

JOR 2019/163, Gerechtshof Amsterdam 18-12-2018, ECLI:NL:GHAMS:2019:4783, 200.204.107/01 (met annotatie van mr. dr. F.A. van Tilburg) Borgtochtovereenkomst, Bijzondere zorgplicht bank jegens particuliere borg, Na opzegging krediet spreekt de bank de borg aan, die niet in staat is te betalen, Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid is het onaanvaardbaar dat de bank de aanspraak jegens de borg ten grondslag legt aan de faillissementsaanvraag ten aanzien van de borg, Tussenarrest

Wetsbepaling(en):

[BW BOEK 6 artikel 2](#), [BW BOEK 6 artikel 248](#), [BW BOEK 7 artikel 857](#), [FW artikel 1](#)

JOR 2019/163, Gerechtshof Amsterdam, 18-12-2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:4783, 200.204.107/01 (annotatie)

Inhoudsindicatie

Borgtochtovereenkomst, Bijzondere zorgplicht bank jegens particuliere borg, Na opzegging krediet spreekt de bank de borg aan, die niet in staat is te betalen, Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid is het onaanvaardbaar dat de bank de aanspraak jegens de borg ten grondslag legt aan de faillissementsaanvraag ten aanzien van de borg, Tussenarrest

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Gegevens

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	18-12-2018
Publicatie	JOR 2019/163 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 7-8, 2019
Annotator	• mr. dr. F.A. van Tilburg
ECLI	ECLI:NL:GHAMS:2018:4783
Zaaknummer	200.204.107/01
Overige publicaties	<ul style="list-style-type: none">• ECLI:NL:GHAMS:2018:4783• RI 2019/20• NJF 2019/246• JONDR 2019/145

Rechtsgebied	Insolventierecht
Rubriek	Financiering, zekerheden en insolventie
Rechters	<ul style="list-style-type: none"> • mr. Lewin • mr. Van Achterberg • mr. Tromp
Partijen	<p>Y, appellante, verweerster in het incident, advocaat: mr. R.F.P.J. Coppus, en X, tussengekomen partij, eiser in het incident, advocaat: mr. R.F.P.J. Coppus, tegen ABN Amro NV te Amsterdam, geïntimeerde, verweerster in het incident, advocaat: mr. B.W. Wijnstekers.</p>
Regelgeving	<ul style="list-style-type: none"> • BW Boek 6 - 2 • BW Boek 6 - 248 • BW Boek 7 - 857 • Fw - 1

Samenvatting

Vast staat dat X (de tussengekomen partij) weliswaar bestuurder, maar geen aandeelhouder of certificaathouder was van Beheer, en dat hij noch bestuurder noch aandeelhouder of certificaathouder was van de dochtervennootschappen van Beheer. De bank betoogt dat X toch geen particuliere borg, maar een professionele borg is omdat hij zeggenschap kan uitoefenen over en financieel belang heeft bij de vennootschappen waarvoor hij zich borg heeft gesteld. Dat financiële belang kan echter niet op één lijn gesteld worden met het financiële belang van een direct of indirect aandeelhouder of certificaathouder. Daaruit volgt dat X niet het financiële belang heeft dat nodig is om hem als professionele borg te kunnen aanmerken. X moet dus worden aangemerkt als particuliere borg. Een bank heeft een bijzondere zorgplicht jegens een particuliere borg. Een particuliere borg behoeft immers bescherming tegen eigen ondoordachttheid bij het aangaan van een overeenkomst waarvan de financiële gevolgen vooralsnog uitblijven, maar die, als zij zich voordoen, een zware last plegen te vormen. De omstandigheid dat de borgtocht is aangegaan door een particulier die “een ervaren zakenman” is, maakt dat niet anders. 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. Dit geval wordt gekenmerkt door de volgende bijzondere omstandigheden: (a) de borgstellingen hebben betrekking op hoge bedragen; (b) de relatie tussen de beoogde borg (X) en de schuldenaren (Beheer en haar dochtervennootschappen) was dat X de schuldenaren kon beschouwen als de ondernemingen van zijn kinderen. De kinderen van X waren immers samen voor 100% indirect certificaathouders van Beheer. Indien X zich niet borg zou stellen, zou dat waarschijnlijk leiden tot het faillissement van Beheer en haar dochtervennootschappen. De bank wist dat;

(c) indien X zich niet borg zou stellen, zou dat er waarschijnlijk toe leiden dat de geldleningen die de door X beheerste vennootschap Mayco aan Beheer had verstrekt, niet zouden worden afgelost. De bank wist dat ook, althans behoorde dat te beseffen; (d) indien X zich niet borg zou stellen, zou dat er waarschijnlijk ook toe leiden dat de door X gewenste financiering ten behoeve van de overname van RJS van meet af aan kansloos zou zijn. De bank wist dat ook, althans behoorde dat te beseffen; (e) X was als particulier klant van de bank. De bank had immers twee hypothecaire leningen aan appellanten in privé verstrekt. Gelet op deze bijzondere omstandigheden is aannemelijk dat, indien de bank dat van hem zou verlangen, X als particuliere borg verplichtingen zou aangaan waarvan hij wist dat hij die niet zou kunnen nakomen. Ook voor de bank als professionele wederpartij moet dat duidelijk zijn geweest. Onder voornoemde bijzondere omstandigheden bracht de bijzondere zorgplicht van de bank jegens X mee dat zij de borgstellingen niet met hem zou aangaan zonder (nader) onderzoek te doen naar zijn vermogens- en inkomenspositie en X daarin inzicht te verschaffen. Uit de aangifte inkomstenbelasting 2007 heeft de bank kunnen en moeten afleiden dat hij niet in staat was de verplichtingen uit hoofde van de borgtochten na te komen. Daarna in 2009 en 2010 heeft de bank desondanks nog verschillende borgtochten van X verlangd. De bank heeft niet aannemelijk gemaakt dat zij erop mocht vertrouwen dat X buiten zijn belastingaangifte om nog over aanzienlijke vermogensbestanddelen beschikte. Voorts is het op zijn minst kwestieus of een bank de gegoedheid van een borg mag baseren op de aanwezigheid van buitenlandse vermogensbestanddelen waarover zij geen enkele concrete informatie heeft, behalve de wetenschap dat zij niet zijn verantwoord in de belastingaangifte van de borg. Op grond van voorgaande bijzondere omstandigheden is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de bank, nadat zij het krediet aan RJS had opgezegd en X op basis van de borgstellingen had aangesproken tot betaling van € 2.055.000 en betaling was uitgebleven, deze aanspraken ten grondslag zou kunnen leggen aan de aanvraag van het faillissement van X.

Uitspraak

(...; red.)

2. Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1-2.15 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof tot uitgangspunt. Samengevat en aangevuld komen de feiten op het volgende neer.

2.1. [appellante] en [X] zijn met elkaar getrouwd.

2.2. Vanaf 1997 was [X] enig bestuurder en enig aandeelhouder van Mayco B.V. (hierna: Mayco).

2.3. Mayco Beheer B.V. (hierna: Beheer) was een houdstervenootschap. De aandelen in Beheer werden gehouden door een stichting (hierna: de STAK). De door de STAK uitgegeven certificaten van aandelen werden in de verhouding 60%/40% middellijk gehouden door de zoon en de dochter van [X]. Het bestuur van de STAK werd gevormd door [X], zijn zoon en zijn dochter. [X] was voorzitter van het bestuur.

2.4. Beheer hield de aandelen in vier vennootschappen: Teak & Garden B.V. (hierna: Teak & Garden), Teak & Garden Deutschland GmbH, Bilts Sportcentrum B.V. (hierna: Bilts Sportcentrum) en Rens Joosen Suikerwerken B.V. (hierna: RJS). De eerste twee vennootschappen handelden in tuinmeubelen, de derde in wintersportartikelen en tuinmeubelen en de vierde in snoeptoed.

2.5. Op 8 april 2005 heeft ABN Amro een kredietfaciliteit verstrekt aan Beheer, Teak & Garden en Bilts Sportcentrum ten bedrage van in totaal

€ 3.365.000 (hierna: Krediet I). Deze faciliteit is in 2006 en 2007 herhaaldelijk gewijzigd en uitgebreid.

2.6. Op 8 april 2005 heeft ABN Amro ook een kredietfaciliteit verstrekt aan RJS ten bedrage van in totaal € 2.350.000 (hierna: Krediet II). Deze faciliteit is in 2008-2010 herhaaldelijk gewijzigd en uitgebreid.

2.7. Op 28 april 2005 heeft Mayco een geldlening van € 749.000,- verstrekt aan Beheer, Teak & Garden en Bilts Sportcentrum. Op 2 april 2009 heeft Mayco een geldlening van € 150.000,- verstrekt aan Beheer, Teak & Garden en Bilts Sportcentrum.

2.8. Op 17 december 2005 en 26 juni 2006 heeft ABN Amro geldleningen verstrekt aan [X] en [appellante] en daartegenover het recht van hypotheek verkregen op hun woning aan het adres [adres] (hierna: de woning).

2.9. Op of omstreeks 6 maart 2007 heeft [X] zich voor € 950.000,- borg gesteld voor Krediet I (hierna: de Oude Borg). Deze borgstelling is per 1 juni 2007 verlaagd naar € 600.000,- en per

1 augustus 2007 verlaagd naar nihil.

Op 11 januari 2008 heeft [X] zich voor

€ 1.500.000,- borg gesteld voor Krediet I (hierna: Borg I).

Op 29 mei 2009 heeft [X] zich voor € 75.000,- borg gesteld voor Krediet II (hierna, in navolging van de door ABN Amro aangehouden nummering: Borg III).

Eind 2009 heeft [X] zich (door overname van een eerdere borgstelling van zijn zoon) voor

€ 105.000,- borg gesteld voor Kredieten I en II (hierna: Borg II).

Op 12 mei 2010 heeft [X] zich voor € 300.000,- borg gesteld voor Krediet II (hierna: Borg IV).

Op 12 mei 2010 heeft [X] nogmaals getekend voor Borg I en Borg III, met dien verstande dat Borg I volgens de toen ondertekende akte ook geldt voor Krediet II.

2.10. In juni 2008 is de behandeling van de financiering van Beheer en haar dochtervennootschappen overgedragen aan de afdeling Bijzonder Beheer van ABN Amro.

2.11. Eind 2008 heeft Boer & Croon een plan gepresenteerd voor de herstructurering van Beheer. Het plan is uitgewerkt in een rapport van 5 februari 2009. Het plan houdt in dat Mayco of een nieuw door [X] op te richten vennootschap (aangeduid als: Newco) de aandelen in RJS koopt van Beheer. Deze aankoop gebeurt volgens het plan met financiering van een deel van de koopprijs door ABN Amro.

Met betrekking tot dit plan heeft [A], destijds werkzaam bij de afdeling Bijzonder Beheer van ABN Amro (hierna: [A]), bij e-mailbericht van 27 maart 2009 aan [X] bericht dat de aanvraag voor de financiering door ABN Amro was goedgekeurd en dat de stukken werden doorgestuurd naar Senter Novem voor finaal akkoord door de Staat. Senter Novem was een entiteit die zich in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken onder meer bezighield met de beoordeling van aanvragen van de zogenoemde Groeifaciliteit op grond van de Subsidieregeling starten,

groeien en overdragen van ondernemingen. Dit is een overheidsgarantie die verstrekt kan worden aan financiers van risicodragend vermogen. Bij brief van 31 maart 2009, met bijlagen, heeft ABN Amro bij Senter Novem "inpassing" van de Groeifaciliteit aangevraagd in het plan inzake de aankoop van RJS. Senter Novem heeft de aanvraag afgewezen. Bij e-mailbericht van 20 april 2009 heeft [A] deze afwijzing doorgezonden aan [X] en eruit geciteerd. Dit citaat vermeldt twee afwijzingsgronden:

1. er zijn in de afgelopen twaalf maanden bovenmatige onttrekkingen aan RJS geweest;
2. het management blijft onveranderd in handen van de familie [X].

2.12. In het najaar van 2009 hebben [X] en ABN Amro opnieuw gesproken over het plan dat Mayco of Newco de aandelen in RJS koopt met financiering van ABN Amro. Partijen kwamen overeen dat mr. J.A.C.M. Vlamincx, advocaat te Venlo, (hierna: mr. Vlamincx) het risico zou beoordelen dat dit plan als paulianeus zou worden aangemerkt. Bij e-mailbericht van 17 december 2009 heeft mr. Vlamincx aan ABN Amro bericht dat er op het eerste gezicht geen enkel probleem is, indien de aandelen in RJS door Beheer verkocht worden aan een derde. Bij brief van 21 april 2010 aan ABN Amro heeft mr. Vlamincx bericht dat indien de koopprijs voor de aandelen in RJS overeenkomt met een door een valuator vastgestelde waarde en indien ABN Amro als pandhoudster van de aandelen in RJS rechterlijke toestemming verkrijgt voor de onderhandse verkoop van de aandelen aan een aan [X] gelieerde vennootschap, de kans uiterst gering is dat een curator een procedure zou starten uit hoofde van de *actio pauliana*. ABN Amro heeft het plan laten analyseren door mr. R.J. van Galen, advocaat bij Nauta Dutilh te Amsterdam. Deze adviseerde negatief. ABN Amro zag daarom af van uitvoering van het plan.

2.13. In maart 2010 (volgens [X] en [appellante]) of in september 2010 (volgens ABN Amro) heeft telefonisch overleg plaatsgevonden tussen [X] en diverse medewerkers van ABN Amro. In dit overleg is het plan dat Mayco of Newco de aandelen in RJS met financiering van ABN Amro koopt, opnieuw ter sprake gekomen. Het plan hield nu in (op advies van de door ABN Amro geraadpleegde advocaten van Nauta Dutilh) dat aan Beheer surseance van betaling wordt verleend of Beheer in staat van faillissement wordt verklaard en dat de geplande aandelenverkoop daarna in overleg met de bewindvoerder of de faillissementscurator geschiedt.

2.14. Op 5 juli 2011 heeft ABN Amro het krediet aan RJS opgezegd.

2.15. Bij brief van 7 juli 2011 heeft ABN Amro [X] voor een bedrag van € 1.605.000,- aangesproken onder de borgstellingen. Op enig moment heeft ABN Amro hem voor nog een bedrag van € 450.000,- aangesproken onder de borgstellingen.

2.16. Op 9 augustus 2011 is RJS in staat van faillissement verklaard. Op 30 augustus 2011 is Beheer in staat van faillissement verklaard. Op 31 januari 2012 is dit faillissement opgeheven bij gebrek aan baten.

2.17. Bij verzoekschrift van 16 februari 2012 heeft ABN Amro de rechtbank Roermond verzocht [X] in staat van faillissement te verklaren. Bij verzoekschrift van 12 april 2012 heeft [X] verzocht te worden toegelaten tot de wettelijke schuldsaneringsregeling. Bij vonnis van 22 mei 2012 heeft de rechtbank Roermond het verzoek van [X] afgewezen. Op het hoger beroep van [X] heeft het hof 's-Hertogenbosch bij arrest van 14 augustus 2012 de wettelijke schuldsaneringsregeling alsnog van toepassing verklaard ten aanzien van [X]. Op

20 augustus 2015 vond de beëindigingszitting plaats. Aan [X] is de schone lei verleend. Van de geverifieerde vordering van ABN Amro ten bedrage van € 1,8 miljoen is € 14.300,29 voldaan.

2.18. Bij brief van 9 september 2013 heeft de toenmalige advocaat van [X] ABN Amro aansprakelijk gesteld wegens niet-nakoming van de toezegging dat RJS kon worden overgenomen en wegens het aanspreken van [X] op de borgstellingen.

2.19. Bij verzoekschrift van 19 mei 2015 heeft ABN Amro de voorzieningenrechter in de rechtbank Limburg, zittingsplaats Roermond, verzocht te bepalen dat de verkoop van de woning van [appellanten] onderhands zou geschieden overeenkomstig een koopovereenkomst van 19 mei 2015, waarbij een koopprijs van € 400.000,- is overeengekomen. Bij beschikking van 7 juli 2015 heeft de voorzieningenrechter dit verzoek toegewezen. Na de verkoop bleef er een restschuld over van € 326.583,45.

2.20. Op 20 april 2015, kort voor het doen uitbrengen van de inleidende dagvaarding in deze zaak, heeft de bewindvoerder van [X] de vordering van [X] op ABN Amro gecedeerd aan [appellante]. Op 17 oktober 2016, nadat de appeldagvaarding in deze zaak was uitgebracht en de schuldsaneringsregeling ten aanzien van [X] was geëindigd, heeft [appellante] de vordering weer gecedeerd aan [X].

3. Beoordeling

3.1. In eerste aanleg heeft [appellante], verkort weergegeven, gevorderd dat de rechtbank voor recht verklaart dat ABN Amro toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen jegens [X] of onrechtmatig jegens [X] heeft gehandeld, en ABN Amro veroordeelt tot schadevergoeding, op te maken bij staat. Kort gezegd verweet [appellante] ABN Amro dat zij haar toezegging aan [X] om de aankoop van RJS te financieren niet is nagekomen, dat zij onzorgvuldig jegens [X] heeft gehandeld door borgstellingen van hem te verlangen en dat zij in strijd met een toezegging en in strijd met de redelijkheid en billijkheid is overgegaan tot verhaal onder de borgtochten.

ABN Amro heeft in reconventie, verkort weergegeven, betaling van € 326.583,45 gevorderd, met nevenvorderingen. Dit is de hiervoor in rov. 2.19 genoemde restschuld.

De rechtbank heeft de vorderingen van [appellante] afgewezen en de vordering van ABN Amro toegewezen. Daartegen is het hoger beroep gericht.

3.2. De grieven 1, 2, 3 en 12 hebben betrekking op de gestelde toezegging van ABN Amro om de aankoop van RJS te financieren. Zij lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

3.3. [appellanten] hebben een beroep gedaan op art. 6:23 lid 1 BW. Volgens hen is door het e-mailbericht van [A] van 27 maart 2009 (zie rov. 2.11 hiervoor) een voorwaardelijke verbintenis tot financiering ontstaan en geldt de voorwaarde als vervuld. Aan dit beroep hebben zij, verkort weergegeven, de volgende stellingen ten grondslag gelegd. ABN Amro heeft [X] er niet van op de hoogte gesteld dat zij de aanvraag voor de Groeifaciliteit bij Senter Novem had ingediend. Na die indiening heeft [A], die onervaren was, een opzet toegezonden aan [X]. In die opzet stonden fouten. De door Senter Novem gehanteerde afwijzingsgronden zijn onjuist: er is geen sprake van onttrekkingen, maar van dividenduitkeringen die ten goede van ABN Amro zijn gekomen. Ook is er geen sprake van onveranderd management, maar van management dat in de oude situatie niet in handen van [X] was, en volgens het plan in handen van [X] zou komen. Na de afwijzing door Senter Novem heeft ABN Amro nagelaten aan Senter Novem duidelijk te maken dat de afwijzingsgronden onjuist zijn, ook nadat [X] contact had opgenomen met [B], manager garanties bij Senter Novem. Toen Senter Novem op instigatie van [X] contact heeft opgenomen met ABN Amro, heeft ABN Amro aan Senter Novem duidelijk gemaakt niet te willen financieren. Tegenover [X] deed ABN Amro het echter voorkomen dat zij wel wilde financieren. ABN Amro heeft er door grove nalatigheid voor gezorgd dat de Groeifaciliteit niet werd toegekend. ABN Amro had er belang bij dat Senter Novem

de aanvraag zou afwijzen, want over het gedeelte van de financiering waarvoor een overheidsgarantie zou gelden, zou ABN Amro geen winst maken, aldus [appellanten]

3.4. Art. 6:23 lid 1 BW luidt:

“Wanneer de partij die bij de niet-ervulling belang had, de vervulling heeft belet, geldt de voorwaarde als vervuld, indien redelijkheid en billijkheid dit verlangen.”

Voor beletten in de zin van die bepaling is vereist dat de niet-ervulling van de voorwaarde is veroorzaakt door toedoen van de partij die daarbij belang heeft (zie: HR 5 februari 2016, [ECLI:NL:HR:2016:200](#), rov. 3.5.2).

3.5. Vast staat dat [A] bij e-mailbericht van 27 maart 2009 aan [X] heeft bericht dat de aanvraag voor de financiering door ABN Amro was goedgekeurd en dat de stukken werden doorgestuurd naar Senter Novem voor finaal akkoord door de Staat. Hieruit mocht [X] redelijkerwijs afleiden dat ABN Amro de financiering zou verstrekken, indien Senter Novem de aanvraag voor de Groeifaciliteit zou honoreren. Senter Novem heeft de aanvraag echter afgewezen.

3.6. Bij de aanvraag waren bijlagen gevoegd, die ABN Amro gedeeltelijk niet in het geding heeft gebracht, omdat die volgens haar bedrijfsgevoelige informatie bevatten, zoals krediet- en risicoanalyses. Wel overgelegd zijn een ingevuld formulier “MKB-toets Groeifaciliteit”, een ingevuld “ABN Amro Analyseformulier Groeifaciliteit” en het rapport van Boer & Croon van 5 februari 2009. Het “ABN Amro Analyseformulier Groeifaciliteit” vermeldt onder meer (met juistheid) dat het plan erin voorzag dat [X] RJS zou gaan aansturen en (terecht of ten onrechte) dat de geplande financiering als “fresh money” moet worden aangemerkt. Dit wijst erop dat de aanvraag zo is ingericht dat het de bedoeling was dat Senter Novem deze zou honoreren. Hiertegenover hebben [appellanten] onvoldoende gesteld om de conclusie te kunnen rechtvaardigen dat het desondanks door toedoen van ABN AMRO is veroorzaakt dat Senter Novem de aanvraag heeft afgewezen. Zo hebben [appellanten] niet gesteld dat het rapport van Boer & Croon de inhoud van het plan onjuist weergaf of, duidelijk kenbaar voor ABN Amro, onvolledig weergaf. Ook hebben zij niet toegelicht waarom, indien ABN Amro belang had bij afwijzing van de aanvraag, zij niettemin ermee akkoord is gegaan dat die aanvraag zou worden gedaan en die aanvraag daadwerkelijk heeft gedaan.

3.7. Uit het e-mailbericht van [A] van 27 maart 2009 mocht [X] redelijkerwijs niet afleiden dat, indien Senter Novem de aanvraag voor de Groeifaciliteit zou afwijzen (zoals is gebeurd en op 20 april 2009 door ABN Amro aan [X] bericht), ABN Amro, die van mening was dat de afwijzing terecht was, zich zou inspannen om alsnog de Groeifaciliteit te verkrijgen. Hij moest redelijkerwijs begrijpen dat het ABN Amro na afwijzing van de aanvraag door Senter Novem zou vrijstaan het plan opnieuw op zijn merites te beoordelen, op basis van de informatie die ABN Amro op dat moment had en op basis van afwegingen die zij op dat moment wenste te maken.

3.8. Op grond van het voorgaande verenigt het hof zich met het oordeel van de rechtbank dat het beroep op art. 6:23 BW niet opgaat. De grieven 2 en 3 falen daarom.

3.9. [appellanten] hebben bij grief 12 betoogd dat ABN Amro na de afwijzing van de Groeifaciliteit opnieuw heeft toegezegd dat zij de aankoop van RJS zou financieren. Daartoe hebben zij gesteld dat ABN Amro te kennen gaf de aankoop te willen financieren, indien die volgens een onafhankelijke advocaat niet paulianeus zou zijn. Partijen kozen de ervaren, succesvolle, gerenommeerde en onafhankelijke advocaat mr. Vlaminckx als degene die dat zou beoordelen. Er is met ABN Amro afgestemd op welke punten advies aan deze advocaat zou worden gevraagd, aldus [appellanten]

3.10. Anders dan [appellanten] betogen, kan uit de door hen gestelde omstandigheden niet worden afgeleid dat sprake is geweest van een toezegging (of van het aangaan van een voorwaardelijke verbintenis) tot financiering, of dat [X] redelijkerwijs mocht begrijpen dat daarvan sprake was. Uit hetgeen [appellanten] stellen, volgt niet dat ABN Amro afstand heeft gedaan van het recht om

zelfstandig juridisch advies in te winnen, indien zij, zoals zij stelt, twijfelde aan de juridische houdbaarheid van de door mr. Vlamincx geadviseerde handelwijze. Het is ook niet aannemelijk dat ABN Amro zich vooraf zou verbinden om uitvoering te geven aan de handelwijze die mr. Vlamincx zou adviseren, ook indien, kort gezegd, zij achteraf niet achter het advies van mr. Vlamincx zou staan.

3.11. [appellanten] hebben bij grief 12 verder betoogd dat ABN Amro in het telefoongesprek van maart of september 2010 (zie rov. 2.13 hiervoor) weer een nieuwe toezegging heeft gedaan, inhoudende dat zij de aankoop van RJS zou financieren na faillissement van Beheer. [X] heeft het telefoongesprek opgenomen en een transcript ervan in het geding gebracht. Volgens hem blijkt die toezegging daaruit.

3.12. Uit het transcript blijkt niet meer dan dat ABN Amro verklaarde voornemens te zijn het initiatief te nemen tot het uitwerken van een concreet voorstel, dat na faillissement of surseance van Beheer zou kunnen worden voorgelegd aan de curator of de bewindvoerder, en dat erop zou neerkomen dat ABN Amro de aankoop van RJS zou financieren. Die verklaring mocht [X] redelijkerwijs niet opvatten als een bindende toezegging dat ABN Amro dat voornemen zou uitvoeren, laat staan als een bindende toezegging dat het daadwerkelijk tot een voorstel aan de curator of de bewindvoerder zou komen, en nog minder dat ABN Amro een voorwaardelijke verbintenis aanging, inhoudende dat ABN Amro tot financiering zou overgaan, indien de curator of de bewindvoerder het voorstel zou aanvaarden. Ook overigens hebben [appellanten] onvoldoende gesteld om te kunnen aannemen dat ABN Amro heeft toegezegd dat zij na faillissement van Beheer tot financiering zou overgaan.

3.13. Op grond van het voorgaande kan niet worden aangenomen dat ABN Amro toerekenbaar jegens [X] is tekortgekomen, of een onrechtmatige daad jegens hem heeft gepleegd, door de aankoop van RJS niet te financieren. Evenmin kan worden aangenomen dat ABN Amro in dit kader in strijd heeft gehandeld met maatstaven van redelijkheid en billijkheid of een precontractuele aansprakelijkheid heeft geschonden. Grief 12 mist doel.

3.14. Het voorgaande vormt een zelfstandig dragende grond voor afwijzing van de vordering, voorzover die betrekking heeft op de omstandigheid dat ABN Amro de aankoop van RJS niet heeft gefinancierd. Grief 1 is gericht tegen een andere afwijzingsgrond die de rechtbank daarvoor heeft gehanteerd: het oordeel dat de eventuele schade als gevolg van het uitblijven van financiering niet in het vermogen van [X] valt. De gegrondheid van deze grief kan in het midden blijven; de grief faalt bij gebrek aan belang.

3.15. De grieven 4 tot en met 7 zijn gericht tegen de verwerping van het betoog dat ABN Amro haar zorgplicht jegens [X] heeft geschonden door de borgtochten met hem aan te gaan zonder voldoende onderzoek te doen naar zijn financiële positie en zonder hem te waarschuwen voor de risico's, en tegen de overwegingen die aan die verwerping ten grondslag zijn gelegd. Ook deze grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

3.16. Grief 4 betreft de vraag of [X] dient te worden aangemerkt als particuliere borg in de zin van art. 7:857 BW. Volgens de wettekst is daarvoor beslissend of [X] bij het aangaan van de borgtochten bestuurder van Beheer of haar dochtervennootschappen was en (daarnaast) alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen had. Vast staat dat [X] weliswaar bestuurder, maar geen aandeelhouder of certificaathouder was van Beheer, en dat hij noch bestuurder noch aandeelhouder of certificaathouder was van de dochtervennootschappen van Beheer. ABN Amro betoogt dat Wesselman toch geen particuliere borg maar een professionele borg is omdat hij zeggenschap kan uitoefenen over en financieel belang heeft bij de vennootschappen waarvoor hij zich borg heeft gesteld. In dat verband heeft ABN Amro erop gewezen dat de door [X] beheerste vennootschap Mayco twee geldleningen aan Beheer heeft verstrekt (zie rov. 2.7 hiervoor). Dat financiële belang kan echter niet op één lijn gesteld worden met het financiële belang van een direct of indirect aandeelhouder of certificaathouder. Daaruit volgt dat [X] niet het financiële belang heeft dat nodig is om hem als professionele borg te kunnen

aanmerken. Hetgeen ABN Amro heeft gesteld over de feitelijke zeggenschap van [X] (hetgeen overigens grotendeels is betwist), maakt dat niet anders, reeds niet omdat niet is voldaan aan het vereiste van het zijn van aandeelhouder of certificaathouder of het hebben van een daarmee gelijk te stellen financieel belang. Ook de omstandigheid dat [X] voornemens was na herstructurering de aandelen in RJS te gaan houden, maakt het voorgaande niet anders. [X] moet dus worden aangemerkt als particuliere borg. Grief 4 is gegrond.

3.17. Een bank heeft een bijzondere zorgplicht jegens een particuliere borg. Een particuliere borg behoeft 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. De omstandigheid dat de borgtocht is aangegaan door een particulier die, zoals ABN Amro stelt, "een ervaren zakenman" is, maakt dat niet anders. 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.

3.18. Dit geval wordt gekenmerkt door de volgende bijzondere omstandigheden:

a. De borgstellingen hebben betrekking op hoge bedragen: van € 1.500.000,- op 11 januari 2008 (Borg I) tot € 1.980.000,- in totaal op 12 mei 2010 (Borg I tot en met IV); volgens de bank zelfs tot € 2.055.000,- in totaal (zie rov. 2.15 hiervoor);

b. De relatie tussen de beoogde borg ([X]) en de schuldenaren (Beheer en haar dochtervennootschappen) was dat [X] de schuldenaren kon beschouwen als de ondernemingen van zijn kinderen. De kinderen van [X] waren immers samen voor 100% indirect certificaathouders van Beheer. Indien [X] zich niet borg zou stellen, zou dat waarschijnlijk leiden tot het faillissement van Beheer en haar dochtervennootschappen. ABN Amro wist dat;

c. Indien [X] zich niet borg zou stellen, zou dat er waarschijnlijk toe leiden dat de geldleningen van in totaal € 899.000,- die de door [X] beheerste vennootschap Mayco aan Beheer had verstrekt, niet zouden worden afgelost. ABN Amro wist dat ook, althans behoorde dat te beseffen;

d. Indien [X] zich niet borg zou stellen, zou dat er waarschijnlijk ook toe leiden dat de door [X] gewenste financiering ten behoeve van de overname van RJS van meet af aan kansloos zou zijn. ABN Amro wist dat ook, althans behoorde dat te beseffen;

e. [X] was als particulier klant van ABN Amro. ABN Amro had immers twee hypothecaire leningen aan [appellanten] in privé verstrekt.

3.19. Gelet op deze bijzondere omstandigheden is aannemelijk dat, indien ABN Amro dat van hem zou verlangen, [X] als particuliere borg verplichtingen zou aangaan waarvan hij wist dat hij die niet zou kunnen nakomen. Ook voor ABN Amro als professionele wederpartij moet dat duidelijk zijn geweest. Onder voornoemde bijzondere omstandigheden bracht de bijzondere zorgplicht van ABN Amro jegens [X] mee dat zij de borgstellingen niet met hem zou aangaan zonder (nader) onderzoek te doen naar zijn vermogens- en inkomenspositie en [X] daarin inzicht te verschaffen.

3.20. ABN Amro heeft betoogd dat zij zonder eigen onderzoek erop mocht vertrouwen dat [X] de verplichtingen uit hoofde van de borgtochten zou kunnen nakomen. Dit betoog wordt verworpen op grond van het volgende. Bij e-mailbericht van 16 maart 2009 heeft [X] zijn aangifte inkomstenbelasting 2007 aan ([A] van) ABN Amro toegezonden. Daaruit heeft ABN Amro kunnen en moeten afleiden dat hij niet in staat was de verplichtingen uit hoofde van de borgtochten na te komen. Daarna in 2009 en 2010 heeft ABN Amro desondanks nog verschillende borgtochten van [X] verlangd: Borg III ten bedrage van € 75.000,- (eind 2009) en Borg IV ten bedrage van

€ 300.000,- (12 mei 2010). Voorts heeft ABN Amro [X] op 12 mei 2010 nogmaals laten tekenen voor Borg I en Borg III, waarbij Borg I ook is gaan gelden voor Krediet II.

3.21. ABN Amro heeft verder betoogd dat zij ervan uitging dat [X] over buitenlandse vermogensbestanddelen beschikte en dat het feit dat dit vermogen niet was opgenomen in de belastingaangifte, niet betekent dat het niet aanwezig was. Weliswaar diende [X] dit vermogen op te geven, maar het nalaten daarvan betekent niet dat zij dat (mogelijk aanwezige) vermogen niet mocht meenemen bij haar beoordeling van de vermogenspositie van [X], aldus ABN Amro.

Het hof is van oordeel dat ABN Amro niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij erop mocht vertrouwen dat [X] buiten zijn belastingaangifte om nog over aanzienlijke vermogensbestanddelen beschikte. Voorts is het op zijn minst kwestieus of een bank als ABN Amro de goedgeheid van een borg mag baseren op de aanwezigheid van buitenlandse vermogensbestanddelen waarover zij geen enkele concrete informatie heeft, behalve de wetenschap dat zij niet zijn verantwoord in de belastingaangifte van de borg.

3.22. Op grond van voorgaande bijzondere omstandigheden is het hof van oordeel dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat ABN Amro, nadat zij het krediet aan RJS had opgezegd en [X] op basis van de borgstellingen had aangesproken tot betaling van € 2.055.000,- en betaling was uitgebleven, deze aanspraken ten grondslag zou kunnen leggen aan de aanvraag van het faillissement van [X]. Daarbij kan in het midden blijven of ABN Amro aan [X] heeft toegezegd dat zij hem niet op de borgstellingen zou aanspreken, zoals [appellanten] hebben gesteld en ABN Amro heeft betwist.

3.23. ABN Amro heeft nog aangevoerd dat zij ook een ander belang dan een financieel belang had bij de borgtochten, te weten het garanderen van de betrokkenheid van [X] bij de schuldenaren. Dat belang kan alleen worden gediend als de borgtochten daadwerkelijk kunnen worden uitgewonnen. Anders zou van de borgtochten immers geen dreiging uitgaan die [X] enerzijds zou motiveren tot inspanning voor de vennootschappen waarvoor de borgtochten zijn gesteld en anderzijds de betrokkenheid van [X] bij deze vennootschappen zou waarborgen, aldus nog steeds ABN Amro.

Dit betoog baat ABN Amro niet. ABN Amro heeft het faillissement van [X] aangevraagd, nadat zij het krediet aan RJS had opgezegd en [X] zonder succes tot betaling had aangesproken. Ten tijde van de aanvraag van het faillissement bestond er dus geen belang meer om [X] bij de schuldenaren te betrekken. Gelet daarop is dit betoog van ABN Amro tegenover al hetgeen hiervoor in rov. 3.18-3.21 is overwogen, van onvoldoende gewicht om tot een ander oordeel te kunnen leiden dan hiervoor in rov. 3.22 is gegeven.

3.24. Een verwijzing naar de schadestaatprocedure is niet nodig. De zaak zal naar de rol worden verwezen om partijen – eerst [appellanten], dan ABN Amro – in de gelegenheid te stellen zich bij nadere memorie nader uit te laten over de gevolgen van de hiervoor gegeven oordelen, de schade en de schadeomvang. In afwachting daarvan houdt het hof ieder oordeel over de grieven 11 en 13 tot en met 19 aan.

3.25. Iedere verdere beslissing zal worden aangehouden.

4. Beslissing

Het hof:

verwijst de zaak naar de rol van dinsdag 29 januari 2019 voor nadere memorie aan de zijde van [appellanten] (zie rov. 3.25 hiervoor);

houdt iedere verdere beslissing aan.

Noot

1. In deze uitspraak maakt het hof duidelijk dat er een strikte uitleg wordt gegeven aan art. 7:857 BW. De wettekst geeft heel precies aan wat beslissend is bij het oordeel of sprake is van een particuliere borg. Doorslaggevend is of een borg die bestuurder is, daarnaast alleen of met zijn medebestuurders een meerderheid van de aandelen heeft in de besloten vennootschap ten behoeve van wie de borg wordt verstrekt. Daarvan was geen sprake in de onderhavige casus. Hoewel de borg als bestuurder wel zeggenschap kon uitoefenen over de vennootschap en een financieel belang had (hij had immers zelf ook financiering aan de vennootschap verstrekt), geeft het hof aan dat dit financiële belang niet op één lijn kan worden gesteld met het financiële belang van een direct of indirect aandeelhouder of certificaathouder.

2. De bestuurder kwalificeert dus niet als professionele, maar als particuliere borg. Het is vaste jurisprudentie dat een bank een bijzondere zorgplicht heeft jegens een particuliere borg. Het hof herhaalt de rechtsregel uit HR 1 juni 1990, [ECLI:NL:HR:1990:AB7632](#) (*Van Lanschot/Bink*) en HR 1 april 2016, «JOR» 2016/213, m.nt. Bergervoet (*Hardeveld/Aruba Bank*). Een particuliere borg moet worden beschermd tegen zijn eigen ondoordachttheid bij het aangaan van het verstrekken van de borg. Op dat moment blijven de financiële lasten nog uit, maar ze vormen een zware last als hij er uiteindelijk aan moet voldoen. De omstandigheid dat de borgtocht is aangegaan door een particulier die “een ervaren zakenman” zou zijn, maakt dat niet anders. Ook dat volgt reeds uit *Hardeveld/Aruba*.

3. De invulling van de zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval. De bijzondere omstandigheden van deze casus brengen mee dat het aannemelijk is dat de particuliere borg een verzoek om een borgtocht van de bank niet zou weigeren, zelfs als de borg wist dat hij de financiële verplichting niet zou kunnen nakomen. Voor de bank als professionele wederpartij moest dat duidelijk zijn geweest. De bank had dus in ieder geval op basis van de bijzondere zorgplicht eerst onderzoek moeten doen naar het vermogen en inkomen van de borg, voordat de borgstellingen werden aangegaan. Uit de gegevens waarover de bank de beschikking had, was bovendien af te leiden dat de verplichtingen van de borg uit hoofde van de borgtocht niet konden worden nagekomen. Naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid is het volgens het hof dan ook onaanvaardbaar dat de bank – nadat zij aanspraak op de borgstellingen had gemaakt – de aanspraken op de borg ten grondslag heeft gelegd aan de aanvraag van het faillissement van de borg. Het oordeel over welke schade van de borg voor vergoeding in aanmerking komt, volgt in het nog te wijzen eindarrest.

4. Maar wat betekent nu die overweging dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om de aanspraken op de borg ten grondslag te leggen aan de faillissementsaanvraag van de borg? Voor de betreffende borg kan dit oordeel dus leiden tot de toekenning van een schadevergoeding. Een faillissement heeft de borg er niet mee kunnen voorkomen. Het eerder aangevraagde faillissement is immers reeds uitgesproken, vervolgens omgezet naar een schuldsaneringsregeling en niet meer af te wenden. Dat geldt ook voor de consequenties van deze insolventieprocedures, die de borg daarvan mogelijk heeft ondervonden.

5. Een relevante factor bij het vaststellen van die schade zal zijn dat er inmiddels een einde aan de schuldsaneringsregeling is gekomen. Als een schuldenaar die met een akkoord of een schone lei tot een “goed einde” brengt, is hij van zijn schuldeisers af. Althans, er resteren slechts nog natuurlijke verbintenissen die de schuldeisers niet langer kunnen afdwingen. Nu in dit geval de borg de schone lei heeft verkregen, is het dus maar de vraag wat zijn schade (nog) is. Anderzijds kunnen allerlei andere aspecten ook een rol spelen – een faillissement en schuldsaneringsregeling hebben hoe dan ook consequenties voor (het leven van) een schuldenaar. Of en welke schade dan nog voor vergoeding in aanmerking komt, zal met name afhangen van het causale verband met het faillissement/de schuldsanering.

6. Niet alleen voor de borg in deze individuele casus, maar ook voor toekomstige faillissementsaanvragen kan de overweging van het hof consequenties hebben. Bij de betekenis van het oordeel voor de praktijk wil ik even stilstaan. Wat is die betekenis? Gaat een faillissementsrechter toetsen of de grondslag van de faillissementsaanvraag door de beugel kan?

Meer specifiek zou de faillissementsrechter dan toetsen of dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid een onaanvaardbare situatie oplevert. Het gaat er daarbij om of de opeisbare vordering waarop de aanvrager van het faillissement zich baseert wel een grondslag voor die aanvraag mag zijn.

7. Uitgangspunt is dat de rechter toetst aan de wettelijke vereisten voor faillietverklaring. Alleen een schuldenaar die verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, kan failliet worden verklaard (art. 1 lid 1 Fw). Het faillissement van een schuldenaar wordt uitgesproken als summierlijk blijkt van het bestaan van feiten of omstandigheden, die aantonen dat de schuldenaar in die toestand verkeert. Als het verzoek tot faillietverklaring door een schuldeiser wordt gedaan, moet summierlijk blijken van zijn vorderingsrecht. Dit volgt uit art. 6 lid 3 Fw. Voor de faillietverklaring is op grond van deze bepaling – en de heersende jurisprudentie – daarnaast vereist dat sprake is van minstens nog een vordering van een andere schuldeiser: het pluraliteitsvereiste. Eén van de vorderingen moet bovendien opeisbaar zijn. Als al aan deze vereisten is voldaan, dan nog moet zelfstandig worden getoetst of sprake is van de toestand dat is opgehouden te betalen. De vraag is of de wettelijke vereisten en de toets die de rechter (summierlijk) uitvoert, ruimte laten om een (diepgaand) onderzoek te doen naar de verhouding tussen partijen. In de onderhavige casus was in een zelfstandige procedure immers de vraag aan de orde hoe de bank en de borg bijvoorbeeld in verhouding tot elkaar stonden.

8. Toch laat de praktijk ook zien dat de rechter “verder” kijkt dan naar de wettelijke eisen voor faillietverklaring. Faillissementsaanvragen worden namelijk niet alleen afgewezen omdat niet aan één van de wettelijke vereisten is voldaan. Ook wanneer de faillissementsaanvraag misbruik van recht (of bevoegdheid) oplevert, wijzen rechters de aanvraag af, of wordt een faillissement in hoger beroep (of cassatie) vernietigd.

9. Zo werd de eigen faillissementsaanvraag van een schuldenaar afgewezen wegens misbruik van bevoegdheid, omdat het gebruik van de bevoegdheid om zijn eigen faillissement aan te vragen niet als doel mag hebben om langs de weg van een faillissement tot toepassing van de schuldsaneringsregeling te komen (HR 28 juni 2013, «JOR» 2014/209). Eerder oordeelde de Hoge Raad al dat van misbruik onder andere sprake kan zijn als de eigen aangifte van het faillissement wordt uitgeoefend voor een ander doel dan waarvoor zij is verleend (HR 29 juni 2001, «JOR» 2001/169 (*Multi Terminals/FNV*)). Over misbruik van recht bij een faillissementsaanvraag is ook veel lagere jurisprudentie. Zo oordeelde bijvoorbeeld de Rb. Den Haag 3 januari 2019, «JOR» 2019/69 m.nt. Loesberg, over de faillissementsaanvraag van SecurCash: “Ook als aan alle vereisten is voldaan om in staat van faillissement te worden verklaard, kan een daartoe strekkend verzoek worden afgewezen. Dat is mogelijk als bij het verzoek een redelijk belang ontbreekt, waarvan in het bijzonder sprake zal zijn als de uitoefening van de bevoegdheid om op eigen aangifte in staat van faillissement te worden verklaard misbruik van recht oplevert.” Andere voorbeelden zijn Hof ’s-Hertogenbosch 14 november 2013, «JOR» 2014/339; Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:10086; Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2017, «JOR» 2017/270 en Hof Arnhem-Leeuwarden 9 november 2017, «JOR» 2018/54, m.nt. Kraaiipoel.

10. In veel van de lagere jurisprudentie wordt ook ingegaan op het belang dat er baten zijn om de faillissementskosten te kunnen voldoen. Als die verwachting van baten niet bestaat, dan zal er daarnaast ook sprake moeten zijn van een redelijk belang bij de faillietverklaring. Zo geeft de Rechtbank Rotterdam aan: “Bij deze vraag wordt het belang van de aangever afgewogen tegen het belang dat de curator heeft om de faillissementskosten voldaan te zien. Indien er een dergelijk zwaarwegend belang ontbreekt kan er sprake zijn van misbruik van bevoegdheid op grond van artikel 3:13 BW, wat in dat geval leidt tot het afwijzen van het faillissementsverzoek.” (Rb. Rotterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4427. Zie ook Rb. Rotterdam 1 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2522; Hof Amsterdam 15 maart 2016, «JOR» 2016/174, m.nt. Verkerk en Rb. Den Haag 13 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4699).

11. Uit voorgaande voorbeelden kan worden afgeleid dat faillissementsrechters in de praktijk wel degelijk een belangenafweging maken en niet sec toetsen aan de wettelijke vereisten van

faillietverklaring. Het vereiste dat een partij die het faillissement aanvraagt, zelf een vordering moet hebben op de schuldenaar, kan dan ook in bredere zin tot een toets leiden of het redelijk is om het faillissement aan te vragen. Als de faillissementsaanvraag dus is gebaseerd op de aanspraak uit hoofde van een borgtocht, waarbij bij de totstandkoming daarvan niet de nodige zorgvuldigheid jegens de borg in acht is genomen, kan dat tot een afwijzing van de faillissementsaanvraag leiden. De borg/schuldenaar doet er uiteraard wel verstandig aan om de rechter in dergelijke gevallen van een gemotiveerd verweer tegen de faillietverklaring te voorzien, zeker als de onevenredigheid van de faillissementsaanvraag niet evident kenbaar is.

mr. dr. F.A. van Tilburg, advocaat bij Van Iersel Luchtman Advocaten en universitair docent aan de Radboud Universiteit