

ECLI:NL:GHDHA:2017:15

| | |
|----------------------|---|
| Instantie | Gerechtshof Den Haag |
| Datum uitspraak | 17-01-2017 |
| Datum publicatie | 17-01-2017 |
| Zaaknummer | 200.184.298 |
| Rechtsgebieden | Verbintenissenrecht |
| Bijzondere kenmerken | Hoger beroep |
| Inhoudsindicatie | Borgtocht, toestemming echtgenoot (artikel 1:88 BW). Behoort de rechtshandeling waarvoor de zekerheid is verstrekt, tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van het bedrijf van de borg plegen te worden verricht? |
| Vindplaatsen | Rechtspraak.nl |

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.184.298/01

Zaaknummer rechtbank : C/10/358484 / HA ZA 10-2164

arrest van 17 januari 2017

inzake

1 [appellant],

wonend te Antwerpen, België,

2. [appellante],

wonend te Brecht, België,

appellanten,

hierna te gezamenlijk noemen: [appellanten], en ieder afzonderlijk: [appellant], respectievelijk [appellante].

advocaat: mr. J.M. Molkenboer te Tilburg,

tegen

de rechtspersoon naar het recht van British Virgin Islands

Bigfoot Ventures Limited,

gevestigd te Hong Kong,

geïntimeerde,

hierna te noemen: Bigfoot,

advocaat: mr. D. Dronkers te Roermond.

Het verloop van het geding

- 1.1 Bij exploit van 12 januari 2016 zijn [appellanten] in hoger beroep gekomen van de door de rechtbank Rotterdam van 6 januari 2016 tussen partijen gewezen vonnissen van 24 augustus 2011, 21 september 2011, 14 november 2012, 11 maart 2015 en 6 januari 2016. Bij memorie van grieven hebben [appellanten] zeven grieven tegen die vonnissen aangevoerd en toegelicht en producties overgelegd.
- 1.2 Bij memorie van antwoord heeft Bigfoot onder overlegging van producties de grieven bestreden.
- 1.3 Vervolgens hebben partijen op 4 oktober 2016 de zaak doen bepleiten, [appellanten] door mr. Van der Ven, advocaat te Tilburg, en Bigfoot door mr. Dronkers voornoemd, aan de hand van overgelegde pleitnotities. Beide partijen hebben bij deze gelegenheid producties in het geding gebracht. Van de zitting is proces-verbaal opgemaakt.
- 1.4 Ten slotte is arrest gevraagd op het voor het pleidooi ingediende kopiedossier.

2 Beoordeling van het hoger beroep

- 2.1 De rechtbank heeft in het bestreden vonnis van 24 augustus 2011 onder 2.1 een aantal feiten vastgesteld. Daartegen zijn geen grieven gericht of bezwaren ingebracht, zodat ook het hof van die feiten zal uitgaan.
- 2.2 Het gaat in deze zaak om het volgende.
 - i) Bigfoot Entertainment Limited (hierna: Bigfoot Entertainment) heeft in januari 2006 met Digidance B.V. een leningovereenkomst (*Secured Convertible Loan Agreement*) gesloten, waarbij aan Digidance een lening is verstrekt van € 750.000,-. Ter meerdere zekerheid voor de terugbetaling is door Digidance B.V. ten behoeve van Bigfoot Entertainment een pandrecht gevestigd op de intellectueel eigendomsrechten van Digidance B.V.
 - ii) Op 8 april 2008 heeft Bigfoot Entertainment een aanvullende lening (*Loan Agreement*) van € 100.000,- aan Digidance B.V. verstrekt.
 - iii) [appellant], de indirect bestuurder en (indirect) aandeelhouder van Digidance B.V., heeft op 20 januari 2006 en 9 april 2008 garanties ("garantees") gesteld voor de terugbetaling van deze leningen.
 - iv) Op 23 juli 2008 heeft Bigfoot Entertainment haar vorderingen op Digidance B.V. uit hoofde van de beide leningovereenkomsten gecedeerd aan Bigfoot.
 - v) Digidance B.V. is op 17 maart 2009 in staat van faillissement komen te verkeren.
 - vi) [appellante], de ex-echtgenote van [appellant], heeft bij brief van 18 september 2009 de vernietigbaarheid van de door [appellant] afgegeven borgtochten ingeroepen op grond van artikel 1:88 jo. 1:89 BW.

- 2.3 Bigfoot heeft in deze procedure primair een verklaring voor recht gevraagd dat [appellant] geen toestemming nodig had van zijn toenmalige echtgenote [appellante] om zich borg te kunnen stellen voor de leningen. Voorts heeft zij betaling van [appellant] gevorderd van een bedrag van € 888.752,07 uit hoofde van de garantievereenkomsten. Subsidiar heeft Bigfoot een verklaring voor recht gevorderd dat [appellant] onrechtmatig heeft gehandeld door te verzwijgen dat hij was getrouwd, met veroordeling van [appellant] tot vergoeding van de schade die daaruit voortvloeit. Daarnaast heeft Bigfoot een verklaring voor recht gevraagd dat [appellant] onrechtmatig heeft gehandeld door de uitoefening van het pandrecht te belemmeren, met veroordeling [appellant] tot vergoeding van de schade die daaruit voortvloeit.
- 2.4 De rechtbank heeft geoordeeld dat sprake was van borgtocht ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van [appellant] en heeft voor recht verklaard dat daarvoor geen toestemming van [appellante] nodig was. Zij heeft [appellant] veroordeeld tot betaling van een bedrag van € 841.270,84 en heeft [appellanten] veroordeeld in de kosten van de procedure. Voor het overige zijn de vorderingen van Bigfoot afgewezen.
- 2.5 In hoger beroep hebben [appellanten] geconcludeerd tot vernietiging van de bestreden vonnissen en tot afwijzing van de vorderingen van Bigfoot. Bigfoot heeft geconcludeerd tot bekrachtiging van de bestreden vonnissen.
- 2.6 De grieven van [appellanten] lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Zij zijn gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat sprake is van een borgtocht ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van [appellant]. Volgens [appellanten] is dat niet het geval en was daarom toestemming van [appellante] vereist.
- 2.7 Partijen zijn het erover eens dat de vraag of [appellante] toestemming diende te verlenen aan de borgtocht wordt beheerst door het Nederlandse recht. Artikel 1:88 lid 1 aanhef en sub c BW bepaalt dat een echtgenoot toestemming dient te verlenen aan een overeenkomst die ertoe strekt dat de andere echtgenoot, anders dan in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf, zich als borg verbindt. Op grond van artikel 1:88 lid 5 BW is toestemming niet vereist indien de echtgenoot die zich als borg verbindt een bestuurder van een B.V. is die alle (of de meerderheid van de) aandelen houdt, mits de borgtocht geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap.
- 2.8 Partijen twisten over de vraag of [appellant] de borgtocht verstrekke ten behoeve van de normale uitoefening van zijn bedrijf. Op grond van rechtspraak van de Hoge Raad is alleen dan geen toestemming van de andere echtgenoot vereist indien de rechtshandeling waarvoor de zekerheid wordt verstrekt, zelf behoort tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van een bedrijf plegen te worden verricht.
- 2.9 [appellanten] hebben het volgende aangevoerd.
- [appellant] heeft samen met twee compagnons het muzieklabel Digidance opgezet. Zij hebben hun activiteiten ondergebracht in Digidance B.V. In 2005 gingen de zaken bij Digidance B.V. slecht en was de onderneming bijna failliet; de twee compagnons van [appellant] hebben toen de onderneming verlaten. [appellant] heeft zich onder meer tot de Rabobank gewend voor aanvullende financiering, maar dat heeft tot niets geleid.
 - In 2005 is [appellant] in contact gekomen met Gleissner, de eigenaar van Bigfoot Entertainment en Bigfoot. Gleissner was geïnteresseerd in de muziekindustrie en was bereid aanzienlijk in Digidance B.V. te investeren. Vooruitlopend op de leningovereenkomst van 20 januari 2006 heeft Bigfoot Entertainment eind 2005 al een bedrag van € 75.000,- verstrekt zodat Digidance B.V. aan een aantal dringende verplichtingen kon voldoen. Vervolgens heeft er begin 2006 een uitgebreid due diligence onderzoek plaatsgevonden en heeft Bigfoot Entertainment eind januari 2006 een bedrag van € 425.000,- verstrekt waarmee het rekening-courant krediet bij de Rabobank is afgelost.
 - Het was de bedoeling dat Bigfoot Entertainment substantieel zou investeren in Digidance B.V. en niet slechts als financier zou optreden. Dit blijkt onder meer uit het feit dat het geen reguliere geldleningen betroffen, maar converteerbare leningen waardoor Bigfoot Entertainment mede-eigenaar van Digidance zou kunnen worden.

- 2.10 Bigfoot heeft gesteld dat sprake was van financiering in het kader van de normale uitoefening van het bedrijf van Digidance B.V. Mede naar aanleiding van het businessplan uit januari 2006 heeft Bigfoot Entertainment besloten leningen te verstrekken. Digidance B.V. had in de jaren daarvoor weliswaar zware verliezen geleden, maar de verwachtingen voor de toekomst waren positief. Dit blijkt ook uit het feit dat de door Bigfoot Entertainment uitgevoerde due diligence geen belemmering vormde om tot financiering over te gaan. De bedoeling van de leningovereenkomsten was het versterken van de balans van Digidance B.V., het vergroten van het werkkapitaal en het verminderen van kortlopende schulden. Dit is gangbare financiering; de liquiditeit van Digidance werd vergroot en er kon uitbreiding van het bedrijf en werkkapitaal plaatsvinden.
- 2.11 Voor de beoordeling van het voorliggende geschilpunt acht het hof de volgende omstandigheden van belang.
- 2.11.1 Vast staat dat de financiële situatie van Digidance B.V. in 2005 en ten tijde van het sluiten van de leningen slecht was. Zo blijkt uit de jaarstukken van 2005 dat Digidance B.V. dat jaar een negatief resultaat had van € 362.820,- na belastingen en dat haar eigen vermogen per 31 december 2005 € 1.034.716,- negatief bedroeg. Eind 2005 had Digidance B.V. een bedrag van € 122.316,- aan langlopende schulden en een bedrag van € 1.706.373,- aan kortlopende schulden uitstaan. Onder verwijzing naar het businessplan uit die periode heeft Bigfoot weliswaar bepleit dat het ten tijde van het sluiten van de leningen goed ging met Digidance B.V., maar deze stelling wordt verworpen. Uit dat plan blijkt immers slechts dat [appellant] en Bigfoot Entertainment een (meer) rooskleurige toekomst voor Digidance B.V. voorzagen. Anders dan Bigfoot aanvoert, is het hof van oordeel dat Bigfoot Entertainment geacht moet worden volledig op de hoogte te zijn geweest van de financiële situatie van Digidance B.V. ten tijde van het verstrekken van de leningen. Bigfoot heeft immers begin januari 2006 een uitvoerig due diligence onderzoek laten uitvoeren naar de (financiële) situatie van Digidance B.V.
- 2.11.2 Digidance B.V. heeft zich in 2005 voor financiering tot de Rabobank gewend, maar deze was – anders dan Bigfoot aanvoert – niet bereid Digidance B.V. toereikend te financieren. Het voorstel van de Rabobank van 2 augustus 2005 hield immers in dat Digidance B.V. eerst schulden ter hoogte van ruim € 1,4 miljoen zou aflossen, waarna Rabobank bereid was Digidance een rekening-courantkrediet van € 250.000,- te verstrekken en een lening van € 50.000,-.
- 2.11.3 Uit de leningovereenkomst van 20 januari 2006 blijkt dat deze lening bestemd was voor (1) de aflossing van opeisbare vorderingen, (2) de aflossing van het rekening-courant krediet bij de Rabobank en (3) de financiering van de uitbreiding van de onderneming. Uit de leningovereenkomst van 8 april 2008 blijkt dat de lening was bedoeld voor het aflossen van opeisbare vorderingen. Bigfoot heeft niet voldoende gemotiveerd weersproken dat de leningen feitelijk grotendeels zijn aangewend voor het aflossen van vorderingen en het Rabobank krediet.
- 2.11.4 De leningovereenkomsten zijn naar hun aard niet te beschouwen als overeenkomsten waarbij een "gewoon" bedrijfsmatig krediet werd verstrekt. In dit verband acht het hof van belang de omvang van de te verstrekken leningen ten opzichte van het eigen kapitaal van Digidance B.V. en de omstandigheid dat de leningen waren verstrekt onder de voorwaarde dat Bigfoot Entertainment te zijner tijd een belang in Digidance B.V. zou kunnen verwerven door de leningen te converteren in aandelen.
- 2.11.5 Voor zover het krediet niet zou worden aangewend voor de aflossing van schulden, was het blijkens het Business Plan van januari 2006 de bedoeling dat Digidance B.V. de leningen zou gebruiken om het bedrijf aan te passen aan de gewijzigde situatie op de muziekmarkt. Digidance B.V. wilde zich niet langer (uitsluitend) profileren als een "record company", maar (ook) als een "multimedia content supplier".
- 2.12 Naar het oordeel van het hof moet op grond van de hiervoor vermelde omstandigheden worden geoordeeld dat de kredietverstrekking niet bedoeld was voor de normale uitoefening van het bedrijf van Digidance B.V. Het gaat om een grote lening, waarvan een aanzienlijk deel is besteed aan het aflossen van bestaande schulden, hetgeen noodzakelijk was om te kunnen overleven, en waarbij partijen voor ogen hadden (al dan niet gezamenlijk) een nieuwe koers in te slaan met het bedrijf. Dit betekent dat

[appellante] bij het aangaan van de borgtocht door [appellant] haar toestemming had behoren te verlenen. Het stond haar dus vrij de garantieovereenkomsten te vernietigen. Bigfoot heeft nog aangevoerd dat [appellante], die ten tijde van het aangaan van de garantieovereenkomsten met [appellant] was gehuwd, geen belang meer had bij het inroepen van de vernietiging van de overeenkomsten, omdat het huwelijk op dat moment reeds was ontbonden. Dit verweer faalt echter op grond van artikel 1:89 lid 3 BW. De vernietiging van de overeenkomsten door [appellante] heeft tot gevolg dat de vorderingen van Bigfoot die zijn gebaseerd op deze overeenkomsten, dienen te worden afgewezen.

2.13 Daarnaast heeft Bigfoot (subsidiar) aangevoerd dat [appellant] onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld door te verzwijgen dat hij was getrouwd en doordat hij de overeenkomsten ten behoeve van Digidance B.V. heeft gesloten in de wetenschap dat sprake was van "een zinkend schip". Het hof laat in het midden of de gestelde gedragingen onrechtmatig handelen van [appellant] opleveren. Voor zover dat het geval is, gaat het immers om onrechtmatige gedragingen jegens Bigfoot Entertainment en niet jegens Bigfoot. De (eventuele) vorderingen die Bigfoot Entertainment op grond hiervan jegens [appellant] heeft, zijn niet gecedeerd aan Bigfoot. [appellant] is dus niet gehouden de (eventuele) schade die uit de gestelde onrechtmatige handelingen voortvloeit aan Bigfoot te vergoeden.

2.14 De conclusie is dat de grieven slagen. Het hof zal de bestreden vonnissen vernietigen en de vorderingen van Bigfoot alsnog afwijzen. Bigfoot zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de procedure in eerste aanleg en hoger beroep.

3 Beslissing

Het hof:

- vernietigt de bestreden vonnissen, en opnieuw recht doende:
- wijst de vorderingen van Bigfoot af;
- veroordeelt Bigfoot in de kosten van het geding in eerste aanleg, aan de zijde van [appellanten] tot aan het bestreden vonnis bepaald op € 594,- aan verschotten en € 16.770,- voor salaris van de advocaat;
- veroordeelt Bigfoot in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van [appellanten] tot aan deze uitspraak bepaald op € 1.725,08 aan verschotten, € 11.685,- voor salaris van de advocaat en € 131,- voor nasalaris, te vermeerderen met € 68,- en de kosten van het betekeningsexploot ingeval betekening van dit arrest plaatsvindt;
- veroordeelt Bigfoot tot terugbetaling van al hetgeen [appellanten] hebben voldaan ter uitvoering van het bestreden vonnis, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag der betaling tot aan de dag van algehele voldoening;
- verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. C.A. Joustra, D. Aarts en H.M. Vletter-van Dort en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 17 januari 2017 in aanwezigheid van de griffier.