

# ECLI:NL:GHSHE:2019:488

|                      |   |
|----------------------|---|
| Instantie            | Gerechtshof 's-Hertogenbosch  |
| Datum uitspraak      | 12-02-2019  |
| Datum publicatie     | 15-02-2019  |
| Zaaknummer           | 200.219.319_01  |
| Formele relaties     | Eerste aanleg: ECLI:NL:RBOBR:2017:2552, Overig  |
| Rechtsgebieden       | Civil recht   |
| Bijzondere kenmerken | Hoger beroep  |
| Inhoudsindicatie     | Verzwareing borgtocht, toestemming borg en echtgenote en beroep op vernietiging ex artikel 1: 88 en 1:89 BW |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl<br>JOR 2019/139 met annotatie van mr. C.R. Christiaans<br>JONDR 2019/293                     |

## Uitspraak

### GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Team Handelsrecht

zaaknummer 200.219.319/01

### arrest van 12 februari 2019

in de zaak van

**[de vennootschap 1]** ,

gevestigd te [vestigingsplaats] ,

appellante,

hierna aan te duiden als [appellante] ,

advocaat: mr. B.F. Louwerier te Breda,

tegen

**[geïntimeerde]** ,

wonende te [woonplaats] ,  
geïntimeerde,  
hierna aan te duiden als [geïntimeerde] ,  
advocaat: mr. S.V.M. Stevens te Nijmegen,

als vervolg op het door het hof gewezen tussenarrest van 17 juli 2018 in het hoger beroep van het door de rechtbank Oost-Brabant, zittingsplaats 's-Hertogenbosch, onder zaaknummer C/01/311426 / HA ZA 16-534 gewezen vonnis van 12 april 2017.

## **5 Het verloop van de procedure**

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenarrest van 17 juli 2018 waarbij het hof een pleidooi heeft gelast;
- het pleidooi, waarbij partijen pleitnotities hebben overgelegd.

Het hof heeft daarna een datum voor arrest bepaald. Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg

## **6 De beoordeling**

6.1. In dit hoger beroep wordt uitgegaan van de volgende feiten.

6.1.1. Bij overeenkomst van geldlening van 1 februari 2012 (hierna: Overeenkomst) heeft de rechtsvoorganger van [appellante] een geldlening ter grootte van € 1.500.000 (hierna: de Geldlening) verstrekt aan [de vennootschap 2] (hierna: [de vennootschap 2] ).

6.1.2. [geïntimeerde] is in juli 2013 (indirect) mede-aandeelhouder geworden van [de vennootschap 2] . [de vennootschap 3] , grootaandeelhouder van [de vennootschap 2] heeft aandelen verkocht aan de [de vennootschap 4] , welke vennootschap via de Stichting [stichting] , waarvan [geïntimeerde] bestuurder is, indirect een vennootschap van [geïntimeerde] is.

6.1.3. [appellante] , [de vennootschap 2] en [geïntimeerde] hebben op 19 november 2013 nadere afspraken gemaakt over de Geldlening en daartoe een gewijzigde overeenkomst van geldlening gesloten (hierna: Gewijzigde Overeenkomst). De Gewijzigde Overeenkomst vervangt de Overeenkomst in haar geheel.

6.1.4. De Gewijzigde Overeenkomst bevat onder meer de navolgende bepalingen:

### **"ARTIKEL 2. Geldlening**

[...]

4. Schuldenaar is over het uitstaande bedrag van Geldlening aan Schuldenaar verschuldigd een rente van 8 % (acht procent) per jaar fixe. De rente zal worden betaald per ultimo van

elk half jaar. Van 1 juli 2012 tot en met 31 augustus 2013 is een rente van 10% verschuldigd, vanaf 1 september 2013 geldt de aangepaste rente van 8%. Bedoelde betaling vindt plaats door middel van automatische incasso, waarbij per ultimo van elk half jaar na 20 februari 2012, voor het eerst per 1 juli 2012, het rentebedrag wordt afgeschreven van rekeningnummer; [rekeningnummer] bij de ING, ten name van Schuldenaar.

5. De Geldlening is met ingang van 1 januari 2015 aflossingsplichtig. De Geldlening zal alsdan in maandelijkse termijnen van EUR 62.500,00 op de eerste werkdag van elke kalendermaand worden afgelost door middel van automatische incasso, voor het eerst op 2 januari 2015.

6. De looptijd van de Geldlening eindigt op 1 december 2016, alsdan zullen zowel hoofdsom als uitstaande rentebedragen volledig zijn afgelost.

[...]

#### **ARTIKEL 5. Zekerheden**

1. Naast de in deze Overeenkomst reeds opgenomen zekerheden c.q. garanties van een of meerdere Partijen ten behoeve van Schuldeiser voor de correcte, volledige en tijdige betalingen van door Schuldenaar onder deze Overeenkomst aan Schuldeiser verschuldigde bedragen, blijven de door [de vennootschap 2] verstrekte zekerheden zijnde pandrechten, tweede in rang na ING, op alle activa, met uitzondering van de voorraden, van kracht. De betreffende pandaktes zullen als **Bijlage 2** bij deze Overeenkomst worden gevoegd.

2. Voorts blijft de door [naam 1] ten behoeve van de [appellante] verstrekte 1e recht van hypotheek op het pand te [plaats] ( [onderneming] ), aan Partijen genoegzaam bekend, van kracht. De betreffende hypotheekakte zal als **Bijlage 3** bij deze Overeenkomst worden gevoegd.

3. [geïntimeerde] verbindt zich hierbij jegens Schuldeiser als borg voor Schuldenaar, tot zekerheid van de betaling van al hetgeen Schuldenaar aan Schuldeiser uit hoofde van deze Gewijzigde Overeenkomst nu of in de toekomst schuldig mocht zijn of worden, zulks tot een maximum bedrag van EUR 250.000."

6.1.5. De echtgenote van [geïntimeerde] (hierna: Echtgenote) heeft de Gewijzigde Overeenkomst van geldlening ten blijke van haar toestemming inzake de borgtocht mede ondertekend.

6.1.6. Bij overeenkomst van 15 januari 2015 (hierna ook: de Wijziging) is de Gewijzigde Overeenkomst veranderd, in die zin dat tussen [appellante] en [de vennootschap 2] nadere afspraken zijn gemaakt over de aflossing van de Geldlening en de rente. Deze overeenkomst bevat onder meer de navolgende bepalingen:

#### **"ARTIKEL 1. Wijzigingen**

Artikel 2 leden 4 tot en met 6 van de Overeenkomst van Geldlening worden in hun geheel vervangen door de volgende bepalingen:

"4. Schuldenaar is over het uitstaande bedrag van Geldlening aan Schuldenaar verschuldigd een rente van 8 % (acht procent) per jaar fixe, met dien verstande dat van 1 juli 2012 tot en met 31 augustus 2013 een rente van 10% verschuldigd was.

Tot 31 december 2015 zullen de betalingen van de rente worden opgeschort, met dien verstande dat de rentebetalingen zullen worden hervat, indien en zodra de Schuldenaar haar schulden aan ING heeft voldaan en ING geen vorderingen meer heeft op de Schuldenaar. De tot 31 december 2015 opgelopen rente zal op 1 januari 2016 worden voldaan.

Met ingang van 1 januari 2016 zal de rente per ultimo van elk half kalenderjaar worden betaald. Betaling vindt plaats door middel van automatische incasso, waarbij het rentebedrag wordt afgeschreven van rekeningnummer: [rekeningnummer] bij de ING, ten name van Schuldenaar.

5. De Geldlening is met ingang van 1 januari 2016 aflossingsplichtig. De Geldlening zal alsdan

in maandelijkse termijnen van EUR 62.500,00 op de eerste werkdag van de elke kalendermaand worden afgelost, voor het eerst op 4 januari 2016.

6. De looptijd van Geldlening eindigt op 1 december 2017, alsdan zullen zowel hoofdsom als uitstaande rentebedragen volledig zijn afgelost.

(...)

### **ARTIKEL 3. Borgstelling**

De door [naam 2] op grond van Artikel 5 lid 3 van de Overeenkomst van Geldlening verstrekte borgstelling blijft onverkort van kracht."

Deze overeenkomst is niet door [geïntimeerde] of diens echtgenote ondertekend.

- 6.1.7. Bij brief van 27 maart 2016 heeft [appellante] [de vennootschap 2] verzocht de Geldlening en achterstallige rente binnen 14 dagen geheel af te lossen. Aflossing is uitgebleven.
- 6.1.8. Op 14 april 2016 is aan [de vennootschap 2] voorlopige surseance van betaling verleend en bij vonnis van de rechtbank Oost-Brabant van 18 april 2016 is [de vennootschap 2] in staat van faillissement verklaard met aanstelling van mr. [curator 1] en mr. [curator 2] tot curatoren (hierna: Curatoren).
- 6.1.9. Na uitwinning van aan [appellante] verstrekte pandrechten en doorhaling van een aan [appellante] verstrekt hypotheekrecht op een aan derden toebehorend winkelpand resteerde een vordering van [appellante] op [de vennootschap 2] ter grootte van € 259.381,67.
- 6.1.10. [appellante] heeft [geïntimeerde] verzocht om op uiterlijk 15 juli 2016 aan haar een bedrag van € 250.000,- te betalen ter nakoming van de door [geïntimeerde] gestelde borgtocht.
- 6.1.11. Bij brief van 14 september 2016 (productie 13 bij conclusie van antwoord) heeft de Echtgenote de vernietiging van de borgtocht ingeroepen omdat zij geen toestemming heeft gegeven voor de "*aanmerkelijk verzwaarde borgstelling*".
- 6.2.1. In de onderhavige procedure vordert [appellante] samengevat - veroordeling van [geïntimeerde] tot betaling van € 250.000, vermeerderd met rente, buitengerechtigke kosten en proceskosten, een en ander bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad.
- 6.2.2. Aan deze vordering heeft [appellante] kort samengevat, het volgende ten grondslag gelegd.
- Uit artikel 5 lid 3 van de gewijzigde overeenkomst van geldlening uit 2013 en artikel 3 van de overeenkomst tot wijziging van gewijzigde overeenkomst van geldlening uit 2015 volgt, dat één van de verstrekte zekerheden een door [geïntimeerde] verstrekte persoonlijke borgtocht voor een totaalbedrag van € 250.000,- betreft. De echtgenote van [geïntimeerde] heeft in het kader van art. 1:88 BW toegestemd met de borgtocht en heeft als blijk daarvan de gewijzigde overeenkomst van geldlening uit 2013 daarom mede ondertekend.
- De geldlening werd, voor zover daar nog geen sprake van zou zijn geweest, in ieder geval vanwege het faillissement van [de vennootschap 2] (op 18 april 2018) ineens en volledig opeisbaar en omdat de geldlening niet binnen de gestelde termijn is afgelost [de vennootschap 2] daarom van rechtswege in verzuim.
- Na het faillissement van [de vennootschap 2] heeft [appellante] de, in verband met de door haar verstrekte geldlening gevestigde, zekerheden uitgewonnen met dien verstande dat de op het winkelpand gevestigde hypotheek niet is uitgewonnen maar is doorgehaald ingevolge een door [appellante] getroffen regeling met de derde-hypotheekgever tegen betaling van € 775.000 aan deze derde -hypotheekgever. Daarna resteerde uit hoofde van de geldlening

nog een bedrag van

€ 259.381,67. [appellante] heeft vervolgens [geïntimeerde] aangesproken uit hoofde van de met hem gesloten borgtochtovereenkomst tot betaling van € 250.000,00. Hoewel [geïntimeerde] vanwege het verzuim van [de vennootschap 2] gehouden is tot nakoming van zijn betalingsverplichting uit hoofde van de borgtocht heeft hij, ondanks sommatie daartoe, geweigerd te betalen, zodat [geïntimeerde] vanaf 15 juli 2016 in verzuim is.

Op grond van het voorgaande vordert [appellante] [geïntimeerde] te veroordelen tot nakoming van de op hem rustende verplichtingen uit hoofde van de borgtocht en derhalve tot betaling van

€ 250.000,- te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van verzuim, en buitengerechtelijke kosten.

6.2.3. [geïntimeerde] heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Dat verweer zal, voor zover in hoger beroep van belang, in het navolgende aan de orde komen.

6.2.4. In het tussenvonnis van 19 oktober 2016 heeft de rechtbank een comparitie van partijen gelast.

6.2.5. Bij eindvonnis van 12 april 2017 heeft de rechtbank de vorderingen van [appellante] afgewezen en haar in de proceskosten veroordeeld. Daartoe heeft de rechtbank onder meer overwogen, dat de door [appellante] en [de vennootschap 2] overeengekomen Wijziging het risico voor [geïntimeerde] om als borg te worden aangesproken heeft doen toenemen en daarmee die borgtocht heeft verzwaaard. Voor die Wijziging was de toestemming van [geïntimeerde] en diens echtgenote nodig en die toestemming was er niet. Daarmee kan de verzwaaarde borgtocht waarop [appellante] haar vordering steunt niet worden aangetoond en is die verzwaaarde borgtocht, voor zover al existent, rechtsgeldig door de echtgenote van [geïntimeerde] vernietigd, aldus de rechtbank.

6.3. [appellante] heeft in hoger beroep vijf grieven aangevoerd en geconcludeerd tot vernietiging van het beroepen vonnis en tot het alsnog toewijzen van haar vorderingen.

6.4. Het hof zal het vonnis waarvan beroep onder aanvulling van gronden bekrachtigen en overweegt daartoe het volgende.

6.4.1. In de gewijzigde overeenkomst van geldlening van 19 november 2013 (productie 5 inleidende dagvaarding) is door [appellante] en [de vennootschap 2] in artikel 2 leden 5 en 6 onder andere bepaald dat de geldlening met ingang van 1 januari 2015 aflossingsplichtig is en dat op 1 december 2016 zowel de hoofdsom van de geldlening als de uitstaande rentebedragen volledig zijn afgelost. In artikel 5 lid 3 van deze overeenkomst is bepaald dat [geïntimeerde] zich jegens [appellante] verbindt als borg voor [de vennootschap 2] tot zekerheid van de betaling van al hetgeen [de vennootschap 2] aan [appellante] uit hoofde van *deze (cursivering Hof)* gewijzigde overeenkomst nu of in de toekomst schuldig mocht zijn of worden, zulks tot een maximum bedrag van € 250.000,00. [geïntimeerde] heeft deze (borgstellings)overeenkomst ondertekend. Zijn echtgenote, mevrouw [echtgenote van geïntimeerde], heeft de akte als blijk van toestemming voor deze borgstelling door [geïntimeerde] mede ondertekend.

6.4.2. [appellante] heeft geen grief gericht tegen de overweging van de rechtbank in het eindvonnis (r.o. 4.4.), inhoudende dat [geïntimeerde] deze borgtocht is aangegaan als natuurlijk persoon die noch handelde in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, noch ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van een naamloze of besloten vennootschap waarvan hij bestuurder is (art. 7:857 BW). Gesteld noch gebleken is immers dat [geïntimeerde] bestuurder zou zijn van [de vennootschap 2]. Dit betekent dat [geïntimeerde] voor het aangaan van de overeenkomst van borgtocht toestemming van zijn

echtgenote behoeft (art. 1:88 lid 1 sub c BW). Vast staat dat de echtgenote van [geïntimeerde] de gewijzigde overeenkomst van geldlening van 19 november 2013 als blijkt van haar toestemming inzake deze borgstelling mede heeft ondertekend.

6.4.3. Met de grieven stelt [appellante] de vraag aan de orde of de wijziging van de gewijzigde overeenkomst van geldlening van 15 januari 2015 door [geïntimeerde] en zijn echtgenote als blijkt van hun toestemming ook voor akkoord had moeten worden ondertekend, zoals [geïntimeerde] ter afwering van de vordering in eerste aanleg met succes heeft aangevoerd.

In dit kader spitst het geschil zich eerst toe op de beantwoording van de vraag of de wijziging van de gewijzigde overeenkomst van geldlening moet worden gekwalificeerd als een verzwaring van de borgtocht, die op 19 november 2013 is aangegaan. Het hof beantwoordt deze vraag – evenals de rechtbank – met [geïntimeerde] bevestigend en overweegt daarover als volgt.

6.4.4. In de overeenkomst tot wijziging van de gewijzigde overeenkomst van geldlening van 15 januari 2015 (productie 6 inleidende dagvaarding) is in artikel 1 onder meer bepaald dat de rentebetalingen uit hoofde van de in 2013 gewijzigde overeenkomst tussen [appellante] en [de vennootschap 2] zullen worden opgeschort tot 31 december 2015 en dat de tot 31 december 2015 opgelopen rente op 1 januari 2016 door [de vennootschap 2] zal worden voldaan. Verder is, in afwijking van de gewijzigde overeenkomst van 2013, overeengekomen dat de geldlening (pas) met ingang van 1 januari 2016 aflossingsplichtig is.

In artikel 3 is vermeld dat de door [naam 2] (*bedoeld is: [geïntimeerde] /Hof*) op grond van de gewijzigde overeenkomst van geldlening van 2013 verstrekte borgstelling onverkort van kracht blijft.

Vast staat dat de gewijzigde overeenkomst van 15 januari 2015 niet door [geïntimeerde] en/of diens echtgenote is ondertekend.

6.4.5. Anders dan [appellante] heeft bepleit, is het hof van oordeel dat door het uitstellen van zowel de aflossingsverplichting als de rentebetalingen sprake is van een relevante verzwaring van de borgstelling. [geïntimeerde] heeft zich in 2013 borg gesteld tegen de achtergrond van de inhoud van de gewijzigde overeenkomst van geldlening, in het kader waarvan er sprake was van rentebetalingen en van het afgelost zijn van de lening per 31 december 2015. Door de Wijziging in 2015 is in elk geval het risico voor [geïntimeerde] om aangesproken te kunnen worden verlengd tot 31 december 2016, terwijl van aflossing door [de vennootschap 2] van de geldlening in 2015 geen sprake was en het openstaande bedrag, anders dan [geïntimeerde] op grond van de gewijzigde overeenkomst van 2013 mocht verwachten, dus niet in omvang afnam.

Aan het voorgaande doet niet af dat, zoals door [appellante] is gesteld (en door [geïntimeerde] is betwist), [de vennootschap 2] zich begin 2015 financieel in een slechte positie bevond en mogelijk het faillissement van [de vennootschap 2] dreigde. Hoe dan ook werd de periode waarover [geïntimeerde] het (volledige) risico liep om als borg aangesproken te worden verlengd, terwijl bij het aangaan van de borgtocht in 2013 het nu juist de bedoeling was dat dat risico in de loop van 2015 nu juist zou afnemen.

Mede in aanmerking genomen de door [geïntimeerde] bij conclusie van antwoord in eerste instantie overgelegde mailcorrespondentie voorafgaande aan de ondertekening van de Gewijzigde Overeenkomst waaronder in het bijzonder de mail van [appellante] aan [geïntimeerde] d.d. 15 juli 2013 en het daarbij gevoegde "Voorstel gewijzigde voorwaarden lening [de vennootschap 2]" en de uitlatingen van de heer [manager], manager van [appellante], bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep, is het hof van oordeel dat op [appellante] tenminste een inspanningsverplichting rustte om de overige gestelde zekerheden uit te winnen alvorens [geïntimeerde] onder de borgtocht zou kunnen worden aangesproken, is het hof van oordeel dat [appellante] (mede in het licht van het

gemotiveerde verweer van [geïntimeerde] op dit punt) onvoldoende heeft onderbouwd dat [geïntimeerde] , indien [de vennootschap 2] bij het uitblijven van de voortzetting van de lening van ING begin 2015 failliet zou zijn gegaan, na uitwinning van de zekerheden ook voor het volledige bedrag van de borgstelling zou zijn aangesproken.

- 6.4.6. Gelet op het voorgaande is het hof met [geïntimeerde] van oordeel dat na deze wijziging van voorwaarden van de geldlening in 2015, die een aanmerkelijke verzwaaring van de borgstelling uit 2013 betekende, opnieuw om (schriftelijke) toestemming van [geïntimeerde] en diens echtgenote gevraagd had moeten worden. Naar het oordeel van het hof is niet komen vast te staan dat aan die eis van de vereiste toestemming is voldaan.

Immers, vast staat dat de gewijzigde overeenkomst van 15 januari 2015, waarin de (ten opzichte van de overeenkomst van geldlening uit 2013) gewijzigde voorwaarden van de overeenkomst van geldlening staan opgenomen en waarin in art. 3 expliciet is vermeld dat de door [naam 2] (bedoeld is: [geïntimeerde] /Hof) op grond van de gewijzigde overeenkomst van geldlening van 2013 verstrekte borgstelling onverkort van kracht blijft, niet door [geïntimeerde] en zijn echtgenote voor akkoord zijn ondertekend.

Anders dan [appellante] heeft gesteld, kan uit het feit dat [geïntimeerde] de offerte van ING voor een verlenging van de door haar aan [de vennootschap 2] verstrekte financiering van 30 januari 2015 (productie D memorie van grieven) heeft ondertekend, mede gelet op de gemotiveerde betwisting van [geïntimeerde] op dit punt, niet worden afgeleid dat [geïntimeerde] akkoord ging met een verzwaaring van de door hem jegens [appellante] afgegeven borgstelling. Deze offerte vermeldt immers niets over de borgstelling in de verhouding [appellante] - [geïntimeerde] . Dat [geïntimeerde] zich akkoord zou hebben verklaard met een borgstelling aan ING voor een bedrag van € 500.000,00 (en dat zijn echtgenote met die borgstelling zou hebben ingestemd) is niet relevant in de verhouding tussen [appellante] en [geïntimeerde] .

- 6.4.7. Nu vast staat dat [geïntimeerde] de wijziging van de gewijzigde overeenkomst van geldlening van 2015 niet (mede) heeft ondertekend, kan op grond daarvan - en meer specifiek voormeld artikel 3- niet kan worden aangenomen dat de op grond van de gewijzigde overeenkomst van geldlening van 2013 verstrekte borgstelling onverkort van kracht is gebleven. Gesteld noch gebleken is dat er na voormelde wijziging in 2015 voor de wederom gewijzigde overeenkomst van geldlening een nieuwe door [geïntimeerde] ondertekende borgtochtovereenkomst is gesloten dan wel dat voor de verzwaarde borgstelling door [geïntimeerde] (alsnog) toestemming is gegeven.

Op grond van het voorgaande kan (mede) gelet op het bepaalde in artikel 7:859 lid 1 BW niet bewezen worden geacht dat [geïntimeerde] zich in 2015 jegens [appellante] (opnieuw) borg heeft gesteld voor de in 2015 opnieuw gewijzigde overeenkomst van geldlening van [de vennootschap 2] .

- 6.4.8. Ook in het geval er wel van zou moeten worden uitgegaan dat er sprake is van een door [geïntimeerde] geaccordeerde verzwaarde/vernieuwde borgstelling in 2015 van [geïntimeerde] jegens [appellante] , leiden de grieven van [appellante] niet tot vernietiging van het beroepen vonnis.

In dat geval heeft de echtgenote van [geïntimeerde] met de brief van 14 september 2016 terecht die borgstelling met een beroep op de artikelen 1:88 en 1:89 BW vernietigd. Van de vereiste toestemming van mevrouw [echtgenote van geïntimeerde] met die borgstelling is immers niet gebleken. Ook op dit punt heeft te gelden dat de eventuele toestemming van de echtgenote van [geïntimeerde] met de borgstelling van [geïntimeerde] jegens ING niet relevant is voor wat rechtens geldt in de verhouding [appellante] - [geïntimeerde] .

6.5. Het voorgaande betekent dat alle grieven falen.

6.6. In hoger beroep heeft [appellante] haar vordering op [geïntimeerde] subsidiair gebaseerd op

onrechtmatige daad.

[appellante] legt aan haar subsidiaire vordering kort samengevat het volgende ten grondslag. [geïntimeerde] wist van de hoed en de rand van de financiële achtergronden van [de vennootschap 2] . De instemming van de ene echtgenoot met het afgeven van een borgstelling door de andere echtgenoot ex art. 1:88 BW is een interne kwestie tussen twee echtgenoten. [appellante] mocht van [geïntimeerde] verwachten en er gerechtvaardigd op vertrouwen dat hij zijn echtgenote adequaat zou informeren over de achtergronden van de borgstelling waarmee zij instemde. Indien en voor zover [geïntimeerde] heeft nagelaten zijn echtgenote te informeren en dat verzuim tot vernietiging van de borgtocht leidt, heeft [geïntimeerde] onrechtmatig gehandeld jegens [appellante] . In dat geval is [geïntimeerde] gehouden de schade die [appellante] lijdt door het verzuim van [geïntimeerde] te vergoeden, welke schade in dat geval gelijk is aan het thans door [appellante] van [geïntimeerde] gevorderde bedrag onder de borgtocht.

6.6.1. Het hof begrijpt dat deze subsidiaire grondslag is gebaseerd op de veronderstelling dat [geïntimeerde] toestemming heeft gegeven voor de verzwaarde borgstelling (althans de wijziging van de gewijzigde overeenkomst van geldlening van 2015) doordat hij op 7 februari 2015 – als borg ten gunste van de ING Bank – door ondertekening akkoord is gegaan met de offerte van de ING Bank aan (onder meer) [de vennootschap 2] van 30 januari 2015.

Het hof verwerpt dit betoog. Ten eerste omdat, zoals hiervoor in overweging 6.4.6. en 6.4.7. is geoordeeld, nu juist niet is komen vast te staan dat [geïntimeerde] bedoelde toestemming heeft gegeven.

Verder gaat [appellante] er ten onrechte aan voorbij dat de zorgplicht van [geïntimeerde] om zijn (niet-handelende) echtgenote tijdig en deugdelijk te informeren omtrent de risico's van de borgstelling betrekking heeft op de in de offerte genoemde borgstelling van [geïntimeerde] voor een bedrag van € 500.000,- (waarvoor zijn echtgenote ook schriftelijk toestemming dient te geven) in de relatie ING Bank- [de vennootschap 2] .

Ook in het geval het hof met [appellante] zou aannemen dat [geïntimeerde] zijn echtgenote niet tijdig en deugdelijk omtrent de risico's van deze borgstelling ten gunste van de ING Bank zou hebben geïnformeerd, kan dat gegeven, zonder nadere toelichting, die ontbreekt niet leiden tot de gevolgtrekking dat [geïntimeerde] tegenover [appellante] onrechtmatig zou hebben gehandeld. De vordering van [appellante] is dus evenmin toewijsbaar op grond van de subsidiaire grondslag.

6.7. Voor het overige heeft [appellante] geen feiten en omstandigheden gesteld die, indien bewezen tot een ander oordeel leiden, zodat het hof het bewijsaanbod als niet ter zake dienend passeert.

6.8. De slotsom is dat het hof het beroepen vonnis van de rechtbank zal bekrachtigen, onder aanvulling van gronden, met veroordeling van [appellante] in de kosten van de procedure in hoger beroep.

## **7 De uitspraak**

Het hof:

bekrachtigt het door de rechtbank Oost-Brabant, zittingsplaats 's-Hertogenbosch op 12 april 2017 onder zaaknummer C/01/311426 / HA ZA 16-534 gewezen vonnis, onder aanvulling van gronden;

veroordeelt [appellante] in de kosten van de procedure in hoger beroep, tot op heden aan de zijde



van [geïntimeerde] begroot op € 1.628,00 aan griffierecht en € 11.756,58 aan salaris advocaat;

verklaart deze uitspraak voor wat betreft de veroordeling in de proceskosten uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.I.M.W. Bartelds, E.A.M. van Oorscot en A.C. Metzelaar en in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 12 februari 2019.

griffier rolraadsheer