

ECLI:NL:GHAMS:2022:1403

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	10-05-2022
Datum publicatie	30-08-2022
Zaaknummer	200.274.710/01
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Financieel recht. Borgtocht. Geen particuliere hoedanigheid in de zin van artikel 7:857 e.v. BW. Normale uitoefening van het bedrijf. Geen schending zorgplicht bank. Veroordeling borg in de kosten die de bank heeft gemaakt met de uitoefening en het behoud van de rechten onder de borgtocht.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl OR-Updates.nl 2022-0205

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer: 200.274.710/01

zaak-/rolnummer rechtbank Amsterdam: C/13/654956 / HA ZA 18-1002

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 10 mei 2022

inzake

[appellant] ,

wonend te [woonplaats] ,

appellant,

advocaat: mr. R.R.G.M. van Beurden te Den Haag,

tegen:

1 ABN AMRO BANK N.V.,

gevestigd te Amsterdam,

2. COÖPERATIEVE RABOBANK U.A.,

gevestigd te Utrecht,

geïntimeerden,

advocaat: mr. R.M. Kool te Rotterdam.

1 Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna [appellant] , ABN AMRO en Rabobank genoemd. Geïntimeerden zullen gezamenlijk met ABN AMRO c.s. worden aangeduid.

[appellant] is bij dagvaarding van 6 februari 2020, respectievelijk 10 februari 2020 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Amsterdam van 20 november 2019, onder het hierboven genoemde zaak-/rolnummer geweest tussen hem als gedaagde en ABN AMRO c.s. als eiseressen.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, met producties;
- akte overlegging aanvullende producties van [appellant] ;
- tweede akte overlegging aanvullende producties, tevens wijziging van eis van [appellant] ;
- memorie van antwoord tevens wijziging eis, met producties;
- antwoordakte inzake eisvermeerdering/incidenteel appel, tevens akte uitlating producties, tevens akte overlegging producties van [appellant] ;
- akte overlegging producties van ABN AMRO c.s.;
- akte houdende uitlating nadere producties van [appellant] .

Partijen hebben de zaak ter zitting van 1 november 2021 mondeling toegelicht, [appellant] door mr. Van Beurden, voornoemd en door mr. C. Choy, advocaat te Den Haag, ABN AMRO c.s. door mr. Kool, voornoemd en door mr. C.R. Zijdeveld, advocaat te Amsterdam, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. Namens ABN AMRO c.s. zijn nog producties in het geding gebracht, genummerd 53 en 54. In aanvulling daarop hebben ABN AMRO c.s. ter zitting nog een aanvullend stuk overgelegd (een declaratie van advocaatkosten, gedateerd 1 november 2021).

Ten slotte is arrest gevraagd.

[appellant] heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en

- primair de vorderingen van ABN AMRO c.s. alsnog zal afwijzen en hen zal veroordelen tot terugbetaling van hetgeen hij ter uitvoering van het bestreden vonnis aan hen heeft voldaan, vermeerderd met rente;
- subsidiair ABN AMRO c.s. zal veroordelen tot vergoeding van schade uit hoofde van een schending van hun zorgvuldigheidsverplichting, of uit onrechtmatige daad, of op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, en
- voorwaardelijk ABN AMRO c.s. zal veroordelen tot overlegging van stukken, op straffe van verbeurte van een dwangsom;

alles met veroordeling van ABN AMRO c.s. in de proceskosten, vermeerderd met nakosten en rente.

ABN AMRO c.s. hebben geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met veroordeling - uitvoerbaar bij voorraad - van [appellant] in de juridische kosten en de proceskosten, vermeerderd met nakosten en wettelijke rente.

Beide partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

2 Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.16 feiten opgesomd die tussen partijen vaststaan. Met grief 15 keert [appellant] zich tegen de vaststelling onder 2.10. Met deze grief is bij het hierna volgende overzicht van de feiten rekening gehouden. Voor het overige zijn de door de rechtbank opgesomde feiten in hoger beroep niet in geschil, zodat het hof daarvan als vaststaand zal uitgaan. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

- 2.1. ABN AMRO, Friesland Bank N.V. (hierna: Friesland Bank) en Coöperatieve Centrale Raiffeissen-Boerenleenbank B.A. waarvan Rabobank rechtsopvolgster is, hebben een financiering verstrekt aan [bedrijf 1] (hierna: [bedrijf 1]). [bedrijf 1] stond aanvankelijk onder leiding van [naam 1] (hierna: [naam 1]). [bedrijf 3] (hierna: [bedrijf 3]) is enig aandeelhouder van [bedrijf 1] .
- 2.2. [appellant] is aandeelhouder en (gedelegeerd) bestuurder van [bedrijf 2] (hierna: [bedrijf 2]). [bedrijf 2] hield 50,1% van de aandelen in [bedrijf 3] . Dit meerderheidsbelang is op 12 april 2011 verlaagd naar 49%. In de jaren 2008 en 2009 heeft [bedrijf 3] dividenden uitgekeerd aan [bedrijf 2] , van respectievelijk 3 miljoen en 3,94 miljoen.
- 2.3. In de periode van 22 juni 2006 tot 15 september 2011 was [bedrijf 2] bestuurder van [bedrijf 3] . In die hoedanigheid was zij gezamenlijk bevoegd met andere bestuurders.
- 2.4. [bedrijf 2] beschikte daarnaast over een volledige volmacht op basis waarvan zij [bedrijf 3] zelfstandig kon vertegenwoordigen in de periode van 6 juli 2006 tot 15 september 2011. [bedrijf 3] 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.
- 2.5.

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

- 2.6. [bedrijf 3] en [bedrijf 2] hebben op 21 februari 2007 en 1 augustus 2008 managementovereenkomsten gesloten op basis waarvan [bedrijf 2] haar bestuurder aan [bedrijf 3] 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 2] zal haar directeur aan [bedrijf 3] ter beschikking stellen om als statutair directeur van [bedrijf 3] op te treden en voorts: Als beheersvergoeding is [bedrijf 3] een bedrag van 50.000 (exclusief btw) per maand aan [bedrijf 2] verschuldigd. In de managementovereenkomst van 1 augustus 2008 zijn [bedrijf 2] en [bedrijf 3] overeengekomen om de afspraken te verlengen voor 24 maanden vanaf 1 januari 2009, derhalve tot 1 januari 2011.
- 2.7. 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. [appellant] heeft beide overeenkomsten van 2 november 2007 ondertekend namens onder meer [bedrijf 1] .
- 2.8. In oktober 2010 hebben ABN AMRO c.s. een verzoek tot verhoging van het rekening-courantkrediet van [bedrijf 1] met 15 miljoen geaccordeerd. De financiering is op grond daarvan op 29 oktober 2010 verhoogd van 240 miljoen naar 255 miljoen.
- 2.9. Bij borgtocht (hierna: de borgtocht) van 4 november 2010 gesloten tussen [appellant] en ABN AMRO in haar hoedanigheid van zekerhedenagent voor de betrokken banken, heeft [appellant] zich tot een totaalbedrag van 7,5 miljoen borg gesteld voor de verplichtingen van iedere schuldenaar, zoals gedefinieerd in de PDA, waarin [bedrijf 1] een direct of indirect belang houdt. De borgtocht verwijst (i) naar een 255 miljoen 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 ([bedrijf 1] c.s.) verschuldigd zijn uit hoofde van of in verband met de PDA.
- 2.10. In artikel 12 van de borgtocht is bepaald dat er vier gronden zijn voor beëindiging van de borgtocht en de verplichtingen van [appellant] 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 15 miljoen (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;
 - (ii) de borg ([appellant]) heeft de bedragen verschuldigd uit hoofde van de CA en de PDA tot een maximum van 7,5 miljoen 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 hoofdschuldenaar is volledig beëindigd;
 - (iv) de twintigste verjaardag van de borgtocht.
- 2.11. 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 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 15 miljoen af te lossen per 31 december 2010.

- 2.12. Op 14 januari 2011 heeft ABN AMRO ter attentie van [appellant] een brief gestuurd naar het in artikel 15 van de borgtocht onder het kopje *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 [appellant] 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. [appellant] heeft niet op deze brief gereageerd.
- 2.13. 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) 15 miljoen 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. [appellant] heeft, tezamen met [naam 1] , deze *term sheet* namens [bedrijf 6] en [bedrijf 1] ondertekend. In 2011 heeft [bedrijf 3] een deel van haar schuld aan [bedrijf 1] van ruim 60 miljoen afgelost. Dit is gebeurd in verband met de liquiditeitstekorten van [bedrijf 1] c.s. ABN AMRO c.s. hebben die aflossing mogelijk gemaakt door in 2011 extra financiering aan [bedrijf 3] te verstrekken.
- 2.14. In 2012 is een plan gemaakt voor een zogenoemde *wind down* waarbij diverse activa van [bedrijf 1] c.s. geleidelijk zouden worden verkocht. Dit plan is voor een belangrijk deel gerealiseerd.
- 2.15. In juli 2015 beliep de restvordering van ABN AMRO c.s. ruim 136 miljoen. Bij brief van 16 juli 2015 aan [appellant] op zijn adres in [woonplaats] , heeft ABN AMRO betaling van 7,5 miljoen gevorderd van [appellant] uit hoofde van de borgtocht, met een betalingstermijn tot 16 augustus 2015. [appellant] heeft niet op deze brief gereageerd en ABN AMRO c.s. hebben geen betaling ontvangen.
- 2.16. Vervolgens is in 2016 en 2017 onderhandeld om tot een minnelijke regeling te komen, hetgeen zonder resultaat is gebleven.
- 2.17. Bij brief van 15 november 2017 heeft [appellant] de borgtocht buitengerechtelijk vernietigd.

3 Beoordeling

- 3.1. ABN AMRO c.s. hebben in eerste aanleg gevorderd dat [appellant] wordt veroordeeld tot betaling van 7.500.000 onder de borgtocht, vermeerderd met rente en kosten. Zij vorderen primair betaling van dit bedrag aan ABN AMRO als security agent, subsidiair aan hen gezamenlijk.
- 3.2. De rechtbank heeft de primaire vordering van ABN AMRO c.s. toegewezen en [appellant] veroordeeld in de proceskosten van het geding in eerste aanleg. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt [appellant] met 22 grieven op.
- 3.3. De grieven van [appellant] strekken ertoe dat de vordering van ABN AMRO c.s. alsnog wordt afgewezen. Daarnaast vordert hij in hoger beroep subsidiair dat ABN AMRO c.s. worden veroordeeld tot schadevergoeding voor een gelijk bedrag als hij op grond van het besteden vonnis aan ABN AMRO is verschuldigd (een bedrag van ruim 8 miljoen) uit hoofde van een schending van een zorgvuldigheidsverplichting, onrechtmatige daad of op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.
- 3.4.

In hoger beroep hebben ABN AMRO c.s. hun eis vermeerderd. Zij vorderen dat [appellant] alle juridische en overige kosten vergoedt die ABN AMRO heeft gemaakt in verband met de uitoefening en het behoud van de rechten onder de borgtocht. De kosten tot en met september 2021 heeft ABN AMRO in de akte overlegging producties voor de zitting van 1 november 2021 berekend op een bedrag van 297.382,11. Bij die berekening is rekening gehouden met het reeds door [appellant] op grond van de kostenveroordeling betaalde bedrag van 11.739. Ter gelegenheid van het pleidooi heeft ABN AMRO in aanvulling daarop een declaratie van de advocaatkosten tot en met oktober 2021 overgelegd voor een bedrag van 12.559,65. De totale vordering belooft daarmee een bedrag van 309.941,76.

3.5. De grieven zullen hierna onderwerpsgewijs worden besproken.

Totstandkoming borgtocht

3.6. Aan hun vordering leggen ABN AMRO c.s. ten grondslag dat op 4 november 2010 met [appellant] een borgtocht tot stand is gekomen. Als productie 11 bij de inleidende dagvaarding hebben zij een document overgelegd dat bestaat uit negen genummerde pagina's. Pagina 9 is de handtekeningenpagina en deze is in tweevoud overgelegd: één is ondertekend namens ABN AMRO in de hoedanigheid van *security agent* en het andere exemplaar is ondertekend door [appellant] en zijn echtgenote. Niet in geschil is dat [appellant] op deze pagina handmatig de plaats ([woonplaats]) en 4 november 2010 als datum van ondertekening heeft ingevuld. Verder heeft [appellant] deze pagina handgeschreven van het volgende goedschrift voorzien: *good for seven million five hundred thousand euro plus interest and costs as referred to above* en deze pagina ondertekend. Vast staat verder dat [appellant] de door hem en zijn vrouw ondertekende pagina op 4 november 2010 vanaf zijn huisadres in [woonplaats] heeft gefaxt aan [bedrijf 1] .

3.7. [appellant] was ten tijde van het tekenen van de borgtocht op 4 november 2010 (indirect) bestuurder, (indirect) meerderheidsaandeelhouder, commissaris en voorzitter van de raad van commissarissen van [bedrijf 1] . Dit betekent dat de rechtbank terecht ervan is uitgegaan dat [appellant] van de stand van zaken binnen [bedrijf 1] , in het bijzonder in relatie tot de financieringsontwikkelingen die op dat moment gaande waren, op de hoogte moet zijn geweest. Ook als 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 lag en dus voor hem kenbaar moet zijn geweest. ABN AMRO c.s. mochten in ieder geval gerechtvaardigd ervan uitgaan dat [appellant] daarvan op de hoogte was.

3.8. Volgens [appellant] heeft [naam 1] hem verteld dat de bank van hen beiden een borgstelling wilde. Hij stelt dat [naam 1] hem heeft overgehaald een borgstelling aan te gaan (conclusie van antwoord, 2.1.5-2.1.7). Daaruit volgt [appellant] heeft ingestemd met het sluiten van een borgtocht. [appellant] bestrijdt op zichzelf genomen ook niet dat hij zich persoonlijk, met instemming van zijn echtgenote, voor 7,5 miljoen borg heeft gesteld tegenover ABN AMRO c.s.

3.9. Het was [appellant] bekend dat [bedrijf 1] en haar dochtervennootschappen medio 2010 een financieringslast hadden van rond de 240 miljoen (conclusie van antwoord, 2.1.4). Hij ontkent echter (conclusie van antwoord 2.1.9) dat hij ten tijde van het aangaan van de borgtocht bekend was met de gewijzigde Credit Agreement van 29 oktober 2010 die ziet op de financiering van [bedrijf 1] voor een bedrag van 255 miljoen.

3.10. ABN AMRO c.s. hebben naar aanleiding van deze ontkenning van [appellant] als productie 51 een kopie overgelegd van het besluit van de raad van commissarissen (hierna: RvC) van [bedrijf 1] van 29 oktober 2010. Dit besluit is onder andere ondertekend door [appellant] als voorzitter van de RvC. Met dit besluit wordt door de RvC goedkeuring gegeven aan het bestuursbesluit van [bedrijf 1] tot een kredietuitbreiding van 15 miljoen, waarmee het krediet van [bedrijf 1] zou worden verhoogd tot 255 miljoen. In het besluit staat dat de RvC in de gelegenheid is gesteld om te adviseren over het besluit van het bestuur tot deze uitbreiding van de financiering en tevens dat de RvC goedkeuring verleent

voor de in dat verband te ondertekenen kredietdocumentatie. Dat betreft onder andere:

- *an amendment, restatement an accession agreement relating to the EUR 255,000,000 credit agreement originally dated 7 November 2007 as amended from time to time between [bedrijf 1] as Borrower and Guarantor, the other Companies as Guarantor, ABN AMRO Bank N.V., Coöperatieve Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank B.A. and Friesland Bank N.V. as Lenders and ABN AMRO Bank N.V. acting as Facility Agent, Security Agent and Fronting Bank (the Amendment, Restatement and Accession Agreement);*
- *an amendment and restatement agreement relating to the parallel debt agreement originally dated 19 February 2004 as amended from time to time between [bedrijf 1] and the other Companies as Obligors, ABN AMRO Bank N.V., Coöperatieve Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank B.A. and Friesland Bank N.V. as Secured Parties and ABN AMRO Bank N.V. acting as Security Agent.*

- 3.11. Volgens ABN AMRO c.s. heeft [appellant] dus op de dag dat de Credit Agreement van 29 oktober 2010 door [bedrijf 1] is getekend daaraan zijn goedkeuring verleend, zodat hij niet kan worden gevolgd in zijn stelling dat hij daarvan voorafgaand aan het tekenen van de borgtocht op 4 november 2010 niet op de hoogte was. Verder wijzen ABN AMRO c.s. erop dat in de kredietdocumentatie is vermeld dat een door [appellant] en [naam 1] te verstrekken borgtocht *condition precedent* is voor het verstrekken van de hiervoor bedoelde financiering.
- 3.12. [appellant] heeft erkend dat ABN AMRO c.s. op 28 oktober 2010 de volledige kredietdocumentatie en de tekst van de borgtocht aan [bedrijf 1] heeft toegezonden. Hij heeft verder niet ontkend dat hij als voorzitter het besluit van de RvC heeft getekend waarmee goedkeuring is gegeven aan de genoemde door KHE Groep voorgenen financieringen en evenmin heeft hij gemotiveerd weersproken dat voor deze financiering voorwaarde was dat hij (en [naam 1]) een borgtocht met ABN AMRO c.s. zouden aangaan.
- 3.13. ABN AMRO c.s. voeren verder aan dat [appellant] de rechtstreekse communicatie met hen en hun advocaten overliet aan de secretaresses van [bedrijf 1] en het ontvangen en toezenden van stukken via hen liet verlopen. De secretaresses legden volgens ABN AMRO c.s. ofwel de te ondertekenen fysieke stukken aan [appellant] ter ondertekening voor, ofwel zij stuurden hem stukken per post of digitaal ter ondertekening toe. De retour ontvangen getekende stukken stuurde een secretaresse vervolgens door aan ABN AMRO. Ter bevestiging hiervan hebben ABN AMRO c.s. als productie 52 de e-mail van 4 november 2010 overgelegd waarmee secretaresse [naam 2] van [bedrijf 1] de door [appellant] en zijn vrouw getekende borgtocht aan de advocaten van ABN AMRO heeft toegezonden. Het betreft het hiervoor in 3.6 genoemde document waarvan [appellant] de handtekeningenpagina vanaf zijn huisadres aan [bedrijf 1] heeft gefaxt. Deze door ABN AMRO c.s. gestelde werkwijze is door [appellant] niet voldoende gemotiveerd bestreden. Hij legt namelijk niet uit welke (andere) werkwijze dan wel door hem werd gevolgd. Uit niets blijkt dat hij zelf stukken aan ABN AMRO c.s. verstuurd. Ook geeft hij geen inzicht in de werkafspraken die hij met de secretaresses van [bedrijf 1] heeft gemaakt, noch welke instructie hij in dit geval heeft gegeven toen hij de getekende pagina aan [bedrijf 1] faxte.
- 3.14. Op grond van het voorgaande is naar het oordeel van het hof een borgtocht tussen [appellant] en ABN AMRO c.s. tot stand gekomen met de door ABN AMRO c.s. gestelde inhoud. De wijze van communicatie die ABN AMRO c.s. hebben beschreven, wordt bevestigd door de gedragingen van [appellant] zelf. Hij heeft de handtekeningenpagina van de borgtocht samen met zijn vrouw ondertekend en per fax aan [bedrijf 1] gestuurd. Hij stuurde het stuk niet zelf rechtstreeks aan ABN AMRO c.s. Hij geeft ook geen (andere) verklaring voor het feit dat hij deze ondertekende pagina aan [bedrijf 1] heeft gezonden, in plaats van aan ABN AMRO c.s. als de partijen tegenover wie hij zich als borg had verbonden. Zijn handelwijze bevestigt naar het oordeel van het hof dat [appellant] de communicatie met ABN AMRO c.s. overliet aan de secretaresses van [bedrijf 1] . Die hebben - in overeenstemming met de door ABN AMRO c.s. gestelde gebruikelijke gang van zaken - de volledige tekst van de borgtocht met de getekende handtekeningenpagina nog dezelfde dag aan ABN AMRO toegezonden.
Verder verwijst het door [appellant] met de hand geschreven goedschrift op de handtekeningenpagina

naar de tekst van de borgtocht (*as referred to above*), waaruit volgt dat [appellant] wist waarvoor hij tekende. Verder geldt dat [appellant] uit hoofde van zijn verschillende functies toegang had tot de (financiële) informatie en documentatie met betrekking tot [bedrijf 1], zodat ABN AMRO c.s. gerechtvaardigd ervan mochten uitgaan dat [appellant] van de benodigde informatie op de hoogte was, dan wel kon zijn. [appellant] had als voorzitter van de RvC het besluit ondertekend waarmee werd ingestemd met de door [bedrijf 1] voorgenomen financiering. ABN AMRO c.s. mochten ervan uitgaan dat [appellant] dus wist wat hij tekende.

3.15. Uit de verklaringen en gedragingen van [appellant] volgt aldus dat zijn wil erop was gericht met ABN AMRO c.s. een borgtocht te sluiten met de door ABN AMRO c.s. gestelde inhoud en hij heeft dienovereenkomstig verklaard door deze borgtocht te ondertekenen en van een goedschrift te voorzien, althans onder de genoemde omstandigheden mochten ABN AMRO c.s. er gerechtvaardigd op vertrouwen dat [appellant] de borgtocht is aangegaan overeenkomstig de tekst die ABN AMRO op 4 november 2010 ondertekend via [bedrijf 1] retour heeft ontvangen. Zij mochten de ontvangst van de gehele ondertekende borgtocht beschouwen als afkomstig van [appellant]. Dat [appellant] de pagina's 1 tot en met 8 van de borgtocht niet heeft geparafeerd en dat datering van de borgtocht op de eerste pagina van de borgtocht met een ander handschrift is gedaan, kan niet tot een ander oordeel leiden. Ook dan is [appellant] in de gegeven omstandigheden aan de borgtocht gebonden. Evenmin zijn deze omstandigheden toereikend om te kunnen concluderen dat [appellant] deze pagina's niet kende of niet kon kennen.

Adresclausule

3.16. In artikel 15 van de borgtocht is het adres van de *Surety* vermeld waaraan mededelingen kunnen worden gedaan (*Notices regarding this surety agreement*). Met de hand is daar [bedrijf 6] en een fax- en een telefoonnummer vermeld. Bij *Attn:* staat toegevoegd: [appellant]. De rechtbank heeft terecht in aanmerking genomen dat [appellant] ten tijde van het tekenen van de borgtocht actief was betrokken bij [bedrijf 1] als (indirect) bestuurder, aandeelhouder en commissaris. Verder is hiervoor in 3.13 en 3.14 al aan de orde gekomen dat [appellant] de communicatie met ABN AMRO c.s. overliet aan de secretaresses van [bedrijf 1] en de ontvangst en verzending van stukken via hen liet verlopen. Daarvan uitgaande is het niet onbegrijpelijk dat een adres binnen [bedrijf 1] is gekozen. Verder staat bij artikel 15 van de borgtocht vetgedrukt de volgende instructie: *Please fill in full address, fax and telephone number, e-mail address and to whose attention the notices should be sent*. [appellant] heeft niet zijn privéadres ingevuld of de secretaresses gevraagd dat te doen. Daarmee heeft hij ermee ingestemd, althans de mogelijkheid aanvaard dat dit door een ander werd ingevuld, te weten het genoemde adres dat gelieerd was aan de hoofdschuldenaar.

Geen borg in particuliere hoedanigheid

3.17. Grief 1 en 2 zien op rov. 4.15 van het bestreden vonnis. Deze overweging maakt onderdeel uit van de overwegingen 4.14 tot en met 4.16 die betrekking hebben op de vraag of ABN AMRO c.s. het krediet hebben verstrekt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van [bedrijf 1] en haar dochtervennootschappen.

3.18. Volgens ABN AMRO c.s. is de borgtocht door [appellant] aangegaan in verband van de financiering die aan [bedrijf 1] en haar dochtervennootschappen is verstrekt. Deze financiering is verstrekt met het oog op de voortzetting van de door deze vennootschappen gedreven ondernemingen. Volgens ABN AMRO c.s. is op 4 november 2010 overeengekomen dat de financiering met 15 miljoen werd verhoogd in verband met kortstondige liquiditeitsproblemen bij [bedrijf 1]. Het was een kortstondige werkkapitaalfinanciering in het kader van de totale financiering. Met het oog op de verkoop van [bedrijf 4] ging het volgens ABN AMRO c.s. om een tijdelijke financiering. De verhoging diende eind december 2010 weer te worden afgelost. [appellant] en [naam 1] hadden beiden een financieel belang bij de uitbreiding van het krediet in verband met de verkoop van [bedrijf 4] en hebben beiden ingestemd met het verstrekken van een borgtocht als zekerheid, aldus ABN AMRO c.s.

- 3.19. De rechtbank heeft ABN AMRO c.s. in hun stellingen gevolgd en is tot de conclusie gekomen, kort gezegd, dat de financiering van ABN AMRO c.s., in het kader waarvan de borgtocht is verstrekt, behoort tot de rechtshandelingen die ten behoeve van een normale uitoefening van het bedrijf plegen te worden verricht.
- 3.20. Het hof komt niet tot een andere afweging. Het sluiten door [bedrijf 1] van een overeenkomst met ABN AMRO c.s. ter financiering van het werkkapitaal ten behoeve van zichzelf en haar dochtervennootschappen kan in beginsel als een onderdeel van de normale bedrijfsuitoefening van deze vennootschappen worden aangemerkt. Het gaat om een gewone geldlening waardoor de liquiditeiten van [bedrijf 1] werden vergroot. [appellant] stelt ook niet gemotiveerd dat de (totale) verstrekte financiering niet ten dienste zou staan aan de normale uitoefening van het bedrijf van deze ondernemingen. [appellant] is de borgtocht als (indirect) bestuurder en (indirect) meerderheidsaandeelhouder - al dan niet tezamen met [naam 1] - ten behoeve van deze vennootschappen aangegaan. Daarvan uitgaande is [appellant] geen borg in particuliere hoedanigheid in de zin van artikel 7:857 e.v. BW.
- 3.21. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat bijzondere omstandigheden kunnen maken dat het voorgaande anders is (zie bijvoorbeeld ECLI:NL:HR:2000:AA5526 en ECLI:NL:HR:2005:AT2632). Daarin is - heel kort gezegd - in het kader van de toepassing van het overeenkomstige criterium van artikel 1:88 BW geoordeeld dat het aangaan van geldleningen ter herfinanciering van reeds bestaande, niet of slecht verhaalbare schulden van een vennootschap, waardoor niet zozeer de voor de bedrijfsuitoefening beschikbare liquiditeit wordt vergroot, maar in feite slechts de zekerheidspositie van een bestaande schuldeiser wordt versterkt, niet behoort tot de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap. Dergelijke of daarmee vergelijkbare omstandigheden doen zich in dit geval echter niet voor. Er zijn geen aanknopingspunten te vinden dat ABN AMRO c.s. de financiering in dit geval hebben verstrekt ter herfinanciering van niet of slecht verhaalbare schulden van [bedrijf 1] of met het doel hun eigen zekerheidspositie te verbeteren. Het gaat om een verhoging van het krediet met 15 miljoen. De extra liquiditeit geschiedde ter verkrijging van de voor de voortzetting en uitbreiding van de onderneming redelijkerwijs benodigde liquiditeit en dus ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf.
- 3.22. Dat [appellant] en [naam 1] persoonlijk een risico gingen lopen door het sluiten van de borgtocht, leidt niet tot een ander oordeel. De beide borgtochten hielden verband met de verhoging van de financiering. De stelling van ABN AMRO c.s. dat de verhoging van de financiering met 15 miljoen tijdelijk was en verband hield met de verkoop van [bedrijf 4], wordt bevestigd door de voorwaarde dat de borgtocht beëindigd zou worden als de kredietfaciliteit op of voor 31 december 2010 werd verminderd met een bedrag van 15 miljoen (met uitzondering van bepaalde reeds overeengekomen aflossingen) of als voor die datum een koopovereenkomst ten aanzien van [bedrijf 4] tot stand zou zijn gekomen (zie 2.10).
- 3.23. [appellant] stelt dat de borgtocht betrekking heeft op een substantieel bedrag, dat dit hoogst ongebruikelijk is en reeds daarom niet kan worden beschouwd als verstrekt in de uitoefening van het bedrijf van hem als bestuurder (memorie van grieven, 1.9). Deze stelling gaat eraan voorbij dat het in dit geval gaat om de vraag of de borgtocht is verstrekt om zekerheid te bieden voor de nakoming van een overeenkomst die zelf behoort tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van het bedrijf van [bedrijf 1] plegen te worden verricht, waarvan [appellant] bestuurder en meerderheidsaandeelhouder is, als bedoeld in artikel 7:857 BW, slot.
- 3.24. De stelling van [appellant] dat hij als borg in particuliere hoedanigheid moet worden aangemerkt, omdat hij op 26 december 2010 een hartoperatie heeft ondergaan, daarna moest revalideren, [bedrijf 3] in februari 2011 als middellijk bestuurder is uitgeschreven en vervolgens zichzelf in mei 2011 als commissaris en in september 2011 [bedrijf 2] als bestuurder van [bedrijf 3], snijdt geen hout. Bepalend is het moment waarop de borgtocht is aangegaan. Dat is 4 november 2010. Op dat moment was [appellant] (indirect) bestuurder, (indirect) meerderheidsaandeelhouder, commissaris en voorzitter

van de raad van commissarissen van [bedrijf 1] . De door [appellant] bedoelde omstandigheden die zich daarna hebben voorgedaan, kunnen niet tot de conclusie leiden dat de borgtocht in particuliere hoedanigheid tot stand is gekomen. Dat kan evenmin op grond van de door [appellant] gestelde omstandigheid dat hij feitelijk op veel grotere afstand stond tot [bedrijf 1] dan [naam 1] . [appellant] had een meerderheidsbelang in [bedrijf 1] en kon als (mede)bestuurder zijn zeggenschap uitoefenen. Deze stellingen van [appellant] lijken erop neer te komen dat hij onvoldoende invulling gaf aan zijn verantwoordelijkheden, of niet van de hem toekomende bevoegdheden gebruik maakte. Dergelijke omstandigheden kan hij niet aan ABN AMRO c.s. tegenwerpen.

- 3.25. [appellant] stelt dat het financieringsarrangement door ABN AMRO c.s. met [naam 1] was afgesproken en dat dit buiten het gezichtsveld van [appellant] plaatsvond. Deze stelling faalt reeds op grond van de vaststelling (zie 3.12) dat de financieringsaanvraag aan [appellant] in zijn hoedanigheid van voorzitter de RvC ter goedkeuring is voorgelegd en het goedkeuringsbesluit op 29 oktober 2010 door hem is ondertekend. De stelling dat de financiering, met de daarbij behorende documentatie, buiten het gezichtsveld van [appellant] is gebleven, kan daarom niet als juist worden aanvaard.
- 3.26. [appellant] noemt in het kader van grief 2 een aantal trendbreuken die zich volgens hem in de financieringsrelatie hebben voorgedaan. Hij noemt dit wijzigingen in het hart van de financiering waardoor volgens hem het voortbestaan van de hele onderneming van en onder [bedrijf 1] in gevaar kwam. De door [appellant] genoemde trendbreuken betreffen het niet-opnemen van een verlengingsbepaling, het opnemen van verschillende aflossingsverplichtingen en veel strengere financiële voorwaarden voor [bedrijf 1] .
- 3.27. Het hof overweegt naar aanleiding daarvan het volgende. De voorliggende vraag is of de door [appellant] genoemde wijzigingen in de kredietvoorwaarden de gevolgtrekking kunnen rechtvaardigen dat de financiering niet (langer) behoorde tot de normale bedrijfsuitoefening van [bedrijf 1] en haar dochtervennootschappen. Evenals de rechtbank is het hof van oordeel dat dit niet het geval is. Dit wordt als volgt toegelicht.
- 3.28. Mede in het licht van de hiervoor bedoelde rechtspraak is allereerst van belang of [bedrijf 1] op het moment van de gestelde wijzigingen in de kredietvoorwaarden al of niet in zwaar weer verkeerde.
- 3.29. ABN AMRO c.s. hebben betwist dat dit het geval was, althans dat zij daarvan op de hoogte waren. Zij hebben erop gewezen dat ten tijde van de verhoging van de financiering in oktober 2010 en het verstrekken van de borgtocht op 4 november 2010 er voor hen geen aanwijzingen waren dat [bedrijf 1] niet aan haar aflossingsverplichtingen zou kunnen voldoen. Dat heeft [bedrijf 1] ABN AMRO c.s. pas in een bespreking van 3 december 2010 verteld en zij hebben vervolgens bij brief van 16 december 2010 om een toelichting gevraagd. ABN AMRO c.s. schrijven daarin dat zij met verbazing kennis hadden genomen van de mededeling van de zijde van [bedrijf 1] dat zij niet in staat was aan haar aflossingsverplichtingen te voldoen. Het dossier van [bedrijf 1] werd ten tijde van het verstrekken van de financiering niet bij de afdeling bijzonder beheer behandeld. Er was op dat moment volgens ABN AMRO c.s. ook geen aanleiding om maatregelen in die richting te treffen. Pas na de ondertekening van de borgtocht zijn ABN AMRO c.s. dus ervan op de hoogte gesteld dat [bedrijf 1] financiële problemen had.
- 3.30. Mede in het licht van dit verweer is het aan [appellant] om concreet duidelijk te maken wat de financiële situatie van [bedrijf 1] was op het moment van de kredietverstrekking, in hoeverre ABN AMRO c.s. daarvan op de hoogte waren, of hadden moeten zijn, en dat en waarom de door [appellant] gestelde wijzigingen in de kredietrelatie - naar hij stelt - tot gevolg zouden hebben dat de hele onderneming van en onder [bedrijf 1] in gevaar kwam. Dat heeft [appellant] niet gedaan. Hij bestrijdt niet gemotiveerd het betoog van ABN AMRO c.s. dat [bedrijf 1] ten tijde van de kredietverstrekking niet onder bijzonder beheer stond en er geen concrete maatregelen waren getroffen of in het vooruitzicht waren gesteld in verband met de financiële situatie van [bedrijf 1] . [appellant] maakt ook niet gemotiveerd duidelijk welke financiële problemen er toen waren en waaruit kan worden afgeleid

dat ABN AMRO c.s. daarvan op de hoogte waren of konden zijn. Ook ten aanzien van de door hem genoemde grootscheepse reorganisatie heeft hij niet voldoende concreet duidelijk gemaakt wanneer die is begonnen, wie daartoe heeft besloten, wat daarvan de gevolgen of risico's waren en dat dit voorafgaand aan het verstrekken van de borgtocht bij ABN AMRO c.s. bekend was of had moeten zijn.

3.31. Bij memorie van grieven betoogt [appellant] dat aanvankelijk in de kredietvoorwaarden een soepele verlengingsbepaling van kracht was op grond waarvan [bedrijf 1] het krediet kon verlengen zonder dat aan speciale geformuleerde criteria moest worden voldaan. Het was volgens [appellant] een kwestie van aanvragen en verlengen. Een verlengingsbepaling komt echter niet meer terug in de kredietvoorwaarden van 2010 (Trendbreuk I).

ABN AMRO c.s. bestrijden dit betoog van [appellant] bij memorie van antwoord. De mogelijkheid van het enkel aanvragen en verlengen van het krediet is volgens hen nooit aan de orde geweest. Dat volgt ook niet uit de tekst van de verlengingsbepaling in de eerdere kredietvoorwaarden. Daarin is geen automatische verlengingsmogelijkheid geregeld, maar is bepaald dat een verlengingsverzoek door alle banken dient te worden goedgekeurd. Die situatie is volgens ABN AMRO c.s. niet veranderd door het niet-opnemen van een verlengingsbepaling in de kredietvoorwaarden. Het krediet kon nog steeds op verzoek en met instemming van de banken worden verlengd. Ten aanzien van de aanvullende financiering met 15 miljoen gold, meer in het bijzonder, dat deze op 31 december 2010 diende te worden terugbetaald, zodat daarvoor ook geen verlengingsbepaling in de kredietvoorwaarden is opgenomen.

Bij pleidooi is [appellant] op dit verweer van ABN AMRO c.s. niet ingegaan.

3.32. Uit de tekst van de door [appellant] genoemde bepalingen volgt naar het oordeel van het hof niet dat [bedrijf 1], naar [appellant] stelt, het recht had op een (ongeclausuleerde) verlenging van de looptijd van het krediet. Het krediet wordt blijkens de tekst van de kredietvoorwaarden, naar ABN AMRO c.s. stellen, alleen verlengd als de kredietgevers daarmee instemmen. Daarmee heeft [appellant] onvoldoende gemotiveerd gesteld dat door het niet-opnemen van een verlengingsbepaling een wijziging in het hart van de kredietrelatie heeft plaatsgevonden. Bijkomende omstandigheden op grond waarvan dat wel zou kunnen worden aangenomen, zijn niet voldoende concreet gesteld of gebleken.

3.33. ABN AMRO c.s. betwisten verder dat de aflossingsverplichtingen van [bedrijf 1] dermate buitensporig en ongebruikelijk waren dat de financiering niet meer zou vallen onder een normale bedrijfsuitoefening of gebruikelijke gang van zaken. Daartoe voeren zij het volgende aan.

Een groot deel van de aflossingsverplichtingen betreft de tijdelijke uitbreiding van het krediet met een bedrag van 15 miljoen dat op 31 december 2010 diende te worden terugbetaald. Inherent aan deze tijdelijke kredietverschaffing was dat deze op korte termijn moest worden terugbetaald. In zoverre bevatten de kredietvoorwaarden dus geen nieuwe aflossingsverplichting. Wel is een aflossingsverplichting opgenomen van 750.000 per maand (vanaf 1 november 2010), respectievelijk 2 miljoen per maand (vanaf 1 januari 2011) op een totale lening van 240 miljoen. Volgens ABN AMRO c.s. is dergelijke aflossingsverplichting niet ongebruikelijk. Ook is het niet ongebruikelijk om in het kader van een kredietuitbreiding een aflossing te verhogen of de voorwaarden te herzien.

ABN AMRO c.s. bestrijden verder de stelling van [appellant] dat met artikel 7.3 van de Credit Agreement van 29 oktober 2010 een aflossingsverplichting is opgenomen van 130 miljoen. Deze bepaling regelt volgens hen dat als bepaalde bankgaranties zullen vervallen, de *exposure* onder de L/C Facility Commitment met een gelijk bedrag wordt verminderd. Als een dergelijk geval zich voordoet, is dus geen sprake van een aflossing. Deze bepaling leidt niet tot een aflossingsverplichting.

Evenmin is volgens ABN AMRO c.s. sprake van een ongebruikelijke aflossingsverplichting ten aanzien van de verkoop van [bedrijf 4]. Overeengekomen is dat de opbrengst van een desinvestering dient te worden aangewend ter aflossing van het krediet. Dat is een gebruikelijke voorwaarde. Uit deze bepaling volgt overigens geen aflossingsverplichting voor een bedrag van 50 miljoen, zoals [appellant] stelt. Een dergelijk bedrag wordt in de bepalingen in het geheel niet genoemd, aldus ABN AMRO c.s.

3.34.

Het hof is van oordeel dat ABN AMRO c.s. het gelijk aan hun zijde hebben. Uit de kredietvoorwaarden die [appellant] aanhaalt, gelezen binnen de context van de kredietrelatie als geheel, kan geen aflossingsverplichting van meer dan 130 miljoen (trendbreuk III), respectievelijk van meer dan 50 miljoen (trendbreuk IV) worden gelezen. De tekst van de kredietvoorwaarden biedt daarvoor geen enkel aanknopingspunt. De uitleg die ABN AMRO c.s. aan de kredietvoorwaarden geven is daarentegen wel met de tekst daarvan te verenigen. Die lezing houdt in dat een vrijval van bankgaranties leidt tot een verlaging van de *exposure* onder de kredietovereenkomst en dat de opbrengst van een desinvestering gebruikt dient te worden voor de aflossing van een uitstaand krediet. Dat zijn niet ongebruikelijke voorwaarden bij een bancaire financiering. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, kan niet worden aangenomen dat, naar [appellant] stelt, het voortbestaan van de hele onderneming van [bedrijf 1] door deze kredietvoorwaarden in gevaar werd gebracht.

- 3.35. In verband met de door hem gestelde trendbreuk III heeft [appellant] een bewijsverzoek op grond van artikel 843a Rv gedaan. Doordat zijn stellingen falen, wordt niet toegekomen aan bewijslevering. [appellant] heeft geen (gerechtvaardigd) belang bij de toewijzing van dit verzoek, zodat het wordt afgewezen.
- 3.36. [appellant] wijst er op (Trendbreuk II) dat het tot 29 oktober 2010 gebruikelijk was dat het krediet van [bedrijf 1] steeds werd verhoogd, zonder dat bijkomende aflossingsverplichtingen werden gesteld.
- 3.37. Met ABN AMRO c.s. acht het hof het opnemen van een aflossingsverplichting geen ongebruikelijke voorwaarde bij een wijziging van een bancaire krediet. Het enkel opnemen van een dergelijke verplichting, ook als dat niet eerder werd gedaan, betekent nog niet dat daardoor het einde van de bedrijfsuitoefening werd ingeluid, zoals [appellant] stelt. Hij heeft onvoldoende concreet en cijfermatig toegelicht dat en waarom in dit geval, vanwege de aflossingsverplichtingen, geconcludeerd moet worden dat de financiering niet meer zou vallen onder een normale bedrijfsuitoefening van de betrokken ondernemingen. [appellant] beperkt zich tot enkele stellingen, zoals dat het bedrijf zich in een zorgwekkende fase bevond en dat door opname van de draconische aflossingsbepalingen het uitzicht op overleven ernstig werd verminderd en praktisch geen reëel uitzicht op overleven meer bestond. Deze stellingen heeft [appellant] echter niet van een concrete onderbouwing voorzien. Mede gelet op het verweer van ABN AMRO c.s. en het feit dat ABN AMRO c.s. zijn doorgestaan met het verstrekken van aanvullende financieringen (zie 2.13) had dat wel op zijn weg gelegen. Daarmee falen deze stellingen.
- 3.38. ABN AMRO c.s. bestrijden verder dat het opnemen van de aan de kredietverlening verbonden financiële voorwaarden en ratios zou betekenen dat deze niet meer als een onderdeel van de normale bedrijfsuitoefening van deze vennootschappen kan worden aangemerkt. Bij een verhoging van een krediet is het volgens ABN AMRO c.s. niet ongebruikelijk dat strengere voorwaarden worden gesteld, die afhankelijk zijn van de reden waarvoor een krediet wordt verstrekt.
- 3.39. Op grond van hetgeen [appellant] heeft aangevoerd (trendbreuk V) kan het hof niet tot de conclusie komen dat de kredietverstrekking niet behoorde tot de normale uitoefening van het bedrijf van [bedrijf 1]. [appellant] noemt een aantal financiële eisen die bij de kredietverlening zijn gesteld. Hij noemt verschillen met voorwaarden die in het verleden van toepassing waren. De enkele constatering dat bepaalde eisen strenger zijn dan die in het verleden golden, betekent echter niet dat de kredietverstrekking zoals deze heeft plaatsgevonden niet als een onderdeel van de normale bedrijfsuitoefening van de betrokken vennootschappen kan worden aangemerkt. Alleen al doordat [appellant] niet duidelijk maakt of en in hoeverre de door ABN AMRO c.s. gestelde financiële voorwaarden afweken van hetgeen ten tijde van de kredietverstrekking bij bancaire krediet gebruikelijk was, is het hof niet in staat te beoordelen of de gestelde financiële voorwaarden in de gegeven omstandigheden te zwaar, of bijvoorbeeld niet-marktconform waren. Daarmee heeft [appellant] zijn stellingen onvoldoende gemotiveerd. Hij biedt het hof geen aanknopingspunten om tot het oordeel te kunnen komen dat de kredietverstrekking viel buiten hetgeen als onderdeel van de normale bedrijfsuitoefening kan worden aangemerkt.

3.40. De conclusie op grond van het voorgaande is dat het sluiten van de financieringsovereenkomst door [bedrijf 1] is geschied ter verkrijging van de voor de voortzetting en uitbreiding van de door de vennootschap en haar dochtervennootschappen gedreven ondernemingen redelijkerwijs benodigde liquiditeit en dus ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschappen. Niet kan worden aangenomen dat de borgtocht door ABN AMRO c.s. is gevraagd om een andere reden dan in verband met een verhoging van het krediet ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van [bedrijf 1]. [appellant] is de borgtocht als (indirect) bestuurder en (indirect) meerderheidsaandeelhouder (al dan niet tezamen met [naam 1]) ten behoeve van deze vennootschappen aangegaan. Daarvan uitgaande is [appellant] geen borg in particuliere hoedanigheid in de zin van artikel 7:857 e.v. BW. Dit betekent dat de grieven 1 en 2 niet tot vernietiging van het vonnis kunnen leiden.

Zorgplicht / onrechtmatige daad

3.41. De op ABN AMRO c.s. rustende zorgplicht jegens [appellant] als zakelijke borg hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de algemene en specifieke deskundigheid van beide partijen. De borgtocht is afgegeven met het oog op het krediet dat aan [bedrijf 1] is verstrekt. Het gaat om een normale financiering die is verstrekt met het oog op de voortzetting en uitbreiding van de door [bedrijf 1] en haar dochtervennootschappen gedreven ondernemingen redelijkerwijs benodigde liquiditeit. Een concernfinanciering als de onderhavige is een relatief eenvoudig product. Een ervaren bestuurder als [appellant] kan de risico's van het aangaan van een dergelijk krediet overzien. Vanwege de positie van [appellant] binnen [bedrijf 1] was het voor hem duidelijk voor welke mogelijke schuld hij zich borg stelde en tot welk bedrag hij als borg kon worden aangesproken. Daar komt bij dat [appellant] (indirect) bestuurder, (indirect) meerderheidsaandeelhouder en voorzitter was van de RvC van [bedrijf 1], zodat hij bekend was met de bedrijfsvoering daarvan, wist waarvoor het krediet werd gebruikt en bekend was met de daaraan eventueel verbonden risico's. ABN AMRO c.s. mochten in de gegeven omstandigheden op de gebruikelijke wijze met [appellant] communiceren (via (de secretaresses van) [bedrijf 1], zie 3.13), zij waren niet gehouden in verband met het aangaan van de borgtocht rechtstreeks contact met hem op te nemen en hoefden hem in de gegeven omstandigheden ook niet nader te informeren of te waarschuwen in verband met de risico's van de borgtocht. [appellant] heeft niet bestreden dat het verstrekken van een borgtocht voor een substantieel bedrag niet nieuw voor hem was. Hij had eerder voor een bedrag van 7,5 miljoen een borgtocht verstrekt aan Friesland Bank in verband met de financiering van [bedrijf 3]. Het standpunt van [appellant] dat ABN AMRO c.s. hun zorgplicht jegens hem als borg hebben geschonden, dat met name in het kader van grief 17, maar ook in verband met andere grieven is ingenomen, wordt verworpen.

3.42. [appellant] vordert voor het eerst in hoger beroep subsidiair dat ABN AMRO c.s. worden veroordeeld tot schadevergoeding voor een bedrag van ruim 8 miljoen uit hoofde van een schending van een zorgvuldigheidsverplichting, onrechtmatige daad of op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Het gevorderde bedrag is gelijk aan het bedrag dat [appellant] op grond van het vonnis waarvan beroep aan ABN AMRO c.s. is verschuldigd. Het hof zal [appellant] in deze vordering tot schadevergoeding niet-ontvankelijk verklaren, omdat [appellant] in eerste aanleg slechts gedaagde was en een eis in reconventie niet in hoger beroep kan worden ingesteld (artikel 353 lid 1 Rv).

3.43. Ook als deze vordering moet worden begrepen als een beroep op verrekening, slaagt deze niet. Hiervoor is vastgesteld dat ABN AMRO c.s. bij de totstandkoming van de borgtocht niet onrechtmatig jegens [appellant] hebben gehandeld of hun zorgplicht hebben geschonden. Een vordering tot schadevergoeding stuit daarop af. Verder geldt dat de vordering van ABN AMRO c.s. is gebaseerd op nakoming door [appellant] van zijn verplichtingen onder de borgtocht. Hetgeen hij aldus op grond van deze overeenkomst is verschuldigd kan niet als schade worden aangemerkt als gevolg van een onrechtmatige daad aan de zijde van ABN AMRO c.s. De rechtbank heeft in dit verband terecht overwogen dat [appellant] de door hem gestelde schade niet toereikend heeft toegelicht. Dat heeft hij in hoger beroep niet alsnog gedaan. Ook daarop stuit zijn vordering af.

Tussenconclusies: de grieven 1 tot en met 17 hebben geen succes

- 3.44. Hiervoor is al vermeld dat de grieven 1, 2 en 17 niet slagen.
- 3.45. Met grief 3 betoogt [appellant] dat geen borgtocht met ABN AMRO c.s. tot stand zou zijn gekomen. Het hof is hiervoor tot een andere conclusie gekomen. Daarmee faalt deze grief.
- 3.46. Aan de orde is gekomen in verband met welke verplichtingen van [bedrijf 1] [appellant] zich als borg jegens ABN AMRO c.s. heeft verbonden en welke documentatie op de kredietverstrekking van toepassing is. De borgtocht is daarmee voldoende bepaalbaar. Dit uitgangspunt wordt vergeefs door [appellant] bestreden met de grieven 4 en 11. Voor de rechtsgeldigheid van de borgtocht is niet nodig of vereist dat [appellant] de gewijzigde kredietovereenkomst heeft ondertekend of heeft geparafeerd. In de borgtocht staat duidelijk vermeld dat deze tot het daarin vermelde bedrag wordt verstrekt tot zekerheid van de gehele aan [bedrijf 1] verstrekte financiering, wijzigingen daaronder begrepen. Ook staat daarin duidelijk vermeld onder welke voorwaarden de borgtocht kan eindigen. De stelling dat onduidelijk is waarop de borgtocht betrekking heeft, dan wel dat [appellant] niet wist of kon weten welke kredietvoorwaarden van toepassing waren, moet als onjuist worden verworpen (zie ook 3.8 tot en met 3.15). Daarmee faalt ook grief 14.
- 3.47. Ook zijn de grieven 6 tot en met 9 vergeefs voorgesteld. Daarmee voert [appellant] vanuit verschillende invalshoeken aan dat hij onbekend was met de eerste acht paginas van de borgtocht. Die omstandigheid, zo al juist, staat niet aan een rechtsgeldige totstandkoming van de borgtocht in de weg (zie 3.15). Bij die stand van zaken heeft [appellant] geen belang bij toewijzing van zijn in dit verband gedane bewijsverzoek op grond van artikel 843a Rv (memorie van grieven 4.2.9.10). Grief 10, over de bewijskracht van het door [appellant] geschreven goedschrift, kan om dezelfde reden niet tot vernietiging van het bestreden vonnis leiden.
- 3.48. Voor zover [appellant] stelt dat de restschuld van [bedrijf 1] door betalingen is verminderd, is dat voor de beoordeling niet relevant. Zoals de rechtbank heeft overwogen, zijn ABN AMRO c.s. er vrij in te kiezen welke zekerheden zij als eerste wensen uit te winnen. Op het moment van het inroepen van de borgtocht was [bedrijf 1] in verzuim en hadden ABN AMRO c.s. een opeisbare vordering. [appellant] heeft, mede gelet op het verweer van ABN AMRO c.s. dat zij de door [appellant] gestelde betalingen niet heeft ontvangen en dat nog een restschuld resteert van ruim 180 miljoen (ten tijde van het nemen van de memorie van antwoord), dan wel 162,6 miljoen (ten tijde van de mondelinge behandeling in hoger beroep) onvoldoende concreet onderbouwd dat hij mogelijk onverschuldigd onder de borgstelling heeft betaald.
- 3.49. Grief 12 en 13 houden met de hiervoor genoemde grieven verband en hebben betrekking op de gegevens (waaronder de adresclausule) die door iemand anders dan [appellant] zijn ingevuld op de borgtocht. Deze grieven slagen niet (zie 3.16).
- 3.50. ABN AMRO c.s. hebben de brief van 14 januari 2011 (zie 2.12) gestuurd naar het adres dat in de borgtocht is vermeld. De rechtbank heeft terecht overwogen dat [appellant] niet aan ABN AMRO c.s. kan tegenwerpen dat zij dit adres hebben gebruikt om mededelingen te doen en dat het voor zijn rekening en risico komt als deze brief hem niet heeft bereikt. Of [appellant] daadwerkelijk niet wist welk adres in de borgtocht was vermeld, kan het hof niet vaststellen. Die omstandigheid is ook niet doorslaggevend. Als [appellant] niet zelf een adres in de borgtocht heeft ingevuld of een secretaresse heeft gevraagd een door hem gewenst adres te vermelden, heeft hij de mogelijkheid open gelaten en daarmee aanvaard dat een ander adres dan zijn huisadres zou worden ingevuld, in dit geval een adres dat was gelieerd aan de hoofdschuldenaar. ABN AMRO c.s. mochten op grond van de verklaringen en gedragingen van [appellant] gerechtvaardigd ervan uitgaan dat hij eventuele mededelingen op het in de borgtocht vermelde adres wilde ontvangen. De wijze waarop eventuele mededelingen door ABN AMRO c.s. konden worden gedaan, is daarmee door [appellant] bepaald, althans geldt dat in zoverre eventuele nadelige gevolgen van zijn gedragingen voor zijn eigen rekening komen. Dit betekent dat

ook als de brief van 14 januari 2011 [appellant] niet heeft bereikt, deze wel werking heeft gehad (artikel 3:37 lid 3 BW). Grief 15 slaagt niet.

3.51. Grief 16 heeft betrekking op het beroep van [appellant] op dwaling. Voor een geslaagd beroep op dwaling (artikel 6:228 BW) is nodig dat er weliswaar wilsovereenstemming is tussen partijen, maar dat daarbij komt vast te staan dat de wil van [appellant] zich heeft gevormd onder invloed van een verkeerde voorstelling van zaken. In dat verband voert [appellant] aan dat hij de inhoud van de borgtocht niet kende, noch bekend was met de gewijzigde kredietvoorwaarden. Verder stelt hij dat ABN AMRO c.s. geen contact met hem heeft gehad en hem niet heeft geïnformeerd over de toepasselijke kredietvoorwaarden en de wijzigingen daarin.

Hiervoor is aan de orde gekomen dat voldoende duidelijk is op welke verplichtingen de borgtocht betrekking heeft en welke kredietvoorwaarden voor [bedrijf 1] van toepassing waren. [appellant] was daarmee bekend, althans als zakelijk borg in zijn hoedanigheid van (indirect) bestuurder en (indirect) meerderheidsaandeelhouder van [bedrijf 1] werd hij geacht bekend te zijn met de financiering van [bedrijf 1]. Ten tijde van het aangaan van de borgtocht werd hij geacht op de hoogte te zijn van de kredietpositie op dat moment en ook van de binnen [bedrijf 1] relevante actualiteiten en vooruitzichten die deze kredietpositie verder zouden kunnen beïnvloeden. Hij wist dan ook, althans behoorde te weten, in verband waarmee de borgtocht werd aangegaan. ABN AMRO c.s. mochten ervan uitgaan dat [appellant] in zoverre van de relevante omstandigheden op de hoogte was en hen rustte in de gegeven omstandigheden geen verplichting hem daarover (nader) te informeren. Daarmee faalt reeds het beroep van [appellant] op dwaling. Voor zover [appellant] stelt dat hij is afgegaan op de informatie die [naam 1] als medeborg hem had verstrekt, blijven de gevolgen daarvan voor zijn eigen rekening. Die omstandigheid - zo al juist - staat aan een beroep op dwaling jegens ABN AMRO c.s. in de weg. Grief 16 slaagt niet.

3.52. Grief 5, waarmee [appellant] stelt dat de handelwijze van ABN AMRO c.s. met betrekking tot de totstandkoming van de borgtocht in strijd is met de goede zeden, wordt verworpen. De door hem gestelde omstandigheden zijn hiervoor aan de orde gekomen in het kader van de vraag of de borgtocht rechtsgeldig tot stand is gekomen en of ABN AMRO c.s. hun zorgplicht hebben geschonden. [appellant] noemt in het kader van grief 5 ook gebeurtenissen en ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan nadat hij de borgtocht op 4 november 2010 heeft ondertekend en ABN AMRO c.s. deze getekend retour heeft ontvangen (zie 3.6 en 3.13). De door hem genoemde omstandigheden hebben dus geen betrekking op de fase van de totstandkoming van de borgtocht. Reeds daarom faalt zijn beroep op nietigheid van de borgtocht. Ook overigens kunnen de door [appellant] aangevoerde omstandigheden deze verre gaande conclusie niet dragen.

Eiswijziging [appellant]

3.53. Bij akte van 23 juni 2020 heeft [appellant] zijn eis gewijzigd. Zijn vordering tot overlegging van stukken op grond van artikel 843a Rv heeft hij uitgebreid met een vordering op grond van artikel 6:143 BW tot overlegging van bewijsstukken die betrekking hebben op de (regres)vordering en alle nevenrechten.

3.54. ABN AMRO c.s. menen daartoe niet te zijn gehouden en verwijzen naar artikel 4 van de borgtocht. Met die bepaling heeft [appellant] afstand gedaan van zijn recht op subrogatie. [appellant] heeft inmiddels voldaan aan de veroordeling op grond van het vonnis waarvan beroep. Door die betaling onder de borgtocht heeft [appellant] volgens ABN AMRO c.s. geen regresvordering verkregen, omdat hij daarvan afstand heeft gedaan. Daarvan uitgaande heeft [appellant] volgens ABN AMRO c.s. geen belang bij het verkrijgen van stukken.

3.55. [appellant] is in zijn daarna genomen akte, noch tijdens de mondelinge behandeling gemotiveerd ingegaan op deze stellingen van ABN AMRO c.s. en op de tekst van artikel 4 van de borgtocht. Bij gebreke van een gemotiveerd verweer dient van de juistheid van het betoog van ABN AMRO c.s. te worden uitgegaan. Bij die stand van zaken heeft [appellant] onvoldoende toegelicht waarom hij belang

erbij heeft bewijsstukken te mogen ontvangen ten aanzien van de regresvordering (vordering III). Deze vordering zal dan ook worden afgewezen.

Vaststellingsovereenkomst

- 3.56. [appellant] stelt dat ABN AMRO c.s. onvoldoende of geen rekening hebben gehouden met zijn belangen en dat als gevolg daarvan, naar het hof begrijpt, in 2017 geen vaststellingsovereenkomst tussen hem en ABN AMRO c.s. tot stand is gekomen. De rechtbank is tot de conclusie gekomen dat [appellant] zelf niet akkoord is gegaan met de betaling van een door ABN AMRO c.s. voorgestelde afkoopsom van 5 miljoen en dat hij daarom naar de kern genomen - ABN AMRO c.s. niet kan verwijten dat geen vaststellingsovereenkomst tussen partijen tot stand is gekomen. Grief 18 is hiertegen gericht.
- 3.57. ABN AMRO c.s. stellen dat mr. T. Plas als advocaat optrad voor zowel [naam 1] als [appellant] in het kader van de onderhandelingen over de afkoop van de borgtocht. [appellant] heeft in juni 2017 verklaard en daarna nogmaals bevestigd dat hij bereid was het genoemde afkoopbedrag aan ABN AMRO c.s. te betalen. Eind juli 2017 heeft [appellant] echter aan mr. Plas laten weten een schikking niet te zullen nakomen. Mr. Plas heeft ABN AMRO c.s. daarvan op de hoogte gesteld en vervolgens is geen vaststellingsovereenkomst tussen partijen tot stand gekomen.
- 3.58. Met grief 18 bestrijdt [appellant] dat mr. Plas als advocaat voor hem optrad en verwijt hij ABN AMRO c.s. geen rechtstreeks contact met hem te hebben gehad over een minnelijke regeling. ABN AMRO c.s. hebben hem de mogelijkheid onthouden om te onderhandelen over zijn eigen positie, waardoor [appellant] stelt schade te hebben geleden.
- 3.59. Als productie 50 bij memorie van antwoord hebben ABN AMRO c.s. een schriftelijke verklaring overgelegd van mr. Plas. Daarin geeft hij een gedetailleerde beschrijving van zijn werkzaamheden in verband met het overleg over een minnelijke regeling tussen [appellant] en ABN AMRO c.s. Met deze verklaring bevestigt hij geheel de lezing van de feiten zoals die door ABN AMRO c.s. is gegeven. Volgens mr. Plas is hij op verzoek van [naam 1] en [appellant] in overleg gegaan met ABN AMRO c.s. ter afwikkeling van de door hen verschaftte persoonlijke zekerheden. [naam 1] heeft een regeling met ABN AMRO c.s. bereikt. [appellant] heeft mr. Plas aanvankelijk laten weten in te stemmen met een door ABN AMRO c.s. voorgestelde schikking. Er is vervolgens ook een concept voor een vaststellingsovereenkomst opgesteld en deze is aan [appellant] gegeven, maar eind juli 2017 werd mr. Plas door [appellant] gebeld met de mededeling dat hij niet langer bereid was bij te dragen aan een schikking met de banken. Een regeling is daarom niet tot stand gekomen.
- 3.60. Bij akte van 18 augustus 2020 heeft [appellant] gereageerd op deze verklaring van mr. Plas. De door mr. Plas beschreven feitelijk gang van zaken zoals die hiervoor is weergegeven, wordt door [appellant] niet gemotiveerd betwist. Hij volstaat met de opmerking dat hij het bericht van mr. Plas volledig voor diens rekening laat en zich daarin niet kan vinden. Daarmee zal het hof als onvoldoende gemotiveerd betwist uitgaan van de door ABN AMRO c.s. gegeven lezing van de feiten die inhoudt dat [appellant] zijn belangen door mr. Plas als advocaat liet behartigen. De stelling van [appellant] , die erop neerkomt dat ABN AMRO c.s. onrechtmatig jegens hem zouden hebben gehandeld door af te gaan op de mededelingen van mr. Plas en geen contact met hem op te nemen, ontbeert iedere grond. Vastgesteld moet worden dat - naar de rechtbank ook heeft geconcludeerd - [appellant] zelf ervoor heeft gekozen geen regeling met ABN AMRO c.s. te sluiten. Bij gebreke daarvan hebben ABN AMRO c.s. de vrijheid [appellant] onder de borgtocht aan te spreken. Grief 18 faalt.

Beëindigingsvoorwaarden van de borgtocht

- 3.61. Met grief 19 stelt [appellant] dat de rechtbank ten onrechte niet is ingegaan op zijn verweer dat in materiële zin ruimschoots aan de voorwaarden voor beëindiging van de borgtocht is voldaan.
- 3.62.

[appellant] heeft niet gemotiveerd gesteld dat de schuld van [bedrijf 1] vóór 31 december 2010 met 15 miljoen is verminderd (memorie van grieven onder 4.4.19.7). Hij erkent zelf dat die vermindering niet voor deze datum is gerealiseerd. De grief faalt dus.

Derogerende werking redelijkheid en billijkheid

3.63. De door [appellant] in verband met grief 20 gestelde feiten en omstandigheden, die hij ook in verband met de hiervoor verworpen grieven heeft aangevoerd, kunnen niet tot de conclusie leiden dat het beroep op de borgtocht in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, ook niet indien zij in samenhang worden gelezen met hetgeen [appellant] verder naar voren heeft gebracht. In het midden kan daarom blijven in hoeverre juist is wat [appellant] stelt. Op het voorgaande stuit ook de vordering tot schadevergoeding af die [appellant] baseert op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, wat daar verder ook van zij.

Positie Rabobank

3.64. Grief 21 ziet op de positie die Rabobank in deze procedure inneemt. Volgens [appellant] diende Rabobank door de rechtbank niet-ontvankelijk te worden verklaard in haar vorderingen, althans diende haar vordering te worden afgewezen, met kostenveroordeling.

3.65. Er is geen reden om Rabobank niet-ontvankelijk te verklaren in haar vordering. [appellant] heeft daarvoor geen toereikende grondslag aangevoerd.

3.66. De stelling van [appellant] dat de rechtbank aan Rabobank een executoriale titel heeft verschaft, berust op een onjuiste lezing van het bestreden vonnis. Het dictum van het vonnis bevat alleen veroordelingen die ten laste van [appellant] en ten gunste van ABN AMRO zijn uitgesproken.

3.67. De rechtbank heeft vastgesteld dat Rabobank materieel belanghebbende is naast ABN AMRO. Dat wordt door [appellant] niet gemotiveerd bestreden. ABN AMRO c.s. hebben primair gevorderd dat [appellant] aan ABN AMRO in de hoedanigheid van *security agent* dient te betalen. Die primaire vordering is door de rechtbank toegewezen. De juistheid van het oordeel dat het gevorderde bedrag op deze grond aan ABN AMRO kan worden toegewezen, wordt als zodanig niet door [appellant] bestreden en evenmin het oordeel van de rechtbank dat de toewijsbaarheid van de primaire vordering betekent dat niet meer wordt toegekomen aan de subsidiaire eis. Dit leidt tot de conclusie dat de rechtbank geen vordering van Rabobank heeft afgewezen en de subsidiaire eis ook in hoger beroep niet beoordeeld hoeft te worden. Bij die stand van zaken is er geen grond voor een proceskostenveroordeling ten laste van Rabobank. De grief faalt.

Wettelijke rente

3.68. Met grief 22 bestrijdt [appellant] dat hij wettelijke rente is verschuldigd vanaf 16 augustus 2015.

3.69. Onbestreden is dat ABN AMRO c.s. [appellant] bij brief van 16 juli 2015 tot betaling hebben aangeschreven met een betalingstermijn tot 16 augustus 2015. Op dat moment resteerde een restschuld van ruim 136 miljoen en is [appellant] onder de borgtocht aangesproken. [appellant] stelt deze brief pas in 2016 onder ogen te hebben gekregen. Hij meent daarom geen of niet eerder dan vanaf het moment van kennisname van de brief rente verschuldigd te zijn.

3.70. ABN AMRO c.s. hebben de brief van 16 augustus 2015 per koerier (DHL) aan het adres van [appellant] in [woonplaats] gestuurd. Zij hebben een uitdraai overgelegd uit het systeem van DHL waaruit volgt dat de zending op 17 juli 2015 is afgeleverd en door [naam 3] een handtekening voor ontvangst is gezet. Bij conclusie van antwoord heeft [appellant] de ontvangst van de brief bij gebrek aan wetenschap betwist. De brief die ABN AMRO c.s. aan hem zouden hebben gestuurd, met als

bijlage een kopie van de borgtocht, ontbreekt volgens [appellant] in zijn dossier. Mr. Van Beurden heeft vervolgens de brief met bijlagen opgevraagd bij mr. Plas, die optrad als advocaat van [naam 1] en [bedrijf 1]. ABN AMRO c.s. had namelijk een kopie van de brief aan [appellant] aan [naam 1] gestuurd. Van mr. Plas heeft mr. Van Beurden vervolgens op 13 juni 2016 de brief van 16 juli 2015 ontvangen met als bijlage de borgtocht.

3.71. Het hof stelt vast dat [appellant] niet heeft bestreden dat op 16 juli 2015 een brief naar zijn adres is gestuurd, aldaar op 17 juli 2015 is ontvangen en dat voor ontvangst is getekend door een zekere [naam 3]. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat op de afzender de stelplicht en bewijslast rust dat en op welke dag de geadresseerde een brief (op zijn laatst) heeft ontvangen (ECLI:NL:HR:2016:2704 en ECLI:NL:HR:2013:BZ4104). Dat hebben zij gedaan door de brief en een uitdraai uit het traceersysteem van DHL over te leggen. [appellant] heeft op zijn beurt de ontvangst daarvan onvoldoende gemotiveerd betwist. Hij ontkent als gezegd niet de juistheid van het gebruikte adres en stelt ook niet dat [naam 3] hem niet bekend is (hij schrijft zelfs dat het de heer [naam 3] is, antwoordakte 18 augustus 2020, onder 2.6, hoewel dat niet blijkt uit de gegevens van DHL). [appellant] voert slechts aan dat niet bewezen is welke zending is afgeleverd en dat het zeer wel mogelijk is dat de zending iets anders bevatte dan de brief van 16 juli 2015. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat dit een onvoldoende gemotiveerde betwisting van de stellingen van ABN AMRO c.s. is. Van [appellant] mag in de gegeven omstandigheden in het kader van de motivering van zijn betwisting worden verlangd dat hij voldoende aannemelijk maakt dat de aflevering niet zag op deze brief, maar op een ander stuk. Bij gebreke daarvan is voldaan aan het bepaalde in artikel 3:37 lid 3 BW en heeft de brief zijn werking gehad.

3.72. Met de brief van 16 juli 2015 is [appellant] in gebreke gesteld. Hij heeft niet binnen de gestelde termijn het verschuldigde aan ABN AMRO c.s. voldaan, zodat hij vanaf 16 augustus 2015 wettelijke rente is verschuldigd. Anders dan [appellant] stelt, hebben onderhandelingen over een mogelijke regeling geen schorsende werking ten aanzien van het verzuim of de verplichting tot betaling van wettelijke rente. Grief 22 is vergeefs voorgesteld.

Conclusie

3.73. Geen van de grieven van [appellant] heeft succes. Ook al het overige dat hij heeft aangevoerd kan - indien juist - niet leiden tot vernietiging van het bestreden vonnis en kan verder buiten bespreking blijven. De bewijsaanbiedingen hebben geen betrekking op voldoende concrete stellingen die, indien bewezen tot een ander oordeel in deze zaak dienen te leiden. De bewijsaanbiedingen zullen daarom als niet ter zake dienend worden gepasseerd.

Eisvermeerdering ABN AMRO c.s.

3.74. In hoger beroep vordert ABN AMRO vergoeding van de kosten die zij heeft gemaakt in verband met de uitoefening en het behoud van de rechten onder de borgtocht (zie 3.4). In artikel 14 van de borgtocht is bepaald: *All legal and other costs incurred by the Security Agent in order to exercise and retain its rights under this agreement shall be borne by the Surety.*

[appellant] heeft niet bestreden dat dit in de borgtocht is bepaald en dat ABN AMRO aanspraak kan maken op deze kosten. Evenmin bestrijdt [appellant] dat ABN AMRO kosten heeft gemaakt. Hij gaat ook niet in op de concrete bedragen die zijn gevorderd.

Het verweer van [appellant] dat geen wilsovereenstemming over de borgtocht is bereikt, dat hij niet of onvoldoende door ABN AMRO c.s. zou zijn geïnformeerd over de financieringsdocumentatie en dat hij niet alle stukken zou hebben gezien of hebben kunnen controleren, is hiervoor al besproken en verworpen. De borgtocht is geldig tot stand gekomen en ABN AMRO c.s. kunnen nakoming daarvan vorderen. Dat geldt ook voor hetgeen daarin is bepaald over de verschuldigdheid van kosten. Het beroep op matiging is niet door [appellant] gemotiveerd, zodat het reeds daarom faalt.

3.75.

Het voorgaande betekent dat de vordering van ABN AMRO tot een bedrag van 309.941,76 in beginsel toewijsbaar is. De ontvangen proceskostenveroordeling in eerste aanleg is al door ABN AMRO op de gevorderde kosten in mindering gebracht. Het hof zal hierna de proceskostenveroordeling in hoger beroep op de gebruikelijke wijze begroten aan de hand van de verschotten en het liquidatietarief. Deze tot aan de datum van dit arrest te begroten proceskosten zullen in mindering worden gebracht op het door ABN AMRO gevorderde bedrag. Wettelijke rente is gevorderd vanaf de datum van dit arrest en zal worden toegewezen.

Slotsom en kosten

De grieven falen. Het vonnis waarvan beroep zal worden bekrachtigd. [appellant] zal als in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in hoger beroep volgens het liquidatietarief. De in hoger beroep vermeerderde vordering ten bedrage van 309.941,76 zal eveneens worden toegewezen, onder aftrek van de in hoger beroep tot de datum van dit arrest begrote en toegewezen proceskosten, dat is 284.457,26 (309.941,76 (5.517,00 + 19.967,50)).

4 Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

verklaart [appellant] niet-ontvankelijk in zijn voor het eerst in hoger beroep in reconventie ingestelde vordering;

wijst de in hoger beroep gewijzigde vordering van [appellant] in alle onderdelen af;

veroordeelt [appellant] 284.457,26 aan ABN AMRO te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de datum van dit arrest tot aan de dag van algehele betaling;

veroordeelt [appellant] in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van ABN AMRO c.s. begroot op 5.517,00 aan verschotten, 19.967,50 voor salaris advocaat en op 163,00 voor nasalaris, te vermeerderen met 85,00 voor nasalaris en met de kosten van het betekeningsexploit, ingeval niet binnen veertien dagen is voldaan aan de bij dit arrest uitgesproken veroordeling(en) en betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en te vermeerderen met de wettelijke rente over de proceskosten, indien niet binnen veertien dagen na de datum van dit arrest dan wel het verschuldigd worden van de nakosten aan de proceskostenveroordeling is voldaan;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.F. Aalders, J.W. Hoekzema en A.H. de Regt en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 10 mei 2022.