




## de Rechtspraak

Uw situatie [Hoe werkt het recht](#) **Uitspraken en nieuws** [Registers](#) [Organisatie en contact](#) 

 [Login Mijn Rechtspraak](#)

# ECLI:NL:RBGEL:2016:3583

Instantie	Rechtbank Gelderland
Datum uitspraak	15-06-2016
Datum publicatie	01-07-2016
Zaaknummer	288317
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	Borgtochtovereenkomsten. Vraag of twee van de drie borgtochtovereenkomsten zijn aan te merken als particuliere borgtochten (art. 7:857 BW), in welk geval geen toestemming van de echtgenoot is vereist. Dit is het geval. Niet gebleken dat bank aan haar bijzondere zorgplicht heeft voldaan. De overeenkomsten zijn vernietigbaar wegens wederzijdse dwaling (art. 6:228 lid 1-c BW). De derde borgtochtovereenkomst is eveneens vernietigbaar, op grond van artikel 1:88 lid 1-c BW. De uitzondering van artikel 1:88 lid 5 BW doet zich niet voor. Vordering tot terugbetaling van de geïnde bedragen toegewezen.
Wetsverwijzingen	Burgerlijk Wetboek Boek 1 Burgerlijk Wetboek Boek 1 88 Burgerlijk Wetboek Boek 1 89 Burgerlijk Wetboek Boek 6 Burgerlijk Wetboek Boek 6 228 Burgerlijk Wetboek Boek 7 Burgerlijk Wetboek Boek 7 857
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl INS-Updates.nl 2016-0255 JOR 2016/289 met annotatie van mr. B.W. Wijnstekers

## Uitspraak

—

vonnis

### RECHTBANK GELDERLAND

Team kanton en handelsrecht

Zittingsplaats Arnhem

zaaknummer / rolnummer: C/05/288317 / HA ZA 15-475

## Vonnis van 15 juni 2016

in de zaak van

**[eiser]** ,

wonende te [woonplaats] ,

eiser,

advocaat mr. I.J.A.J. Hanssen te Boxmeer,

tegen

de coöperatie

**COÖPERATIEVE RABOBANK RIJK VAN NIJMEGEN U.A.**,

gevestigd te Nijmegen,

gedaagde,

advocaat mr. M.H. Berrevoets te Doesburg.

Partijen zullen hierna [eiser] en de Bank genoemd worden.

### 1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnissen van 14 oktober 2015
- het proces-verbaal van comparitie van 17 november 2015
- de conclusie na comparitie van [eiser] met producties
- de antwoordconclusie van de Bank.

1.2. Op verzoek van [eiser] is vervolgens pleidooi bepaald. Ter zitting van 5 april 2016, waar beide partijen vergezeld van hun advocaten zijn verschenen, hebben de advocaten gepleit aan de hand van pleitnota's die bij de gedingstukken zijn gevoegd.

1.3. Ten slotte is vonnis bepaald.

### 2 De feiten

- 2.1. [eiser] is getrouwd met [naam 1] . [naam 1] is de moeder van [naam 2] , [eiser] is zijn stiefvader. [eiser] is ondernemer; hij heeft een [bedrijf] . Dit bedrijf is ondergebracht in een drietal besloten vennootschappen, waaronder [bedrijf] . De vennootschappen hadden vanaf 2006 een rekening-courantkrediet van € 50.000,00 bij de Bank. Tot 2011 had [eiser] deze onderneming samen met zijn broer.
- 2.2. [eiser] stiefzoon [naam 2] wilde in 2009 een 'boerenbondwinkel' beginnen. Daartoe is op 9 maart 2009 een besloten vennootschap (hierna: de BV) opgericht waarin [eiser] en [naam 2] volgens de oprichtingsakte ieder 50% van de aandelen hielden. [naam 2] werd bestuurder van de BV.
- 2.3. Op 13 maart 2009 heeft de Bank aan de BV een financieringsvoorstel gedaan voor een bedrijfskrediet van € 120.000,00, een rekening-courant met een maximale kredietmogelijkheid van € 65.000,00 alsmede een bankgarantie aan een derde van € 4.750,00. Als zekerheid is daartoe door de Bank bedongen een persoonlijke borgtocht van € 100.000,00, te stellen door [eiser] en [naam 2] gezamenlijk voor alle huidige en toekomstige verplichtingen van de BV. Als 'zekerheid voor de borgtocht' is tevens bedongen een tweede hypotheek voor € 100.000,00 op het woonhuis van [eiser] en [naam 1] . Ook is door de Bank een pandrecht bedongen op huidige en toekomstige voorraad en inventaris van de BV.
- 2.4. De financieringsovereenkomst is door [eiser] en [naam 2] ondertekend op 13 maart 2009, evenals de borgtochtovereenkomst, die hierna ook wordt aangeduid als 'Borgtocht I'. In de borgtochtovereenkomst is onder het kopje 'toestemming van de gehuwde partner' weliswaar de naam van [naam 1] opgenomen in de gedrukte tekst, maar is met pen ingevuld 'n.v.t. Dhr [eiser] tekent als DGA'.
- De hiervóór bedoelde verpanding van voorraden en inventaris is vastgelegd in een onderhandse pandakte die door [naam 2] en [eiser] als vertegenwoordigers van de BV is ondertekend op 17 maart 2009. Deze akte is op 23 maart 2009 geregistreerd.
- De tweede hypotheek op de woning van [eiser] en [naam 1] is door hen aan de Bank verleend bij notariële akte van 18 maart 2009.
- 2.5. In januari 2010 heeft de BV de Bank verzocht om een tijdelijke verhoging met € 6.500,00 gedurende drie maanden van het kredietmaximum op de rekening-courant. De Bank heeft hierin bewilligd, onder meer onder de voorwaarde dat de door [eiser] en [naam 2] afgegeven borgtocht zou worden verhoogd met € 85.000,00. Op 29 januari 2010 zijn [eiser] en [naam 2] hiermee akkoord gegaan. Zij hebben beiden diezelfde dag een borgtochtovereenkomst ondertekend (hierna ook: Borgtocht II) , die ook door [naam 1] als echtgenote van [eiser] op de voet van artikel 1:88 BW is medeondertekend.
- 2.6. In 2011 heeft [eiser] zijn broer uitgekocht uit het [bedrijf] . In verband daarmee heeft hij bij de Bank een krediet van € 225.000,00 afgesloten. In het financieringsvoorstel van de Bank is onder het kopje 'zekerheden' opgenomen dat de bestaande zekerheden blijven gehandhaafd. Daarnaast is in de 'Verdere uitwerking financieringsvoorstel' bepaald dat er voor € 360.000,00 een eerste hypotheek moet worden verleend op het bedrijfspand dat eigendom was van [eiser] privé, dat er een eerste pandrecht moet worden gegeven op de huidige en toekomstige huurvorderingen in verband met de verhuur van dat bedrijfspand en dat er nieuwe borgtochten door [eiser] moeten worden afgegeven (1) voor € 85.000,00 voor de bestaande en toekomstige verplichtingen van de BV alsmede (2) voor € 50.000,00 voor de bestaande en toekomstige verplichtingen van kort gezegd het [bedrijf] .
- 2.7. De borgtocht voor € 50.000,00 ten behoeve van het [bedrijf] is op 1 april 2011 door [eiser] afgegeven (hierna ook: Borgtocht III). Deze borgtocht is niet door [naam 1] ondertekend. Bij notariële akte van 14 april 2011 heeft [eiser] aan de Bank een eerste hypotheek verleend op het

bedrijfspannd voor in totaal € 486.000,00 (€ 360.000,00 hoofdsom en € 126.000,00 voor rente, vergoedingen, boeten en kosten)

- 2.8. Bij brief van 3 mei 2012 heeft de Bank de financiering van de BV opgezegd. Op dat moment stond een bedrag open van € 136.298,62 dat door de Bank werd opgeëist. Daarna heeft de BV haar bedrijfsactiviteiten beëindigd.
- 2.9. Op 26 februari 2013 is de BV in staat van faillissement verklaard.
- 2.10. Op 6 januari 2014 is [naam 2] om het leven gekomen.
- 2.11. In november 2014 is [bedrijf] in staat van faillissement verklaard.
- 2.12. Bij brief van 10 februari 2015 heeft de advocaat van [eiser] en [naam 1] aan de Bank medegedeeld dat [naam 1] in verband met het ontbreken van haar toestemming de onder 2.3 en 2.4 bedoelde borgtocht voor € 100.000,00 (Borgtocht I) vernietigde en dat [eiser] de onder 2.5 bedoelde borgtocht voor € 85.000,00 (Borgtocht II) vernietigde wegens dwaling althans misbruik van omstandigheden.
- 2.13. Bij brief aan de Bank van 4 maart 2015 is namens [naam 1] ook de op 1 april 2011 door [eiser] voor € 50.000,00 afgegeven borgtocht (Borgtocht III) op de voet van de artikelen 1:88 en 1:89 BW vernietigd.
- 2.14. In mei/juni 2015 heeft [eiser] het bedrijfspannd verkocht voor € 490.000,00. Op de opbrengst hiervan heeft de Bank op basis van het onder 2.6 en 2.7 bedoelde recht van hypotheek een bedrag van € 191.535,13 (hoofdsom lening € 189.750,00 plus achterstand rente ad € 1.785,13) verhaald.
- Daarnaast is uit hoofde van de voor het [bedrijf] gestelde borgtocht ad € 50.000,00 een bedrag van € 931,20 geïnd in verband met de vordering van de Bank in het faillissement van [bedrijf] .
- Uit hoofde van de voor de BV gestelde borgtochten van € 100.000,00 en € 85.000,00 is een bedrag van in totaal € 177.163,11 geïnd in verband met de vordering van de Bank in het faillissement van de BV.
- Op de drie borgtochten is aldus op 17 juni 2015 een bedrag van in totaal € 178.094,31 geïncasseerd.

### 3 Het geschil

- 3.1. [eiser] vordert de veroordeling van de Bank tot betaling van € 178,094,31, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf 17 juni 2015, en kosten.
- 3.2. [eiser] stelt daartoe kort gezegd dat de borgtochten die hij heeft gesteld voor de BV voor € 100.000,00 en voor het [bedrijf] voor € 50.000,00 zijn vernietigd door zijn echtgenote wegens het ontbreken van haar toestemming. Daarnaast geldt voor alle drie de borgtochten dat zij onder dwaling tot stand zijn gekomen, althans dat de Bank misbruik van omstandigheden heeft gemaakt. Bovendien heeft de Bank niet voldaan aan de artikelen 4.23 en 4.34 van de Wet financieel toezicht (Wft) en is evenmin artikel 6 lid 4 van de Gedragscode hypothecaire financieringen nageleefd. [eiser] meent daarom dat hij onverschuldigd heeft betaald.
- 3.3. De Bank voert verweer.

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

#### 4 De beoordeling

4.1. De rechtbank stelt het volgende voorop. De Borgtochten I en II zijn afgegeven ten behoeve van de BV, terwijl Borgtocht III is afgegeven ten behoeve van [bedrijf]. Vast staat dat [eiser] 50% van de aandelen hield in de BV en dat zijn stiefzoon de andere 50% hield. De stiefzoon was ook de bestuurder van de BV. Wat betreft het [bedrijf] heeft te gelden dat [eiser] daarvan (middellijk) bestuurder en enig aandeelhouder was. Ten aanzien van de voor het [bedrijf] afgegeven gestelde Borgtocht III – waarop door de Bank € 931,20 is geïnd – is niet in geschil dat dit een zakelijke borgtocht betreft en niet een particuliere borgtocht in zin van artikel 7:857 BW. Het partijdebat gaat vooral over de vraag of de Borgtochten I en II zijn aan te merken als particuliere borgtochten. Daarvoor is vereist dat de borg niet handelde in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf en evenmin ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van een besloten vennootschap waarvan hij bestuurder en enig aandeelhouder is of samen met zijn medebestuurders meerderheidsaandeelhouder is. Aan het 'bestuurderscriterium' is niet voldaan, reeds omdat vast staat dat [eiser] nooit bestuurder van de BV is geweest. Dat de Bank kennelijk in het verleden heeft aangenomen dat [eiser] wél bestuurder was van de BV, dient voor haar rekening te blijven, zeker nu uit niets is gebleken dat zij door toedoen van [eiser] in die veronderstelling is komen te verkeren. Het is aan een bank als professionele kredietinstelling om zich een juist beeld van haar beoogde wederpartij te verschaffen omdat dit mede de omvang van haar (informatie)verplichtingen bepaalt.

De Bank betoogt verder dat [eiser] actief betrokken was bij de onderneming, hetgeen de vraag oproept of [eiser] als borg handelde 'in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf' in de zin van artikel 7:857 BW. [eiser] heeft daar tegenover gesteld dat hij incidenteel wel eens een klus deed voor de BV, zoals een bezorging, maar dat de onderneming feitelijk volledig werd gedreven door zijn stiefzoon. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de Bank in het licht van de verdere feiten – zoals het gegeven dat [eiser] zelf een [bedrijf] dreef – onvoldoende gesteld om aan te nemen dat hij bij het sluiten van deze beide borgtochten handelde 'in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf'. Voor de conclusie dat de onderneming feitelijk in wezen door [eiser] en niet door zijn stiefzoon werd gedreven, zijn de door de Bank gestelde feiten en omstandigheden te marginaal. Daarbij geldt dat het gegeven dat [eiser] als meer ervaren ondernemer zijn stiefzoon in de contacten met de Bank met raad en daad heeft bijgestaan, zoals de Bank heeft benadrukt, dit niet wezenlijk anders maakt, omdat dit niet meebrengt dat [eiser] betrokken raakte bij het drijven van de onderneming als zodanig. De Borgtochten I en II zijn daarom aan te merken als particuliere borgtochten.

4.2. Tegen deze achtergrond ziet de rechtbank aanleiding allereerst in te gaan op de vraag of [eiser] bij het aangaan van deze borgtochten heeft gedwaald, zoals hij subsidiair aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd. Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad heeft een professionele kredietverstrekker een bijzondere zorgplicht jegens een particuliere borg. Deze zorgplicht strekt ertoe te verzekeren dat de borg zich bewust is van de risico's die hij aangaat door zich borg te stellen voor de schuld van een derde. De invulling van de zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval, waartoe behoort de aard van de relatie tussen de beoogde borg en de schuldenaar. De Bank is een professionele kredietverstrekker. Voor de Bank moet van meet af aan duidelijk zijn geweest dat er een affectieve relatie tussen [eiser] en zijn stiefzoon bestond, die in de weg zou kunnen staan aan een zuiver zakelijke afweging bij [eiser] als beoogde borg. Daar waar blijkens de wetsgeschiedenis juist de particuliere borg bescherming behoeft 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, ligt het dan ook op de weg van de Bank de beoogde particuliere borg duidelijk voor te lichten over de

risico's van het aangaan van een borgtocht (vgl. Hoge Raad 1 juni 1990, NJ 1991, 759). Met algemene voorlichting kan dus niet worden volstaan. Aan deze waarschuwingsplicht dient een bank op kenbare wijze invulling te geven. Dat de Bank dat ook in deze zaak heeft gedaan, is niet gesteld of gebleken. Klaarblijkelijk is zij ervan uitgegaan dat [eiser] als ervaren zakenman wel wist wat hij deed. Maar juist de omstandigheid dat [eiser] een ervaren zakenman is, legt blijkens een recent arrest van de Hoge Raad (Hoge Raad 1 april 2016, NL:HR:2016:543) bij de hier te maken afweging - die zich erdoor kenmerkt dat vanwege de persoonlijke verhouding tussen de beoogd borg en schuldenaar het gevaar bestaat dat eerstgenoemde geen strikt zakelijke afweging maakt - geen gewicht in de schaal. De conclusie is dan ook dat niet is gebleken dat de Bank aan haar bijzondere zorgplicht heeft voldaan.

- 4.3. De vraag is vervolgens of dit de Borgtochten I en II vernietigbaar maakt wegens dwaling. Hier is sprake van een zogenoemde wederzijdse dwaling in de zin van artikel 6:228 lid 1 aanhef en onder c BW: beide partijen zijn bij het sluiten van de borgtochtovereenkomsten blijkbaar ervan uitgegaan dat het bedrijf van de stiefzoon levensvatbaar was. De Bank zou immers anders het krediet niet hebben verleend, zo kan gevoeglijk worden aangenomen, en [eiser] zou zich anders normaalgesproken niet borg hebben gesteld. Er is echter wel een wezenlijk verschil tussen beide partijen: de Bank zal aanzienlijk minder zeker van haar zaak zijn geweest dan [eiser]. Anders zou zij immers geen borgstelling hebben verlangd. Verder kan niet uit het oog worden verloren dat de winkel kennelijk nooit echt goed van de grond is gekomen. Toen nog geen jaar na de start in 2010 een geringe extra kredietruimte van € 6.500,00 nodig was, was de Bank in eerste instantie zelfs niet bereid die te verlenen. Ook daarna heeft de winkel blijkbaar een marginaal bestaan geleid. Uit niets is gebleken dat dit tegen alle verwachtingen in was.
- 4.4. Bij beide partijen is dus sprake geweest van een afwezigheid van een juiste voorstelling van zaken (een verkeerde inschatting van de levensvatbaarheid van de BV). Vervolgens is het de vraag of een oorzakelijk verband bestaat tussen deze dwaling en de totstandgekomen borgtochtovereenkomsten. Dan gaat het erom of de overeenkomsten zonder deze dwaling niet zouden zijn gesloten. Daar waar het ervoor moet worden gehouden dat de winkel van meet af aan weinig rooskleurige vooruitzichten heeft gehad, is het bepaald onaannemelijk dat bij een juiste voorstelling van zaken [eiser] bereid zou zijn geweest zich borg te stellen in de orde van grootte zoals door de Bank indertijd verlangd. Aldus kan ervan worden uitgegaan dat er een oorzakelijk verband bestaat in de hiervoor bedoelde zin. Daarmee is in beginsel aan alle vereisten voor vernietigbaarheid wegens dwaling voldaan. De Bank zou dan een vernietiging nog kunnen afwenden met een beroep op de zogenoemde kenbaarheidscorrectie van artikel 6:228 lid 1 aanhef en onder c, tweede deel, erop neerkomende dat de Bank niet hoefde te begrijpen dat [eiser] ook bij een juiste voorstelling van zaken de borgtochten zou zijn aangegaan. Dit verweer komt de Bank op grond van het hiervoor bedoelde arrest van de Hoge Raad van 1 juni 1990 echter niet toe, nu zij haar bijzondere zorgplicht heeft geschonden. Van een zuivere toekomstige omstandigheid in de zin van artikel 6:228 lid 2 BW is evenmin sprake, nu de kiem voor de dwaling - de inschatting van de levensvatbaarheid van de BV - reeds bij het sluiten van de borgtochtovereenkomsten is gelegd. De conclusie is dan ook dat [eiser] de Borgtochten I en II kan vernietigen wegens dwaling.
- 4.5. Ten overvloede merkt de rechtbank op dat Borgtocht I ook nog terecht is vernietigd door [naam 1]. Vast staat immers dat zij deze overeenkomst vanwege het ontbreken van haar toestemming met een beroep op artikel 1:88, lid 1 aanhef en onder c BW buitengerechtelijk heeft vernietigd. Weliswaar heeft de Bank zich beroepen op de verklaring van [naam 1] in de hypotheekakte van 18 maart 2009, maar daarin is slechts te lezen dat [eiser] aan de Bank een hypotheek verleent op het woonhuis voor nagenoeg al hetgeen zij van hem uit welken hoofde dan ook te vorderen heeft of zal krijgen, borgstellingen daaronder begrepen en dat [naam 1] voor de hypotheekstelling haar toestemming verleent. Anders dan de Bank meent, heeft zij daarmee niet tevens toestemming verleend voor een borgstelling als zodanig. Het beroep van de Bank op de

hypothekakte gaat dus niet op. Verder geldt dat zich hier niet de in sub c bedoelde uitzondering voordoet, omdat het zich borgstellen hoe dan ook niet behoort tot [eiser] normale beroeps- of bedrijfsuitoefening. Evenmin doet zich de uitzondering van artikel 1:88 lid 5 BW voor, nu vaststaat dat [eiser] niet de bestuurder was van de BV.

Het betoog van de Bank dat [naam 1] te laat was met haar vernietiging ex artikel 1:89 BW, slaagt tot slot ook niet omdat onvoldoende gemotiveerd betwist is gebleven de stelling dat [naam 1] niet wist van de in geding zijn borgstelling terwijl ook niet is toegelicht op welke wijze de Bank hierdoor is benadeeld.

4.6. Wat betreft Borgtocht III heeft te gelden dat ook deze niet door [naam 1] is ondertekend. Deze borgtocht is afgegeven ten behoeve van [bedrijf] . Dit is echter geschied naar aanleiding van een lening die door [eiser] in privé is aangegaan, zo is betoogd. Kennelijk stelde de Bank dit als voorwaarde; hetgeen tegen de achtergrond van de stelling van [eiser] dat het [bedrijf] technisch al jaren failliet was, op zichzelf vanuit het perspectief van de Bank begrijpelijk is. De vraag is of zich hier de uitzondering van artikel 1:88 lid 5 BW voordoet. [eiser] is immers (middellijk) bestuurder en meerderheidsaandeelhouder van het [bedrijf] . Echter, de onderliggende rechtshandeling is de lening die [eiser] blijkbaar in privé is aangegaan voor de uitkoop van zijn broer. Van die lening kan niet gezegd worden dat deze is geschied ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van het [bedrijf] , zodat ook de daarmee samenhangende borgstelling niet aan de uitzondering van lid 5 voldoet. Aldus kon [naam 1] met een beroep op het bepaalde in artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder c BW ook Borgstelling III vernietigen vanwege het ontbreken van haar toestemming. Ook hier geldt immers dat het zich borgstellen niet behoorde tot [eiser] normale beroeps- of bedrijfsuitoefening. Voort kan de Bank ook in dit kader zich niet erop beroepen dat te laat gebruik is gemaakt van artikel 1:89 BW. Korthedshalve wordt verwezen naar hetgeen hierover onder 4.5. is overwogen.

4.7. De conclusie is dat alle drie de borgtochten in rechte geen stand houden, zodat de vordering tot terugbetaling van het daarop door de Bank geïnde bedrag van € 178.094,31 toewijsbaar is. De wettelijke rente daarover is overeenkomstig de daartoe strekkende vordering toewijsbaar vanaf 17 juni 2015, zijnde de dag van betaling.

4.8. De Bank zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van [eiser] worden begroot op:

- dagvaarding € 99,64
  - griffierecht 1.533,00
  - salaris advocaat 6.394,50 (4,5 punt × tarief € 1.421,00)
- Totaal € 8.027,14

## 5 De beslissing

De rechtbank

5.1. veroordeelt de Bank om aan [eiser] te betalen een bedrag van € 178.094,31, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW daarover met ingang van 17 juni 2015 tot de dag van volledige betaling,

5.2. veroordeelt de Bank in de proceskosten, aan de zijde van [eiser] tot op heden begroot op € 8.027,14,

5.3. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.4. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. M.A.M Vaessen en in het openbaar uitgesproken op 15 juni 2016.

[English](#) [Privacy](#) [Cookies](#)

[Blijf op de hoogte](#)

[Volg ons](#)