

ECLI:NL:HR:2016:543

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	01-04-2016
Datum publicatie	01-04-2016
Zaaknummer	15/02337
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2015:2353, Gevolgd
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	Borgtocht; dwaling. Bijzondere zorgplicht van banken jegens particuliere borg (HR 1 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7632, NJ 1991/759). Komt dwaling omtrent beëindiging faillissement hoofdschuldenaar voor rekening van de borg? Art. 6:228 BW. Uitsluitend toekomstige gebeurtenis?
Wetsverwijzingen	Burgerlijk Wetboek Boek 7 Burgerlijk Wetboek Boek 7 857
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR 2016/949 JWB 2016/131 AR 2016/970 NJB 2016/760 NJ 2016/190 RvdW 2016/441 RI 2016/54 RAV 2016/62 RCR 2016/56 RF 2016/70 JOR 2016/213 met annotatie van Mr. G.J.L. Bergervoet TvPP 2016, afl. 4, p. 102 INS-Updates.nl 2016-0159

Uitspraak

1 april 2016

Eerste Kamer

15/02337

LZ/EE

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

[verzoeker],

wonende in [woonplaats],

VERZOEKER tot cassatie,

advocaat: mr. J. den Hoed,

t e g e n

1. ARUBA BANK N.V.,
 2. ISLAND FINANCE ARUBA N.V.,
- beide gevestigd in Aruba,
VERWEERSTERS in cassatie,
niet verschenen.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [verzoeker] en Aruba Bank c.s.

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak A.R. no. 463 en 464 van 2011 van het gerecht in eerste aanleg van Aruba, van 17 augustus 2011, 16 januari 2013 en 4 december 2013;
- b. het vonnis in de zaak AR 463/11 en 464/11 - ghis 69997 en 69998 - H 321/14 en H 321A/14 van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba van 24 februari 2015.

Het vonnis van het hof is aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het vonnis van het hof heeft [verzoeker] beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Aruba Bank c.s. hebben geen verweerschrift ingediend.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J. Spier strekt tot vernietiging van het bestreden vonnis en tot verwijzing ter verdere behandeling en beslissing.

3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- i) [betrokkene] (hierna: [betrokkene]) is bij vonnis van 19 november 2009 op verzoek van Aruba Bank c.s. in staat van faillissement verklaard. [betrokkene] heeft hoger beroep tegen dit vonnis ingesteld.
- ii) Tussen enerzijds Aruba Bank c.s. als schuldeisers van [betrokkene] en anderzijds [verzoeker] als borg is op 19 april 2010 een overeenkomst van borgtocht gesloten. Daarin heeft [verzoeker] zich als borg voor [betrokkene] verbonden tot betaling van (in totaal) Afl. 52.959,87 aan Aruba Bank c.s. In de overeenkomst is onder meer vermeld dat [verzoeker] ervan op de hoogte is dat [betrokkene] in staat van faillissement verkeert en dat er tegen de faillietverklaring hoger beroep is ingesteld.
- iii) Op 20 april 2010 is de faillissementszaak in hoger beroep geroyeerd.
- iv) Bij brieven van 19 september 2011 aan Aruba Bank c.s. heeft de advocaat van [verzoeker] de vernietiging van de borgtocht ingeroepen wegens dwaling.

3.2.1 In dit geding vorderen Aruba Bank c.s. op grond van de borgtocht in conventie betaling door [verzoeker] van in totaal Afl. 52.959,87 in hoofdsom. Voor zover in cassatie van belang, vordert [verzoeker] in reconventie een verklaring voor recht dat de overeenkomst van borgtocht rechtsgeldig buitengerechtigd is vernietigd, althans dat het beroep van Aruba Bank c.s. op de borgtocht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Het gerecht heeft de vorderingen van Aruba Bank c.s. in conventie afgewezen en in reconventie voor recht verklaard dat de borgstellingsovereenkomst door [verzoeker] rechtsgeldig buitengerechtigd is vernietigd.

3.2.2 Het hof heeft, met vernietiging van het vonnis van het gerecht, de vorderingen van Aruba Bank c.s. alsnog toegewezen en die van [verzoeker] afgewezen. Daartoe overwoog het hof als volgt:

"2.3 Het GEA heeft overwogen dat sprake is van wederzijdse dwaling, nu alle partijen bij de borgtocht zijn uitgegaan van de verkeerde veronderstelling dat het faillissement van [betrokkene] nog kon en zou worden afgewend doordat het verzoek tot faillietverklaring op 20 april 2010 zou worden ingetrokken.

Om de volgende – samenhangende – redenen verenigt het Hof zich niet met deze overweging.

a. De door het GEA omschreven veronderstelling is voor [verzoeker] verbonden met de gedachte dat hij door de borgtocht aan te gaan zou bijdragen aan de afwending van het faillissement van [betrokkene], zodat [betrokkene] een lucratieve bouwovereenkomst zou kunnen aangaan en aldus in een zodanige financiële positie zou komen te verkeren dat Aruba Bank c.s. [verzoeker] niet zouden aanspreken als borg. Voor Aruba Bank c.s. is de veronderstelling echter juist verbonden met de gedachte dat zij zouden bewilligen in een afwending van het faillissement, omdat zij, indien nodig, [verzoeker] juist wel zouden kunnen aanspreken als borg. Daarom is geen sprake van "dezelfde" veronderstelling in de zin van art. 6:228 sub c BW.

b. Voor zover de door het GEA omschreven veronderstelling inhoudt dat het faillissement van [betrokkene] nog kon worden afgewend, is niet aannemelijk dat deze veronderstelling onjuist was. Het is het Hof niet duidelijk hoe het komt dat de faillissementszaak in hoger beroep is geroyeerd (of doorgehaald). Indien Aruba Bank c.s. op 20 april 2010 niet meer wensten dat [betrokkene] failliet werd verklaard, hadden zij (eenparig met [betrokkene]) het Hof kunnen verzoeken het door het GEA uitgesproken faillissementsvonnis te vernietigen. Het had voor de hand gelegen dat het Hof dan overeenkomstig een dergelijk eenparig verzoek zou hebben beslist. Gesteld noch gebleken is dat er derden waren betrokken die het faillissement wel wilden doorzetten.

c. Voor zover de door het GEA omschreven veronderstelling inhoudt dat het faillissement van [betrokkene] nog zou worden afgewend, is sprake van een uitsluitend toekomstige gebeurtenis in de zin van art. 6:228 lid 2 BW, zodat daarop de vernietiging niet kan worden gegrond.

2.4 Ter beoordeling staat of de buitengerechtelijke vernietigingsverklaringen rechtsgevolg hebben gehad, omdat sprake is van dwaling die erin bestaat dat [verzoeker] zich een te positieve voorstelling van zaken maakte omtrent de financiële positie van [betrokkene], zoals [verzoeker] heeft aangevoerd en Aruba Bank c.s. hebben betwist.

[verzoeker] heeft op zichzelf terecht aangevoerd dat een dwaling van degene die als borg een borgtocht aangaat, in beginsel daarin kan bestaan dat hij zich een verkeerde voorstelling maakt omtrent de financiële positie van de hoofdschuldenaar. Evenwel geldt dat het antwoord op de vraag of een dergelijke dwaling in een concreet geval voor rekening van de dwalende behoort te blijven, afhangt van de omstandigheden van het geval.

2.5 In het onderhavige geval staat vast dat [verzoeker] wist dat [betrokkene] reeds in eerste aanleg failliet was verklaard. Voorts heeft hij niet betwist dat hij een ervaren zakenman is. Hij heeft aangevoerd dat [betrokkene] hem heeft gezegd dat [betrokkene], indien het faillissement zou worden beëindigd, op korte termijn een lucratieve bouwovereenkomst zou aangaan met Retraco. [verzoeker] heeft niet gesteld dat Aruba Bank c.s. hem iets hebben voorgespiegeld over een bouwovereenkomst met Retraco en ook niet dat [verzoeker] de mededelingen van [betrokkene] over een dergelijke bouwovereenkomst heeft gecontroleerd voordat hij de borgtocht aanging. Gelet hierop behoort in dit geval, indien [verzoeker] zich bij het aangaan van de borgtocht een te positieve voorstelling van zaken heeft gemaakt omtrent de financiële positie van [betrokkene], die dwaling voor rekening van [verzoeker] te blijven.

Indien [betrokkene] de conceptovereenkomst van borgtocht aan [verzoeker] heeft voorgelegd en hem heeft verzocht geen bedenktijd te gebruiken, en indien Aruba Bank c.s. zich niet hebben bemoeid met de wijze waarop [betrokkene] de conceptovereenkomst van borgtocht aan [verzoeker] heeft voorgelegd, zijn die omstandigheden onvoldoende voor een ander oordeel.

Daarom hebben de buitengerechtelijke vernietigingsverklaringen geen rechtsgevolg gehad en zal het Hof ook zelf de borgtocht niet vernietigen. Voornoemde omstandigheden brengen ook mee dat het beroep van Aruba Bank c.s. op de borgtocht niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.”

3.3 De onderdelen I en II van het middel zijn gericht tegen het oordeel in de rov. 2.4 en 2.5 dat op grond van de aldaar vermelde omstandigheden het beroep van [verzoeker] op dwaling faalt, en dat die omstandigheden ook meebrengen dat het beroep van Aruba Bank c.s. op de borgtocht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is.

Naar de kern genomen klagen de onderdelen dat het hof ten onrechte, althans onvoldoende gemotiveerd, is voorbijgegaan aan het beroep van [verzoeker] op de bijzondere zorgplicht die bij het aangaan van de onderhavige borgtocht op Aruba Bank c.s. rustte, en aan de door [verzoeker] in dat verband (en in verband met zijn beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid) gestelde omstandigheden.

3.4.1 Bij de beoordeling van deze klachten dient tot uitgangspunt dat – ook naar het recht van het land Aruba en (tot 10 oktober 2010) van de toenmalige Nederlandse Antillen – een professionele kredietverstrekker een bijzondere zorgplicht heeft jegens een particuliere borg, die ertoe strekt te verzekeren dat laatstgenoemde zich bewust is van de risico's die hij aangaat door zich borg te stellen voor de schuld van een derde. De invulling van deze zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. Daartoe behoort de aard van de relatie tussen de beoogde borg en de schuldenaar. (HR 1 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7632, NJ 1991/759 (Van Lanschot/Bink)).

3.4.2 De gedingstukken laten geen andere conclusie toe dan dat [verzoeker] de borgtocht is aangegaan als natuurlijk persoon die noch handelde in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, noch ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van een naamloze of besloten vennootschap waarvan hij bestuurder is (vgl. art. 7:857 BW, dat vergelijkbaar is met het thans

geldende art. 7:857 Arubaans BW en het tot 10 oktober 2010 geldende art. 7:857 BW van de Nederlandse Antillen). Voorts staat vast dat Aruba Bank c.s. professionele financiële instellingen zijn.

Daarvan uitgaande geeft het oordeel van het hof blijk van een onjuiste rechtsopvatting, voor zover daarin besloten ligt dat Aruba Bank c.s. jegens [verzoeker] geen bijzondere zorgplicht hadden als hiervoor in 3.4.1 bedoeld. Een particuliere borg heeft immers bescherming tegen eigen ondoordachtheid bij het aangaan van een overeenkomst waarvan de financiële gevolgen vooralsnog uitblijven maar die, als zij zich voordoen, een zware last plegen te vormen (zie de MvT bij art. 7:857 BW, Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3, 5 en 6), p. 444).

De omstandigheid dat de borgtocht is aangegaan door een particulier die – zoals het hof ten aanzien van [verzoeker] oordeelde – “een ervaren zakenman” is, maakt dit niet anders.

3.4.3 Voor zover het hof wel van voormelde bijzondere zorgplicht is uitgegaan, is zijn oordeel in rov. 2.5 dat de dwaling van [verzoeker] voor zijn rekening moet blijven, onvoldoende gemotiveerd in het licht van de in het cassatieverzoekschrift (onder 1.9–1.10 en 1.51) vermelde stellingen die [verzoeker] in de feitelijke instanties heeft aangevoerd.

Deze stellingen komen op het volgende neer:

- Aruba Bank c.s. zijn niet zelf in contact getreden met [verzoeker] om de overeenkomst van borgtocht aan te gaan, maar hebben dat overgelaten aan [betrokkene], met het risico dat [betrokkene] een rooskleuriger voorstelling van zaken zou geven dan gerechtvaardigd was;
- Aruba Bank c.s. wisten dat (destijds) een vriendschapsband en vertrouwensrelatie tussen [betrokkene] en [verzoeker] bestond;
- [betrokkene] is in de avond van 19 april 2010 bij [verzoeker] thuis gekomen en heeft gezegd dat het faillissement de volgende dag met instemming van Aruba Bank c.s. kon worden opgeheven indien [verzoeker] zich borg stelde voor de schuld van [betrokkene] jegens Aruba Bank c.s., en dat [betrokkene] dan in staat zou zijn een lucratieve bouwovereenkomst te sluiten waardoor hij voor 1 juli 2010 Aruba Bank c.s. zou kunnen afbetalen, zodat [verzoeker] niet als borg zou worden aangesproken;
- [betrokkene] heeft die avond een vooraf (door de gezamenlijke advocaat van [betrokkene] en Aruba Bank c.s.) opgestelde akte van borgtocht ter ondertekening aan [verzoeker] voorgelegd, en heeft [verzoeker] geen bedenktijd geboden omdat de volgende ochtend de zitting zou plaatsvinden waarin volgens [betrokkene] het faillissement kon worden beëindigd vanwege de borgtocht;
- [verzoeker] is door de vriendschaps- en vertrouwensband bewogen [betrokkene] te hulp te schieten met de borgtocht;
- [verzoeker] is een ‘self made man’ die niet juridisch onderlegd is en geen verstand van faillissementen heeft.

In het licht van deze stellingen is de omstandigheid dat [verzoeker] wist dat [betrokkene] failliet was verklaard en dat dit feit tevens uitdrukkelijk in de akte van borgtocht was vermeld (overigens met de toevoeging dat hoger beroep was ingesteld), onvoldoende om te oordelen dat [verzoeker] in voldoende mate was gewaarschuwd voor de risico’s van de onderhavige borgtocht.

3.4.4 De op het voorgaande gerichte klachten van de onderdelen I en II zijn gegrond. De onderdelen behoeven voor het overige geen behandeling.

3.5 Onderdeel III klaagt onder meer over het oordeel van het hof in rov. 2.3, onder c, dat voor zover aan de dwaling ten grondslag ligt de veronderstelling dat het faillissement van [betrokkene] nog zou worden afgewend, sprake is van een uitsluitend toekomstige gebeurtenis in de zin van art. 6:228 lid 2 Arubaans BW, zodat daarop de vernietiging niet kan worden gegrond.

Volgens de klacht miskent het hof dat [verzoeker] zijn beroep op dwaling (mede) gegrond heeft op een onjuiste voorstelling van zaken betreffende omstandigheden die naar de voorstelling van partijen, althans van [verzoeker] zelf, ten tijde van het sluiten van de overeenkomst aanwezig waren. De stellingen van [verzoeker] komen immers erop neer dat hij vanwege de tekortschietende voorlichting omtrent de risico's van de onderhavige borgtocht, is uitgegaan van een onjuiste voorstelling van zaken omtrent de kans dat hij als borg zou worden aangesproken, omdat hij ervan uitging dat door het aangaan van de borgtocht het faillissement van [betrokkene] zou worden beëindigd (waardoor deze in een zodanig betere financiële situatie zou komen te verkeren dat [verzoeker] niet als borg behoefde te worden aangesproken).

Zoals de Hoge Raad in rov. 3.3 van het arrest Van Lanschot/Bink heeft geoordeeld, kan een borgstellingsovereenkomst wegens dwaling vernietigbaar zijn, wanneer de borg bij het vormen van zijn oordeel omtrent de kans dat hij tot nakoming zal worden verplicht, is uitgegaan van een zodanig verkeerde voorstelling van zaken dat hij, zou hij een juiste voorstelling hebben gehad, niet bereid zou zijn geweest de borgtocht te verlenen. De klacht is derhalve gegrond.

3.6 De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het vonnis van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van 24 februari 2015;

wijst het geding terug naar dat hof ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Aruba Bank c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verzoeker] begroot op € 845,07 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president F.B. Bakels als voorzitter en de raadsheren C.A. Streefkerk, G. de Groot, M.V. Polak en T.H. Tanja-van den Broek, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer G. de Groot op 1 april 2016.