

# ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ8658

Instantie	Gerechtshof Amsterdam
Datum uitspraak	07-06-2011
Datum publicatie	21-06-2011
Zaaknummer	200.072.507-01
Rechtsgebieden	Civil recht Strafrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Art. 1:88, eerste en vijfde lid BW; begrip "normale bedrijfsuitoefening" in verband met toestemming echtgenote voor borgstelling.
Wetsverwijzingen	Burgerlijk Wetboek Boek 1 Burgerlijk Wetboek Boek 1 88 Burgerlijk Wetboek Boek 3 Burgerlijk Wetboek Boek 3 45
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl JONDR 2011/15 JOR 2012/265 JIN 2011/556

## Uitspraak

GERECHTSHOF TE AMSTERDAM  
TWEEDE MEERVOUDIGE BURGERLIJKE KAMER  
ARREST

in de zaak van:

de naamloze vennootschap ABN AMRO Bank N.V.,  
gevestigd te Amsterdam,  
APPELLANTE,  
advocaat: mr. J. van Hunnik te Amsterdam,

t e g e n

1. [GEÏNTEERDE SUB 1],  
2. [GEÏNTEERDE SUB 2],  
beiden wonend te [woonplaats],  
GEÏNTEERDEN,  
advocaat: mr. H.G. Tienstra te Amsterdam.

1. Het geding in hoger beroep

Bij dagvaarding van 16 augustus 2010 is appellante (hierna: ABN AMRO Bank) in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Amsterdam, uitgesproken op 14 juli 2010, voor zover onder zaak-/rolnummer 450813 / HA ZA 10-487 gewezen tussen ABN AMRO Bank als eiseres en geïntimeerden (hierna gezamenlijk [geïntimeerden], en afzonderlijk [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] genoemd) als gedaagden.

ABN AMRO Bank heeft bij memorie vier grieven geformuleerd en toegelicht, bescheiden in het geding gebracht en bewijs aangeboden, met conclusie, kort gezegd, dat het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd en uitvoerbaar bij voorraad de hierna onder 3.1 te noemen vorderingen alsnog zullen worden toegewezen, met hoofdelijke veroordeling van [geïntimeerden] in de kosten van de beide instanties, en veroordeling van [geïntimeerden], eveneens hoofdelijk, tot terugbetaling van 7.793,-, zijnde het bedrag dat ABN AMRO Bank hen ter uitvoering van het vonnis heeft voldaan, met wettelijke rente.

[geïntimeerden] hebben daarop geantwoord, met conclusie, kort gezegd, tot bekrachtiging van het vonnis waarvan beroep, met veroordeling van ABN AMRO Bank in de kosten van (naar het hof begrijpt) het hoger beroep.

Vervolgens is arrest gevraagd. Het hof zal oordelen op basis van de in beide instanties overgelegde stukken.

## 2. De feiten

2.1 De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.7 feiten als in deze zaak vaststaand aange–merkt. Aangezien deze feiten niet in geschil zijn zal ook het hof daarvan uitgaan.

2.2 Het gaat, mede gelet op hetgeen overigens uit de gedingstukken blijkt en niet of onvoldoende is weersproken, in deze zaak om het volgende.

(i) [geïntimeerde sub 1] en [geïntimeerde sub 2] zijn echtelieden.

(ii) [geïntimeerde sub 1] is bestuurder en enig aandeelhouder van [K.] Beheer B.V. (hierna: K.)

(iii) [K.] hield aandelen in [U.] Holding B.V. en was van die vennootschap (hierna: [U.]) tot juni 2007 bestuurder.

(iv) Op 7 september 2006 is een kredietovereenkomst tot stand gekomen tussen ABN AMRO Bank als kredietgever en een aantal vennootschappen, waaronder [U.], als kredietnemer.

(v) Op dezelfde datum heeft [geïntimeerde sub 1] een akte ondertekend waarbij hij zich jegens ABN AMRO Bank borg heeft gesteld voor de vennootschappen waaraan het krediet is verstrekt. Blijkens art. 2 van deze akte, waarin [U.] en de andere vennootschappen tezamen worden aangeduid als de Hoofdschuldenaar, geldt de borgstelling voor:

“al hetgeen de Hoofdschuldenaar aan de Bank nu of te eniger tijd verschuldigd mocht zijn, uit welken hoofde ook, zo in als buiten rekening-courant en al of niet in het gewone bankverkeer, echter tot geen hoger bedrag dan EUR 100.000,=, te vermeerderen met de rente daarover ( ) en alle kosten op de invordering vallend.”

(vi) [geïntimeerde sub 2] heeft ABN AMRO Bank bij brief van 6 december 2006 bericht, voor zover hier van belang:

“Ik heb uw brief d.d. 22 november 2006 ontvangen over de borgstelling.

Mijn man en ik zijn 15 jaar geleden onder huwelijks voorwaarden getrouwd. Hiermee is mijn toestemming niet nodig voor een persoonlijke borgstelling die mijn man afgeeft. Bovendien ben ik vanuit mijn positie niet in staat om de zakelijke overwegingen te beoordelen. Vandaar dat ik de borgstelling die mijn man blijkbaar is aangegaan niet bevestig.”

(vii) [geïntimeerde sub 1] heeft op 13 juli 2007 de hem toekomende onverdeelde helft van de door hemzelf en [geïntimeerde sub 2] bewoonde woning ten titel van verdeling aan [geïntimeerde sub 2] overgedragen, waarbij [geïntimeerde sub 2] zich heeft verplicht om het aandeel van [geïntimeerde sub 1] in de gezamenlijke hypothecaire schuld voor haar rekening te nemen.

(viii) ABN AMRO Bank heeft op 8 oktober 2007 het aan [U.] verleende krediet opgezegd. Uit hoofde van de opgezegde kredietovereenkomst had ABN AMRO ten tijde van het uitbrengen van de inleidende dagvaarding nog 543.852,84 van [U.] te vorderen, te vermeerderen met de contractuele debetrente vanaf 1 oktober 2007, individuele opslag en kredietprovisie. Daarnaast vorderde ABN AMRO Bank nog een bedrag van [U.] als gemachtigde van de Staat.

(ix) [geïntimeerde sub 2] heeft bij brief van 27 november 2007 de door [geïntimeerde sub 1] afgegeven borgstelling vernietigd op de grond dat zij daarvoor geen toestemming heeft verleend.

(x) ABN AMRO Bank heeft bij brief van 14 augustus 2008 de hiervoor genoemde overdracht van de helft van de eigendom van de woning ex art. 3:43 BW vernietigd. [geïntimeerden] hebben ABN AMRO Bank bij brief van 20 augustus 2008 bericht daarin niet te berusten.

### 3. Beoordeling

3.1 ABN AMRO Bank heeft in eerste aanleg gevorderd, voor zover thans nog van belang, dat [geïntimeerde sub 1] wordt veroordeeld 100.000,- aan ABN AMRO Bank te betalen, en dat de onder 2.2 (vii) bedoelde overdracht wordt vernietigd, met nevenvorderingen.

3.2 De rechtbank heeft geoordeeld, samengevat, dat de onder 2.2 (v) genoemde borgstelling niet is verleend ten behoeve van een "normale bedrijfsuitoefening" als bedoeld in art. 1:88, vijfde lid BW omdat het aangaan van de onder 2.2 (iv) genoemde kredietovereenkomst niet valt onder de "normale bedrijfsuitoefening" van [U.], en dat [geïntimeerde sub 2] die borgstelling, waarvoor zij niet de wettelijk vereiste toestemming heeft gegeven, met succes heeft vernietigd. Nu ABN AMRO Bank geen schuldeiser van [geïntimeerde sub 1] is, kan haar op art. 3:45 BW berustende vordering tot vernietiging van de overdracht van de onverdeelde helft van de woning evenmin worden toegewezen, zo is in de bestreden uitspraak beslist.

3.3 ABN AMRO Bank betoogt met haar eerste twee grieven, die zich voor gezamenlijke beoordeling lenen, dat de borgstelling van [geïntimeerde sub 1] niet alleen betrekking heeft op de kredietovereenkomst van 7 september 2006, maar ook op de daaraan voorafgaande kredietovereenkomsten, en dat het aangaan van die kredietovereenkomsten wel valt onder de "normale bedrijfsuitoefening" van [U.].

3.4 ABN AMRO Bank heeft bij overeenkomsten van 3 juni 2004 en 22 juni 2006 krediet aan [U.] en gelieerde vennootschappen verstrekt, waarbij [geïntimeerde sub 1] zich telkens tot een bedrag van 100.000,- borg heeft gesteld. In de kredietovereenkomst van 3 juni 2004 is deze borgstelling verbonden aan de voorwaarde dat het (in die overeenkomst nader gedefinieerde) garantievermogen van de vennootschappen onder een bepaald percentage zou komen. In de kredietovereenkomst van 22 juni 2006 heeft ABN AMRO Bank het krediet verdubbeld van 500.000,- tot 1.000.000,-, ofschoon het garantievermogen op dat moment onder het eerder overeengekomen percentage was gedaald.

3.5 Volgens ABN AMRO Bank moet het er daarom voor worden gehouden dat [geïntimeerde sub 1] met zijn op 7 september 2006 getekende borgstelling een reeds eerder aangegane verplichting is nagekomen, terwijl die borgstelling betrekking heeft op een normaal bankkrediet ten behoeve van de bedrijfsvoering van de onderneming waarvan [geïntimeerde sub 1] (middellijk) bestuurder was.

3.6 Het hof stelt voorop dat aan de hand van alle in aanmerking komende omstandigheden dient te worden vastgesteld of de rechtshandeling, waarop de borgstelling van de bestuurder betrekking heeft, valt binnen de "normale bedrijfsuitoefening" in de zin van art. 1:88, vijfde lid BW. Bij het waarden van die

omstandigheden zal uitgangspunt moeten zijn, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, dat de wetgever met het opnemen van de woorden "normale bedrijfsuitoefening" een wezenlijke beperking heeft beoogd van de reikwijdte van de in het vijfde lid van art. 1:88 BW opgenomen uitzondering op het toestemmingsvereiste.

3.7 Daargelaten dat ABN AMRO Bank de overeenkomst van 3 juni 2004 is aangegaan met [U.] en nog twee andere vennootschappen als kredietnemer, terwijl in de overeenkomst van 22 juni 2006 naast [U.] acht andere vennootschappen als kredietnemer zijn aangemerkt, is in de beide overeenkomsten telkens vermeld:

"Het krediet dient er financiering van de bedrijfsuitoefening van de kredietnemer"

alsmede

"Met de beschikbare faciliteit worden geen acquisities gefinancierd".

3.8 In de kredietovereenkomst van 7 september 2006 zijn deze beperkingen niet opgenomen. Integendeel staat tussen partijen vast, nu tegen de desbetreffende overwegingen van de rechtbank geen grieven zijn gericht, dat deze kredietovereenkomst "een herfinanciering van de gehele onderneming inhield", "een groeistrategie mogelijk [moest] maken, die erop neerkwam dat [U.] ontbrekende gedeelten in de door haar geleverde laboratoriumdiensten trachtte te verwerven door ondernemingen te kopen ()" en "[e]en sterke groei werd beoogd, terwijl [U.] slechts over beperkte activa beschikte".

3.9 In dit verband kent het hof voorts, met de rechtbank, betekenis toe aan de omstandigheid dat ABN AMRO aan de in de overeenkomst van 7 september 2006 belichaamde kredietverlening, tot een bedrag dat meer dan het dubbele bedroeg van de in juni van dat jaar reeds verruimde kredietfaciliteit, bijzondere voorwaarden heeft gesteld die in de voorafgaande overeenkomsten niet waren opgenomen, zoals een vergroting van het risicodragend kapitaal, waartoe een andere aandeelhouder is aangetrokken, en de eis dat de bestaande aandeelhouders achtergestelde leningen aan [U.] moesten verstrekken.

3.10 Op grond van deze omstandigheden stelt het hof vast dat de kredietovereenkomst van 7 september 2006 betrekking had op (voorgenomen) activiteiten die buiten de "normale bedrijfsuitoefening" van de (middellijk) door [geïntimeerde sub 1] bestuurde vennootschap vielen, zodat het vijfde lid van art. 1:88 BW toepassing mist. Ten overvloede merkt het hof nog op dat reeds uit de omstandigheid dat ABN AMRO Bank [geïntimeerde sub 2], zo volgt uit de onder 2.2(vi) weergegeven brief van [geïntimeerde sub 2] in samenhang met de memorie van grieven onder 28, bij brief van 22 november 2006 heeft verzocht de akte van borgstelling mee te tekenen ten blijke van haar toestemming, valt af te leiden dat ABN AMRO Bank zich ervan bewust is geweest dat het aangaan van de kredietovereenkomst van 7 september 2006 niet viel onder de "normale bedrijfsuitoefening" van [U.]. De grieven falen.

3.11 De derde grief keert zich tegen het oordeel van de rechtbank dat uit de hierboven onder 2.2 (vi) weergegeven brief niet volgt dat [geïntimeerde sub 2], zich bewust van de toepasselijkheid van art. 1:88 BW, heeft afgezien van de bescherming die deze bepaling biedt.

3.12 Ook deze grief faalt. De brief kan redelijkerwijs slechts aldus worden begrepen dat [geïntimeerde sub 2] geen toestemming voor de borgstelling wilde geven. De mededeling dat [geïntimeerde sub 2] in de onjuiste - veronderstelling verkeerde dat zij die toestemming ook niet hoefde te geven in verband met het tussen haar en [geïntimeerde sub 1] geldende regime van huwelijksgoederenrecht, heeft bij ABN AMRO (uiteraard) niet het gerechtvaardigd vertrouwen kunnen wekken dat [geïntimeerde sub 2] tegen de borgstelling op zichzelf geen bezwaar koesterde. Zulk te beschermen vertrouwen kan bij ABN AMRO Bank te minder zijn gewekt omdat [geïntimeerde sub 2] tevens te kennen gaf dat zij zich niet in staat achtte de borgstelling inhoudelijk te beoordelen. [geïntimeerde sub 2] noemde dat ook als reden om de borgstelling niet te bevestigen. Indien [geïntimeerde sub 2] de borgstelling zou hebben bevestigd, zou haar bevoegdheid om de borgstelling te vernietigen zijn vervallen, zo volgt uit art. 3:55, eerste lid BW. Door de borgtocht niet te bevestigen, heeft [geïntimeerde sub 2] uitdrukkelijk te kennen gegeven dat zij geen

afstand deed van haar vernietigingsbevoegdheid, zodat [geïntimeerde sub 2], anders dan ABN AMRO Bank stelt, juist niet het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat zij de borgstelling niet zou vernietigen. Met het verzenden van de onder 2.2 (vi) weergegeven brief heeft [geïntimeerde sub 2] derhalve niet haar recht de bescherming van art. 1:88, eerste lid BW in te roepen verwerkt.

3.13 Het falen van de voorgaande grieven brengt mee dat ook de vierde grief geen doel kan treffen.

3.14 ABN AMRO Bank biedt bewijs aan, doch zonder de concrete feiten en omstandigheden aan te duiden die, indien bewezen, tot een andere beoordeling van de zaak zouden kunnen voeren. Dit bewijsaanbod wordt daarom als onvoldoende gespecificeerd gepasseerd.

#### 4. Slotsom en kosten

Het voorgaande leidt tot de slotsom dat het vonnis waarvan beroep moet worden bekrachtigd.

ABN AMRO Bank zal als de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het hoger beroep.

#### 5. Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

verwijst ABN AMRO Bank in de proceskosten van het hoger beroep en begroot die kosten, voor zover tot heden aan de kant van [geïntimeerden] gevallen, op 1.085,- voor verschotten en 2.632,- voor salaris van de advocaat.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.D.R.M. Boumans, M.P. van Achterberg en J. Wortel en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 7 juni 2011.