat per koerier een internationale bankcheque van een grote Amerikaanse bank (Citibank) afkomstig van een Canadese afzender C met volgens de cliënt een deelbetaling hierop van de debiteur B van \$ 350.000,- en de nieuwe cliënt dringt vervolgens aan op doorboeking (onder inhouding van de overeengekomen 15% incasso-fee) zonder de “clearing” af te wachten naar een offshore rekening van een Chinese bank ten name van D. Advocatenkantoor BBV is geen particulier, maar een zakelijke cliënt van de bank en wordt door de bank gewaarschuwd dat de “clearing”-periode eigenlijk moet worden afgewacht en gebleken is dat Amerikaanse bankchecks wel eens kunnen “bouncen” en krijgt ook nog een fikse debetrente in rekening gebracht voor die doorboeking, zolang het geld van de cheque nog niet bij de bank binnen is. Antwoord van BBV op het bericht zijdens de bank over deze risico's: begrepen, maar graag wel meteen doorboeken als verzocht naar D, die kosten zien we later wel. Ook al zijn misschien vraagtekens te plaatsen bij de voorlichting hierover door de Bank, art. 22 van de overeengekomen algemene voorwaarden bevat een duidelijke risicoverdeling, terwijl ook het wettelijke uitgangspunt van art. 6:46 BW de van de Bank te vergen zorgplicht inkleurt. Het hof oordeelt aan de hand van de omstandigheden van het geval (rov. 3.1 en 3.2) dat de Bank haar zorgplicht hier niet heeft geschonden. Dat is een rechtens juiste toetswijze en het oordeel dat deze omstandigheden niet tot zo'n vergaande zorgplicht nopen als door BBV bepleit, is voor het overige feitelijk en niet onbegrijpelijk. Het betreft geen complex financieel product, maar een cheque, wat een op Curaçao gebruikelijk betaalmiddel is en er is gecommuniceerd over het wel of niet afwachten van de “clearing”-periode.

2.12 Bezien wij de concrete cassatieklachten nader.

perkt de uitoefening van de contractuele opzeggingsbevoegdheid in en leidt ertoe dat die uitoefening sneller onaanvaardbaar is. De Hoge Raad oordeelt dan ook dat art. 2 ABV gewicht mocht worden toegekend bij het oordeel over art. 6:248 lid 2 BW (r.o. 3.5.4.)”

16 Zie bijv. https://nl.wikipedia.org/wiki/Nigeriaanse_oplichting

Onderdeel 1: ongemotiveerde aansluiting bij het GEA-oordeel

2.13 *Onderdeel 1* is gericht tegen het oordeel in rov. 3.1 dat het hof zich aansluit bij de oordelen van het GEA en deze tot de zijne maakt.

Het onderdeel bevat *onder a* de rechtsklacht dat het hof de grieven tegen het oordeel van het GEA niet kan verwerpen onder verwijzing naar het juist door die grieven bestreden oordeel. Althans kan dat niet zonder impliciet of expliciet te refereren aan de grieven en aldus te specificeren op welke grond(en) en in welk(e) opzicht(en) de appelrechter zich aansluit bij dat oordeel. Dit vormt een miskenning van de aard en herstellfunctie van het appel en de taak van de appelrechter.

Het onderdeel formuleert *onder b* de motiveringsklacht dat zonder nadere, maar ontbrekende, motivering onbegrijpelijk is op welke gronden en in welk(e) opzicht(en) het hof zich in rov. 3.1 aansluit bij de oordelen van het GEA, omdat het hof niet (voldoende kenbaar) zou refereren aan de door BBV tegen die gronden gerichte grieven, waarmee volgens de klacht het geschil over de zorgplichtschending in volle omvang aan het hof is voorgelegd (vgl. mvg 56). Dit is een algemene motiveringsklacht die doorwerkt in de opvolgende motiveringsklachten uit het middel die, aldus het onderdeel, zekerheidshalve worden aangedragen.

2.14 Deze klachten gaan meen ik niet op. Volgens vaste rechtspraak van Uw Raad kan de appelrechter immers volstaan met te overwegen dat hij zich verenigt met de motivering van de eerste rechter, voor zover de grieven geen andere stellingen bevatten dan al in eerste aanleg aangevoerd¹⁷. Wanneer de grieven nieuwe punten bevatten, is het hof gehouden tot een nadere motivering¹⁸. Er kunnen bij deze motiveringstechniek ook cassatieklachten worden gericht tegen de overwegingen van het vonnis van het GEA¹⁹. BBV heeft ook – naar ik uit het verzoekschrift begrijp²⁰ – van deze mogelijkheid gebruik gemaakt in de formulering van haar klachten. Dat komt in het navolgende verder aan bod. Met zijn oordeel in rov. 3.1 heeft het hof deze regels juist toegepast door zich enerzijds voor wat betreft stellingen uit de eerste aanleg die in de grieven zijn herhaald aan te sluiten bij de oordelen van het GEA en deze tot de zijne te maken en anderzijds daar voor wat betreft de bij grieven aangevoerde nieuwe punten nog iets aan toe te voegen (in rov. 3.1-3.6). Daarop strandt de rechtsklacht.

2.15 Het oordeel van het hof dat het zich aansluit bij de oordelen van het GEA acht ik niet onbegrijpelijk, nu dit zo moet worden begrepen dat het hof zich aansluit bij de oordelen van het GEA voor zover het stellingen betreft die in eerste aanleg zijn aangevoerd en bij grieven zijn herhaald. In de verdere overwegingen van het hof is, anders dan onderdeel b aandraagt, een voldoende kenbare verwerping van de aangevoerde grieven te vinden. Ik loop dat kort na.

– grief 1 bestreed rov. 4.2 en 4.7: de Bank kan een beroep doen op art. 22 algemene voorwaarden. Daarop respondeert het hof in rov. 3.1: dat beroep op art. 22 is naar maatstaven van redelijk-

17 HR 18 oktober 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0376, NJ 1991/821 (*B/Gemeenste Zwijndrecht*), rov. 3.2, conclusie A-G Wesseling-van Gent van 25 mei 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BA7634, onder 2.6, 2.11-2.12 en voetnoot 12 voor HR 7 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7632, RvdW 2007/745 (art. 81 RO).

18 HR 17 november 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0948, NJ 1991/336, m.nt. E.A. Alkema (*Backer/Gemeente Nieuwegein*), rov. 3.4. Vlg. ook G.C.C. Lewin, Het hoger beroep en het cassatieberoep in burgerlijke zaken in de Nederlandse Antillen en Aruba (2009), p. 127-128.

19 HR 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:339, RvdW 2016/334, rov. 4.2-3.

20 Verzoekschrift p. 5, eerste alinea.

heid en billijkheid niet onaanvaardbaar, in aanmerking nemend art. 6 van die voorwaarden²¹ (het zorgplichtartikel);

– grief 2 richtte zich tegen rov. 4.3-4.9 dat de Bank geen zorgplicht heeft geschonden. Het is duidelijk dat het hof dat ook vindt, gelet op hetgeen het overweegt vanaf rov. 3.1;

– grief 3 bestreed het oordeel van het GEA in rov. 4.4 dat de Bank BBV niet tevoren hoefde te adviseren een andere betaalwijze te accepteren. Daar gaat het hof in rov. 3.5 op in: uit zijn oordeel dat de Bank in voldoende mate aan haar zorgplicht heeft voldaan door op de risico's rond de "clearing" te wijzen, vloeit voort dat de Bank niet verplicht was op andere betalingswijzen te attenderen (cheques zijn anders dan in Nederland een courant betaalmiddel op Curaçao (mva p. 3, 4 en 15)). Ook de in grief 3 vervatte positie dat BBV bijzonder risico liep handelend voor een derde verwerpt het hof in rov. 3.1: volgens het hof heeft BBV een voor haar rekening komend ondernemingsrisico genomen om een cliënt te plezieren;

– grief 4 voerde aan dat het GEA in rov. 4.5 niet is ingegaan op de kwestie dat de Bank BBV niet heeft verteld dat na kopiëren van de cheque het woord "void" op de kopie stond. Dat dat zou moeten, verwerpt het hof in rov. 3.4 (over welke overweging BBV overigens bij s.t. onder 1.7 en voetnoot 8 aangeeft dat die geen rol speelt in cassatie);

– grief 5 zag op rov. 4.6 van het vonnis in eerste aanleg: BBV wist van de "clearing"-periode, de daarmee verbonden debetrente en het "bouncing"-risico, maar stond er niettemin op dat werd doorgeboekt, waarmee zij die risico's heeft aanvaard. Dat adieert het hof in rov. 3.1 en 3.5: BBV wist van de risico's van de "clearing", waar de Bank nog op had gewezen en BBV kon in redelijkheid niet menen dat de clearing was voltooid;

– grief 6 betrof in de eerste plaats de vraag of krediet is verleend of is bevoorschot, wat volgens BBV geen verschil maakt hier, omdat de Bank in beide gevallen een kredietwaardigheidstoets moest uitvoeren. Dat beoordeelt het hof anders; al dan niet daarover overleg plegen met de Bankdirectie is volgens het hof een interne kwestie. De andere kwestie uit grief 6, dat het GEA in rov. 4.7 heeft miskend dat BBV een risico liep dat er eerst niet was en dat dat een wezenlijk verschil is met het zelf als betaling accepteren van een cheque van haar eigen debiteur, is afgewezen in rov. 3.1 door het hof: valsheidsrisico is voor BBV. Verder wordt op de klacht uit grief 6 over rov. 4.7 dat de Bank geen afwikkelingsrisico liep, gerespondeerd in rov. 3.3 door het hof: dat risico vond de bank kennelijk verantwoord. Over de klacht uit grief 6 dat art. 22 van de voorwaarden de Bank niet ontslaat van haar zorgplicht: het hof gaat kennelijk uit van de redelijkheid en billijkheid in aanmerking nemend art. 6 en overweegt dat de Bank daar voldoende invulling aan heeft gegeven;

– grief 7 klaagde over de verwerping van BBV's voorwaardelijke reconventionele eis, maar in het oordeel van het hof dat de Bank haar zorgplicht niet heeft geschonden, ligt de verwerping daarvan besloten, want de grondslag voor de reconventie was eveneens schending van de zorgplicht door de Bank;

– grief 8 ging over het rente-ordeel uit rov. 4.10. Daar heeft het hof inderdaad niet specifiek op beslist. Mogelijk is dit te zien als impliciet verworpen of als een kwestie waar BBV geen belang bij heeft in cassatie, omdat BBV ter zake te weinig heeft aangevoerd – maar is wel ruimte voor twijfel. Ik kom daar bij de bespreking van onderdeel 6 op terug;

– grief 9 zag op de uitvoerbaarheid bij voorraad en die is kenne-

lijk verworpen nu het hof zijn uitspraak ook uitvoerbaar bij voorraad heeft verklaard, hetgeen kon bij gebreke van nieuwe argumenten bij grieven;

– grief 10 ontbeerde zelfstandigheid.

Onderdeel 2: zorgplicht vóór acceptatie van de cheque
2.16 *Onderdeel 2* is gericht tegen rov. 3.1 en 3.2 van het vonnis van het hof (hiervoor onder 1.25 geciteerd) en rov. 4.4 van het vonnis van het GEA (weergegeven in 1.24) en klaagt met rechts-motiveringsklachten dat het betoog van BBV is verworpen dat sprake is van schending van de zorgplicht van de Bank voorafgaand aan acceptatie van de cheque door niet te adviseren over de verschillende modaliteiten voor afwikkeling van cheques en te waarschuwen voor de aan een chequetransactie verbonden risico's, zoals fraude en vervalsing. Het onderdeel wijst in dit verband op twaalf stellingen die BBV in feitelijke instanties naar voren heeft gebracht die erop neerkomen dat de Bank een professionele partij is met ervaring met internationale handelscheques en de daaraan verbonden risico's, dat BBV destijds een jong advocatenkantoor was zonder ervaring met internationale cheques dat zich niet bewust was van het risico die het liep en dat de Bank, die ermee bekend was dat BBV geen ervaring had met zulke cheques, BBV op de risico's had moeten wijzen en duidelijk had moeten maken onder welke voorwaarden de cheque werd geaccepteerd.

2.17 *Onderdeel 2a* klaagt dat uit de daarin genoemde rechtspraak van Uw Raad (over de reikwijdte van bancaire zorgplicht) volgt dat de Bank voor creditering 1) had moeten adviseren over de diverse chequeafwikkelingsmodaliteiten en had moeten waarschuwen een veiliger alternatief te kiezen en 2) meer indringend had moeten waarschuwen voor de aan deze chequetransactie verbonden risico's, zoals fraude en vervalsing. Ik teken daarbij aan dat BBV bij mvg onder 57 heeft aangegeven dat de door haar geponeerde schending van de zorgplicht van de Bank berust op de eisen van redelijkheid en billijkheid, op art. 2 van de algemene voorwaarden (bedoeld zal zijn art. 6, hiervoor voor zover relevant weergegeven in voetnoot 10 – inhoudelijk overeenkomend met art. 2 van de Algemene Bankvoorwaarden) en op art. 7:400 BW (dat op Curaçao gelijk luidt als dat artikel in het Nederlandse BW²²), de zorg van een goed opdrachtnemer en uitdrukkelijk niet op toezichtswetgeving.

2.18 Wij zagen dat de reikwijdte van de bancaire zorgplicht afhangt van de omstandigheden van het geval. Het hof is van die juiste rechtsopvatting uitgegaan. Ik recapituleer dat het hof in rov. 3.1 met name van belang vindt a) dat BBV een commercieel en deskundig advocatenkantoor is, 2) bedacht behoort te zijn op oplichting en valse stukken, 3) dat de Bank niet behoefde te twijfelen aan BBV's kennis en oordeel over de betrokken risico's, 4) BBV wist dat pas na de "clearing" duidelijkheid zou komen over de goede afloop, 5) waar de Bank haar bovendien op had gewezen, 6) BBV gezien de e-mailwisseling in redelijkheid niet kon menen dat de "clearing" voltooid was, zij alleen risico liep ten belope van de debetrente en dat de Bank het valsheidsrisico zou overnemen, maar 7) dat BBV hier per se een ondernemingsrisico heeft willen nemen door de "clearing" niet af te wachten om een cliënt te gerieven. Ik meen dat in het feitelijke oordeel van het hof op grond van de door het hof in oogen-schouw genomen omstandigheden van de zaak (rov. 3.2) dat over BBV's kennis en oordeel over de risico's door de Bank niet behoefde te worden betwijfeld, besloten ligt een afwijzing van de stelling van BBV dat de Bank haar specifiek(er) en indrin-

21 Het relevante deel luidt als volgt: "The Bank shall exercise due care when carrying out orders of the client while taking into account to its best ability the interests of the client (...)", zie plta tijdens BBV in appel onder 8. De algemene voorwaarden zijn overgelegd als prod. 12 bij cvr.

22 M.F. Murray, *Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek – deel 2; tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek*, 2016, p. 1792.

gend(er) had behoren te wijzen op de risico's van het accepteren van cheques, de verschillende wijzen van accepteren (onder gewoon voorbehoud of ter incasso) en het – kort gezegd – debet-risico. De rechtsklacht dat de Bank uit hoofde van de op haar rustende zorgplicht gehouden was om tevoren te adviseren over de verschillende modaliteiten voor chequeafwikkeling en (eerder) te adviseren over veiliger alternatieven en te waarschuwen voor de risico's van met name fraude en vervalsing, gaat om die reden niet op.

2.19 De eerste rechtsklacht van *onderdeel b* is aangevoerd voor het geval het hof zou hebben geoordeeld dat geen zorgplicht van de Bank geldt jegens een professionele partij. Dat mist feitelijke grondslag. Het hof overweegt in rov. 3.2 en 3.5 expliciet dat de Bank wel een zorgplicht had, maar dat die hier niet is geschonden. Ook de tweede klacht mist feitelijke grondslag. Ge klaagd wordt dat voor zover het hof oordeelt dat uit art. 6 van de algemene voorwaarden volgt dat de zorgplicht van de Bank niet geldt ten opzichte van BBV als professionele partij, dat oordeel onjuist of onbegrijpelijk is. In rov. 3.1 overweegt het hof evenwel dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is dat de Bank zich op art. 22 van haar voorwaarden beroept, mede (dus niet alleen) in aanmerking genomen art. 6 van die voorwaarden. Het hof heeft hiermee in weerwil van de klacht juist wel onderkend dat BBV zich ook beroept op een ongeschreven zorgplicht voortvloeiend uit de redelijkheid en billijkheid in verband met de aard van de contractuele verhouding tussen partijen. Ook is niet miskend dat de contractuele zorgplicht uit art. 6 van de voorwaarden ook geldt voor zakelijke partijen als BBV. Van buiten de grenzen treden van de rechtsstrijd is dan ook geen sprake.

2.20 De voortbouwende klachten *onder c-e* kunnen evenmin tot cassatie leiden, aangezien deze telkens van het onjuiste punt vertrekken dat het hof oordeelt dat geen zorgplicht op de Bank rustte voor aanvang van acceptatie van de cheque. Dat mist feitelijke grondslag en alleen al daarop stranden deze klachten, die ik daarom verder inhoudelijk laat rusten. Voor zover in deze onderdelen beroep wordt gedaan op een of meer van de twaalf in het onderdeel ingeroepen stellingen in feitelijke instanties, hebben die te gelden als impliciet verworpen door het hof, hetgeen geen nadere motivering vereiste.

2.21 *Onderdeel f* verlangt een te vergaande waarschuwingsplicht van de Bank jegens een professionele partij als BBV. De klacht is dat wanneer is geoordeeld dat aan de pre-acceptatie zorgplicht is voldaan door de Bank door BBV te wijzen op het risico rond de "clearing", dit niet volstaat, omdat de Bank had moeten verifiëren of BBV zich daadwerkelijk bewust was van het hier gelopen risico, waarbij de Bank BBV zodanig moest waarschuwen, dat dat naar verwachting zou leiden tot vermindering van dit risicovolle gedrag, waarbij het hof is voorbijgegaan aan de stellingen van BBV dat zij zich niet bewust is geweest van de hier gelopen risico's. Klaarblijkelijk ligt in de hiervoor in 2.18 onder 3)-6) weergegeven oordeelelementen van het hof besloten dat volgens het hof de in de klacht aangekaarte waarschuwingselementen niet kunnen worden verlangd in de omstandigheden van dit geval. Dat is een feitelijk en niet onbegrijpelijk oordeel. Uit het oog is verloren dat de zorgplicht voor particulieren, waar de klachtonderdelen op steunen, van verdergaande strekking is dan die voor zakelijke cliënten²³. Het hof mocht daarin betrekken dat het hier ging om een commercieel advocatenkantoor

met door de wol geverfde partners met jarenlange ervaring bij Curaçaose en (grote) Nederlandse kantoren. In rov. 3.1 brengt het hof tot uitdrukking dat een dergelijk kantoor de risico's die het potentieel liep kende, althans behoorde te kennen. Dat lijkt mij bepaald niet onbegrijpelijk. Ook is niet vereist dat de Bank zich moet verzekeren van een *informed consent* zijdens BBV; waarschuwingen behoeven niet gegarandeerd effectief te zijn²⁴. De slotklacht dat voor zover het hof oordeelt dat de Bank aan de hier bedoelde zorgplicht heeft voldaan door het bedingen van art. 22 van haar voorwaarden, dit oordeel onjuist is, mist opnieuw feitelijke grondslag, omdat dat niet in het oordeel van het hof valt te lezen.

2.22 *Onderdeel 2g* besluit met de uitgebreide motiveringsklacht dat wanneer de in acht te nemen zorgplicht voorafgaand aan acceptatie van de cheque niet is miskend door het hof, dit oordeel gelet op de ingeroepen twaalf stellingen onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd. Het onderdeel kaart een aantal elementen uit de motivering van het hof in rov. 3.1 en 3.2 aan en strekt er in wezen toe dat de feitelijke beslissing anders had behoren te luiden. Daarvoor is geen plaats in cassatie. Ik loop niettemin de aangekaarte elementen kort na, waar dat na het voorgaande nog aanvulling behoeft:

– dat commercieel advocatenkantoor BBV bedacht moest zijn op oplichting en valsheid van stukken, kan de verwerping van het beroep op zorgplichtschending niet dragen, zo vangt het onderdeel aan. Tegenover een zodanig ervaren en deskundige wederpartij strekt die zorgplicht minder ver, zo'n kantoor moest bedacht zijn op malafide incasso's, lijkt mij de achtergrond hiervan, zeker gelet op de ervaring van dit kantoor met nationale cheques (vgl. rov. 4.6 GEA), waarbij dezelfde risico's spelen. Ook de deelmotiveringsklacht tegen de passage uit rov. 3.2 dat de Bank in dit geval niet hoefde te twijfelen aan de kennis en het oordeel van de commercieel advocaat over de aan de overmaking verbonden risico's is hiermee weerlegd. Daar komt nog bij dat het hof met juistheid overweegt dat een advocatenkantoor de betrouwbaarheid van haar cliënt beter kan inschatten dan de Bank, die buiten die relatie staat;

– dat BBV in redelijkheid niet kon menen dat de Bank het valsheidsrisico over zou hebben genomen, zou onbegrijpelijk zijn, omdat ook dit is gerelateerd aan algemene vervalsing van stukken en niet ziet op het concrete fraude- en vervalsingsrisico in dit geval. Dat laatste is naar voorkomt juist wel bedoeld door het hof in rov. 3.1, naar welke bekendheid het hof in rov. 3.2 terugverwijst – geen motiveringsgebrek zodoende;

– dat voor zover rov. 3.1-3.2 mede steunen op rov. 4.4 van het GEA vonnis niet kenbaar is gerespondeerd op grief 3, mist feitelijke grondslag, waarvoor ik terugverwijs naar derde liggende streepje van 2.15 van deze conclusie. Het onderdeel bevat op deze plaats nog de klacht dat de motivering dat BBV zelf aandrang op spoedige afhandeling over het hoofd ziet dat de zorgplicht ook ziet op bescherming tegen eigen lichtvaardigheid en gebrek aan kennis en kunde van BBV en aandringen op spoed geen mindere zorgplicht meebrengt. Dit ziet over het hoofd dat het hof anders oordeelt over de deskundigheid van BBV en dat bescherming tegen lichtvaardigheid en onkunde nu typisch is ontwikkeld voor de relatie bank-particulier en ondoorzichtige vermogensbelegging, hetgeen niet speelt in onze zaak. BBV adstrueert dit bij s.t. onder 2.9-2.10 met lagere rechtspraak en (overigens: verdeelde) literatuur over renteswaps. Dat zijn complexe derivaten die zich niet zo maar laten vergelijken met indiening en afwikkeling van een cheque (gebruikelijk betaalmiddel op Curaçao). Bovendien is BBV nadrukkelijk op het respect

23 Zie bijv. Hof Amsterdam 24 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV8136, rov. 4.15, A.A. Ettema, K.J.O. Jansen, Waarschuwingplichten voor financiële ondernemingen, in: D. Busch e.a. (red.), Aansprakelijkheid in de financiële sector, 2013, p. 81, 87, 95-96.

24 Ettema en Jansen, a.w. vorige voetnoot, p. 107.

teren van de “clearing”-periode geweest, maar wilde zij de transactie niettemin doorzetten – in het oordeel van het hof een welbewust genomen ondernemingsrisico. Dit is ook niet onbegrijpelijk in het licht van de onbestreden gebleven stelling van BBV dat zij zich zou hebben neergelegd bij weigering de transactie door te zetten als zij wel gewaarschuwd zou zijn in de door haar bepleite zin, zoals nog wordt betoogd; gelet op de e-mailwisseling heeft het hof dat kennelijk en niet onbegrijpelijk weinig aannemelijk geacht;

– dat de Bank niet op de hoogte zou zijn van de incassowerkzaamheden, zoals het GEA in rov. 4.4 overweegt, is feitelijk onjuist en in strijd met de eigen stellingen van de Bank, zodat ook dit ’s hofs oordeel niet kan dragen, zo luidt de volgende klacht. Ik meen dat BBV hier belang bij cassatie ontbeert, omdat het hofoordeel niet rust op de vaststelling dat de Bank niet wist van de incassowerkzaamheden. In rov. 3.1 is de in grief 3 verwerkte stelling verworpen dat BBV een bijzonder risico liep door niet voor zichzelf een cheque te willen verzilveren, maar voor een derde/cliënt met de overweging dat dit een welbewust door BBV genomen ondernemingsrisico is;

– dat voor zover het oordeel mede leunt op wat het GEA in rov. 4.6 heeft overwogen over, samengevat, de eigen verantwoordelijkheid van BBV, is dat onbegrijpelijk in het licht van wat is aangevoerd over de kennis van BBV en de bij uitstek bij de Bank aanwezige deskundigheid en de zorgplicht ziet op bescherming tegen lichtvaardigheid en gebrek aan kennis en kunde. Dat is een herhaling van zetten, die hiervoor al is weerlegd; het hof heeft dat feitelijk anders gewaardeerd.

Onderdeel 3: zorgplicht na acceptatie van de cheque

2.23 Ook onderdeel 3 is gericht tegen rov. 3.1 en 3.2 van het vonnis van het hof en rov. 4.4 van het vonnis van het GEA. Het onderdeel klaagt dat de Bank ook haar zorgplicht heeft geschonden door BBV – na acceptatie van de cheque – over het geld te laten beschikken voordat de “clearing”-periode was verstreken en zonder BBV te waarschuwen voor de hieraan verbonden risico’s, meer in het bijzonder het risico dat het chequebedrag in geval van vervalsing alsnog zou worden gedebiteerd. Het onderdeel wijst in dit verband op tien stellingen die BBV in feitelijke instanties naar voren heeft gebracht en die het hof ten onrechte en/of zonder voldoende (begrijpelijke) motivering zou hebben verworpen.

2.24 Dit onderdeel bouwt voort op onderdeel 2 en strandt om overeenkomstige redenen. We zagen al dat het hof feitelijk anders waardeert en oordeelt dat BBV bekend moet worden geacht met de aan de “clearing” verbonden risico’s, daar bovendien voldoende voor is gewaarschuwd door de Bank en deze risico’s kennelijk heeft willen nemen teneinde een (potentiële) klant te gerieven. Vanuit die positie bezien hoefde het hof niet in te gaan op de betreffende stellingen van BBV dat de Bank na acceptatie van de cheque niet aan haar zorgplicht zou hebben voldaan door enerzijds het chequebedrag bij te boeken op de rekening van de cliënt voordat de “clearing-periode” was verstreken en anderzijds niet anders dan is gedaan te waarschuwen voor de daaraan verbonden risico’s. Daarop stranden de klachten *onder a en f*, die aanvoeren dat is miskend dat de Bank de overboeking van \$ 294.500,- had moeten weigeren, althans indringender voor de risico’s had moeten waarschuwen. Een algemene (zorg)plicht om sowieso de “clearing”-periode af te wachten, bestaat volgens mij niet, vgl. hiervoor 2.8-2.10 en de toelichting bij art. 23 algemene bankvoorwaarden onder 2.5. Dat hangt af van de omstandigheden. Een plicht om een cliënt te weerhouden te lichtvaardig een voor haar risicovolle transactie aan te gaan (dus door de opdracht te weigeren), wordt wel eens gezien bij particulieren, waarbij te voorzien is dat een fi-

nanciële catastrofe kan optreden²⁵. Dat voor BBV faillissement zou dreigen, zoals zij aanvoert, is door de Bank gemotiveerd bestreden (mva p. 18, plta zijdens de Bank in appel p. 9).

2.25 De onderdelen *onder b-e* (die corresponderen met de overeenkomstige klachten uit onderdelen *2b-2e*; vlg. hiervoor 2.19 en 2.20) gaan uit van het onjuiste uitgangspunt dat is geoordeeld dat de bank hier geen zorgplicht zou hebben. Dat valt in de bestreden overwegingen van het hof niet te lezen.

2.26 Het onderdeel betoogt *onder g* dat het oordeel van het hof dat BBV “weet” dat er pas na “clearing” voldoende zekerheid bestaat over de goede afloop onbegrijpelijk is gelet op stellingen van BBV dat BBV niet “wist” wat “clearen” betekent, omdat de Bank dat niet had toegelicht en zij in de veronderstelling verkeerde dat de “clearing” op 8 juli 2011, toen de creditering van \$ 350.000,- en de overboeking van \$ 294.500,- plaatsvonden, reeds was voltooid, dus dat er toen reeds voldoende zekerheid bestond over de goede afloop. Zoals hiervoor is toegelicht, acht ik het oordeel van het hof dat BBV bekend was met de aan de “clearing” verbonden risico’s niet onbegrijpelijk. Het hof heeft de stellingen van BBV dat zij niet bekend zou zijn met de risico’s verworpen. Daarnaast is in rov. 3.1 expliciet overwogen dat BBV, gelet op de e-mailcorrespondentie van de Bank, niet in redelijkheid kon menen dat op het moment van de overmaking de “clearing” al was voltooid.

2.27 *Onder g* wordt verder geklaagd dat het oordeel van het hof dat de Bank BBV “hierop” (te weten: dat pas na “clearing” van een aangeboden cheque voldoende zekerheid bestaat over de goede afloop) zou hebben gewezen, zonder nadere motivering eveneens onbegrijpelijk is. Volgens het onderdeel heeft BBV namelijk gesteld dat zij de mededelingen van de Bank niet als waarschuwingen heeft begrepen. Als hiervoor eveneens aangegeven, is dat gelet op de e-mailwisseling niet onbegrijpelijk te achten en voor het overige feitelijk.

2.28 De klachten *onder g* gericht tegen het oordeel van het GEA behoeven in het licht van het voorgaande geen aparte bespreking. Het hof heeft immers in aanvulling op het GEA-vonniss geoordeeld dat BBV bekend was met de aan de “clearing” verbonden risico’s en deze risico’s kennelijk heeft willen nemen teneinde een (potentiële) klant te gerieven, welk oordeel de beslissing van het hof zelfstandig draagt. Overigens corresponderen deze klachten goeddeels met die onder *2g* en stranden zij op overeenkomstige gronden, vgl. hiervoor 2.22.

2.29 Het onderdeel klaagt *onder h* dat het hof ongemotiveerd voorbijgaat aan de stelling en het terzake gedane bewijsaanbod van BBV dat zij door mededelingen van de accountmanager van de Bank actief op het verkeerde been is gezet, doordat telefonisch is toegezegd dat de “clearing”-periode zou worden versneld, waardoor BBV meende dat de “clearing” was voltooid toen de creditering en de daarop volgende overboeking op 8 juli 2011 plaatsvonden.

Deze klacht mist feitelijke grondslag. Dat BBV actief op het verkeerde been is gezet, verwerpt het hof door in rov. 3.1 te oordelen dat BBV gelet op de e-mailwisseling met de Bank niet in redelijkheid kon menen dat op het moment van de overmaking de “clearing” al was voltooid. Daarmee verviel de relevantie van het bewijsaanbod. Overigens is dat niet onbegrijpelijk. Een toezegging om een “clearing” mogelijk te versnellen is niet te begrijpen als hetzelfde als een toezegging dat die “clearing” is voltooid na creditering en overboeking.

25 Hof Amsterdam 31 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV7171, F.M.A. ’t Hart, C.E. du Perron, De geïnformeerde consument, preadvies VvE 2006, p. 60, Ettema, Jansen, a.w., p. 84-85.

Onderdeel 4: zorgplicht bij kredietverlening

2.30 *Onderdeel 4* is gericht tegen rov. 3.3 en 3.5 van het hof (hiervoor in 1.25 geciteerd) en rov. 4.7 van het vonnis van het GEA (weergegeven in 1.24). Het onderdeel klaagt dat het hof ten onrechte en/of zonder voldoende (begrijpelijke) motivering het betoog van BBV heeft verworpen dat de Bank haar zorgplicht heeft geschonden door, na de voorwaardelijke creditering van het chequebedrag, de opdracht tot overboeking van \$ 294.500,= uit te voeren en BBV aldus ongevraagd krediet te verschaffen, zonder onderzoek te doen naar de kredietwaardigheid van BBV en zonder BBV deugdelijk te informeren over dit krediet, dat BBV niet kon en kan dragen.

2.31 De verschillende klachten van het onderdeel falen bij gebrek aan feitelijke grondslag. Zij nemen immers ten onrechte tot uitgangspunt dat de overboeking van \$ 294.500,= een kredietverlening van de Bank aan BBV betrof. Het hof en het GEA hebben juist geoordeeld dat bij de afwikkeling van een cheque, zoals hier aan de orde, van kredietverlening geen sprake is, maar van bevoorschotting. Dat is een feitelijk oordeel. Een eventuele kredietwaardigheidstoets acht het hof in rov. 3.3 een interne bankkwesitie, die niet tot bescherming van BBV strekt. Dat is van feitelijke aard en niet onbegrijpelijk.

2.32 Aan BBV kan worden toegegeven dat de eerste zin van rov. 3.5 van het bestreden vonnis anders had kunnen worden geformuleerd, maar mij lijkt bij *secure* lezing duidelijk dat met de “kredietfaciliteit die de bank aan BBV had verstrekt” wordt bedoeld op het lopend krediet van NAF 50.000,- dat BBV bij de Bank had en waarop het hof in rov. 3.2 had gewezen. Deze kredietfaciliteit staat volgens het hof “los van de gang van zaken rond de “clearing” van de aangeboden cheque”. Dat is niet onbegrijpelijk. De zorgplicht waar het hof op doelt in rov. 3.3 en 3.5 is dezelfde als die het hof in zijn verdere uitspraak niet geschonden acht door de Bank. Van innerlijke tegenstrijdigheid is geen sprake.

Onderdeel 5: derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 22 algemene voorwaarden)

2.33 *Onderdeel 5* is gericht tegen het oordeel van het hof in rov. 3.1, vierde volzin, dat het “niet onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid” is – art. 6 van de algemene voorwaarden mede in aanmerking genomen – dat de Bank zich beroept op art. 22 van die voorwaarden, alsook tegen rov. 4.8, eerste volzin, en rov. 4.11 van het vonnis van het GEA waarbij het hof volgens het onderdeel kennelijk aansluiting zoekt. De klacht is dat dit oordeel onjuist en/of onbegrijpelijk is, omdat het hof zonder toereikende motivering voorbijgaat aan de (essentiële) stellingname van BBV dat het beroep van de Bank op art. 22 van de algemene voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, omdat de Bank in meerdere opzichten haar zorgplicht jegens BBV heeft geschonden en er een wanverhouding bestaat tussen het financiële risico dat de Bank op BBV tracht af te wentelen en de (beperkte) financiële positie van BBV, waardoor een faillissement voor BBV dreigt indien de vordering van de Bank wordt toegewezen. Indien het hof deze omstandigheden niet relevant heeft geacht voor de beoordeling van het door BBV gedane beroep op de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid, getuigt het oordeel volgens het onderdeel van een onjuiste rechtsopvatting.

2.34 Deze klachten berusten op een onjuiste lezing van de vonnissen. Daarin is immers geoordeeld dat van een schending van een zorgplicht door de Bank jegens BBV geen sprake is. Daarnaast ligt in de overwegingen van het hof besloten dat een wanverhouding tussen het financiële risico dat de Bank op BBV zou trachten af te wentelen en de (beperkte) financiële positie van BBV niet aan de orde is. Het hof legt de feiten en e-mailwis-

seling tussen BBV en de Bank anders uit: BBV heeft de aan de “clearing” verbonden risico’s bewust aanvaard teneinde een (potentiële) klant te gerieven. Deze uitleg, die is voorbehouden aan de feitenrechter, komt niet onbegrijpelijk voor, zoals hiervoor al werd gezien.

2.35 Ten overvloede wijs ik er (evenals de s.t. zijdens de Bank onder 85, voetnoot 28) nog op dat een in de algemene voorwaarden van een bank opgenomen bepaling inzake creditering onder voorbehoud, zoals hier aan de orde, niet als onredelijk bezwarend is aangemerkt in een recente uitspraak van hof Arnhem-Leeuwarden van 17 november 2015²⁶:

“3.4 Het hof volgt [appellante] niet in het betoog dat de gewraakte bepalingen onredelijk bezwarend zijn. Naar het oordeel van het hof moeten de bepalingen in beginsel als voor de cliënt gunstige bepalingen worden aangemerkt; ze brengen immers mee dat een cliënt die een cheque ter incassering aanbiedt, reeds over dat bedrag kan beschikken voordat de bank de tegenwaarde heeft ontvangen. In het – naar aangenomen moet worden – normale geval dat de betrokken bank de cheque uitbetaalt, is de cliënt hierdoor juist gebaat. Hij ontvangt het bedrag al voor het door zijn bank is ontvangen. Het is dan echter niet onredelijk dat in het geval de betrokken bank de cheque niet uitbetaalt, de bank het ten onrechte gecrediteerde bedrag terugboekt. Op zichzelf wordt de cliënt door die terugboeking niet benadeeld (vgl. Hoge Raad 7 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB5078, waarin het cassatieberoep tegen het oordeel van het hof Den Haag dat van een onredelijk bezwarende bepaling sprake is met artikel 81 RO werd verworpen). Door de bepalingen blijft het risico dat inherent is aan een betaling per cheque (de cheque kan vals of ongedekt zijn), welk risico rust op degene die een betaling per cheque accepteert, de cliënt van de bank, op de cliënt rusten; van een verschuiving van het risico in het nadeel van de cliënt is geen sprake. Het evenwicht tussen de uit de overeenkomst tussen de bank en de consument-client voortvloeiende rechten en verplichtingen wordt door de bepalingen dan ook niet ten nadele van de consument aanzienlijk verstoord.

3.5 Het hof voegt daaraan toe dat artikel 23 van de Algemene Bankvoorwaarden, welke bepaling zakelijk overeenkomt met artikel 17 van de Algemene Voorwaarden, in de toelichting op de Algemene Voorwaarden wordt uitgelegd. De bepalingen zijn, zeker wanneer de toelichting daarbij in aanmerking wordt genomen, niet alleen grammaticaal begrijpelijk maar ook voldoende transparant en gespecificeerd, waardoor [appellante] op basis daarvan kon voorzien welke economische gevolgen uit de toepassing van deze bepalingen voor haar konden voortvloeien (vgl. HvJ EU 30 april 2014, C26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (Kásler)).”

Onderdeel 6: rentepercentage

2.36 *Onderdeel 6* klaagt dat, indien de voorgaande klachten falen, (subsidiar) geldt dat het Hof niet zonder nadere motivering voorbij heeft kunnen gaan aan grief 8 over het door de Bank gevorderde rentepercentage van 11,25%. BBV wijst er op dat zij heeft aangevoerd dat dit rentepercentage (i) slechts gold voor ongeautoriseerde debetstanden, waarvan in dit geval geen sprake was, (ii) veel hoger is dan het in 2010 overeengekomen rentepercentage van 7,5% en (iii) vooraf niet met BBV besproken is, terwijl (iv) de Bank blijkens het door haar gedane schikingsvoorstel een rente van 5,25% redelijk genoeg achtte, zodat de gevorderde rente dient te worden gematigd (mvg 98-101).

2.37 Het hof heeft de stellingen van BBV over de hoogte van het rentepercentage volgens mij impliciet verworpen. Ik begrijp

26 Hof Arnhem-Leeuwarden 17 november 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:8705 (X/ING).

het vonnis – dat op dit punt inderdaad geen schoonheidsprijs verdient – zo dat het de feiten en de e-mailwisseling tussen partijen zo uitlegt dat BBV het door de Bank voor dit soort situaties gehanteerde rentepercentage (eveneens) heeft geaccepteerd (rov. 3.1: “(...) BBV kon in redelijkheid evenmin menen dat haar risico slechts bestond uit de debetrente over de periode van ‘clearing’ (...)”). De klacht gaat daarom naar mij voorkomt niet op. Maar helemaal zeker ben ik hier niet. Gelet op de aparte grief van BBV over de hoogte van het rentepercentage in hoger beroep²⁷, is de (kennelijk) impliciete verwerping van het betoog van BBV ten aanzien van de hoogte van het rentepercentage mogelijk te magere te achten. In dat geval zou op dit punt moeten worden vernietigd en verwezen. De Bank wijst er bij s.t. onder 87 op dat BBV volgens haar belang ontbeert bij deze klacht, omdat de daaraan ten grondslag liggende stellingen niet kunnen leiden tot een toewijzend oordeel op dit punt, aangezien de drempel voor het toewijzen van matiging van schadevergoeding (rente) in commerciële verhoudingen hoog is en BBV tegenover de betwisting van de Bank te weinig zou hebben gesteld. Ik meen dat dat tot een nadere feitelijke afweging zou moeten leiden, zodat indien op dit punt gecasseerd zou moeten worden, volgens mij wel belang bestaat bij cassatie.

Onderdeel 7: slotklacht

2.38 *Onderdeel 7* behelst een veegklacht voor het geval een voorgaande klacht slaagt. Nu ik dat niet zie gebeuren, treft deze veegklacht evenmin doel; zou onderdeel 6 wel op gaan, dan geldt dat in zoverre ook voor onderdeel 7.

3 Conclusie

Ik concludeer tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad:

1 *Het geding in feitelijke instanties*

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

- a. het vonnis in de zaak 54063/2012 van het gerecht in eerste aanleg van Curaçao van 2 juni 2014;
- b. het vonnis in de zaak Ghis 54063-H 08/15 van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba van 5 oktober 2015. Het vonnis van het hof is aan dit arrest gehecht.

2 *Het geding in cassatie*

Tegen het vonnis van het hof heeft BBV beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Bank heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor de Bank mede door mr. P.J. Tanja.

De conclusie van de Advocaat-Generaal G.R.B. van Peursem strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaten van BBV hebben bij brief van 24 februari 2017 op die conclusie gereageerd.

3 *Beoordeling van het middel*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- (i) BBV is een in Curaçao gevestigd advocatenkantoor.

(ii) Tussen BBV en de Bank bestaat sinds september 2010 een bancaire relatie.

(iii) Op 23 juni 2011 is BBV benaderd door een te Japan gevestigde rechtspersoon, SEF Universal Petrochem Ltd. (hierna: SEF), met het verzoek incassowerkzaamheden te verrichten voor een vordering van \$ 6 miljoen van SEF op een in Curaçao gevestigde rechtspersoon, Tres Networks N.V. (hierna: Tres).

(iv) Op 4 juli 2011 heeft SEF aan BBV medegedeeld dat Tres een deelbetaling zou verrichten aan SEF van \$ 350.000,= door middel van een door Citibank uitgegeven bankierscheque.

(v) Op 7 juli 2011 heeft BBV de hiervoor onder (iv) genoemde cheque ontvangen. Zij heeft diezelfde dag (om 14:23 uur) een kopie van de cheque via e-mail verstuurd naar de Bank, met het verzoek het bedrag van de cheque die middag nog te storten, bij voorkeur op de derdengeldenrekening van BBV. Voorts heeft BBV de Bank die dag per e-mail (om 15:49 uur) verzocht zorg te dragen voor betaling van \$ 294.500,= vanaf deze derdengeldenrekening naar een offshore bankrekening, aangehouden bij de China Merchants Bank, ten name van Concordia Investment Holding Ltd. Diezelfde dag (om 17:03 uur) heeft BBV de Bank per e-mail verzocht om een transfer statement, met als doel aan haar klant te kunnen laten weten dat de betalingsopdracht is geïnitieerd.

(vi) In een e-mail van 8 juli 2011 (om 7:51 uur) heeft de Bank BBV medegedeeld dat zij de betalingsopdracht laat uitvoeren. Zij heeft daarbij geschreven:

“Theoretisch heeft de rekening hoog credit saldo, maar officieel moet de check, in dit geval een buitenlandse check, alsnog geclareed worden en dit neemt 20 werkdagen in beslag. Dit houdt dus in dat als we de transfer vandaag uitvoeren, CLAC [zoals BBV destijds was genaamd] wel debetrente zal gaan betalen op die \$ 294.500,= gedurende de dagen dat de check (nog) niet is geclareed. Dat je dit later alsnog in rekening brengt bij de klant.

OK with you?”

(vii) BBV heeft hierop per e-mail van diezelfde dag (om 7:51 uur) gereageerd als volgt:

“20 dagen... come one...”

Over welke bedragen praten we igv debetrente?”

(viii) Daarop heeft de Bank BBV bericht als volgt:

“Ja vriend, ik weet het maar het is een standaard procedure bij alle banken (vooral na de economische crash van 2008)... Toen hadden we te maken met US bankers' checks die alsnog werden gebouced.

Ik zal het laten checken maar het zal een benadering zijn.

Wat doe ik in the meantime, laten transfereren?”

(ix) BBV heeft de Bank vervolgens per e-mail van diezelfde dag (8 juli 2011) bericht als volgt:

“Ik begrijp het.

Ja de transfer MOET uit voor client... kosten bespreken we later wel.”

(x) De derdengeldenrekening van BBV is op 8 juli 2011 gecrediteerd voor een bedrag van \$ 350.000,=. Vervolgens is een bedrag van \$ 294.500,= overgeboekt naar de hiervoor onder (v) genoemde rekening bij de China Merchants Bank.

(xi) Op 18 juli 2011 heeft de Bank van de corresponderende bank vernomen dat geen betaling zal plaatsvinden op de bankierscheque, omdat het een valse of vervalste cheque betreft.

(xii) Op de relatie tussen de Bank en BBV zijn de Algemene Voorwaarden van de Bank van toepassing. In art. 22 van die voorwaarden is bepaald:

“Bij creditering van een ten gunste van de cliënt (te) ontvangen bedrag geldt als voorbehoud dat de bank dit bedrag daadwerkelijk, definitief en onvoorwaardelijk, ontvangt. Als hieraan niet is voldaan, mag de bank de creditering – zonder voorafgaande

²⁷ Het GEA heeft de gevorderde rente van 11,25% als niet nader betwist toegewezen (rov. 4.10). In de MvG par. 98-101 (grief 8) wordt een grief gericht tegen dit oordeel, waarop in de MvA, p. 20-21 wordt gereageerd. Zie verder pta BBV in appel 61.

kennisgeving – door debitering van een gelijk bedrag, met terugwerkende kracht, ongedaan maken. (...)”

3.2.1 Voor zover in cassatie van belang, vordert de Bank in dit geding BBV te veroordelen tot betaling van \$ 294.500,-, vermeerderd met 11,25% rente per jaar vanaf 8 juli 2011.

3.2.2 Het gerecht in eerste aanleg heeft de vordering toegewezen, met dien verstande dat de rente van 11,25% per jaar is verschuldigd met ingang van 8 februari 2012. Het gerecht was, samengevat weergegeven, van oordeel dat het beroep van de Bank op art. 22 van haar Algemene Voorwaarden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet wegens de door BBV aangevoerde schending van de zorgplicht van de Bank onaanvaardbaar is.

3.2.3 Het hof heeft het vonnis bevestigd. Het heeft daartoe de oordelen van het gerecht overgenomen en daaraan – samengevat weergegeven en voor zover in cassatie van belang – het volgende toegevoegd.

BBV is een advocatenkantoor dat zich richt op de commerciële praktijk. Van haar mag bij uitstek worden verwacht dat zij bedacht is op oplichting en valsheid van stukken. Zij wist dat er pas na clearing voldoende zekerheid bestaat over de goede afloop en was daar door de Bank ook op gewezen. BBV kon niet in redelijkheid menen dat op het moment van de overmaking de clearing al was voltooid en evenmin dat haar risico slechts bestond uit de debetrente over de periode van clearing en dat de Bank het risico van valsheid van de cheque op zich zou nemen (rov. 3.1).

De jegens BBV bestaande zorgplicht gaat niet zo ver dat de Bank moest weigeren aan de opdracht van BBV te voldoen. De Bank hoefde ook niet te twifelen aan de kennis en het oordeel van een commerciële advocaat omtrent de aan de overmaking verbonden risico's. Gelet op alle omstandigheden van het geval heeft de Bank de in de Algemene Voorwaarden omschreven zorgplicht niet geschonden. (rov. 3.2).

De Bank heeft wel een risico overgenomen door de bevoorschotting, maar heeft dit kennelijk verantwoord geacht, gelet op het risicoprofiel van BBV (een commercieel advocatenkantoor ten aanzien waarvan de Bank aannam dat dit weet wat het doet en ten aanzien waarvan geen signalen bestonden dat dit anders zou zijn) (rov. 3.3).

Dat bij het kopiëren van de cheque het woord 'void' verschijnt, is een normaal veiligheidskenmerk en behoefde dus niet gemeld te worden aan BBV (rov. 3.4).

De kredietfaciliteit die de Bank aan BBV heeft verstrekt, staat los van de gang van zaken rond de clearing van de aangeboden cheque. De Bank heeft in voldoende mate inhoud gegeven aan de op haar rustende zorgplicht door BBV op het risico rond de clearing te wijzen (rov. 3.5).

3.3.1 Het middel klaagt in de onderdelen 2a-g, 3a-g en 4a-g, samengevat weergegeven, dat het hof heeft miskend dat de Bank vóór en ná de acceptatie van de cheque en bij de kredietverlening de op haar rustende bijzondere zorgplicht heeft geschonden door BBV niet te adviseren een veiliger alternatief te kiezen, althans indringend te waarschuwen voor de aan de onderhavige transactie verbonden risico's, dan wel dat het oordeel van het hof onbegrijpelijk is.

3.3.2 De onderdelen miskennen dat de omvang van de zorgplicht van de bank afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Het hof heeft geoordeeld dat de Bank aan haar zorgplicht heeft voldaan enkel door BBV te wijzen op het risico rond de clearing op de wijze zoals zij heeft gedaan. Dit oordeel heeft het hof erop gegrond dat de cheque het normale veiligheidskenmerk toonde, dat BBV een advocatenkantoor is dat zich richt op de commerciële praktijk, waarvan mag worden verwacht dat het bedacht is op oplichting en valsheid van stukken, en dat de Bank niet hoefde

te twifelen aan de kennis en het oordeel van een commerciële advocaat omtrent de risico's van de overboeking. Het hof heeft dit oordeel gebaseerd op de omstandigheden van het geval. Zijn beslissing geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting (vgl. HR 27 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0557, NJ 1993/188) en is, afgezien van hetgeen hierna wordt overwogen met betrekking tot onderdeel 3h, niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. In zoverre faalt het middel derhalve.

3.4.1 Onderdeel 3h klaagt in de eerste plaats dat het oordeel van het hof in rov. 3.1-3.2 onbegrijpelijk is in het licht van de stelling van BBV dat de Bank haar (actief) op het verkeerde been heeft gezet, door bij monde van een accountmanager van de Bank (telefonisch) toe te zeggen dat de clearingperiode zou worden versneld, waardoor BBV meende dat de clearingperiode was voltooid toen de creditering en de daarop volgende overboeking op 8 juli 2011 plaatsvonden. Het onderdeel klaagt in de tweede plaats dat het hof ongemotiveerd is voorbijgegaan aan het aan voornoemde stelling gekoppelde bewijsaanbod van BBV.

3.4.2 De eerstgenoemde klacht is gegrond. Het hof is niet ingegaan op de hiervoor in 3.4.1 genoemde stelling, die, indien zij komt vast te staan, tot het oordeel kan leiden dat BBV mocht menen dat op het moment van de creditering en de overboeking de clearingperiode al was voltooid.

Om die reden slaagt ook de klacht over het passeren van het bewijsaanbod.

3.5.1 Onderdeel 6 keert zich tegen het oordeel van het hof over het door de Bank gevorderde rentepercentage. Volgens het onderdeel is dit oordeel onbegrijpelijk, nu het hof daarbij geen (kenbare) aandacht heeft besteed aan de terzake door BBV gevoerde verweren.

3.5.2 BBV heeft in de memorie van grieven naar voren gebracht dat:

- (i) het door de Bank gevorderde rentepercentage van 11,25% alleen van toepassing was op ongeautoriseerde debetstanden, waarvan in dit geval geen sprake was,
- (ii) dit rentepercentage veel hoger is dan het in 2010 overeengekomen rentepercentage van 7,5%, en
- (iii) het rentepercentage vooraf niet met BBV besproken is, terwijl
- (iv) de Bank blijkens het door haar gedane schikkingsvoorstel een rente van 5,25% redelijk genoeg acht, zodat de gevorderde rente dient te worden gematigd.

3.5.3 Het middel klaagt terecht dat de beslissing van het hof op dit punt onvoldoende is gemotiveerd, aangezien het hof daarin geen aandacht heeft besteed aan voornoemde stellingen welke, indien juist, kunnen meebrengen dat de bedoelde beslissing geen stand kan houden.

3.6 De overige klachten van het middel kunnen niet 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.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van 5 oktober 2015;

wijst het geding terug naar dat hof ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt de Bank in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van BBV begroot op € 6590,34 aan verschotten en € 2600,- voor salaris.

NOOT

1. De Hoge Raad bevestigt in deze uitspraak expliciet dat de omvang van de bijzondere zorgplicht van de bank afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Hiermee maakt de Hoge Raad een eind aan de discussie of er in algemene zin een bijzondere zorgplicht op banken rust (zie ook randnummer 2.7 e.v. bij de conclusie van mr. R.P.J.L. Tjittes en mr. P.J. Tanja bij deze uitspraak, mr. A-G. Wuisman in zijn conclusie bij HR 13 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6912, *RvdW* 2011/633 en HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2929, «JIN» 2015/13). De vraag of en in welke mate er op een bank een zorgplicht rust, is daarmee afhankelijk van de feiten en dat limiteert in beginsel de proceskansen bij een cassatieberoep.

2. BBV is niet het eerste advocatenkantoor dat is opgelicht met een valse of ongedekte cheque, waarbij commerciële kansen in het vooruitzicht worden gesteld die afbreuk kunnen doen aan de bekende Engelse relativering 'If it's too good to be true, then it probably is'.

3. Er waren in dit geval de gebruikelijke verdachte omstandigheden. Een buitenlandse opdrachtgever. Een omvangrijke incasso. Een korte tijdspanne waarin betaling wordt aangeboden. Het betaalmiddel en verzending daarvan door DHL. De buitenlandse rekening waarop betaald moest worden. Geen rechtstreeks contact met wederpartij TRES. Voorzichtigheid was geboden. Ook in 2011 (zie ook randnummer 2.11 e.v. bij de conclusie van mr. R.P.J.L. Tjittes en mr. P.J. Tanja bij deze uitspraak).

4. In alle instanties van de onderhavige procedure is bij de vraag of sprake was van een zorgplicht relevant geacht dat sprake is van een advocatenkantoor met een commerciële praktijk. De gedachte daarbij is dat van een dergelijk advocatenkantoor mag worden verwacht dat het bedacht behoort te zijn op oplichting en valse stukken. De bank hoeft dan niet te twijfelen aan de kennis en kunde van dat advocatenkantoor. De jurisprudentie over de zorgplicht van een bank in vergelijkbare situaties is schaars. Een vergelijkbare uitspraak is die van het Gerechtshof Leeuwarden van 13 maart 2012 (ECLI:NL:GHLEE:2012:BV8646, «JOR» 2012/152). In die zaak mocht de bank er bij een bedrijf dat zich richtte op de internationale handel van uitgaan dat het zich bewust was van het risico dat gepaard ging met terugbetaling aan een afnemer terwijl de cheque nog niet geïnd was. Aanvullend werd overwogen dat een dergelijk bedrijf haar eigen klant ook beter zal kunnen inschatten dan de bank, die buiten die relatie staat. Verder bleek niet dat de bank over bijzondere kennis of informatie beschikte. In de hoger beroep-uitspraak van het GEA van 25 augustus 2009 werd overwogen dat de zorgplicht van een bank niet zover gaat dat deze bij de controle van ter verzilvering aangeboden cheques steeds dient na te gaan of de verzochte betaling in het normale betalingspatroon van de rekeninghouder past (ECLI:NL:OGHNA:2009:BJ6715). Daarbij werd overwogen dat de bedragen niet zodanig hoog waren dat de bank op grond daarvan zelfstandig onderzoek had moeten doen. Dat twee cheques door één en dezelfde persoon op dezelfde dag bij twee verschillende vestigingen werden aangeboden was evenmin reden tot een dergelijk zelfstandig onderzoek door de bank. In weer een andere procedure die op grond van art. 81 RO niet tot cassatie leidde, oordeelde het Hof Amsterdam, met instemming van mr. L. Timmerman in de conclusie bij de uitspraak van de Hoge Raad, dat afwijkingen van het handschrift op de cheque ook geen reden zijn tot aanvullend onderzoek door de bank (Hoge Raad d.d. 15 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH6531, *RvdW* 2009/632). Het hof oordeelde verder dat van een bank die niet de betrokkene is, en aan wie cheques worden aangeboden ter doorzending en incasso bij een andere bank, niet gevergd kan worden dat zij

zulke cheques onderwerpt aan enig onderzoek ten behoeve van personen waarvan de betrokkenheid bij de cheque voor haar niet kenbaar is. Wel is de bank altijd gehouden om te controleren of een cheque aan de wettelijke vereisten voldoet. Dat laatste wordt in deze noot als een gegeven beschouwd.

5. De vraag is in welke mate op de bank een onderzoeks- of waarschuwingsplicht rust bij het in behandeling nemen van een cheque. De hoedanigheid van de klant wordt in de jurisprudentie kennelijk nog van belang geacht. Bij een advocatenkantoor of een onderneming met internationale activiteiten mag een bank er dan van uitgaan dat men bekend is met de risico's. De vraag is vervolgens wanneer de bank daar niet van uit mag gaan. Tegenwoordig mag toch worden verondersteld dat eenieder bekend is met de risico's die kleven aan betalingsverkeer met cheques. Zeker als sprake is van soortgelijke omstandigheden als in de onderhavige kwestie. Daarnaast bepaalt art. 6:46 lid 1 BW dat betaling per cheque geschiedt onder voorbehoud van goede afloop. Wordt door de schuldeiser geanticipeerd op die goede afloop, dan accepteert deze het daaraan verbonden risico. Art. 6:46 BW komt vervolgens ook terug in de relevante Algemene Bankvoorwaarden. Ook in de onderhavige kwestie. Daarin wordt hetzelfde voorbehoud gemaakt en aangegeven dat indien de cheque niet gedekt is het reeds voldane bedrag wordt gedebiteerd. In zijn algemeenheid en in het bijzonder in het geval een dergelijke algemene voorwaarde van toepassing is, zou een bank in beginsel geen onderzoek hoeven doen naar de hoedanigheid van haar klant. De onderzoeks- en waarschuwingsplicht waartoe de bank gehouden is, dient verbonden te zijn aan opmerkelijke omstandigheden. Daaronder zou men kunnen verstaan: uitzonderlijke hoge bedragen, bekendheid met frauderende partijen en/of rekeningnummers waarmee fraude wordt gepleegd, duidelijke vermoedens omtrent het ontbreken van de wettelijke vereisten waaraan de cheque moet voldoen en bijzondere en kenbare omstandigheden die evident wijzen op fraude. Als de onderzoeks- en waarschuwingsplicht aan de orde is, strekt die ook niet zo ver dat die betrekking moet hebben op de partij die de cheque heeft uitgeschreven. Waar het om gaat is dat de klant wordt genotificeerd en de uitvoering van de opdracht in elk geval wordt getemporeerd in afwachting van de 'clearing'-procedure. Zelfs indien de klant andere instructies geeft, zou een bank verplicht kunnen zijn om te temporiseren bij dergelijke opmerkelijke omstandigheden, omdat deze anders medewerking zou kunnen verlenen aan onrechtmatig handelen.

6. In de onderhavige procedure doen zich in beginsel geen opmerkelijke omstandigheden voor. Daarbij drong BBV uitdrukkelijk aan op de uitbetalingen, ondanks dat zij wist dat de 'clearing'-periode nog niet was verstreken. BBV heeft geluk gehad dat de valsheid van de eerste cheque bleek toen de bank nog geen gevolg had gegeven aan de (vooruit)uitbetaling van de tweede cheque. Overigens sluit ik niet uit dat de ontvangst van de tweede cheque van \$ 650.000,- mogelijk wel zou kwalificeren als opmerkelijke omstandigheid. Niet alleen vanwege de hoogte van die cheque, maar ook de snelheid waarmee die cheque zich aandienende. Dat laat overigens onverlet dat BBV ook toen extra bedacht had moeten zijn, in plaats van die cheque weer onmiddellijk voor uitkering door de Bank aan te bieden.

847

M. Teekens
TeekensKarstens Advocaten Notarissen