

# ECLI:NL:RBAMS:2018:7929

Instantie                      Rechtbank Amsterdam  
Datum uitspraak            07-11-2018  
Datum publicatie            09-11-2018  
Zaaknummer                 C/13/642044 / HA ZA 18-72  
Rechtsgebieden             Civiel recht  
Bijzondere kenmerken     Verzet  
Inhoudsindicatie

Een echtgenoot moet toestemming vragen aan zijn of haar partner voordat hij of zij zich borg kan stellen: dat is de wet. Wanneer die toestemming ontbreekt, kan de niet-geconsulteerde partner de borgstelling vernietigen. Dat geldt echter niet in deze zaak omdat hier de uitzondering op dat vernietigingsrecht van toepassing is.

Vindplaatsen                Rechtspraak.nl  
                                  RI 2018/103  
                                  NJF 2018/650  
                                  JONDR 2018/1264

## Uitspraak

—

---

vonnis

### **RECHTBANK AMSTERDAM**

Afdeling privaatrecht

zaaknummer / rolnummer: C/13/642044 / HA ZA 18-72

### **Vonnis in verzet van 7 november 2018**

in de zaak van

**[eiser]** ,

wonende te [woonplaats] ,

oorspronkelijk eiser in conventie,

gedaagde in het verzet,  
verweerder in reconventie,  
advocaat: mr. C.O. Wenckebach te Haarlem,

tegen

**[gedaagde]** ,

thans wonende te [woonplaats] , ten tijde van de oorspronkelijke dagvaarding wonende in [woonplaats] ,

oorspronkelijk gedaagde in conventie,

eiser in het verzet,

eiser in reconventie,

advocaat: mr. R.V. de Lauwere te Hilversum.

Partijen zullen hierna [eiser] en [gedaagde] worden genoemd.

## **1 De procedure**

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het verstekvonnis van 1 november 2017 in de zaak met zaaknummer / rolnummer: C/13/618753 / HA ZA 16-1168;
- de verzetdagvaarding van 16 januari 2018 met producties waarbij [gedaagde] conclusie van antwoord en conclusie van eis in reconventie heeft genomen;
- het tussenvonnis van 23 mei 2018 waarbij een comparitie van partijen is gelast;
- de conclusie van antwoord in reconventie met producties;
- het proces-verbaal van comparitie van 20 september 2018;
- het op 1 oktober 2018 ingekomen rolbericht aan de zijde van [gedaagde] , houdende enkele opmerkingen op het proces-verbaal;
- het op 3 oktober 2018 ingekomen rolbericht aan de zijde van [eiser] , houdende enkele opmerkingen op het proces-verbaal.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

## **2 De feiten**

2.1. VanDutch Marine Ltd. (hierna: VDM) is een vennootschap naar Engels recht, gevestigd te Wickford, Essex, Verenigd Koninkrijk. VDM houdt zich bezig met de productie en verhandeling van luxe speedboten.

2.1.1. [gedaagde] is voor 50% indirect aandeelhouder van VDM. De heer [naam] (hierna: [naam] ) houdt indirect de overige 50% aandelen in VDM.

[gedaagde] en [naam] zijn ook werkzaam voor VDM: [gedaagde] als – onder andere – verkoop- en promotiemanager en [naam] als – voor zover bekend – ontwerper en degene die de productie regelde.

2.1.2. Het bestuur van VDM bestond vanaf 10 oktober 2007 tot 13 augustus 2015 uit verschillende

personen met de Britse nationaliteit, kantoorhoudende te Wickford.

2.1.3. [gedaagde] beschikte vanaf 1 mei 2014 over een volmacht van VDM die inhoud:

*"To sign all contracts in relation to "VANDUTCH MARINE LIMITED"*

*The attorney does not have the power to compromise the company's solvency.*

*The Attorney shall ensure that the Company receives copies of all documents signed by the Attorney of behalf of the Company.*

*This Power of Attorney shall be deemed to come into force on the date hereof and shall remain in for a period of one year."*

2.1.4. Volgens de inschrijving bij het Companies House is [gedaagde] op 13 augustus 2015 benoemd tot bestuurder ("Director") van VDM.

2.2. Op 15 juni 2015 heeft [eiser] een geldlening verstrekt aan VDM ad € 500.000 in hoofdsom. Hiervan is een zogenaamde *Secured Loan Agreement* (hierna: SLA) opgemaakt. Het stuk is driemaal ondertekend door [gedaagde] :

(i) als *"Attorney in fact"* namens VDM,

(ii) als *"Attorney in fact"* namens de in de SLA bedoelde vennootschap S.C.I. Eko Invest (hierna: Eko) en

(iii) voor zichzelf.

2.2.1. Het aan de rechtbank overgelegde exemplaar van de SLA is niet ondertekend door [eiser] , maar het is niet in geschil dat [eiser] partij is bij de SLA, zoals in de SLA bedoeld.

2.2.2. De SLA luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

**"Secured Loan Agreement**

**between**

**Mr [eiser]**

**and**

**VanDutch Marine Ltd**

**15 June 2015**

**THE UNDERSIGNED**

1. Mr [eiser] (...)

hereinafter referred to as "**Lender**";

2. VANDUTCH MARINE LIMITED (...)

hereinafter referred to as "**Borrower**"

3. SOCIETE CIVILE IMMOBILIERE EKO INVEST incorporated and registered in [woonplaats] (...)  
hereinafter referred to as "**Eko**"

4. Mr [gedaagde] , residing at (...) [woonplaats] ,  
hereinafter referred to as "**[gedaagde]**"

#### **CONSIDERATIONS**

- a. Borrower requires a loan to meet short term working capital needs, *i.a.*, to repay a bridge loan that is due and payable.
- b. Lender is prepared to provide Borrower with a loan facility for this purpose.
- c. Eko is an affiliate company of Borrower.
- d. The loan shall be secured with:
  - a) a first ranking pledge on a VanDutch 55' vessel with CIN Code VDU55009F314 ("**VD55**"), which the parties have valued at EUR 900,000 exclusive of VAT;
  - b) a joint and several liability of Borrower and Eko for the due and proper performance of Borrower's obligations to Lender under this Agreement;
  - c) a first ranking pledge on the Concession to Use (as defined hereafter) pursuant to the Deed of Transfer (as defined hereafter);
  - d) a personal guarantee by gedaagde.
- e. Borrower is involved as the servicer in lieu of an issuance of bonds by its affiliate VanDutch Marine Finance I B.V. These bonds are the Corporate Secured Bonds Series A of VanDutch Marine Finance I B.V. , ISIN code NL0011309356 (the "**Bonds**").
- f. Lender and Borrower acknowledge that the terms and conditions of this agreement are at arm's length.
- g. The parties wish to set forth in writing herein the mutual agreements made.

## 1. Definitions

- 1.1 As used herein, the following terms shall have the following meanings ascribed to them, unless the context requires otherwise. The plural of such terms shall include the singular, the singular shall include the plural. In this agreement the following definitions are used, unless explicitly provided otherwise:

**Agreement** means this loan agreement as amended from time to time .

**Deed of Transfer** means the deed of transfer (*Contrat d'amodiation*) dated 31 December 2012 as attached to this Agreement as Schedule 1.

**Interest** means the interest accrued on the loan in accordance with Article 3.

**Loan Amount** means the principal amount of the loan as referred to in article 2 of this Agreement.

**Concession to Use** means the concession to use the commercial property designated with numbers 31 and 32, le Qual Nord in Port Camille Rayon in Golfe Juan, France as mentioned in the Deed of Transfer. Eko is the owner of the Concession to Use until 1 July 2024.

**Maturity Date** means 15 September 2015.

**Signing Date** means the date on which the Agreement is executed.

- 1.2 References to "Articles" and "Paragraph" shall be to articles and paragraphs, respectively, of the Agreement unless otherwise specifically provided.

## 2. Loan

- 2.1 Subject to the terms and conditions of this Agreement, Lender declares to make available on 15 June 2015 to Borrower a loan in the aggregate amount of EUR 500,000.- (in words: five hundred thousand euros).

(...)

## 3. Interest

- 3.1 Upon repayment of the Loan Amount before or on the Maturity Date, Borrower will pay a fixed interest of 10% (ten percent) on the Loan Amount.
- 3.2 In the event of repayment after the Maturity Date, the Loan Amount together with the interest of Article 3.1, will, as of the Maturity Date, bear interest at the rate of 20% (twenty percent) per year.

## 4. Repayment

- 4.1 The Loan Amount together with interest shall be repaid by Borrower to Lender ultimately on the Maturity Date or if earlier, in the event that there are sufficient proceeds pursuant to the issuance of the Bonds.
- 4.2 Borrower may at any moment repay to Lender the Loan Amount together with interest in its entirety. Early repayment does not affect the amount of interest as stipulated in Article 3.1.

(...)

## 7. Security

7.1 In order to secure the due and proper performance of its obligations to Lender under this Agreement, Borrower shall create a first ranking pledge right on the VD55 for an amount equal to the Loan Amount increased by 30% (thirty percent). This security shall be established under the laws of England and Wales on the Signing Date or as soon as reasonably possible thereafter. Borrower hereby provides a full power of attorney to Lender for the purpose of establishing said pledge right.

7.2 Borrower and Eko are jointly and severally liable for the due and proper performance of Borrower's obligations to Lender under this Agreement.

7.3 In order to secure the due and proper performance of Borrower's and Eko's obligations to Lender under this Agreement, Eko hereby creates a first ranking pledge right on the Concession to Use. Eko hereby provides a full and irrevocable power of attorney to Lender for the purpose of performing all actions required in lieu of this security including the notification of the existence of this pledge to SA Nouveau Port de Vallauris Golfe Juan as the issuer of the Concession to Use.

7.4 Gedaagde hereby guarantees, all obligations and liabilities arising out of this Agreement as if such obligations and liabilities were his own. This guarantee (*borgtocht*) has been granted in the ordinary course of the business of the Borrower.

## 8. Representations

(...)

- 8.3 Gedaagde hereby represents and warrants that
- the Borrower and Eko have the following ultimate beneficial owners; naam residing at Monaco (indirectly 50% of the outstanding share capital of Borrower and directly 50% of the outstanding share capital of Eko) and gedaagde residing at woonplaats (indirectly 50% of the outstanding share capital of Borrower and directly 50% of the outstanding share capital of Eko); and
  - he will not charge the his property at adres the Netherlands with any a additional mortgage, charge, pledge, usufruct or other encumbrances.

## 9. Miscellaneous

(...)

9.4 The invalidity of any provision of this Agreement shall not affect the validity of the other provisions of this Agreement.

9.5 This Agreement shall be governed by the laws of The Netherlands. Any disputes with respect to the interpretation, validity and/or performance of this Agreement, exclusively, shall be submitted to the court of Amsterdam.

(...)

2.3. Bij brieven van 10 maart 2016 heeft [eiser] betaling van het door hem geleende bedrag, vermeerderd met de rente tot dan toe, gevorderd bij VDM (ter attentie van [gedaagde] ), Eko (ter attentie van [gedaagde] en [naam] ) en [gedaagde] , uiterlijk te betalen op 11 maart 2016. [eiser] had voorafgaand aan deze brieven al om betaling gevraagd, onder andere tijdens een gesprek met [gedaagde] op 5 januari 2016.

2.4. Op 31 oktober 2016 heeft [eiser] ten laste van [gedaagde] conservatoir beslag gelegd op het

aan [gedaagde] toebehorende aandeel in de onroerende zaken gelegen aan de [adres] , zulks op basis van een rechterlijk verlot van 28 oktober 2016.

- 2.5. Bij brief van 22 december 2017 aan [eiser] heeft de echtgenote van [gedaagde] , mevrouw [echtgenote] (hierna: [echtgenote] ), verklaard dat zij de in artikel 7.4 van de SLA genoemde "garantie (borgtocht)" vernietigt op grond van artikel 1:89 jo. artikel 1:88 lid 1 sub c Burgerlijk Wetboek (BW).

### **3 Het geschil**

#### **in conventie**

- 3.1. [eiser] heeft in de verstekprocedure gevorderd dat de rechtbank bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis VDM, [gedaagde] en Eko hoofdelijk zal veroordelen tot betaling aan [eiser] van:
- I € 550.000, te vermeerderen met de contractuele rente van 20% op jaarbasis vanaf 15 september 2015, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente, eveneens vanaf 15 september 2015, althans vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;
  - II € 5.475,25 aan buitengerechtelijke incassokosten;
  - III de kosten van conservatoir beslag;
  - IV de kosten van het geding.
- 3.2. Bij het verstekvonnis zijn de vorderingen van [eiser] toegewezen behoudens de wettelijke handelsrente. De beslagkosten en de proceskosten zijn bij het verstekvonnis begroot op en toegewezen voor € 3.112,03 respectievelijk € 4.033,14.
- 3.3. [gedaagde] vordert in het verzet dat hij wordt ontheven van de jegens hem bij het verstekvonnis uitgesproken veroordelingen, met veroordeling van [eiser] , uitvoerbaar bij voorraad, in de kosten van het geding.
- 3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### **in reconventie**

- 3.5. [gedaagde] vordert, bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:
- (i) opheffing van het ten laste van [gedaagde] gelegde conservatoir beslag,
  - (ii) veroordeling van [eiser] om binnen vijf dagen na betekening van het vonnis zorg te dragen voor doorhaling van het beslag in het kadaster,
  - (iii) veroordeling van [eiser] tot betaling van een dwangsom van € 10.000 voor elke dag dat hij niet voldoet aan de veroordeling onder (ii) met een maximum van € 250.000,
  - (iv) veroordeling van [eiser] in de kosten van het geding.
- 3.6. [eiser] voert verweer.
- 3.7. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

### **4 De beoordeling in conventie**

#### **Processueel**

- 4.1. Het verzet is tijdig en op de juiste wijze ingesteld, zodat [gedaagde] in zoverre in zijn verzet kan

worden ontvangen.

### **De vordering uit hoofde van borgtocht**

- 4.2. Als primaire grondslag van de vordering stelt [eiser] dat [gedaagde] in artikel 7.4 SLA zich persoonlijk garant heeft gesteld voor de nakoming van alle uit de SLA voortvloeiende verplichtingen van VDM.

*Toepasselijk recht met betrekking tot de "garantie (borgtocht)"*

- 4.3. De SLA wordt op basis van de in de SLA opgenomen rechtskeuze beheerst door Nederlands recht (artikel 3 van de Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I)). Het Nederlands recht beheerst hiermee de uitleg (zie 4.4), het bestaan (zie 4.5) en de (niet-)nakoming (zie 4.19 e.v.) van de in artikel 7.4 SLA bedoelde "garantie (borgtocht)".

*Uitleg van de "garantie (borgtocht)" bedoeld in artikel 7.4 SLA*

- 4.4. Partijen zijn het eens over de uitleg van artikel 7.4 SLA, namelijk dat dit artikel een borgtocht behelst in de zin van artikel 7:850 BW en als zodanig moet worden toegepast.

*Bestaan van de borgtocht*

- 4.5. [gedaagde] voert als meest verstrekkende verweer dat hij de borgtocht nooit is aangegaan. De borgtocht is nimmer met [gedaagde] besproken. [gedaagde] wist niet beter dan dat hij namens de vennootschap tekende. Hij heeft de in de Engelstalige overeenkomst over de borgtocht opgenomen passages niet gelezen. [gedaagde] was ten tijde van het ondertekenen van de SLA zwaar ziek en heeft van te voren geen concept gezien. De borgstelling zit verstopt in artikel 7.4, terwijl in de kop van de SLA geen melding wordt gemaakt van de borgstelling of van [gedaagde] als partij. Aldus [gedaagde] .
- 4.6. Dit verweer wordt niet gevolgd. [gedaagde] heeft volgens de wilsvertrouwensleer van de artikelen 3:33 en 3:35 BW wel degelijk de overeenkomst van borgtocht gesloten, namelijk door ondertekening van de SLA. [gedaagde] doet kennelijk een beroep op het bepaalde in artikel 3:34 BW op basis waarvan de borgtocht zou kunnen worden vernietigd omdat wil en verklaring van [gedaagde] niet overeenstemden wegens het tijdelijk gestoord zijn van de geestvermogens. Voor een geslaagd beroep op dit artikel is echter veel te weinig gesteld. Ten overvloed wordt nog opgemerkt dat [gedaagde] niet alleen namens "de" vennootschap heeft getekend; hij heeft drie handtekeningen onder de SLA geplaatst: voor VDM, voor Eko en voor zichzelf, welke drie contractspartijen ook direct onder de kop van SLA als zodanig zijn opgesomd.

*Het vereiste van toestemming van de echtgenote van [gedaagde] :*

*het toepasselijk recht*

- 4.7. [gedaagde] voert het verweer dat de borgtocht rechtsgeldig is vernietigd door zijn echtgenote mevrouw [echtgenote] , nu voor het aangaan van de borgtocht de vereiste toestemming van die echtgenote ontbrak.
- 4.8. De vraag of een echtgenoot voor een rechtshandeling de toestemming van de andere echtgenoot behoeft, en zo ja, in welke vorm deze toestemming moet worden verleend, of zij kan worden vervangen door een beslissing van de rechter of een andere autoriteit, alsmede welke de gevolgen zijn van het ontbreken van deze toestemming, wordt beheerst door het recht van de staat waar de andere echtgenoot ten tijde van het verrichten van die rechtshandeling zijn gewone



verblijfplaats heeft (artikel 10:40 BW). Deze bepaling geldt ongeacht het recht dat het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten beheerst, en ongeacht het recht dat van toepassing is op de persoonlijke rechtsbetrekkingen tussen de echtgenoten (artikel 10:41 BW).

- 4.9. [gedaagde] heeft zijn verweer gebaseerd op de (Nederlandsrechtelijke) artikelen 1:88 en 1:89 BW. In reactie hierop heeft [eiser] zich op het standpunt gesteld dat het Nederlands recht hier niet van toepassing is omdat [echtgenote] ten tijde van het aangaan van de borgtocht haar gewone verblijfplaats in [woonplaats] had. [gedaagde] heeft vervolgens betoogd, mede onder overlegging van een verklaring van [echtgenote] , dat die gewone verblijfplaats Nederland was zodat het Nederlands recht van toepassing is.
- 4.10. Als veronderstellenderwijs met [gedaagde] wordt aangenomen dat [echtgenote] ten tijde van het aangaan van de borgtocht haar gewone verblijfplaats in Nederland had, zodat de vernietigingsactie van [echtgenote] naar Nederlands recht moet worden beoordeeld, is de conclusie – zoals blijkt uit het hierna overwogene – dat de vernietigingsactie faalt en dat [eiser] recht heeft op nakoming van de borgtocht door [gedaagde] . De rechtbank begrijpt [eiser] aldus dat hij bij deze uitkomst geen verweer voert tegen de door [gedaagde] ( [echtgenote] ) in het kader van het beroep op de artikelen 1:88 en 1:89 BW ingenomen stelling dat [echtgenote] ten tijde van het aangaan van de borgtocht haar gewone verblijfplaats in Nederland had, zodat dat dat laatste in dit geding als vaststaand kan worden aangenomen.
- 4.11. De vernietigingsactie en het toestemmingsvereiste in het algemeen worden dus beheerst door Nederlands recht.

*Het vereiste van toestemming van de echtgenote van [gedaagde] : beoordeling op basis van artikelen 1:88 en 1:89 BW*

- 4.12. Artikel 1:88 BW bepaalt, voor zover hier van belang:

1. Een echtgenoot behoeft de toestemming van de andere echtgenoot voor de volgende rechtshandelingen:

(...)

c. overeenkomsten die ertoe strekken dat hij, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, zich als borg of hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, zich voor een derde sterk maakt, of zich tot zekerheidstelling voor een schuld van de derde verbindt;

(...)

5. Toestemming voor een rechtshandeling als bedoeld in lid 1 onder c, is niet vereist, indien zij wordt verricht door een bestuurder van een naamloze vennootschap of van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid der aandelen houdt en mits zij geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap.

(...)

- 4.13. Volgens de in lid 1 sub c geformuleerde hoofdregel behoefde [gedaagde] de toestemming van zijn echtgenote [echtgenote] , nu hij zich als borg heeft verbonden. Het is niet in geschil dat [echtgenote] die toestemming ten tijde van het aangaan van de borgtocht niet heeft gegeven.
- 4.14. Volgens de in lid 1 sub c genoemde uitzondering gold het toestemmingsvereiste niet als [gedaagde] zich destijds als borg verbond in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, dus als het afgeven van borgstellingen zelve behoorde tot de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf (vgl. Hoge Raad 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5526). Van deze uitzonderingssituatie is in deze zaak, zo is niet in geschil, geen sprake.

4.15. De tweede uitzondering op de hoofdregel van het toestemmingsvereiste is neergelegd in lid 5. Voor toepasselijkheid van die uitzondering is, naast de eisen omtrent bestuur en aandeelhouderschap, vereist dat de rechtshandeling waarvoor de zekerheid wordt verstrekt (in casu dus de rechtshandeling van de lening van € 500.000), zélf behoort tot de rechtshandelingen die ten behoeve van de normale uitoefening van een bedrijf plegen te worden verricht (zie Hoge Raad 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1220, rechtspraak.nl).

4.16. Bij de beantwoording van de vraag of is voldaan aan de in lid 5 gestelde eisen aan bestuur en aandeelhouderschap komt het niet slechts aan op de exacte letter van de wet maar op de beoordeling of in voorkomend geval de handelend echtgenoot zo nauw verbonden is met de onderneming dat hij in de praktijk als ondernemer kan gelden, doordat hij de zeggenschap uitoefent en financieel belang heeft bij de bedrijfsresultaten van de vennootschap ten behoeve waarvan hij zich borg stelt (vgl. Hoge Raad 8 oktober 2010 (ECLI:NL:HR:2010:BN1402, rechtspraak.nl).

4.16.1. Ten tijde van het aangaan van de borgtocht (15 juni 2015) waren [gedaagde] en [naam] elk voor 50% indirect aandeelhouder van VDM, een Engelse '*limited company*', vergelijkbaar met een Nederlandse besloten vennootschap. Het is niet in geschil dat het hier gaat om aandelen die in materiële zin zijn gelijk te stellen aan aandelen in de zin van lid 5. Het bestuur van VDM werd ten tijde van het aangaan van de borgtocht in formele zin gevormd door een Brit in Engeland; noch [gedaagde] noch [naam] was bestuurder in formele zin ([gedaagde] werd dat pas op 13 augustus 2015). Op basis van de stellingen over en weer kan [gedaagde] ten tijde van het aangaan van de borgtocht echter wel als bestuurder in feitelijke zin worden aangemerkt. Hij was niet alleen degene die de verkoopactiviteiten regelde, hij regelde ook de SLA. Dat laatste deed hij op basis van de volmacht om namens VDM te tekenen (zie randnummer 2.1.3) [gedaagde] heeft ter comparitie verklaard, blijkens het proces-verbaal:

In de UK zat het eindverantwoordelijke bestuur van VDM; ook het secretariaat en de legal office zaten daar. U wijst op de power of attorney van 2014 die onbeperkt is en vraagt zich af of ik niet gewoon feitelijk de bestuurder was, samen met [naam] . Nee, dat is niet zo. [naam] was de ontwerper en regelde de productie; VDM was zijn bedrijf, zoals hij zelf altijd zei. Hij was sociaal niet zo handig. Ik was daar beter in. Ik deed de verkoop. Ik deed geen bedrijfsbeleid of veranderingen aan boten. Ik had de bevoegdheid om rekeningen te betalen. Ik had nooit contact met de directie in de UK. In Monaco zat een office die contact met de UK had. U vraagt met wie ik besprak wat ik deed. Ik besprak dat met [naam] . Aan de volledige volmacht ging een andere volmacht vooraf; die eerdere volmacht was alleen een volmacht om boten te verkopen, die jaarlijks opnieuw gegeven werd. Ik hoor u zeggen dat u de indruk hebt dat [naam] en ik de bestuurstaken hadden verdeeld, behalve het doen van de boekhouding. Ik bestrijd dat. Ik weet niet wat ik u nog meer moet zeggen: het verantwoordelijk bestuur zat in de UK.

Op basis van genoemde volmacht had [gedaagde] onbeperkte tekeningsbevoegdheid. Hij mocht slechts de solvabiliteit van VDM niet in gevaar brengen en moest kopieën van de door hem getekende stukken aan de directie in Engeland sturen. De rol van het bestuur in Engeland lijkt beperkt tot die van een typisch trustkantoor/formele bestuurder. Op basis van het door [gedaagde] gestelde kan als vaststaand worden aangenomen dat het bestuur in Engeland niet feitelijk het beleid bepaalde: [gedaagde] – grootaandeelhouder en verkoopmanager c.a. van VDM – heeft niet kunnen vertellen in welke zin het formele bestuur het beleid van de vennootschap bepaalde als [gedaagde] en [naam] dat niet deden. Uit de volmacht en [gedaagdes] verklaring blijkt dat hij de rekeningen betaalde en – tezamen met [naam] – het bestuur voerde.

4.16.2. De rechtbank is op basis van het zojuist overwogene van oordeel dat [gedaagde] heeft te

gelden als ondernemer die – tezamen met [naam] – de zeggenschap over de onderneming uitoefent en financieel belang heeft bij de bedrijfsresultaten van VDM. Nu onbetwist vaststaat dat hij (indirect) een 50% belang heeft en helder is dat hij feitelijk bestuurder was, is er ook geen sprake van een complexe vennootschapsstructuur die zou belemmeren te concluderen dat is voldaan aan de in lid 5 gestelde eisen aan bestuur en aandeelhouderschap.

4.17. De vervolgvraag is of de lening van € 500.000 is geschied ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van VDM. Deze vraag wordt bevestigend beantwoord. Het is niet in geschil dat de lening is gesloten ter (her)financiering van de productie van boten, terwijl (het doen) produceren van boten de kernactiviteit van VDM is. Het is wel zo, afgaande op de stellingen van [gedaagde] in dit kader, dat deze wijze van financiering afweek van de standaardfinancieringswijze (namelijk financiering door de klant), maar dit maakt niet dat wat betreft de onderhavige lening niet meer kan worden gesproken van een rechtshandeling ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van VDM. Uit de aanhef van de SLA en de stellingen van partijen blijkt dat VDM vaker naast vooruitbetalingen door klanten financiering in de vorm van onderhandse leningen (van beperkte duur) verkreeg. De onder de SLA verstrekte lening diende onder meer ter aflossing van een dergelijke lening. De conclusie zou mogelijk anders zijn indien zonder het aangaan van de lening een faillissement van VDM aanstaande was (vgl. Hoge Raad 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3606, rechtspraak.nl), maar dat hiervan sprake was is niet althans onvoldoende gesteld. Hiervan is overigens ook geen concreet bewijs aangeboden. De omstandigheden dat de verstrekker van de lening die met de lening van [eiser] werd afgelost dringend behoefte had aan terugbetaling van zijn opeisbare lening en dat de bonduitgifte die voorzien was om op de lange duur aan de financieringsbehoefte van VDM te voldoen uiteindelijk niet tot stand is gekomen, brengen niet met zich mee dat deze lening niet binnen de normale uitoefening van het bedrijf viel.

4.18. De conclusie is dat [gedaagde] voor het aangaan van de borgtocht geen toestemming van [echtgenote] nodig had. De actie van vernietiging van de borgtocht heeft dus geen rechtsgevolg gehad, zodat de borgtocht geldig is.

#### *De vordering tot nakoming van de borgtocht*

4.19. Gegeven het bestaan en de geldigheid van de borgtocht voert [gedaagde] aan dat het hier om een particuliere borgtocht gaat, dat er geen maximum bedrag in de overeenkomst van borgtocht is genoemd, en dat dit eraan in de weg staat dat [gedaagde] wordt veroordeeld tot de boeterente van 20%, en andere bijkomende kosten zoals de buitengerechtigde kosten.

4.20. In artikel 7:857 BW is de particuliere borgtocht geregeld. Het gaat om borgtochten die zijn aangegaan door een natuurlijk persoon die handelde (a) noch in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, (b) noch 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 gedeelte onder (b) is afgestemd op artikel 1:88 lid 5 BW, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis (Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14 1991, p. 444). Zoals blijkt uit hetgeen hiervoor is overwogen met betrekking tot artikel 1:88 BW, gaat het in casu dus niet om een particuliere borgtocht.

4.21. Meer subsidiair voert [gedaagde] aan dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat [eiser] aanspraak kan maken op een rente van 20% per jaar. Het was immers nimmer de intentie dat de lening zo lang zou uitstaan en [gedaagde] behoefde er redelijkerwijs geen rekening mee te houden dat hij met een dergelijke claim werd geconfronteerd, aldus [gedaagde]. Daarmee heeft [gedaagde] onvoldoende gesteld voor het oordeel dat de verwezenlijking van het (zeer) hoge renterisico en de aansprakelijkheid van [gedaagde] daarvoor in de gegeven omstandigheden onaanvaardbaar is.

4.22. De wettelijke handelsrente is niet bovenop de contractuele verpagingsrente toewijsbaar.

*De buitengerechtelijke incassokosten*

4.23. Wat betreft de buitengerechtelijke incassokosten heeft [eiser] de omvang betwist, maar niet wezenlijk betwist dat er kosten zijn gemaakt. Nu voor de toewijsbaarheid van buitengerechtelijke incassokosten de omvang van de incassohandelingen niet relevant is en de vordering verder niet is betwist, is die toewijsbaar.

*De kosten van conservatoir beslag*

4.24. Hiertegen heeft [gedaagde] geen verweer gevoerd. Deze vordering is dus toewijsbaar. De beoordeling van de zaak in reconventie maakt dat niet anders.

*Slotsom*

4.25. Het verstekvonnis moet worden bekrachtigd. De subsidiaire gronden van de eis, die in de loop van het geding in verzet nog door [eiser] zijn aangevoerd, behoeven geen behandeling.

4.26. [gedaagde] zal worden veroordeeld in de kosten van het geding in verzet, aan de zijde van [eiser] tot heden begroot op € 3.099 aan salaris advocaat (1 punt, tarief VII). De nakosten worden begroot en zijn toewijsbaar op de wijze als bij de beslissing vermeld.

## **5 De beoordeling in reconventie**

*De geldigheid van het beslag*

5.1. [gedaagde] stelt ten eerste dat het conservatoir beslag nietig is omdat het proces-verbaal van beslaglegging niet aan hem is betekend; een zodanig exploit is ook niet in het geding gebracht, aldus [gedaagde] .

5.2. Op grond van artikel 726 jo. artikel 505 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) diende het proces-verbaal van inbeslagneming op straffe van nietigheid niet later dan drie dagen na de inschrijving in de openbare registers, aan [gedaagde] te worden betekend.

5.2.1. Betekening diende in casu (de geëxploiteerde heeft een bekende woonplaats in verdragsstaat [woonplaats] ) plaats te vinden op basis van het op 15 november 1965 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake de betekening en de kennisgeving in het buitenland van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke en in handelszaken (Haags Betekeningsverdrag), in combinatie met het bepaalde in artikel 55 lid 1 Rv en de wet tot uitvoering van het op 15 november 1965 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag inzake de betekening en de kennisgeving in het buitenland van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke en in handelszaken (Uitvoeringswet Haags Betekeningsverdrag).

5.2.2. In de verstekzaak zijn destijds zijdens [eiser] betekeningstukken overgelegd op verzoek van de rolgriffier. Uit die stukken blijkt het volgende. [eiser] heeft op 1 november 2016 aan het openbaar ministerie exploit gedaan van het proces-verbaal van inbeslagneming (d.d. 31 oktober 2016) op de wijze die is voorgeschreven in artikel 55 lid 1 Rv en artikel 7 Uitvoeringswet Haags Betekeningsverdrag, waarmee [eiser] tijdig gehandeld heeft. De in [woonplaats] aanwezige *Central Authority* in de zin van het Haags Betekeningsverdrag heeft vervolgens op verzoek van het openbaar ministerie gehandeld conform artikel 5 van het Haags Betekeningsverdrag, waarin voor zover hier van belang staat (in de Nederlandse

vertaling):

(...)

#### Artikel 5

De centrale autoriteit van de aangezochte Staat belast zich met de betekening of de kennisgeving van het stuk of het doen betekenen of kennisgeven daarvan,

a) hetzij met inachtneming van de vormen, in de wetgeving van de aangezochte Staat voorgeschreven voor de betekening of de kennisgeving van stukken die in dat land zijn opgemaakt en bestemd zijn voor zich aldaar bevindende personen,

b) hetzij met inachtneming van een bijzondere, door de aanvrager verzochte vorm, mits deze niet in strijd is met de wet van de aangezochte Staat.

Behoudens in het geval bedoeld in het eerste lid onder b, kan het stuk altijd worden afgegeven aan degene voor wie het bestemd is, zo deze het vrijwillig aanneemt.

(...)

Van de onder b) bedoelde mogelijkheid heeft [eiser] / het openbaar ministerie geen gebruik gemaakt. Artikel 6 van het Haags Betekeningsverdrag bepaalt als volgt, voor zover hier van belang:

(...)

#### Artikel 6

De centrale autoriteit van de aangezochte Staat, of de daarvoor door die Staat aangewezen autoriteit, maakt een verklaring op die moet overeenstemmen met het modelformulier voor zodanige verklaringen, dat als bijlage aan dit Verdrag is toegevoegd.

De verklaring behelst dat aan de aanvraag uitvoering is gegeven en vermeldt tevens de vorm waarin, de plaats waar en het tijdstip waarop dit is geschied, alsmede de persoon aan wie het stuk is afgegeven. In voorkomend geval worden in de verklaring de omstandigheden vermeld die de uitvoering van de aanvraag hebben belet.

(...)

De autoriteiten in [woonplaats] hebben op het formulier als bedoeld in artikel 6 van het Haags Betekeningsverdrag aangegeven

*that the document has not been served, by reason of the following facts:*

*l'interessé n'a pas déferé aux convocations motivées qui lui ont été adressées*

en dat – dus – geen sprake ervan is geweest *dat aan de aanvraag uitvoering is gegeven* (in de Engelstalige versie van het verdrag: *that the document has been served*) op een van de in het verdrag aangegeven wijzen. In het door de lokale 'deurwaarder' (*l'Agent de Police Judiciaire*) ingevulde document dat eveneens bij de stukken zit, staat aangegeven:

<b>VAINES RECHERCHES</b>	: <del>DISONS QUE LES RECHERCHES AUXQUELLES NOUS AVONS PROCÉDÉ N'ONT PAS ABOUTI. L'INTERESSE(E) N'HABITE PLUS A L'ADRESSE INDIQUÉE. SON ADRESSE ACTUELLE EST INCONNUE.</del>
<b>CONSTAT DE CARENCE</b>	: <u>DISONS QUE L'INTERESSE(E) HABITE TOUJOURS A L'ADRESSE INDIQUÉE MAIS QU'IL (ELLE) N'A PU ÊTRE TOUCHÉ (E) A SON DOMICILE ET QU'IL (ELLE) N'A PAS DÉFERÉ AUX CONVOCATIONS MOTIVÉES QUI LUI ONT ÉTÉ ADRESSÉES.</u>
<b>CHANGEMENT D'ADRESSE</b>	: <del>DISONS QUE LES RECHERCHES ENTREPRISES ONT PERMIS DE SAVOIR QUE L'INTERESSE(E) N'HABITE PLUS A L'ADRESSE INDIQUÉE ET QU'IL (ELLE) POURRAIT ÊTRE UTILEMENT RECHERCHÉ(E) A L'ADRESSE SUIVANTE (VOIR CADRE OBSERVATIONS)</del>

De deurwaarder heeft dus geconstateerd dat [gedaagde] daadwerkelijk woonplaats heeft op het aangezochte adres in [woonplaats] , maar dat hij niet is aangetroffen en dat hij niet

heeft gereageerd op aan hem geadresseerde oproepingen.

5.2.3. De rechtbank interpreteert de gang van zaken aldus dat de autoriteiten in [woonplaats] hebben geconstateerd dat aan hen het verzoek is gedaan (door de Nederlandse autoriteiten) tot betekening dan wel kennisgeving van (in de Engelstalige versie van het verdrag: *to serve*) het proces-verbaal van inbeslagneming aan [gedaagde] (i) ofwel op een wijze als in [woonplaats] is geregeld voor de kennisgeving van dergelijke stukken (ii) ofwel door middel van bezorging aan een vrijwillige acceptant; en dat de autoriteiten in [woonplaats] vervolgens hebben gedaan wat zij konden doen in het kader van de sub (i) bedoelde handelwijze nadat zij hadden geconstateerd dat [gedaagde] woonachtig was in hun jurisdictie zodat het inderdaad aan hen was *to serve*. Gezien dit een en ander houdt de rechtbank het ervoor dat de autoriteiten in [woonplaats] abusievelijk op het formulier hebben aangetekend "*that the document has not been served*", nu dat in feitelijke zin wél maar in juridische zin niet juist was. Zelfs als het zo is dat in [woonplaats] alleen rechtsgeldig kan worden betekend indien de stukken in handen van de geëxploiteerde worden gesteld dan wel indien de dienstdoende ambtenaar heeft geconstateerd dat de geëxploiteerde in persoon weigerachtig is om de stukken in ontvangst te nemen, betekent dat in casu niet dat sprake is van een aan nietigheid lijdend betekeningstekort. Artikel 66 lid 1 Rv bepaalt dat de niet-naleving van hetgeen in de betreffende afdeling van Rv is voorgeschreven (waaronder artikel 55 lid 1), slechts nietigheid meebrengt voor zover aannemelijk is dat degene voor wie het exploit is bestemd, door het gebrek onredelijk is benadeeld. In casu heeft [eiser] voldaan aan het bepaalde in artikel 55 lid 1 Rv en is [gedaagde] niet onredelijk benadeeld, want aan zijn werkelijke adres zijn oproepingen achtergelaten door de bevoegde autoriteiten van [woonplaats] met betrekking tot de kennisgeving van het proces-verbaal van inbeslagneming. Het beslag is dus geldig.

*De vordering tot opheffing van het beslag*

5.3. [gedaagde] vordert opheffing van het beslag wegens ongegrondheid van de vordering in conventie. Nu de vordering in conventie gegrond is gebleken, zal het beslag niet worden opgeheven.

*Proceskosten*

5.4. [gedaagde] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding, aan de zijde van [eiser] tot heden begroot op € 543 aan salaris advocaat (2 halve punten, tarief II). De nakosten worden begroot en zijn toewijsbaar op de wijze als bij de beslissing vermeld.

## **6 De beslissing**

De rechtbank

### **in conventie**

6.1. bekrachtigt het verstekvonnis van deze rechtbank van 1 november 2017 in de zaak met zaaknummer / rolnummer: C/13/618753 / HA ZA 16-1168 voor zover gewezen jegens gedaagde [gedaagde] ,

6.2. veroordeelt [gedaagde] in de kosten van het geding in verzet, aan de zijde van [eiser] tot heden begroot op € 3.099,00,

### **in reconventie**

6.3. wijst het gevorderde af,

6.4. veroordeelt [gedaagde] in de kosten van het geding in verzet, aan de zijde van [eiser] tot heden begroot op € 543,00,

### **in conventie en in reconventie**

6.5. veroordeelt [gedaagde] in de nakosten, bestaande uit nasalaris advocaat begroot op een bedrag van € 246,00, te verhogen met een bedrag van € 82,00 onder de voorwaarde dat [gedaagde] niet binnen veertien dagen na aanschrijving vrijwillig aan dit vonnis heeft voldaan en betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden,

6.6. verklaart de bij dit vonnis uitgesproken veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. T.H. van Voorst Vader, rechter, bijgestaan door mr. B. van Bremen, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 7 november 2018.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> type: **Fout! Verwijzingsbron niet gevonden.** coll: \*

---