

# ECLI:NL:RBAMS:2019:8698

## □ Rechtspraak.nl, Rechtbank Amsterdam, 20-11-2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:8698, C/13/654956 / HA ZA 18- 1002

Borgtocht. EUR 7,5 mio. Toewijzing nakomingsvordering bank jegens borg. Zakelijke borg. Afwijzing beroep op onbepaalbaarheid, dwaling, misbruik van omstandigheden, beëindiging, verval en rechtsverwerking.

### GEGEVENS

---

Instantie	Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak	20-11-2019
Datum publicatie	04-12-2019
Publicatie	Rechtspraak.nl
ECLI	ECLI:NL:RBAMS:2019:8698
Zaaknummer	C/13/654956 / HA ZA 18-1002
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Rechtsgebied	Burgerlijk procesrecht

---

### UITSPRAAK

vonnis

#### RECHTBANK AMSTERDAM

Afdeling privaatrecht

zaaknummer / rolnummer: C/13/654956 / HA ZA 18-1002

#### Vonnis van 20 november 2019

in de zaak van

1. de naamloze vennootschap

**ABN AMRO BANK N.V.**,  
gevestigd te Amsterdam,

2. de coöperatie

**COÖPERATIEVE RABOBANK U.A.**,  
gevestigd te Amsterdam,  
eiseressen,

advocaten mr. E.T Meijer en mr. S. Nijhuis te Rotterdam,

tegen

**[gedaagde]** ,  
wonende te [woonplaats] ( België ),  
gedaagde,  
advocaat mr. R.R.G.M. van Beurden te 's-Gravenhage.

Eiseressen zullen hierna gezamenlijk Abn Amro c.s. genoemd worden en afzonderlijk Abn Amro en Rabo. Gedaagde zal [gedaagde] worden genoemd.

### *1 De procedure*

#### 1.1.

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnissen van 20 maart 2019 waarbij een comparitie is bevolen,
- het proces-verbaal van comparitie van 28 augustus 2019 en de daarin genoemde processtukken,
- de brief van mr. Van Beurden van 12 september 2019 met een reactie op het proces-verbaal.

#### 1.2.

Ten slotte is vonnis bepaald.

### *2 De feiten*

#### 2.1.

Abn Amro, Friesland Bank N.V. (hierna: Friesland Bank) en Coöperatieve Centrale Raiffeissen-Boerenleenbank B.A., waarvan Rabo de rechtsopvolger is, (hierna gezamenlijk Abn Amro c.s.) hebben financiering verstrekt aan [bedrijf 1] (hierna: [bedrijf 1] ). De aandelen in de moedermaatschappij van Friesland Bank zijn per 1 april 2012 overgedragen aan (een rechtsvoorganger van) Rabo. [bedrijf 1] stond aanvankelijk onder leiding van de heer [betrokkene] (hierna: ‘ [betrokkene] ’). [bedrijf 2] hierna: [bedrijf 2] ) is enig aandeelhouder van [bedrijf 1] .

#### 2.2.

[gedaagde] is aandeelhouder en (gedelegeerd) bestuurder van [bedrijf 3] (hierna: [bedrijf 3] ). [bedrijf 3] houdt 49% van de aandelen in [bedrijf 2] . In de jaren 2008 en 2009 heeft [bedrijf 2] dividenden uitgekeerd aan [bedrijf 3] , van respectievelijk EUR 3 mio en 3,94 mio.

In de periode van 22 juni 2006 tot 15 september 2011 was [bedrijf 3] bestuurder van [bedrijf 2] . In die hoedanigheid was zij gezamenlijk bevoegd met andere bestuurders.

[bedrijf 3] beschikte daarnaast over een volledige volmacht op basis waarvan zij [bedrijf 2] zelfstandig kon vertegenwoordigen in de periode van 6 juli 2006 tot 15 september 2011. [bedrijf 2] was bestuurder van [bedrijf 1] van 23 juni 2006 tot 15 februari 2011 en beschikte eveneens over een volledige volmacht voor de vertegenwoordiging van [bedrijf 1] in de periode van 6 juli 2006 tot 15 februari 2011.

Van 9 december 2004 tot 4 mei 2011 was [gedaagde] commissaris respectievelijk voorzitter van de raad van commissarissen van [bedrijf 1] .

### 2.3.

Daarnaast hebben [bedrijf 2] en [bedrijf 3] op 21 februari 2007 en 1 augustus 2008 managementovereenkomsten gesloten op basis waarvan [bedrijf 3] haar bestuurder aan [bedrijf 2] ter beschikking heeft gesteld voor de periode van 1 juli 2006 tot in ieder geval 1 januari 2011. In de managementovereenkomst van 21 februari 2007 is hierover het volgende bepaald: “ [bedrijf 3] zal haar directeur aan [bedrijf 2] ter beschikking stellen om als statutair directeur van [bedrijf 2] op te treden” en voorts: “Als beheersvergoeding is [bedrijf 2] een bedrag van € 50.000 (exclusief BTW) per maand aan [bedrijf 3] verschuldigd.” In de managementovereenkomst van 1 augustus 2008 zijn [bedrijf 3] en [bedrijf 2] overeengekomen om de afspraken te verlengen voor 24 maanden vanaf 1 januari 2009, derhalve tot 1 januari 2011.

### 2.4.

Aanvankelijk financierde Abn Amro c.s. alleen [bedrijf 1] en haar dochtermaatschappijen. [bedrijf 2] stond niet garant voor financiering die was verstrekt door Abn Amro c.s. en werd tot 2011 alleen door Friesland Bank gefinancierd. [bedrijf 2] had een schuld aan [bedrijf 1], die in 2011 ruim EUR 60 mio bedroeg.

### 2.5.

De financiering van Abn Amro c.s. aan [bedrijf 1] (hierna: de financiering) bestond uit twee (hoofd) financieringsovereenkomsten:

- (i) een ‘Credit Agreement’ van 2 november 2007 (hierna: CA);
- ii) een ‘Parallel Debt Agreement’ van 20 februari 2004 (hierna: PDA), gewijzigd bij een ‘Amendment and restatement agreement to the parallel debt agreement’ van 2 november 2007. [gedaagde] heeft beide overeenkomsten van 2 november 2007 ondertekend namens onder meer [bedrijf 1].

### 2.6.

In oktober 2010 hebben Abn Amro c.s. een verzoek tot verhoging van het rekening courantkrediet van [bedrijf 1] met EUR 15 mio geaccordeerd. De financiering is op grond daarvan op 29 oktober 2010 verhoogd van EUR 240 mio naar EUR 255 mio.

### 2.7.

Bij borgtocht (hierna: de borgtocht) van 4 november 2010 tussen [gedaagde] en Abn Amro (in haar hoedanigheid van zekerhedenagent voor de betrokken banken, hierna ook in die hoedanigheid: “Abn Amro”) heeft [gedaagde] zich tot een totaalbedrag van EUR 7,5 mio borg gesteld voor de verplichtingen van iedere schuldenaar (als gedefinieerd in de PDA) waarin [bedrijf 1] een direct of indirect belang houdt. De borgtocht is in het Engels opgesteld. De borgtocht verwijst (i) naar een EUR 255 mio Credit Agreement van 2 november 2007 als gewijzigd bij een Amended and Restated Credit Agreement op of omstreeks de datum van de borgtocht en (ii) de PDA van 19 februari 2004, met vermelding van wijzigingen in deze kredietovereenkomsten van tijd tot tijd (artikel 2 borgtocht). De borgtocht ziet op alle huidige en toekomstige bedragen die de schuldenaren ( [moedermij.] ) verschuldigd zijn uit hoofde van of in verband met de PDA.

### 2.8.

In artikel 12 van de borgtocht is bepaald dat er vier gronden zijn voor beëindiging van de borgtocht en de verplichtingen van [gedaagde] op grond daarvan. Samengevat houden deze gronden het volgende in:

- (i) de kredietfaciliteit is op of voor 31 december 2010 verminderd met een bedrag van EUR 15 mio (met uitzondering van bepaalde reeds overeengekomen aflossingen) of er is voor die datum een koopovereenkomst ten aanzien van [bedrijf 4] . (hierna: [bedrijf 4] ) (een van de deelnemingen van [bedrijf 1] ) gesloten die voldoet aan de eisen van Abn Amro c.s. en is getekend door alle partijen, en/of
- (ii) de borg ( [gedaagde] ) heeft de bedragen verschuldigd uit hoofde van de CA en de PDA (tot een maximum van EUR 7,5 mio) onvoorwaardelijk betaald aan Abn Amro;
- (iii) [bedrijf 1] (als hoofdschuldenaar) heeft geen verplichtingen uit hoofde van de kredietdocumentatie meer jegens Abn Amro (zulks ter beoordeling door Abn Amro) en de relatie tussen de agent en de hoofd schuldenaar is volledig beëindigd;
- (iv) de twintigste verjaardag van de borgtocht.

2.9.

Op 3 december 2010 heeft een bespreking plaatsgevonden tussen [bedrijf 1] en Abn Amro c.s. over de liquiditeitspositie van [bedrijf 1] en een aantal daarmee verband houdende onderwerpen. Naar aanleiding daarvan heeft Abn Amro op 16 december 2010 een brief gestuurd aan [bedrijf 1]. In deze brief heeft Abn Amro c.s. geschreven dat het (zonder ruggespraak met Abn Amro c.s.) on hold zetten van de bieding van [bedrijf 5] op [bedrijf 4] onwenselijk was en is aan [bedrijf 1] verzocht om Abn Amro c.s. actiever te betrekken bij de verkoop van [bedrijf 4]. Tijdens de bespreking van 3 december 2010 heeft [bedrijf 1] meegedeeld niet in staat te zijn om het aanvullende krediet van EUR 15 mio af te lossen per 31 december 2010.

2.10.

Op 14 januari 2011 heeft Abn Amro een brief aan [gedaagde] gestuurd naar het in artikel 15 van de borgtocht onder 'notices' vermelde faxnummer van [bedrijf 1], met de mededeling dat er zich 'events of default' hadden voorgedaan zoals bepaald in de Credit Agreement, dat dit betekende dat het krediet kon worden opgeëist en dat [gedaagde] als borg tot betaling kon worden aangesproken. Abn Amro heeft in deze brief daarnaast geschreven dat niet is voldaan aan de in de borgtocht vermelde beëindigingsgronden. [gedaagde] heeft niet op deze brief gereageerd.

2.11.

Begin 2011, nadat de behandeling van het dossier was overgenomen door de afdeling bijzonder beheer van Abn Amro c.s., heeft Abn Amro c.s. additionele financiering van (opnieuw) EUR 15 mio verstrekt aan [bedrijf 1]. Op 14 februari 2011 hebben Abn Amro c.s. en [bedrijf 1] een term sheet getekend in verband met een verdere uitbreiding van de financiering. [gedaagde] heeft (tezamen met [betrokkene]) deze term sheet namens [bedrijf 6] en [bedrijf 1] ondertekend. In 2011 heeft [bedrijf 2] een deel van haar schuld aan [bedrijf 1] van ruim EUR 60 mio afgelost. Dit is gebeurd in verband met de liquiditeitstekorten van [moedermij.] Abn Amro c.s. heeft die aflossing mogelijk gemaakt door in 2011 extra financiering aan [bedrijf 2] te verstrekken.

2.12.

In 2012 is een plan gemaakt voor een zogenoemde 'wind down' waarbij diverse activa van [moedermij.] geleidelijk zouden worden verkocht. Dit plan is voor een belangrijk deel gerealiseerd.

2.13.

In juli 2015 beliep de restvordering van Abn Amro c.s. ruim EUR 136 mio. Bij brief van 16 juli 2015 aan [gedaagde] op zijn adres in Antwerpen, heeft Abn Amro betaling van EUR 7,5 mio gevorderd van [gedaagde] uit hoofde van de borgtocht, met een betalingstermijn tot 16 augustus 2016. [gedaagde] heeft niet op deze brief gereageerd en Abn Amro c.s. heeft geen betaling ontvangen.

2.14.

Vervolgens is in 2016 en 2017 onderhandeld om tot een minnelijke regeling te komen, hetgeen zonder resultaat is gebleven.

2.15.

Bij brief van 15 november 2017 heeft [gedaagde] de borgtocht buitengerechtelijk vernietigd.

2.16.

Ten tijde van de comparitie had Abn Amro c.s. nog een kredietbedrag van EUR 170.834.000 uitstaan op [bedrijf 1].

### 3 Het geschil

3.1.

Abn Amro c.s. vordert, na wijziging van eis, samengevat – bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, veroordeling van [gedaagde] tot betaling van EUR 7.500.000, vermeerderd met rente en kosten, primair aan Abn Amro als security agent zoals omschreven in de borgtocht; subsidiair aan Abn Amro c.s. gezamenlijk.

3.2.

Abn Amro c.s. legt aan de vordering het volgende ten grondslag. [moedermij.] is tekort geschoten in de nakoming van haar verbintenis jegens Abn Amro c.s. Abn Amro c.s. heeft de borgtocht van [gedaagde] ingeroepen en [gedaagde] is op grond daarvan gehouden zijn in de borgtocht omschreven verbintenis jegens Abn Amro c.s. na te komen.

3.3.

[gedaagde] voert verweer.

3.4.

Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### *4 De beoordeling*

##### *borgtocht onvoldoende bepaalbaar?*

4.1.

[gedaagde] voert primair een nietigheidsverweer op de grond dat de borgtocht (voor hem) onvoldoende bepaalbaar is. De rechtbank stelt voorop dat het gestelde rechtsgevolg van nietigheid op deze grond geen steun vindt in het recht. Wel moeten verbintenissen die partijen op zich nemen ingevolge artikel 6:227 BW bepaalbaar zijn op straffe van ongeldigheid van de overeenkomst. De eis van bepaalbaarheid kan niet los gezien worden van de eisen van redelijkheid en billijkheid waardoor de obligatoire overeenkomst blijkens artikel 6:248 BW mede wordt beheerst, hetgeen meebrengt dat aan de bepaalbaarheid niet te strenge eisen mogen worden gesteld. Voor zover [gedaagde] beoogt een beroep te doen op de hier omschreven ongeldigheid van de borgtocht overweegt de rechtbank als volgt.

4.2.

[gedaagde] beroept zich erop dat – naar vaststaat – van de door Abn Amro c.s. overgelegde akte van borgtocht alleen de laatste pagina 9 door hem is ondertekend en dat de voorafgaande acht pagina's niet zijn geparafeerd. [gedaagde] stelt dat dus niet kan worden vastgesteld dat hij die voorgaande pagina's kende. Hij betwist bij gebrek aan wetenschap dat deze pagina's onderdeel vormden van de akte die hij dacht te ondertekenen. Abn Amro c.s. weersprekt deze stellingname.

4.3.

De rechtbank stelt voorop dat, naar onweersproken vaststaat, de borgtocht is voorzien van een door [gedaagde] handgeschreven en ondertekend goedschrift, zodat de borgtocht op de voet van artikel 158 juncto 157, tweede lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) dwingend bewijs oplevert van de verplichting die [gedaagde] daarbij is aangegaan jegens Abn Amro c.s. Bovendien heeft [gedaagde] zelf, gegeven hetzelfde handschrift waarin ook het goedschrift is geschreven, handmatig de handtekeningenpagina gedateerd. Die komt overeen met de datering (in een ander handschrift) op de eerste pagina van de borgtocht. Daar komt bij dat [gedaagde] zelf erkent dat de door hem wel getekende pagina 9 op 4 oktober 2010 vanaf zijn faxapparaat in Antwerpen is gefaxt en dat de acht voorgaande pagina's kennelijk niet tegelijk met dezelfde fax zijn verzonden. In dit licht bezien is het enkele door [gedaagde] gestelde niet ondertekenen of paraferen van de pagina's 1 tot en met 8 van de borgtocht onvoldoende om te kunnen concluderen dat [gedaagde] deze niet kende.

4.4.

Verder beroept [gedaagde] zich erop dat – naar vaststaat – in artikel 15 van de borgtocht onder ‘notices’ het adres ter informatie van de borg in een ander handschrift door een derde is ingevuld, en dat dit het adres betreft van [bedrijf 6] (hierna: [bedrijf 6] ), een dochtervennootschap van [bedrijf 1] . [gedaagde] stelt dat nu er ten tijde van zijn ondertekening van de akte geen handgeschreven aanvullingen of wijzigingen op de rest van de akte stonden deze handgeschreven aanvulling dus nadien en/of buiten zijn medeweten en in ieder geval zonder zijn uitdrukkelijke toestemming op de akte moet zijn aangebracht. Abn Amro c.s. betwist deze stelling.

4.5.

De rechtbank stelt vast dat in artikel 15 van de borgtocht staat voorgedrukt “*Notices regarding this surety agreement shall be made (a) to the Surety: at (...) Fax: (...) Tel: (...) Attn: ...*”

Bij ‘at:’ staat met de hand ingevuld: “*van [bedrijf 6]*”, gevolgd door met de hand ingevuld fax- en telefoonnummer, en bij ‘attn:’ staat toegevoegd: “*[gedaagde]*”. Daarbij staat vast dat, als aangevoerd door Abn Amro c.s., [gedaagde] ten tijde van het tekenen van de borgtocht actief betrokken was bij de [bedrijf 1] als (indirect) bestuurder, commissaris en/of aandeelhouder terwijl daarnaast ook de managementovereenkomst tussen [bedrijf 3] en [bedrijf 2] nog van kracht was. Voorts heeft Abn Amro c.s. onweersproken en toegelicht met stukken aangevoerd dat het hanteren van een adres binnen de [bedrijf 1] bovendien niet onlogisch was gezien de wijze waarop de logistiek ten aanzien van door [gedaagde] en [betrokkene] getekende/ te ondertekenen documenten was geregeld en waarbij [gedaagde] en [betrokkene] het regelmatig aan de medewerkers van [bedrijf 1] overlieten dergelijke documenten door te sturen aan Abn Amro c.s. en de aan [gedaagde] en [betrokkene] gerichte correspondentie van Abn Amro c.s. aan (een van) hen door te sturen. Daarbij is het bij dit soort transacties gebruikelijk dat het adres van de borg op het laatste moment nog handgeschreven wordt toegevoegd, zoals onweersproken is gesteld door Abn Amro c.s.

Bovendien neemt de rechtbank in aanmerking dat onderaan artikel 15 de volgende vetgedrukte instructie staat: “*Please fill in full adress, fax and telephone number, e-mail adress and to whose attention the notices should be sent.*” Zoals terecht is aangevoerd door Abn Amro c.s. had [gedaagde] daar zijn privéadres kunnen vermelden, hetgeen hij niet heeft gedaan, integendeel: hij heeft er zelf niets met de hand bij geschreven. Daarmee heeft hij zelf de mogelijkheid opengelaten dat dit door een derde werd gedaan, hetgeen (op welk moment dan ook) daadwerkelijk is gebeurd, te weten voornoemd adres dat gelieerd was aan de hoofdschuldenaar.

In deze gegeven omstandigheden moet, indien de – weersproken – stelling van [gedaagde] dat hij niet op de hoogte was van de ingevulde adressering juist is, het risico dat hij niet op zijn eigen adres geïnformeerd zou worden maar op het wél bijgeschreven, en indertijd voor Abn Amro c.s. niet onlogisch adres, voor [gedaagde] komen. [gedaagde] kan onder die omstandigheden Abn Amro c.s. niet verwijten dat zij niet bij [gedaagde] heeft geverifieerd of gegevensverstrekking omtrent de borgtocht op dat adres wel overeenkomstig zijn bedoeling was. Een en ander kan dan ook niet tot het oordeel leiden dat de borgtocht onvoldoende bepaalbaar is.

4.6.

[gedaagde] beroept zich erop dat de op 29 oktober 2010 belangrijk gewijzigde CA niet aan hem is gestuurd en dat hij deze niet heeft getekend, en dat hij de PDA van 19 februari 2004 niet kende, terwijl de CA en de PDA van 19 februari 2004 als bestaansreden in de borgtocht worden genoemd. Dit verweer wordt verworpen. De CA alsmede de PDA worden specifiek met data genoemd in de borgtocht. [gedaagde] had op basis van de informatie in de borgtocht voorafgaand aan het tekenen van de borgtocht deze overeenkomsten kunnen opvragen uitgaande van zijn weersproken stelling – wat daar verder van zij in dit verband – dat deze hem onbekend voorkwamen, hetgeen ook op zijn weg van aanstaande borg had gelegen. De rechtbank is dan ook met Abn Amro c.s. van oordeel dat van onvoldoende bepaaldheid van de borgtocht op deze grond geen sprake is.

4.7.

Concluderend is de borgtocht niet onvoldoende bepaalbaar op de voet van artikel 6:227 BW.

*particuliere of zakelijke borg?*

4.8.

Partijen twisten over de vraag of [gedaagde] gekwalificeerd moet worden als een zakelijke borg, zoals Abn Amro c.s. stelt, of een particuliere borg, zoals [gedaagde] aanvoert.

4.9.

[gedaagde] beroept zich op de bepalingen in de artikelen 7:857-864 BW ter bescherming van de particuliere borg. Ingevolge artikel 7:857 BW zijn deze bepalingen van toepassing op borgtochten die zijn aangegaan door een 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 NV of BV,

-waarvan hij bestuurder is en alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen houdt, waaraan het feit dat de aandelen worden gehouden via een of meer tussengeschakelde vennootschappen niet afdoet (vgl. HR 11 juli 2003, NJ 2004,173, r.o. 3.6). Artikel 7:857 BW sluit blijkens vaste rechtspraak aan bij het criterium dat ook wordt gebruikt in artikel 1:88 lid 5 BW.

4.10.

Voorop staat dat het toetsingsmoment het moment van aangaan van de borgtocht op 4 november 2010 betreft. De door [gedaagde] gestelde wijzigingen daarna, te weten de hartoperatie van [gedaagde] op 26 december 2010 en de daarop gevolgde revalidatie, de vermindering respectievelijk beëindiging van zijn bemoeienissen met [bedrijf 1], en de verdere ontwikkelingen binnen de financiering aan [bedrijf 1] dateren alle van ná het tekenen van de borgtocht. Voor de vraag of [gedaagde] als zakelijke of particuliere borg moet worden aangemerkt, zijn deze dus niet relevant. Deze omstandigheden kunnen als zodanig dus niet leiden tot de door [gedaagde] voorgestane kwalificatie van particuliere borg.

4.11.

[gedaagde] handelde als natuurlijk persoon. Daarbij staat vast dat hij ten tijde van het aangaan van de Borgtocht:

(i) indirect aandeelhouder was van [bedrijf 1],

(ii) tezamen met [betrokkene] de meerderheid van de aandelen in [bedrijf 1] hield en

(iii) via [bedrijf 3] een volledige volmacht had voor het bestuur van [bedrijf 2] en via [bedrijf 2] een volledige volmacht had voor het bestuur van [bedrijf 1].

Gelet op de volledige volmachten kon [gedaagde] de tussengeschakelde vennootschappen

(zelfstandig) vertegenwoordigen en zodoende zeggenschap uitoefenen. Daarnaast geldt dat in de periode van 1 juli 2006 tot in ieder geval 1 januari 2011 sprake was van een managementovereenkomst op basis waarvan [gedaagde] als directeur van [bedrijf 3] aan [bedrijf 2] ter beschikking werd gesteld om als statutair bestuurder van [bedrijf 2] op te treden. Bovendien was [gedaagde] ten tijde van het aangaan van de Borgtocht voorzitter van de raad van commissarissen van [bedrijf 1]. De (hoofd)financieringsovereenkomsten van 2 november 2007 zijn door [gedaagde] ondertekend namens onder meer [bedrijf 1]. Daarnaast had hij met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen als bedoeld in artikel 7:857 BW.

[gedaagde] had derhalve een financieel belang in [bedrijf 1] en kon zeggenschap uitoefenen (vgl. Hoge Raad 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN1402, Gerechtshof Amsterdam 18 december 2018, ECLI:NL:GHAMS:2019:4783, JOR 2019/163, Rechtbank Midden-Nederland 14 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:571).

4.12.

[gedaagde] beroept zich erop dat hij (ook reeds ten tijde van het tekenen van de borgtocht) veel afwezig was en niet aanwezig bij besprekingen over [bedrijf 1]. Deze gestelde omstandigheid, wat daarvan zij, kan hem niet baten. Immers, zoals terecht naar voren is gebracht door Abn Amro c.s., moet uit hoofde van zijn op dat moment nog bestaande voornoemde functies en belang in de onderneming een nauwe betrokkenheid bij [bedrijf 1] worden verondersteld, en daarmee ook verantwoordelijkheid voor de (financiële) gang van zaken.

Dit betekent dat de actuele status quo binnen de [bedrijf 1], in het bijzonder in relatie tot de financieringsontwikkelingen die op dat moment gaande waren, kenbaar moeten zijn geweest voor hem. Ook indien hij, zoals hij betoogt, bij bepaalde besprekingen hierover niet aanwezig was dan wel bepaalde financieringswijzigingen niet heeft getekend, laat dit onverlet dat deze informatie bij uitstek in het voor hem bereikbare domein lagen en dus kenbaar moet zijn geweest voor hem.

4.13.

De conclusie is dat [gedaagde] ten tijde van het aangaan van de borgtocht heeft gehandeld 'in de uitoefening van een bedrijf'.

4.14.

Dan wordt toegekomen aan de vraag of [gedaagde] ten tijde van het aangaan van de borgtocht heeft gehandeld ten behoeve van de 'normale' uitoefening van een bedrijf. Voorop staat dat blijkens vaste rechtspraak borgstelling voor bankkredieten niet steeds deze kwalificatie oplevert. Het gaat erom of de rechtshandeling waarvoor de borgtocht wordt verstrekt zelf behoort tot de rechtshandelingen die ten behoeve van een normale uitoefening van het bedrijf plegen te worden verricht (vgl. Hoge Raad 18 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3606, Hoge Raad 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1220) en AG-conclusie, overweging 2.19.2, bij Hoge Raad 8 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1729). In dit geval is daarvan sprake. Daarvoor zijn de volgende omstandigheden bepalend.

4.15.

Naar vaststaat was het krediet ten tijde van het aangaan van de borgtocht (nog) niet overgedragen aan de afdeling bijzonder beheer van Abn Amro c.s. en bevond het bedrijf zich niet in een financieel dermate zorgwekkende fase dat geen uitzicht bestond op overleven. De reden voor het verstrekken van EUR 15 mio extra was dat, zoals onweersproken is aangevoerd door [gedaagde], twee debiteuren (uit Duitsland en Italië) niet betaalden, hetgeen voor liquiditeitstekorten zorgde. Deze tijdelijke kredietverhoging betrof dus een extra debiteurenfinanciering in het kader van de ontplooiing van normale bedrijfsactiviteiten. Dergelijke, tijdelijk bedoelde, verhogingen waren bovendien vrij gebruikelijk, als onweersproken gesteld door Abn Amro c.s. De omstandigheid dat, als aangevoerd door [gedaagde], deze verhoging gepaard ging met een wijziging van enkele kredietvoorwaarden is, gegeven de financiële situatie waarin de normale bedrijfsvoering verkeerde, op zich niet voldoende om te kunnen zeggen dat hier geen sprake was van een 'normale' bedrijfsvoering. Van een 'trendbreuk' en een 'wijziging van het hart van de financiering' zoals [gedaagde] meent, was dan ook geen sprake. Bovendien wordt in aanmerking genomen dat, als onweersproken aangevoerd door Abn Amro c.s., deze additionele financiering onderdeel was van de totale financiering, getekend door [gedaagde] in 2007, terwijl blijkens de borgstellingstekst de borgtocht uitdrukkelijk betrekking had op deze totale financiering inclusief wijzigingen daarin van tijd tot tijd en dus niet slechts op de kredietverhoging van EUR 15 mio.

4.16.

De conclusie is dat [gedaagde] moet worden aangemerkt als een zakelijke borg. Anders dan geldt in de verhouding tot een particuliere borg (Hoge Raad 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:543) is van een bijzondere zorgplicht op de voet van artikel 7:857 en volgende BW bij het aangaan of tijdens de looptijd van de overeenkomst van borgtocht met een zakelijke borg geen sprake. Voor zover [gedaagde] zich beroept op schending van deze bijzondere zorgplicht van Abn Amro c.s. jegens hem, faalt dit beroep dus.

*toetsingskader*

4.17.

De rechtbank overweegt ten aanzien van het toetsingskader voor de relatie tussen Abn Amro c.s. en [gedaagde] voorts als volgt.

4.18.

Een *zakelijke* borg wordt geacht in zijn bedrijfsvoering een juiste afweging te kunnen maken van de voor beoordeling relevante aspecten van een beslissing (vgl. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 16 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:423, overweging 5.4).

4.19.

Voorts geldt in zijn algemeenheid voor de borgtochtovereenkomst dat de omstandigheid dat uit die overeenkomst ook verplichtingen voor de schuldeiser (kunnen) voortvloeien – zoals de verplichting op grond van artikel 6:154 BW om zich te onthouden van gedragingen die ten koste van de borg afbreuk doen aan de rechten waarin hij mag verwachten te worden



gesubrogeerd, of meer in het algemeen een jegens de borg in acht te nemen zorgvuldigheidsverplichting – de borgtocht niet tot een wederkerige overeenkomst maakt. Deze verplichtingen komen immers niet op de schuldeiser te rusten “ter verkrijging” van hetgeen waartoe de borg zich verbindt, zodat aan die verplichtingen het voor wederkerige overeenkomsten kenmerkende ruilkarakter ontbreekt. Wanneer de schuldeiser een dergelijke verplichting niet nakomt, kan de borg daaraan dan ook niet de bevoegdheid tot ontbinding van de borgtochtovereenkomst ontlenuen. Wel heeft hij in zodanig geval, indien aan de overige voorwaarden is voldaan, recht op vergoeding van de schade die hij als gevolg van schending van de verplichting door de schuldeiser lijdt.

(vgl. HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:915, overweging 3.4.2.)

*verweer [gedaagde] ; grondslagen en rechtsgevolgen*

4.20.

Voor zover [gedaagde] zich beroept op zorgplichten van Abn Amro c.s. voortvloeiend uit een ‘wederkerige’ overeenkomst, faalt dit beroep nu blijkens het voorgaande de borgtochtovereenkomst niet als een wederkerige overeenkomst wordt aangemerkt.

4.21.

[gedaagde] beroept zich, zo begrijpt de rechtbank, subsidiair voor het geval hij niet wordt aangemerkt als particuliere borg, op schending van voornoemde “meer in het algemeen jegens de borg in acht te nemen zorgvuldigheidsverplichting” van Abn Amro c.s. jegens [gedaagde] (hierna: de zorgvuldigheidsverplichting). Hij beroept hij zich (ook) op een onrechtmatige daad van Abn Amro c.s., met name wegens disproportionaliteit oftewel het onredelijk bewarend zijn van de borgtocht. De rechtbank stelt vast dat een slagend beroep op schending van de zorgvuldigheidsverplichting binnen de borgtochtovereenkomst zich blijkens het voorgaande vertaalt in schadevergoeding. Dit geldt ook voor een onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW. [gedaagde] stelt weliswaar dat hij dientengevolge (mogelijk) schade lijdt, maar licht deze stelling niet nader toe en beroept zich niet op het rechtsgevolg van schadevergoeding. Ook ter zitting werd desgevraagd volstaan met de stelling dat sprake was van een onrechtmatige daad. De rechtbank stelt verder vast dat het wél door [gedaagde] gestelde rechtsgevolg, namelijk dat Abn Amro c.s. het recht op inroeping van de borgtocht “niet langer geldend kan maken, of althans gehonoreerd kan zien”, op deze specifieke grondslagen geen steun vindt in het recht. Kortom, met een enkel beroep op schending van de zorgvuldigheidsschending jegens [gedaagde] als borg respectievelijk onrechtmatige daad, kan [gedaagde] zijn gehoudenheid tot nakoming van zijn verplichting uit hoofde van de borgtocht niet afweren. Bij die stand van zaken wordt aan een inhoudelijke beoordeling van de door [gedaagde] geponeerde verwijten binnen de sleutel van schending van de zorgvuldigheidsverplichting en/of onrechtmatige daad dus niet toegekomen.

4.22.

[gedaagde] beroept zich voorts op nietigheid van de borgtocht wegens strijd met de goede zeden op de voet van artikel 3:40 lid 1 BW. Ook beroept hij zich op vernietiging van de borgtocht op grond van dwaling (artikel 6:228 BW) dan wel misbruik van omstandigheden (artikel 3:44 lid 1 BW). Deze gronden vult hij in, zo begrijpt de rechtbank, (deels) met dezelfde verwijten aan Abn Amro c.s. als ter onderbouwing van het beroep op schending van de zorgvuldigheidsverplichting en onrechtmatige daad. De rechtbank merkt evenwel op dat aan de in deze rechtsoverweging genoemde rechtsgronden inherent is dat zij uitsluitend zien op de totstandkoming van de borgtocht. Zij kunnen dus geen betrekking hebben op de periode nadien, dus *gedurende* de looptijd van de borgtocht. De rechtbank zal hierna dus alleen de verwijten die zien op het moment van *aangaan* van de borgtocht betrekken bij haar beoordeling van deze grondslagen van het verweer.

4.23.

Tot slot beroept [gedaagde] zich op een reeds bereikt einde of verval van de borgtocht dan wel rechtsverwerking. Voor zover [gedaagde] ter onderbouwing hiervan ook verwijten aan Abn Amro c.s. *gedurende* de looptijd van de borgtocht opwerpt, zullen deze wel betrokken worden in de beoordeling van deze grondslagen.

4.24.

Na de beoordeling van deze verweren zal de rechtbank tot slot nog ingaan op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid voor het geval de verweren van [gedaagde] (mede) begrepen moeten worden als een beroep op deze rechtsgrond.

*nietigheid / vernietiging?*

4.25.

[gedaagde] stelt dat hij bij het aangaan van de borgtocht alleen is afgegaan op de informatie die hij daarover heeft ontvangen van [betrokkene] in diens hoedanigheid van mede bestuurder/aandeelhouder en medeborg. Volgens [gedaagde] is hij misleid door [betrokkene] over de reden voor en looptijd van de borgtocht. Deze misleiding moet Abn Amro c.s. worden aangerekend nu zij het ongecontroleerd en bij uitsluiting aan een derde ( [betrokkene] ) met een eigen en (potentieel) strijdig belang heeft overgelaten om de borgtocht van [gedaagde] los te krijgen, zonder [gedaagde] daarover zelf persoonlijk te informeren. Wanneer [gedaagde] zich had gerealiseerd dat hem essentiële informatie werd onthouden, zou hij de borgtocht niet zijn aangegaan. Derhalve is sprake van dwaling dan wel misbruik van omstandigheden door Abn Amro c.s. ten tijde van het door hem aangaan van de borgtocht, aldus steeds [gedaagde] .

4.26.

De rechtbank overweegt als volgt. [gedaagde] stelt dat Abn Amro c.s. voorafgaand aan het aangaan van de borgtocht niet persoonlijk met hem heeft gesproken over de reden voor en looptijd en voorwaarden van de borgtocht. Deze stelling is betwist door Abn Amro c.s. en staat dus niet vast. De rechtbank is van oordeel dat ook indien deze stelling zou komen vast te staan, dit in de gegeven omstandigheden geen dwaling dan wel misbruik van omstandigheden oplevert. Redengevend hiervoor is het volgende.

4.27.

[gedaagde] stelt dat hij de borgtocht heeft getekend bij wijze van ‘vriendendienst’ aan [betrokkene] bij wijze van ‘stok achter de deur’ om een tijdelijke kredietverhoging van EUR 15 mio te verkrijgen op de financiering van [bedrijf 1] . [gedaagde] stelt dat hij, afgaand op de informatie van [betrokkene] , veronderstelde dat de borgtocht tijdelijk zou zijn, te weten tot de aflossing van deze kredietverhoging.

De rechtbank stelt vast dat deze door [gedaagde] veronderstelde reden en duur van de borgtocht haaks staan op de duidelijk kenbare tekst van de borgtocht.

Als aangevoerd door Abn Amro c.s. en als vooroverwogen, is de borgtocht voorzien van een door [gedaagde] handgeschreven goedschrift. In de borgtocht staat duidelijk vermeld dat de borgtocht wordt verstrekt in het kader van de gehele financiering, wijzigingen daaronder begrepen. Ook staat daarin duidelijk vermeld onder welke voorwaarde(n) de borgtocht eindigt, daaronder begrepen een vermindering van de kredietfaciliteit voor of op

31 december 2010 met EUR 15 mio, en dat en hoe lang de borgtocht voortduurt indien aan die voorwaarde(n) niet wordt voldaan, te weten 20 jaar. Voorts staat als onweersproken vast dat de kredietfaciliteit niet is verminderd met EUR 15 mio binnen de gestelde termijn van 31 december 2010.

4.28.

[gedaagde] voert in dit verband (ook) aan dat hij ten tijde van het aangaan van de borgtocht niet (volledig) op de hoogte was van de financiering die de bestaansreden vormt voor de borgtocht en dat Abn Amro c.s. hem daarover had moeten informeren. De rechtbank verwijst naar het overwogene in 4.6., en benadrukt bovendien dat [gedaagde] moet worden aangemerkt als een zakelijke borg. Daarbij wordt in het bijzonder in aanmerking genomen dat [gedaagde] erkent dat hij in algemene zin bekend was met de sinds 2001 oplopende financiering. Zoals terecht aangevoerd door Abn Amro c.s., mocht [gedaagde] ten tijde van het aangaan van de borgtocht bovendien geacht worden op de hoogte te zijn van de specifieke actuele kredietpositie op dat moment, alsmede de binnen de [bedrijf 1] relevante actualiteiten en vooruitzichten die deze kredietpositie verder zouden kunnen beïnvloeden, zodat de bestaansreden van de borgtocht hem redelijkerwijs duidelijk moest zijn.

4.29.

Hieruit volgt dat [gedaagde] onvoldoende heeft toegelicht dat hij niet een juiste voorstelling van zaken bij het aangaan van de borgtocht had als bedoeld in artikel 6:228 lid 1 BW. Indien wél zou komen vast te staan dat hij geen juiste voorstelling van zaken had, dan heeft [gedaagde] onvoldoende onderbouwd dat Abn Amro c.s. haar mededelingsplicht jegens hem heeft geschonden; gegeven immers de positie van [gedaagde] en de overige specifieke omstandigheden als hierboven omschreven, mocht Abn Amro c.s. er redelijkerwijs vanuit gaan dat de feiten reeds bij [gedaagde] bekend waren of nog voor het aangaan van de borgtocht bekend zouden worden. Indien [gedaagde] er voor heeft gekozen om zich bij het aangaan van de borgtocht louter te baseren op de informatie van [betrokkene] als medeborg, blijft het gevolg daarvan dus voor zijn rekening. Zijn stelling dat hij enkel kon afgaan op wat [betrokkene] hem had verteld, wordt in de gegeven omstandigheden dus niet gevolgd.

4.30.

Het voorgaande brengt mee dat [gedaagde] 's beroep op dwaling faalt. [gedaagde] 's stelling dat hij misleid is door [betrokkene] – wat daar verder van zij – kan in de gegeven omstandigheden niet aan Abn Amro c.s. worden toegerekend. Hierop stuit ook [gedaagde] 's beroep op misbruik van omstandigheden af. De conclusie is dat het beroep op vernietiging van de borgtocht niet kan slagen. De schriftelijke buitengerechtelijke vernietiging van de borgtocht heeft dan ook niet het beoogde rechtsgevolg. Op dezelfde gronden als voornoemd faalt het beroep op strijd met de goede zeden, zodat ook van nietigheid van de borgtocht geen sprake is.

*borgtocht reeds geëindigd of vervallen?*

4.31.

[gedaagde] voert aan dat de borgtocht reeds is geëindigd of vervallen, hetgeen wordt betwist door Abn Amro c.s.

4.32.

[gedaagde] beroept zich hiertoe allereerst op de door Abn Amro c.s. overgelegde overeenkomst van 29 oktober 2010 (zie 2.5.), welke een ‘Schedule 3 - Amended and restated credit agreement’ bevat met in artikel 1.1. daarvan onder ‘definitions’ op pagina 24: “*Termination Date: means 31 October 2011*”. Daar komt bij dat het bereiken van deze einddatum niet gepaard is gegaan met een bericht van “vernieuwing”, aldus [gedaagde].

4.33.

Anders dan [gedaagde] kennelijk meent, kan uit de door hem gestelde omstandigheden niet worden afgeleid dat de borgtocht beëindigd/vervallen is per 31 oktober 2011 en evenmin dat hij dat mocht veronderstellen. Dit volgt reeds uit het feit dat, zoals hiervoor overwogen, de borgstelling niet alleen ziet op de tijdelijke kredietverhoging met EUR 15 mio, maar op de gehele financiering die van tijd tot tijd wordt aangepast en niet is voldaan aan de aflossing van die EUR 15 mio uiterlijk op 31 december 2010 als voorwaarde voor beëindiging van de borgtocht. Dit verweer kan dus niet slagen.

4.34.

Ten tweede beroept [gedaagde] zich op verplichtingen van Abn Amro c.s. die zouden voortvloeien uit een vaststellingsovereenkomst van augustus 2017. Nadat [gedaagde] in augustus 2017 had aangegeven niet te willen meewerken aan een buiten hem opgezet plan tot afkoop van Abn Amro c.s., tegen betaling door [gedaagde] van een afkoopsom van EUR 5 mio, is Abn Amro c.s. onder het mom van ‘mislukte onderhandelingen’ ten onrechte teruggevallen op haar eerdere inroeping van de borgtocht, aldus [gedaagde]. [gedaagde] erkent dat Abn Amro c.s. de in de vaststellingsovereenkomst opgenomen betalingsverplichting van [gedaagde], gezien zijn weigering daartoe over te gaan, niet succesvol kan afdwingen. Volgens hem laat dit echter onverlet dat Abn Amro c.s., eenmaal voorbij het punt van een door haar – herhaaldelijk – gestelde overeenkomst, niet meer eenzijdig kan terugvallen op de situatie daarvoor. Volgens [gedaagde] is het niet zo dat wanneer Abn Amro c.s. hem niet aan een door Abn Amro c.s. reeds aanvaarde verplichting kan houden, daarmee de in de overeenkomst door Abn Amro c.s. op zich genomen verplichtingen en ingenomen stellingnames ineens vervallen of niet meer gelden. Abn Amro c.s. heeft de vaststellingsovereenkomst als een vaststaand gegeven gepresenteerd en daarmee de borgtocht losgekoppeld van de financieringen Abn Amro c.s. mag niet terugkomen

van een eenzijdig aanbod. De borgtocht is dan ook niet meer actueel zodat Abn Amro c.s. daarop geen beroep meer toekomt. Aldus steeds [gedaagde] .

4.35.

Terecht voert Abn Amro c.s. aan dat nu [gedaagde] naar vaststaat niet akkoord is gegaan met de betaling van de door Abn Amro c.s. voorgestelde afkoopsom, tussen partijen geen vaststellingsovereenkomst tot stand is gekomen. Abn Amro c.s. kan daarom evenmin als [gedaagde] gehouden worden tot nakoming van de in het voorstel voor een vaststellingsovereenkomst omschreven verplichtingen van partijen over en weer, omdat deze niet zijn overeengekomen. [gedaagde] beroept zich in dit verband nog op een kunstgreep of schending van een zorgplicht van Abn Amro c.s. doordat hij niet betrokken zou zijn geweest bij het voortraject van onderhandelingen over een afkoopregeling. In het licht van het gemotiveerde verweer van Abn Amro c.s. dat zij te goeder trouw veronderstelde dat de terzake onderhandelend advocaat (mede) onderhandelde namens [gedaagde] , heeft [gedaagde] zijn stelling onvoldoende toegelicht. Ook overigens kan deze stelling niet leiden tot het door hem voorgestane rechtsgevolg dat Abn Amro c.s. geen beroep meer toekomt op de borgtocht vanwege de door Abn Amro c.s. aan [gedaagde] aangeboden, maar niet door [gedaagde] geaccepteerde vaststellingsovereenkomst.

4.36.

Uit het voorgaande volgt dat geen sprake is van beëindiging of het reeds vervallen zijn van de borgtocht.

*rechtsverwerking?*

4.37.

[gedaagde] stelt tot slot dat sprake is van rechtsverwerking, hetgeen Abn Amro c.s. weerspreekt.

De rechtbank stelt voorop dat redelijkheid en billijkheid schuldeiser en schuldenaar in de uitoefening van hun rechten en bevoegdheden kunnen beperken in verband met eigen gedragingen (rechtsverwerking). Volgens vaste rechtspraak is voor het aannemen van rechtsverwerking enkel tijdsverloop of enkel stilzitten onvoldoende. Vereist is de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan hetzij bij de wederpartij het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de gerechtigde zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de wederpartij in zijn positie onredelijk zou worden benadeeld in geval de gerechtigde zijn aanspraak alsnog geldend zou maken. Met inachtneming van deze maatstaf overweegt de rechtbank als volgt.

4.38.

Voor zover [gedaagde] ter onderbouwing van zijn beroep op rechtsverwerking verwijten jegens Abn Amro c.s. aanhaalt die zien op het *aangaan* van de borgtocht, wordt hij daarin niet gevolgd, reeds nu deze hiervoor zijn verworpen.

Voor zover [gedaagde] in dit verband verwijten opwerpt die zien op de relatie tussen partijen *gedurende* de borgtocht, overweegt de rechtbank als volgt.

4.39.

Het door [gedaagde] aangehaalde feit dat eerst is gesproken over een regeling en Abn Amro c.s. niet onmiddellijk tot incasso is overgegaan, is niet een bijzondere omstandigheid die ertoe leidt dat Abn Amro c.s. haar recht heeft verwerkt.

4.40.

[gedaagde] stelt voorts, zo begrijpt de rechtbank, dat door het uitblijven van informatie door Abn Amro c.s. bij hem het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat Abn Amro c.s. haar aanspraak niet (meer) geldend zou maken.

De rechtbank volgt hem daarin niet nu zij van oordeel is dat uit de berichtgeving door Abn Amro c.s. aan [gedaagde] op 14 januari 2011 (2.10.) en 16 juli 2015 (2.13.) genoegzaam het tegendeel blijkt. De verweren van [gedaagde] dat hij deze brieven niet (meteen) heeft ontvangen falen gelet op het volgende.

4.41.

Wat betreft de brief van 14 januari 2011: uit het overwogene in 4.5. volgt dat het voor risico van [gedaagde] komt dat niet zijn eigen adres maar een aan [bedrijf 1] gelieerd adres is gebruikt. Het had op zijn weg gelegen te controleren welk adres was ingevuld in de borgtocht en hij had vervolgens in de periode dat hij om welke redenen dan ook minder of niet

aanwezig was binnen [bedrijf 1] , zelf moeten zorgen voor een adequate doorzending van voor hem bestemde post die daar binnenkwam. Dit verweer kan dan ook niet afdoen aan de kenbaarheid voor [gedaagde] van dit bericht terzake van de default van de schuldenaar en aan [gedaagde] gericht in zijn hoedanigheid van borg. Indien [gedaagde] deze brief inderdaad niet heeft gezien, leidt dit er in de gegeven omstandigheden dan ook niet toe dat aan de vereisten voor rechtsverwerking is voldaan.

4.42.

Wat betreft de inroepingsbrief van 16 juli 2015: het verweer van [gedaagde] dat hij deze brief niet meteen heeft ontvangen (maar pas later op 13 juni 2016 via de advocaat van [betrokkene] ) faalt. Redengevend hiervoor is dat Abn Amro c.s. een DHL- afleveringsbewijs van de brief heeft overgelegd, waarna het op de weg van [gedaagde] had gelegen gemotiveerd toe te lichten dat deze aflevering niet zag op deze brief maar op een ander stuk, hetgeen hij niet heeft gedaan.

4.43.

[gedaagde] beroept zich ter onderbouwing van zijn beroep op rechtsverwerking voorts erop dat de borgtocht niet in redelijke verhouding staat tot de onderliggende kredietverplichtingen en dat er substantiële onderliggende zekerheden zijn prijsgegeven. Hij onderbouwt deze stelling door aan te voeren dat zonder overleg of toelichting de financieringsconstellatie aan [bedrijf 1] vanaf 2001 tot 2010 is opgelopen naar EUR 240 mio en daarna ruim over de EUR 300 mio is gegaan, hetgeen voor hem als borg onredelijk bezwarend moet worden geacht. Verder voert [gedaagde] aan dat met een reorganisatie waarbij een groot aantal van de dochterondernemingen van [bedrijf 1] niet langer hoofdelijk aansprakelijk werden geacht voor nakoming van de kredietverplichtingen aan Abn Amro c.s., Abn Amro c.s. ten onrechte ten aanzien van meer dan EUR 100 mio haar onderliggende zekerheden heeft prijsgegeven dan wel niet uitgewonnen. De rechtbank is van oordeel dat [gedaagde] deze stellingname onvoldoende specifiek heeft toegelicht. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat de borgtocht ook zag op wijzigingen in de financiering na het aangaan van de borgtocht. Daarbij komt dat de hoofdregel is dat de schuldeiser vrij is te kiezen welke zekerheden hij het eerst te gelede maakt (vgl. AG-conclusie, overweging 21, bij Hoge Raad 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8651). Deze onderbouwing van deze stellingname schiet dan ook tekort om te kunnen concluderen dat Abn Amro c.s. haar recht op inroeping van de borgtocht heeft verwerkt, gegeven de gemotiveerde betwisting daarvan door Abn Amro c.s.

4.44.

Het beroep van [gedaagde] op rechtsverwerking kan dus niet slagen.

*derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid?*

4.45.

Voor zover [gedaagde] (mede) heeft bedoeld te stellen dat het inroepen door Abn Amro c.s. van de borgtocht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is als gevolg van de hiervoor genoemde, door [gedaagde] aangehaalde omstandigheden, dan slaagt dat beroep in het kielzog van het hiervoor overwogene evenmin.

*conclusie*

4.46.

De conclusie is dat [gedaagde] gehouden is om zijn uit de borgtocht voortvloeiende betalingsverplichting van EUR 7,5 mio na te komen.

4.47.

Hetgeen [gedaagde] overigens heeft aangevoerd, kan niet leiden tot een ander oordeel en behoeft dus geen bespreking.

4.48.

Het beroep van [gedaagde] ter zitting op matiging van het bedrag EUR 7,5 mio faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag en voorts nu het hier een vordering tot nakoming betreft, die zich niet leent voor matiging.

4.49.

De gevorderde wettelijke rente is toewijsbaar over het bedrag van EUR 7,5 mio. Ter onderbouwing van de gevorderde ingangsdatum heeft Abn Amro c.s. gesteld dat [gedaagde] per 16 augustus 2015 in verzuim is komen te verkeren nu hij niet heeft voldaan aan zijn betalingsverplichting als weergegeven in de oproepingsbrief van 16 juli 2015 tot 16 augustus 2015. Uit het hiervoor overwogene volgt dat [gedaagde] deze stelling niet voldoende heeft betwist. De wettelijke rente is dus toewijsbaar vanaf 16 augustus 2015.

*vorderingsgerechtigde partij*

4.50.

De rechtbank stelt vast dat Rabo weliswaar materieel mede belanghebbende is naast Abn Amro, maar dat de borgtocht is verstrekt aan alleen Abn Amro in haar hoedanigheid van security agent onder de CA en de PDA. Dit betekent dat alleen Abn Amro de vorderingsgerechtigde partij is in deze procedure. Daarmee is de (na wijziging) primaire eis toewijsbaar. Aan de (na wijziging) subsidiaire eis wordt dan ook niet toegekomen.

*proceskosten*

4.51.

[gedaagde] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van Abn Amro worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Abn Amro worden begroot op:

- dagvaarding EUR 81

- griffierecht 3.946

- salaris advocaat 7.712 (2 punten × tarief EUR 3.856)

Totaal EUR 11.739

Ook de gevorderde nakosten te vermeerderen met rente zijn toewijsbaar op de in de beslissing vermelde wijze.

## *5 De beslissing*

De rechtbank

5.1.

veroordeelt [gedaagde] om aan Abn Amro te betalen een bedrag van EUR 7.500.000 euro (zeven miljoen vijfhonderd duizend euro), vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over het toegewezen bedrag met ingang van 16 augustus 2015 tot de dag van volledige betaling,

5.2.

veroordeelt [gedaagde] in de proceskosten, aan de zijde van Abn Amro tot op heden begroot op EUR 11.739,

5.3.

veroordeelt [gedaagde] in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op EUR 157,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat [gedaagde] niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van EUR 82,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over de nakosten met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot aan de voldoening,

5.4.

verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad,

5.5.

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. P.J. van Eekeren, mr. O.J. van Leeuwen en mr. M.C.H. Broesterhuizen en in het openbaar uitgesproken op 20 november 2019.

Copyright 2020 - Sdu - Alle rechten voorbehouden.