

Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift [Juridisch up to Date](#). Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. (Lees onze disclaimer).

Jutd 2019/0015 Restrictieve uitleg van de beschermingsgedachte bij de particuliere borgtocht

Jutd 2019/0015 d.d. 01-02-2019

Auteur(s): Mr. N.T.F. van Barschot, advocaat bij Van Iersel Luchtman N.V. te Breda.

Inleiding

Het gerechtshof Amsterdam heeft op 18 december 2018 (ECLI:NL:GHAMS:2018:4783) een tussenarrest gewezen in een kwestie tussen appellanten en ABN Amro Bank N.V. ("de bank"). In dit tussenarrest gaat het hof in op de vraag of de bank haar zorgplicht jegens de man als particuliere borg heeft geschonden. Hoewel er in deze kwestie meerdere aspecten van de financieringsovereenkomst en de daarbij door de bank bedongen zekerheden van belang zijn, zal met name worden ingegaan op de particuliere borgtochtsovereenkomst.

Feiten

Appellanten zijn een gehuwde man en vrouw. De man ("de DGA") is vanaf 1997 enig bestuurder en aandeelhouder van de vennootschap Mayco B.V. ("Mayco"). Dit is de persoonlijke holding van de DGA. De DGA heeft ook een zoon en dochter, die via een stichting administratiekantoor ("STAK") middellijk de aandelen houden in Mayco Beheer B.V. ("Beheer"). Het bestuur van de STAK wordt gevormd door de DGA en zijn zoon en dochter. Deze structuur vormt de top van een concern dat zich via werkmaatschappijen bezig houdt met de handel in tuinmeubelen (Teak & Garden B.V.), in wintersportartikelen (Bilts Sportcentrum B.V.) en in snoepgoed (RJS B.V.). Die vennootschappen worden hierna respectievelijk aangeduid als Teak & Garden, Bilts en RJS en gezamenlijk als "Werkmaatschappijen". De bank is de huisfinancier van het concern, waarvan hieronder een schematisch overzicht is opgenomen.

In april 2005, nog voor het begin van de mondiale kredietcrisis, verstrekt de bank een krediet van ruim € 3 miljoen aan Beheer, Teak & Garden en Bilts, om vervolgens ook aan RJS een krediet van ruim € 2 miljoen te verstrekken. Beide kredietfaciliteiten zijn tot 2010 meerdere malen gewijzigd en uitgebreid. Voor de financiering heeft de bank zekerheden bedongen, op welke in de volgende alinea nader wordt ingegaan. Ondanks de financiering door de bank, voldeed het krediet niet aan de financieringsbehoefte van de Werkmaatschappijen. Mayco, de persoonlijke vennootschap van de DGA, verstrekt daarom eind april 2005 bovenop het uitstaande krediet nog eens € 1 miljoen aan Beheer, Teak & Garden en Bilts.

De bank financierde naast het concern ook de DGA en zijn vrouw in privé. Zoals gezegd heeft de bank zekerheden bedongen voor het aan het concern verstrekte krediet. In dit geval heeft de DGA zich borg gesteld voor alle kredieten die aan de Werkmaatschappijen en aan Beheer zijn verstrekt. Een borg verbindt zich de schuld van de hoofdschuldenaar na te komen en is voor het geheel van deze schuld aansprakelijk. Ondanks de verstrekte kredieten aan de Werkmaatschappijen, worden Beheer en de Werkmaatschappijen medio 2008 overgedragen aan de afdeling Bijzonder Beheer van de bank. Vervolgens wordt een plan opgesteld om Beheer te herstructureren. Uit dat plan volgt dat de aandelen van RJS, kennelijk een gezonde tak van het concern, door Beheer worden overgedragen aan Mayco. Vervolgens zou de bank Mayco financieren om de aankoop van die aandelen mogelijk te maken. De advocaten van de bank concluderen echter dat die overdracht

mogelijk benadeling van schuldeisers met zich meebrengt (paulianeus is). Als gevolg daarvan trekt de bank de stekker uit het reddingsplan.

Op 5 juli 2011 zegt de bank het krediet aan RJS op. Twee dagen later spreekt de bank de DGA aan op grond van de borgstellingen tot betaling van ruim € 2 miljoen. Vervolgens zijn RJS en Beheer in augustus 2011 in staat van faillissement verklaard. Omdat de DGA niet aan die betalingsverplichting uit hoofde van de borgstelling kan voldoen, heeft de bank begin februari 2012 het faillissement van de DGA verzocht. De DGA is echter toegelaten tot de schuldsanering voor natuurlijke personen en aan hem is op enig moment een schone lei verleend. Vervolgens heeft de DGA de bank aansprakelijk gesteld wegens het niet-nakomen van de "toezegging" dat RJS zou worden overgenomen. Door die toezegging niet na te komen is een faillissement gevolgd en is de DGA op de borgstelling aangesproken, aldus de redenering van de DGA.

Gerechtelijke procedure

In eerste aanleg vordert de DGA onder meer een verklaring voor recht dat de bank toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen. Volgens de DGA is de bank haar toezegging niet nagekomen, heeft de bank onzorgvuldig gehandeld door borgstellingen van hem te verlangen en het in strijd met de redelijkheid en billijkheid overgaan tot verhaal onder de borgtochten. De rechtbank heeft de vorderingen van de DGA in eerste aanleg afgewezen. De DGA en zijn vrouw gaan tegen dat vonnis in hoger beroep.

De bezwaren van de DGA tegen het vonnis vallen in feite uiteen in drie onderdelen, te weten 1) ten aanzien van de toezegging door de bank, 2) de zorgplicht van de bank met betrekking tot de borgtochten en 3) de schade. Volgens het hof kan uit de feiten niet worden afgeleid dat de bank toerekenbaar is tekortgeschoten ten opzichte van de DGA.

Zoals gezegd in de inleiding van dit artikel is vooral de zorgplicht van de bank in het kader van de borgtochtovereenkomsten interessant. Volgens de DGA heeft de bank haar zorgplicht geschonden door borgtochten met hem aan te gaan zonder hem te waarschuwen over de risico's daarvan en tevens zonder voldoende onderzoek te hebben gedaan naar zijn financiële positie. Vast staat dat het hier gaat om een particuliere borgtocht in de zin van artikel 7:857 BW. Dat brengt volgens het hof mee dat de bank een bijzondere zorgplicht heeft. Het feit dat de DGA een ervaren "zakenman" is, doet er niet aan af dat de bank hem had moeten beschermen tegen eigen ondoordachtheid bij het aangaan van een overeenkomst waarvan de financiële gevolgen vooralsnog uitblijven, maar die een zware last kunnen vormen. De zorgplicht die de bank in acht dient te nemen, wordt steeds van geval tot geval bepaald door de relevante omstandigheden van het geval. Volgens het hof is in dit geval van belang dat de DGA zich voor zeer hoge bedragen borg heeft gesteld, dat de DGA de vader was van de middellijk bestuurders van de STAK (en in feite van Beheer), dat Beheer failliet zou gaan indien de DGA zich niet tot borg zou stellen, dat de DGA ook particulier bankierde bij de bank en dat de bank van al het voorgaande op de hoogte was. Tevens is volgens het hof van belang dat de bank er niet zomaar en zonder nader onderzoek op mocht vertrouwen dat de DGA aan de verplichtingen uit de borgtochtovereenkomsten zou kunnen voldoen. De bank heeft derhalve in strijd met haar zorgplicht ten opzichte van de DGA gehandeld. De grieven met betrekking tot de zorgplicht slagen dan ook. Verder acht het hof het op grond van de redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de bank de aanspraken op grond van de borgstellingen ten grondslag heeft gelegd aan het verzoek tot faillietverklaring van de DGA.

Commentaar

Het hof wijst de bank in niet mis te verstane bewoordingen op haar bancaire zorgplicht ten opzichte van de particuliere borg. Het afgelopen jaar zijn er meerdere uitspraken en arresten geweest over de (vernietiging van de) particuliere borgstelling. De vraag of die stroom aan jurisprudentie een uitwerking is van de naweën van de mondiale kredietcrisis, leent zich voor een nader onderzoek. Ik ga hier enkel in op enkele gezichtspunten die de bancaire zorgplicht ten aanzien van de particuliere borg nader definiëren. In onderhavig arrest lijkt de bijzonderheid er met name in te zitten dat de DGA de vader is van de middellijk bestuurders van Beheer. Als de DGA zich niet borg zou stellen, dan zou de bank geen financiering meer verstrekken en dus bevindt de bank zich jegens de DGA feitelijk in een machtspositie.

Dat op banken een zorgplicht rust jegens de particuliere borg, volgt uit bestendige jurisprudentie van de Hoge Raad die in alle geledingen van de rechtspraak wordt gevolgd.¹ Uit die jurisprudentie volgt dat banken de particuliere borg zorgvuldig moeten inlichten over de betekenis, de gevolgen en de risico's van een borgstelling. Volgens de wetgever is de ratio achter die beschermingsgedachte dat banken de particuliere borg moeten beschermen nu deze de borgtocht veelal zal aangaan vanwege zijn persoonlijke relatie met de hoofdschuldenaar. In deze zaak legt het hof die beschermingsgedachte in mijn ogen restrictief uit. Uit jurisprudentie blijkt dat de zorgplicht van de kredietverstrekker (niet altijd zijnde een bank) onder meer wordt ingevuld door de achtergrond en relevante ervaring als ook door de mate van deskundigheid van zowel de kredietverstrekker als van de particuliere borg. Kijkend naar de feiten in deze zaak, hecht het hof hier minder belang aan de ervaring en de deskundigheid van de DGA. Het hof gaat met andere woorden voorbij aan de kwaliteit van de particuliere borg. Er zijn aan de jurisprudentie ook gezichtspunten te ontleen die de omstandigheden zodanig inkleuren dat er op banken geen zorgplicht rust, ook al is er wel sprake van een particuliere borgtocht. Eén van die omstandigheden is dat er particulier een borgtocht is aangegaan, maar deze enkel een zakelijk karakter heeft. Als we die lijn doortrekken, zou de uitkomst in deze zaak wellicht anders zijn geweest.

De afweging van de omstandigheden met betrekking tot de vraag of er sprake is van een particuliere dan wel van een zakelijke borg, heeft het afgelopen jaar tot opvallend veel jurisprudentie geleid. Dat is ook goed voorstelbaar, omdat een particuliere borg aanzienlijk meer rechtsmiddelen tot zijn beschikking heeft om de borgtochtovereenkomst te doen eindigen. Ik wijs hier op de mogelijkheid tot ontbinding van de borgtochtovereenkomst door de particuliere borg wegens een tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen van de bank in het kader van de zorgplicht. Ik wijs ook op de mogelijkheid van de echtgenote van de particuliere borg tot vernietiging van de borgtochtovereenkomst als de toestemming van die echtgenote tot het aangaan van die overeenkomst ontbreekt op grond van artikel 1:89 lid 1 BW. Als er sprake is van een particuliere borgtocht, hebben banken een zorgplicht in acht te nemen. Op grond van die zorgplicht moeten banken de particuliere borg zorgvuldig inlichten over de betekenis, de gevolgen en de risico's van de borgstelling. In dit arrest heeft het hof daaraan toegevoegd dat de particuliere borg moet worden beschermd tegen de eigen ondoordachtetheit over de financiële gevolgen van de borgtocht. Het hof lijkt hiermee een verstrekkende bescherming aan te nemen. In de toekomst zal moeten blijken of de beschermingsgedachte met betrekking tot de particuliere borg blijvend restrictief wordt uitgelegd, of dat de omstandigheden van deze casus zodanig zijn geweest dat deze uitleg die omstandigheden enkel in dit geval rechtvaardigt.

NOOT 1 HR 1 juni 1990, NJ 1991/759 (Van Lanschot/Bink).