

46

Rechtbank Overijssel zp Almelo
14 november 2018, rolnr. HA ZA 18-74,
ECLI:NL:RBOVE:2018:4717
(mr. Haarhuis)
Noot M.J. Blommaert

Borgtochtovereenkomst. Dwaling. Statutair bestuurder van stichting die golfbaan exploiteert, is zakelijke borg. Geen vernietiging borgtocht op grond van dwaling. Bank kan volstaan met algemene waarschuwing jegens borg. Geen schending zorgplicht bank. Verwijzing naar HR 1 juni 1990, NJ 1991/759 (Van Lanschot/Bink) en HR 1 april 2016, «JOR» 2016/213, m.nt. Bergervoet (Hardeveld/Aruba Bank c.s.).

[BW art. 6:74, 6:228 lid 1 sub b, 7:857]

Bij de beoordeling van de vraag of gedaagde bij het aangaan van de overeenkomst van borgtocht heeft gedwaald en voor wiens rekening dat komt, geldt het volgende als uitgangspunt. Een overeenkomst van borgtocht kan wegens dwaling vernietigbaar zijn wanneer de borg bij het vormen van zijn oordeel omtrent de kans dat hij tot nakoming zal worden verplicht, is uitgegaan van een zodanig verkeerde voorstelling van zaken dat hij, zou hij een juiste voorstelling van zaken hebben gehad, niet bereid zou zijn geweest de borgtocht te verlenen. Volgens vaste jurisprudentie rust op een bank – als professionele kredietverstrekker – een zorgplicht in die zin dat een particuliere borg omtrent betekenis, gevolgen en risico's van een borgstelling zorgvuldig dient te worden ingelicht. Uit de parlementaire geschiedenis en jurisprudentie volgt dat er plaats is voor bescherming van de particuliere borg omdat hij een overeenkomst van borgtocht veelal niet sluit uit zakelijke motieven, maar op grond van zijn persoonlijke relatie met de hoofdschuldenaar. Daardoor ontbreekt bij hem vaak het inzicht dat nodig is voor het beoordelen van de gevolgen van een overeenkomst van borgtocht en is gevaar van ondoordachtheid of misplaatst vertrouwen in de goede afloop groot (HR 1 juni 1990, NJ 1991/759 (Van Lanschot/Bink)). Gedaagde kan niet worden aangemerkt als een particuliere borg als bedoeld in art. 7:857 BW. Vaststaat immers dat gedaagde – ten tijde van het sluiten van de overeenkomst van borgtocht – betrokken was bij de Stichting Golfpark Weleveld als (statutair) bestuur-

der en (samen met zijn medebestuurders) daarover de volledige zeggenschap had. Bovendien was gedaagde al enige tijd zakelijk betrokken bij de Stichting Golfpark Weleveld als privé-investeerder en ook in deze hoedanigheid op de hoogte van de financiële situatie van Stichting Golfpark Weleveld. Verder had gedaagde een eigen zakelijk inkomensbelang bij Stichting Golfpark Weleveld, namelijk dat hij 5% zou ontvangen op zijn voornoemde investering. De kredietverstrekking past in de normale uitoefening van het bedrijf. Het krediet was volgens de kredietovereenkomst van 25 maart 2014 ook bedoeld voor de financiering en aanleg van het clubgebouw en een golfbaan. Gedaagde voert nog aan dat een bestuurder van een stichting als rechtspersoon binnen het toepassingsgebied van art. 7:857 BW valt. Gedaagde wordt hierin niet gevolgd. Stichting Golfpark Weleveld exploiteerde een clubhuis en een commerciële golfbaan ten behoeve van leden van de vereniging Golfpark Weleveld. Gedaagde heeft zelf ook in die golfbaan geïnvesteerd en was bestuurder van de Stichting Golfpark Weleveld. Gelet op deze omstandigheden valt niet in te zien waarom een bestuurder van zo'n stichting zonder meer binnen het toepassingsgebied van art. 7:857 BW zou moeten vallen, althans dit is onvoldoende onderbouwd door gedaagde. Gedaagde moet dan ook worden aangemerkt als zakelijke borg. Daarom behoeft gedaagde geen bescherming tegen eigen ondoordachtheid bij het aangaan van een overeenkomst waarvan de financiële gevolgen voorsnog uitblijven maar die, als zij zich voordoen, een zware last plegen te vormen. Die bescherming is wel nodig voor een particuliere borg (HR 1 april 2016, «JOR» 2016/213, m.nt. Bergervoet (Hardeveld/Aruba Bank c.s.)). Een particuliere borg is immers in de regel niet zelfstandig betrokken bij de bedrijfsvoering van de onderneming ten behoeve waarvan hij zich borg stelt en daarom meestal niet goed in staat in te schatten hoe de onderneming ervoor staat en hoe groot de kans is dat hij uit hoofde van de borgstelling zal worden aangesproken. Bij deze stand van zaken rustte er op de bank bij het sluiten van de overeenkomst van borgtocht geen bijzondere zorgplicht jegens gedaagde en kon zij in de geschetste omstandigheden volstaan met de algemene waarschuwing zoals blijkt uit de akte van borgtocht. Gelet op al het voorgaande faalt het beroep op dwaling ex art. 6:228 lid 1 sub b BW. Dit betekent dat er geen grond is om de overeenkomst van borgtocht te vernietigen. Het beroep van gedaagde op schending van de zorgplicht door de bank moet op dezelfde gronden als hierover overwogen worden verworpen.

ABN Amro Bank NV te Amsterdam,
eiseres in conventie,
verweerster in voorwaardelijke reconventie,
advocaat: mr. J.A. Stal,
tegen
X,
gedaagde in conventie,
eiser in voorwaardelijke reconventie,
advocaat: mr. M.A. Kerkdijk.

(...; red.)

2. De (verdere) feiten

2.1. De in het tussenvonnissen vermelde feiten onder a. tot en met i. gelden als hier overgenomen. Verder wordt op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 1 oktober 2018 in dit geding van het volgende uitgegaan.

2.2. [gedaagde], [B] en [C] (de broer van [gedaagde]) waren (statutair) bestuurders van Stichting Golfpark Weleveld ten tijde van de kredietaanvraag in 2013/2014.

2.3. [gedaagde] had vanuit zijn vennootschap [A] B.V. een bedrag van € 711.123,- door middel van een geldlening ter beschikking gesteld aan Stichting Golfpark Weleveld.

2.4. In de kredietovereenkomst van 25 maart 2014 tussen de bank en Stichting Golfpark Weleveld is onder meer het volgende bepaald:

“(…)”

20-jarige lening

Hoofdsom EUR 400.000,00

Doel Voor de financiering van het clubgebouw en aanleg van een golfbaan in de Gemeente Borne.

(…)

15-jarige lening

Hoofdsom EUR 1.000.000,00

Doel Voor de financiering van het clubgebouw en aanleg van een golfbaan in de Gemeente Borne (…).”

2.5. Op de overeenkomst van borgtocht zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden ABN AMRO Bank N.V.

3. De beoordeling van het geschil

3.1. Gelet op de samenhang tussen de vorderingen in conventie en de vordering in voorwaardelijke reconventie, zullen beide geschillen zoveel mogelijk tezamen worden behandeld.

De vordering tot betaling door [gedaagde] van € 264.846,53 uit hoofde van borgtocht

3.2. De bank verlangt dat [gedaagde] zijn verplichtingen uit de overeenkomst van borgtocht van 25 maart 2014 nakomt. De bank vordert in dat kader betaling door [gedaagde] van € 264.846,53, hetgeen het bedrag is dat de bank nog te vorderen heeft van de Stichting Golfpark Weleveld per 18 december 2017. [gedaagde] verweert zich tegen deze vordering met een beroep op dwaling ex artikel 6:228 lid 1 sub b BW. De bank heeft tegenover [gedaagde] niet voldaan aan de op haar rustende informatieplicht doordat zij [gedaagde] niet heeft geïnformeerd over de betekenis, de gevolgen en de risico's van de borgtocht. [gedaagde] kwalificeert als particuliere borg en heeft bij de totstandkoming van de borgtocht een verkeerde voorstelling van zaken gehad.

3.3. In haar conclusie van antwoord in voorwaardelijke reconventie en ter comparitie heeft de bank het standpunt ingenomen dat [gedaagde] geen beroep op dwaling toekomt.

3.4. Bij de beoordeling van de vraag of [gedaagde] bij het aangaan van de overeenkomst van borgtocht heeft gedwaald en voor wiens rekening dat komt, neemt de rechtbank het volgende tot uitgangspunt. Een overeenkomst van borgtocht kan wegens dwaling vernietigbaar zijn wanneer de borg bij het vormen van zijn oordeel omtrent de kans dat hij tot nakoming zal worden verplicht, is uitgegaan van een zodanig verkeerde voorstelling van zaken dat hij, zou hij een juiste voorstelling van zaken hebben gehad, niet bereid zou zijn geweest de borgtocht te verlenen. Volgens vaste jurisprudentie rust op een bank – als professionele kredietverstrekker – een zorgplicht in die zin dat een particuliere borg omtrent betekenis, gevolgen en risico's van een borgstelling zorgvuldig dient te worden ingelicht. Uit de Parlementaire Geschiedenis en jurisprudentie volgt dat er plaats is voor bescherming van de particuliere borg omdat hij een overeenkomst van borgtocht veelal niet sluit uit zakelijke motieven, maar op grond van zijn persoonlijke relatie met de hoofdschuldenaar. Daardoor ontbreekt bij hem vaak het inzicht dat nodig is voor het beoordelen van de gevolgen van een overeenkomst van borgtocht, en is gevaar van ondoordachtigheid of misplaatst vertrouwen in de goede afloop groot (*HR 1 juni 1990, NK 1991/759, ECLI:NL:HR:1990:AB7632*).

3.5. De bank betwist allereerst dat [gedaagde] kwalificeert als particuliere borg. De bank betwist ook dat zij [gedaagde] onvoldoende heeft voorgelicht over de risico's. De bank voert aan dat zij op

23 januari 2014 een “discussion paper” heeft opgesteld met daarin opgenomen de kredietvoorwaarden. Onder het kopje zekerheden staat het volgende vermeld: “(...). Borgtocht van EUR 400.000,00 plus rente en kosten van de investeerders vooralsnog de heer [C], de heer [D] en mevrouw [E]. Deze borgtocht wordt verlaagd met EUR 20.000,00 per jaar voor het eerst op 1 januari 2016.”. De inhoud van deze “discussion paper” heeft de bank met [gedaagde] thuis bij hem besproken. Ook de borgtocht is toen besproken, alsmede de verdeling daarvan onder de investeerders. Nadien is er mede door [gedaagde] onderhandeld over de inhoud van de borgstelling, in het bijzonder artikel 10 van de overeenkomst van borgtocht. Op verzoek van [gedaagde] en de andere borgen is de bank akkoord gegaan met een maximering van de eventueel verschuldigde rente en kosten tot 40% van het maximumbedrag van de borgstelling. De bank zou deze aanpassingen niet uit haarzelf doen. Uit het voorgaande blijkt dat [gedaagde] wist waartoe hij zich jegens de bank verbond.

3.6. In reactie hierop heeft [gedaagde] onder meer naar voren gebracht dat de bank hem in het geheel niet heeft geïnformeerd over de betekenis, de gevolgen en de risico's van de borgtocht die door hem moest worden afgegeven. Er heeft daarover nooit een persoonlijk gesprek plaatsgevonden. Ter zitting heeft [gedaagde] voorts betwist dat de “discussion paper” bij [gedaagde] thuis zou zijn besproken met de bank. Nergens blijkt uit de overgelegde “discussion paper” dat deze is verzonden aan [gedaagde].

3.7. De rechtbank oordeelt als volgt. [gedaagde] kan niet worden aangemerkt als een particuliere borg als bedoeld in artikel 7:857 BW. Vast staat immers dat [gedaagde] – ten tijde van het sluiten van de overeenkomst van borgtocht – betrokken was bij de Stichting Golfpark Weleveld als (statutair) bestuurder en (samen met zijn medebestuurders) daarover de volledige zeggenschap had. De rechtbank betreft bij haar oordeel dat [gedaagde] al enige tijd zakelijk betrokken was bij de Stichting Golfpark Weleveld als privé-investeerder en ook in deze hoedanigheid op de hoogte was van de financiële situatie van Stichting Golfpark Weleveld. Ter zitting is verder gebleken dat [gedaagde] een eigen zakelijk inkomensbelang had bij Stichting Golfpark Weleveld, namelijk dat hij 5% zou ontvangen op zijn voornoemde investering. Anders dan [gedaagde] heeft aangevoerd, past de

kredietverstrekking in de normale uitoefening van het bedrijf. Het krediet was volgens de kredietovereenkomst van 25 maart 2014 ook bedoeld voor de financiering en aanleg van het clubgebouw en een golfbaan (zie 2.4). [gedaagde] voert nog aan dat een bestuurder van een stichting als rechtspersoon binnen het toepassingsgebied van artikel 7:857 BW valt. De rechtbank volgt [gedaagde] hierin niet. Stichting Golfpark Weleveld exploiteerde een clubhuis en een commerciële golfbaan, ten behoeve van leden van de vereniging Golfpark Weleveld. [gedaagde] heeft zelf ook in die golfbaan geïnvesteerd en was bestuurder van de Stichting Golfpark Weleveld. Gelet op deze omstandigheden valt niet in te zien waarom een bestuurder van zo'n stichting zonder meer binnen het toepassingsgebied van artikel 7:857 BW zou moeten vallen, althans dit is onvoldoende onderbouwd door [gedaagde]. De rechtbank is dan ook van oordeel dat [gedaagde] moet worden aangemerkt als zakelijke borg. Daarom behoeft [gedaagde] geen bescherming tegen eigen ondoordachtelijkheid bij het aangaan van een overeenkomst waarvan de financiële gevolgen vooralsnog uitblijven maar die, als zij zich voordoen, een zware last plegen te vormen. Die bescherming is wel nodig voor een particuliere borg (*Hoge Raad 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:543* («JOR» 2016/213, m.nt. Bergervoet (*Hardeveld/Aruba Bank c.s.*)(...; red.)). Een particuliere borg is immers in de regel niet zelfstandig betrokken bij de bedrijfsvoering van de onderneming ten behoeve waarvan hij zich borg stelt en daarom meestal niet goed in staat in te schatten hoe de onderneming ervoor staat en hoe groot de kans is dat hij uit hoofde van de borgstelling zal worden aangesproken.

3.8. Bij deze stand van zaken rustte er op de bank bij het sluiten van de overeenkomst van borgtocht geen bijzondere zorgplicht jegens [gedaagde] en kon zij in de geschetste omstandigheden volstaan met de algemene waarschuwing zoals blijkt uit de akte van borgtocht. Daarin heeft [gedaagde] onder meer het volgende verklaard:

“(...)

- op de hoogte te zijn van de financiële positie van de kredietnemer;
- op de hoogte te zijn van de vorderingen die de bank op de kredietnemer heeft;
- dat u er bekend mee bent dat de bank in de toekomst nieuwe vorderingen op de kredietnemer kan krijgen. Deze vorderingen kunnen ontstaan

uit een kredietovereenkomst, maar ook uit iedere andere verhouding tussen de kredietnemer en de bank;

– dat de bank u over het doel en de inhoud van deze borgstelling heeft geïnformeerd;

– dat u de mogelijke gevolgen van deze borgstelling begrijpt; (...).”

Bovendien heeft [gedaagde] ter zitting verklaard dat hij wist dat de borgtocht een risico inhield en dat hij moest betalen als Stichting Golfpark Weleveld niet zou kunnen betalen. [gedaagde] moest dan ook als (statutair) bestuurder van een commerciële stichting hebben begrepen dat hij door de bank uit hoofde van borgtocht zou kunnen worden aangesproken, indien Stichting Golfpark Weleveld haar verplichtingen uit hoofde van de aan haar door de bank verstrekte financieringen niet zou kunnen nakomen, zonder dat de bank [gedaagde] daarvoor specifiek nog nader had moeten waarschuwen. Of de bank al dan niet bij [gedaagde] thuis is geweest om de “discussion paper” en de overeenkomst van borgtocht voorafgaand aan de kredietverstrekking te bespreken, is voor voorgaand oordeel niet van belang.

3.9. [gedaagde] heeft verder naar voren gebracht dat er sprake was van een financiering met een bijzonder hoog risico. Onduidelijk was of de nieuwe golfbaan levensvatbaar was, de stichting had geen eigen vermogen en de aanleg van de golfbaan werd gefinancierd met vreemd vermogen. Ook dit verweer is tevergeefs aangevoerd. In beginsel geldt dat eventuele dwaling van de zake-lijke borg ter zake van de financiële positie van de schuldenaar voor wiens schuld de borgtocht tot zekerheid strekt, voor rekening van de borg blijft. Verder had van [gedaagde] als (statutair) bestuurder mogen worden verwacht dat hij zelf, dan wel na overleg met zijn (financiële) adviseurs, had beoordeeld of de financiering voor de aanleg van het clubhuis en de golfbaan, waarvoor het krediet was bestemd, wel verantwoord was. De bank mocht hierbij met de algemene waarschuwingen volstaan. [gedaagde] moet dan ook hebben begrepen dat het krediet risico’s met zich bracht voor de financiële verplichtingen van Stichting Golfpark Weleveld en voor hem eveneens het risico inhield dat hij door de bank uit hoofde van de borgtocht kon worden aangesproken. De bank behoefde [gedaagde] daarop niet specifiek nogmaals te wijzen.

3.10. Gelet op al het voorgaande faalt het beroep op dwaling ex artikel 6:228 lid 1 sub b BW. Dit betekent dat er geen grond is om de overeenkomst van borgtocht te vernietigen.

Zorgplicht

3.11. Het beroep van [gedaagde] op schending van de zorgplicht door de bank moet op dezelfde gronden als hierover overwogen onder 3.4 e.v. worden verworpen. In het kader van de dwaling heeft de rechtbank overwogen dat de bank mocht volstaan met een algemene waarschuwing in de overeenkomst van borgtocht. De bank heeft – hetgeen niet is betwist door [gedaagde] – verder ter comparitie gesteld dat zij samen met [gedaagde] en de andere investeerders in 2014 ervan overtuigd was dat er voor Stichting Golfpark Weleveld een goede “business case” lag. Deze plannen waren in ieder geval geen reden voor de bank en [gedaagde] om aan te nemen dat het om een zeer risicovolle financiering ging, waarbij de kans groot was dat de Stichting Golfpark Weleveld niet aan de op haar rustende financiële verplichtingen kon voldoen. Ook heeft de bank nader onderzoek gedaan naar de vermogenspositie van [gedaagde] door onder meer zijn IB aangifte 2012 op te vragen alsmede de VPB aangifte van [gedaagde] B.V. [gedaagde] heeft onvoldoende gesteld om in het onderhavige geval aan te kunnen nemen dat van de bank meer mocht worden verwacht dan zij heeft gedaan.

Redelijkheid en billijkheid

3.12. [gedaagde] voert aan dat het beroep op de borgtocht door de bank naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De rechtbank begrijpt hieruit dat [gedaagde] bedoelt te stellen dat het door de bank aanspreken van hem op zijn verplichtingen uit hoofde van zijn overeenkomst met de bank leidt tot voor [gedaagde] onaanvaardbare gevolgen die op grond van de redelijkheid en billijkheid moeten worden beperkt. Omdat [gedaagde] niet nader onderbouwt wat de gevolgen zijn, waarom deze onaanvaardbaar zijn en op grond waarvan deze dienen te worden beperkt, gaat de rechtbank aan zijn stellingen op dit punt voorbij. Niet is gebleken van omstandigheden die in het onderhavige geval, in het bijzonder op grond van artikel 6:248 lid 2 BW, tot een ander oordeel leiden.

3.13. De conclusie van al het voorgaande is dat de vordering van de bank tot betaling door [gedaagde] onder de overeenkomst van borgstelling toewijsbaar is.

Verrekening

3.14. Ter zake het beroep op verrekening zal de rechtbank het verweer van [gedaagde] tezamen met zijn voorwaardelijke eis in reconventie behandelen (3.21).

Uitvoerbaarheid bij voorraad

3.15. De bank heeft gevorderd dat het uit te spreken vonnis uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard. [gedaagde] heeft hiertegen verweer gevoerd.

3.16. Degene die een veroordeling tot betaling van een geldsom krijgt, wordt vermoed het vereiste belang bij uitvoerbaarverklaring bij voorraad te hebben (*Hoge Raad 27 februari 1998, NJ 1998, 152*). Dat mogelijk ingrijpende gevolgen van executie moeilijk ongedaan gemaakt kunnen worden staat op zichzelf niet in de weg aan uitvoerbaarverklaring bij voorraad maar is slechts een omstandigheid die meegewogen moet worden (*Hoge Raad 28 mei 1993, NJ 1993, 468*). [gedaagde] heeft aangevoerd dat hij niet de middelen heeft om de vordering te voldoen en dat de bank hoogstwaarschijnlijk over zal gaan tot executoriale verkoop van de onroerende zaken van [gedaagde], hetgeen onomkeerbare gevolgen voor hem zal hebben. De rechtbank zal het verweer van [gedaagde] verwerpen. [gedaagde] heeft de onomkeerbare gevolgen en de manier waarop hem dit nadeel zou toebrengen onvoldoende geconcretiseerd. Het enkel stellen dat het onduidelijk is welke fiscale consequenties voor [gedaagde] aan een eventuele verkoop zijn verbonden en dat de onroerende zaken als oudedagsvoorzieningen gelden is niet voldoende, temeer nu eventuele schade die [gedaagde] zou lijden bij een succesvol hoger beroep door de bank in geld kan worden goed gemaakt. Van een restituerisico is ook geen sprake, althans dit wordt niet gesteld door [gedaagde]. De gevorderde uitvoerbaar bij voorraadverklaring zal dus worden toegewezen.

Executoriale verkoop golfbaan (voorwaardelijke eis in reconventie)

3.17. De rechtbank stelt voorop dat de bank op grond van artikel 3:268 lid 1 BW het recht had om de golfbaan te mede aan haar was verhypothecerd te executeren na het faillissement van Stichting Golfpark Weleveld.

3.18. [gedaagde] stelt dat de bank met betrekking tot de executoriale verkoop van de golfbaan niet naar beste vermogen rekening heeft gehouden met de belangen van [gedaagde] en daarmee onrechtmatig jegens hem handelt. [gedaagde] voert aan dat de golfbaan veel meer waard was dan de executieopbrengst van € 325.000,- en dat de bank daarom niet had mogen overgaan tot verkoop. De bank heeft deze stellingname betwist. De bank heeft onderbouwd dat er wel meerdere partijen interesse hebben getoond, maar dat zij uiteindelijk tijdens de veiling van 14 juli 2017 maar één bod heeft ontvangen van een regionale golfbaanexploitant.

De rechtbank oordeelt hierover als volgt. Dat er in het verleden een taxatie voor de golfbaan is geweest van € 1.800.000,- zoals gesteld door [gedaagde] tijdens de comparitie, maakt niet dat de bank niet akkoord mocht gaan met het ter veiling geboden bedrag van € 325.000,-. In de eerste plaats heeft de bank gemotiveerd onderbouwd dat de hypotheekhouders en de curator na het faillissement te maken hadden met doorlopende kosten van de golfbaan en dat zij de potentiële koper nog zo lang mogelijk in de gelegenheid wilden stellen om de golfbaan zo lang mogelijk te exploiteren. Daarnaast is door [gedaagde] gesteld noch gebleken dat de veiling van de golfbaan niet volgens de juiste procedurele regels is verlopen of dat er ten tijde van de veiling een koper was die bereid was de golfbaan voor een hoger bedrag te kopen.

3.19. Voor de – betwiste – stelling dat het taxatierapport onjuistheden zou bevatten en dat de taxateur ondeskundig is, heeft [gedaagde] te weinig aangevoerd. De niet nader onderbouwde stelling van [gedaagde] dat [F] Makelaars geen ervaring zou hebben met het waarderen van golfbanen, wat daar verder van zij, kan aan dit oordeel niet afdoen. Ook is in deze gang van zaken bij het opstellen van het taxatierapport geen schending door de bank van de jegens [gedaagde] in acht te nemen zorgvuldigheid of zorgplicht te vinden.

3.20. Op grond van het bovenstaande, kan de door [gedaagde] aangevoerde grondslag voor onrechtmatig handelen, te weten de schending van een door hem gestelde zorgplicht van de bank, niet slagen. Dit neemt niet weg dat het voor [gedaagde]

bijzonder vervelend is dat het zo gelopen is en dat de uiteindelijke opbrengst voor de golfbaan lager is uitgevallen dan [gedaagde] aanvankelijk had gehoopt. In de geschetste gang van zaken is echter geen schending door de bank van de jegens [gedaagde] in acht te nemen zorgvuldigheid te vinden. De slotsom is dan ook dat de thans onvoorwaardelijke vordering in reconventie van [gedaagde] niet kan worden toegewezen.

3.21. Gelet op het voorgaande slaagt het beroep van [gedaagde] op verrekening van de vordering van de bank met de door haar geleden schade dus niet. Op grond van artikel 6:127 lid 2 BW heeft de schuldenaar de bevoegdheid tot verrekening, wanneer hij een prestatie te vorderen heeft die beantwoordt aan zijn schuld jegens dezelfde wederpartij en hij bevoegd is zowel tot betaling van de schuld als tot het afdwingen van de betaling van de vordering. In deze procedure is niet, althans onvoldoende, vast komen te staan dat [gedaagde] een tegenvordering heeft op de bank. [gedaagde] is dus niet bevoegd om de vordering van de bank welke is toegewezen in conventie te verrekenen.

3.22. [gedaagde] zal als de in het ongelijk gestelde partij in zowel conventie als reconventie in de proceskosten worden veroordeeld. (...; *red.*).

4. De beslissing

De rechtbank:

In conventie

4.1. veroordeelt [gedaagde] om aan de bank te betalen een bedrag van € 264.846,53, vermeerderd met de overeengekomen rente en kosten over het toegewezen bedrag tot de dag van volledige betaling,

4.2. veroordeelt [gedaagde] tot betaling van de proceskosten aan de zijde van de bank (...; *red.*),

4.4. verklaart dit vonnis in conventie uitvoerbaar bij voorraad,

In reconventie

4.5. wijst de vorderingen af,

4.6. veroordeelt [gedaagde] in de proceskosten (...; *red.*).

NOOT

1. Professionele kredietverstrekkers zoals banken hebben een bijzondere informatieplicht jegens particuliere borggen. Zie HR 1 juni 1990, *NJ* 1991/759 (*Van Lanschot/Bink*) en HR 1 april 2016, «JOR» 2016/213, m.nt. Bergervoet (*Hardeveld/Aruba Bank*). Bescherming van de particuliere borg is ingegeven door de gedachte dat bij een particuliere borg – die veelal op grond van zijn persoonlijke relatie met de hoofdschuldenaar bereid is borg te staan – het gevaar van ondoordachtheid of misplaatst vertrouwen in de goede afloop groot is. Naast deze zorgplicht geniet een particuliere borg ook dwingendrechtelijke bescherming (vgl. art. 7:862 BW). In de onderhavige zaak staat centraal de vraag of de borgsteller, in casu een stichtingsbestuurder, kan worden aangemerkt als een particuliere borg in de zin van art. 7:857 BW.

2. *Relevante feiten.* Stichting Golfpark Weleveld (hierna: de Stichting) exploiteerde een clubhuis en een commerciële golfbaan ten behoeve van de leden van de vereniging Golfpark Weleveld. De schuldeiser (hierna: de Bank) heeft een krediet verstrekt aan de Stichting. Blijkens de kredietovereenkomst hebben de verstrekte leningen ten doel de financiering van het clubgebouw en de aanleg van een golfbaan in de gemeente Borne. Gedaagde X is ten tijde van de kredietaanvraag samen met zijn broer B en een andere persoon C statutair bestuurder van de Stichting. X heeft vanuit zijn vennootschap A eveneens een geldlening ter beschikking gesteld aan de Stichting. X heeft zich voorts jegens de bank borg gesteld tot meerdere zekerheid voor de terugbetaling van het bankkrediet. Ruim drie jaar na de kredietverstrekking wordt de Stichting failliet verklaard. X wordt door de bank onder de borgtocht aangesproken voor het bedrag dat de Bank nog te vorderen heeft van de Stichting. X verweert zich tegen deze vordering met (onder meer) een beroep op dwaling ex art. 6:228 lid 1 sub b BW. Volgens X heeft de Bank niet voldaan aan de op haar rustende informatieplicht doordat zij X niet heeft geïnformeerd over de betekenis, de gevolgen en de risico's van de borgtocht. X stelt dat hij kwalificeert als particuliere borg en bij de totstandkoming van de borgtocht een verkeerde voorstelling van zaken heeft gehad.

3. *Borgtocht en dwaling*. Zoals de rechtbank terecht tot uitgangspunt neemt, kan een overeenkomst van borgtocht wegens dwaling vernietigbaar zijn, wanneer de borg bij het vormen van zijn oordeel omtrent de kans dat hij tot nakoming zal worden verplicht, is uitgegaan van een zodanige verkeerde voorstelling van zaken dat hij, zou hij een juiste voorstelling hebben gehad, niet bereid zou zijn geweest de borgtocht te verlenen. In het onder nr. 1 aangehaalde arrest Van Lanschot/Bink oordeelde de Hoge Raad, kort gezegd, dat het een professionele kredietverstrekker alleen dan vrijstaat te betogen dat de dwaling voor rekening van de particuliere borg moet blijven indien de kredietverstrekker stelt en, voor zover nodig, bewijst dat hij de borg op juiste wijze omtrent die risico's heeft voorgelicht. Wat deze informatieplicht precies inhoudt, is onduidelijk. Aangenomen wordt dat een professionele kredietverstrekker ten minste verplicht is om de particuliere borg in algemene zin te informeren over de aan de borgtocht verbonden risico's. Zie G.J.L. Bergervoet, *Borgtocht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014, nr. 131. Slechts in die gevallen waarin de wederpartij van een professionele kredietverstrekker kwalificeert als professionele borg, geldt deze zorgplicht niet. Zie Bergervoet in zijn noot bij HR 1 april 2016, «JOR» 2016/213 en zijn verwijzing aldaar naar HR 3 juni 1994, *NJ* 1997/287, m.nt. CJHB (*Directbank/Breda*). Voor de beoordeling van het (dwalings)verweer van X was dus relevant of X kon worden aangemerkt als een particuliere borg.

4. *Afbakening particuliere borg*. Ingevolge art. 7:857 BW wordt als particuliere borg aangemerkt een natuurlijke persoon die (i) niet handelde in (of ten behoeve van) de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, en (ii) niet handelde ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van een naamloze vennootschap of besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, waarvan hij bestuurder is en alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid der aandelen heeft. Het eerste deel van de omschrijving ziet op de situatie dat de borg persoonlijk een beroep of bedrijf uitoefent. Dat was in de onderhavige procedure niet aan de orde. Het is in casu de vraag of de stichtingsbestuurder in kwestie handelde zoals bedoeld onder sub (ii) hiervoor. Het tweede deel van de omschrijving komt overeen met art. 1:88 lid 5 BW. Blijkens de par-

lementaire geschiedenis ligt aan dit tweede vereiste van art. 7:857 BW dezelfde gedachte ten grondslag als die van (thans) art. 1:88 lid 5 BW.

5. Bij de uitleg van het hiervoor onder (ii) genoemde vereiste is voorts de jurisprudentie over art. 1:88 lid 5 BW van belang. Zie HR 26 januari 2007, «JOR» 2007/80, m.nt. NEDF (*Steins/ING*) en HR 11 juli 2003, «JOR» 2003/223, m.nt. Verdaas (*Kelders/Fortis*). In de loop der jaren is een aantal arresten verschenen waarin art. 1:88 lid 5 BW nader wordt uitgelegd. Zie voor een overzicht van de belangrijkste jurisprudentie mijn artikel 'Over het toestemmingsvereiste van artikel 1:88 BW', *FIP* 2018/58. De rechtspraak van de Hoge Raad wijst op een terughoudende toepassing van de voorwaarde dat de zekerheidsstelling moet zijn geschied "ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap". Daarentegen is de Hoge Raad ruimhartig waar het gaat om de uitleg van het begrip "meerderheid der aandelen". Constructies waarbij sprake is van indirect aandeelhouderschap of certificering van aandelen staan in beginsel niet aan toepassing van de uitzonderingsbepaling in de weg. Wel dient ook ten aanzien van eventuele tussengeschakelde vennootschappen te zijn voldaan aan de eisen van bestuur en aandeelhouderschap die art. 1:88 lid 5 BW stelt. In een voorkomend geval zal volgens de Hoge Raad steeds beoordeeld moeten worden of de handelende echtgenoot zo nauw verbonden is met de onderneming dat hij in de praktijk als ondernemer kan gelden, doordat hij zeggenschap uitoefent en financieel belang heeft bij de bedrijfsresultaten van de vennootschap. Zie HR 8 oktober 2010, «JOR» 2010/367 (*Ab-bink/SNS Bank*). Deze criteria van zeggenschap en financieel belang zijn ook in de literatuur voer voor discussie geweest (zie met betrekking tot stemrechtloze en winstrechtloze aandelen mijn voornoemde artikel, p. 41).

6. *Het oordeel van de rechtbank*. De rechtbank oordeelt dat gedaagde niet kan worden aangemerkt als een particuliere borg als bedoeld in art. 7:857 BW. Daartoe overweegt de rechtbank dat vaststaat dat X als bestuurder betrokken was bij de stichting en (samen met zijn medebestuurders) daarover de volledige zeggenschap had (sub ii zoals hiervoor vermeld). Bij dat oordeel betreft de rechtbank dat X al enige tijd zakelijk betrokken was bij de Stichting als privé-inves-

teerder en ook in deze hoedanigheid op de hoogte was van de financiële situatie van de Stichting. Vervolgens stelt de rechtbank dat gebleken is dat X een eigen zakelijk inkomensbelang had bij de Stichting, namelijk dat hij 5% zou ontvangen op zijn investering. Daarbij doelt de rechtbank kennelijk op de door de vennootschap van X verstrekte geldlening aan de Stichting. Tot slot weegt de rechtbank mee dat de kredietverstrekking ook paste in de normale uitoefening van het bedrijf. Volgens de rechtbank valt onder deze omstandigheden niet in te zien waarom een bestuurder van zo'n stichting (die een commerciële golfbaan exploiteerde) zonder meer binnen het toepassingsbereik van art. 7:857 BW zou moeten vallen, althans dit is onvoldoende onderbouwd door X. Het gevolg van dit oordeel is dat de Bank volgens de rechtbank kon volstaan met een algemene waarschuwingsplicht zoals die bleek uit de akte van borgtocht.

7. Het oordeel van de rechtbank overtuigt mij niet. In de eerste plaats volgt uit de parlementaire geschiedenis bij art. 1:88 lid 5 BW (toen nog art. 1:88 lid 4 BW), dat de wetgever (slechts) een gerechtvaardigde gelijkstelling heeft willen maken tussen (i) borgtochten die de borg in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf is aangegaan en (ii) borgtochten die de borg aangaat ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van een door hem gecontroleerde besloten of naamloze vennootschap (MvT, *Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 p. 444*). Dat hier niet ook de stichting is vermeld, lijkt mij terecht. Een stichting valt immers niet te vergelijken met een kapitaalvennootschap. Een stichting streeft veelal geen commercieel doel na en een eventuele winst mag in beginsel niet worden uitgekeerd aan de oprichters, of aan andere bij de stichting betrokken personen. Anders dan de rechtbank, zou ik derhalve menen dat op de door een stichtingbestuurder verleende borgtocht in beginsel afdeling 7.14.2 BW van toepassing is. Daarnaast is het door X (indirect) te behalen rendement op zijn investering, door de rechtbank aangeduid als zakelijk inkomensbelang, mijns inziens niet gelijk te stellen met het door de Hoge Raad hiervoor geformuleerde criterium inzake Abbink/SNS Bank dat de borg zo nauw verbonden moet zijn met de onderneming dat hij in de praktijk als ondernemer kan gelden, doordat hij (zeggenschap uitoefent en) financieel belang heeft bij de bedrijfsresultaten van de

vennootschap. Dat laatste is bij een stichting überhaupt niet toegestaan (art. 2:285 lid 3 BW). Tot slot is de kennis van X over de financiële situatie van de Stichting (vanwege zijn privé-investering) niet relevant voor de beantwoording van de vraag of X als particuliere borg kan worden aangemerkt. Wel zal de bij X aanwezige kennis en de aard van de relatie tussen X en de Stichting een rol kunnen spelen bij de invulling van de zorgplicht jegens een particuliere borg (vgl. HR 1 april 2016, «JOR» 2016/213, m.nt. Bergervoet). De rechtbank lijkt die zaken hier door elkaar te halen.

M.J. Blommaert,
advocaat bij Keizers Advocaten

47

Hoge Raad
30 november 2018, nr. 18/01575,
ECLI:NL:HR:2018:2220
(mr. Numann, mr. Snijders, mr. Tanja-van den Broek, mr. Kroeze, mr. Wattendorff)
(Concl. A-G De Bock)
Noot mr. M.C. van Genugten

Schorsing van het geding in cassatie ex art. 27 Fw in verband met schuldsanering (omgezet in faillissement). Verzoek tot schorsing is geen misbruik van bevoegdheid. Geen afwezig van belangen vereist in verband met eventuele zekerheidsstelling voor de proceskosten. Verwijzing naar HR 16 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2112.

[Fw art. 25 lid 1, 27, 313 lid 1; Rv art. 224]

De curatoren hebben, onder verwijzing naar de toen nog voor eiseres sub 1 geldende schuldsaneringsregeling, op 8 juni 2018 op grond van art. 313 lid 1 Fw in verbinding met art. 27 lid 1 Fw verzocht om het geding in cassatie te schorsen teneinde in de gelegenheid te worden gesteld om de bewindvoerder van eiseres sub 1 tot overname van het geding op te roepen. Zij hebben daarbij aangekondigd dat zij ontslag van instantie zullen vragen indien de bewindvoerder van eiseres sub 1 het geding in cassatie niet overneemt. Voor het geval geen ontslag van instantie volgt, hebben de curatoren verklaard zich het recht voor te behouden om op de voet van art. 224 Rv zekerheidsstelling