

JOR 2019/114, Rechtbank Oost-Brabant 09-01-2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:82, HA ZA 17-843 (met annotatie van mr. R.I.V.F. Bertrams) Internationaal privaatrecht, Borgtochtovereenkomst tussen Duitse schuldeiser en Nederlandse borg, Toepasselijk recht, Toestemmingsvereiste ex art. 1:88 lid 1 aanhef en onder c BW, Uitzondering ex art. 1:88 lid 5 BW, Geen bescherming Duitse wederpartij tegen onbekende handelingsonbevoegdheid van borg, Het stellen van zekerheid voor bestaand leverancierskrediet behoort niet tot de normale uitoefening van het bedrijf, Verwijzing naar HR 14 april 2000, «JOR» 2000/113 (Soetelieve/Stienstra) en HR 8 juli 2005, «JOR» 2005/233, m.nt. Verdaas (Rabobank/Van Hees)

Wetsbepaling(en):

BW BOEK 1 artikel 88, BW BOEK 1 artikel 89, BW BOEK 7 artikel 858, BW BOEK 10 artikel 11, BW BOEK 10 artikel 40

Ook gepubliceerd in:

ECLI:NL:RBOBR:2019:82, NJF 2019/136

JOR 2019/114, Rechtbank Oost-Brabant, 09-01-2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:82, C/01/328911 / HA ZA 17-843 (annotatie)

Inhoudsindicatie

Internationaal privaatrecht, Borgtochtovereenkomst tussen Duitse schuldeiser en Nederlandse borg, Toepasselijk recht, Toestemmingsvereiste ex art. 1:88 lid 1 aanhef en onder c BW, Uitzondering ex art. 1:88 lid 5 BW, Geen bescherming Duitse wederpartij tegen onbekende handelingsonbevoegdheid van borg, Het stellen van zekerheid voor bestaand leverancierskrediet behoort niet tot de normale uitoefening van het bedrijf, Verwijzing naar HR 14 april 2000, «JOR» 2000/113 (Soetelieve/Stienstra) en HR 8 juli 2005, «JOR» 2005/233, m.nt. Verdaas (Rabobank/Van Hees)

Ga direct naar

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

Gegevens

Instantie	Rechtbank Oost-Brabant zp Eindhoven
Datum uitspraak	09-01-2019
Publicatie	JOR 2019/114 (Sdu Jurisprudentie Onderneming & Recht), aflevering 5, 2019

Annotator	• mr. R.I.V.F. Bertrams
ECLI	ECLI:NL:RBOBR:2019:82
Zaaknummer	C/01/328911 / HA ZA 17-843
Overige publicaties	<ul style="list-style-type: none"> • ECLI:NL:RBOBR:2019:82 • NJF 2019/136 • JOR 2019/114 met annotatie van mr. R.I.V.F. Bertrams
Rechtsgebied	Insolventierecht
Rubriek	Financiering, zekerheden en insolventie
Rechters	• mr. Maarschalkerweerd
Partijen	De vennootschap naar buitenlands recht X KG te Neumünster (Duitsland), eiseres, advocaat: mr. M.M.J. Severiens, tegen Y, gedaagde, advocaat: mr. H. Oosterhuis.
Regelgeving	<ul style="list-style-type: none"> • Rome I - 3 lid 1 • Rome I - 4 • Rome I - 10 lid 1 • Rome I - 13 • BW Boek 1 - 88 lid 1 aanhef en onder c en lid 5 • BW Boek 1 - 89 • BW Boek 7 - 858 • BW Boek 10 - 11 lid 2 • BW Boek 10 - 40

Samenvatting

Het bestaan en de geldigheid van de overeenkomst of van een bepaling daarvan worden ingevolge art. 10 lid 1 Rome I beheerst door het recht dat ingevolge deze verordening toepasselijk zou zijn, indien de overeenkomst of de bepaling geldig zou zijn. In de overeenkomst is geen uitdrukkelijke rechtskeuze gemaakt. Een stilzwijgende rechtskeuze kan volgens art. 3 lid 1 Rome I slechts met een zekere terughoudendheid worden aanvaard. Vage aanwijzingen zijn onvoldoende om een (duidelijke en dus volgens art. 3 lid 1 Rome I geldende) stilzwijgende rechtskeuze aan te nemen. Bij ontstentenis van een rechtskeuze moet het toepasselijke recht worden vastgesteld in overeenstemming met de regel die is gespecificeerd voor het bijzondere type overeenkomst. Indien de overeenkomst niet kan worden ingedeeld bij een van de gespecificeerde types of indien de elementen ervan onder meer dan één van de gespecificeerde types vallen (hier het geval), wordt de overeenkomst beheerst door het recht van het land waar de partij die de kenmerkende prestatie van de overeenkomst moet verrichten, haar gewoonlijke verblijfplaats heeft. Dat betekent dus dat Nederlands recht van toepassing is tenzij "de overeenkomst een kennelijk nauwere band heeft met een ander land dan bedoeld in art. 4 lid 1 en 2 Rome I". In dat geval bepaalt een ontsnappingsclausule dat het recht van dat andere land moet worden

toegepast. Om het betrokken land te kunnen aanwijzen, moet onder meer acht worden geslagen op de vraag of de desbetreffende overeenkomst zeer nauw verbonden is met een andere overeenkomst of overeenkomsten. In aansluiting op hetgeen hiervoor al is overwogen over het verband tussen de overeenkomsten tussen eiseres en TKS respectievelijk eiseres en gedaagde, zou de zelfstandige rechtspositie van de borg worden miskend als hij zonder dat daar bijzondere redenen voor zijn, gebonden is aan het recht dat van toepassing is op de overeenkomsten waaruit de schuld – waaraan hij zich als borg verbindt – voortvloeit. Het enkele feit dat die schuld voortvloeit uit overeenkomsten waarop Duits recht van toepassing is, is geen bijzondere reden. Van de toepasselijkheid van de ontsnappingsclausule van art. 4 lid 3 Rome I is dus geen sprake. Zowel voor de vraag of een (borgtocht)overeenkomst tussen partijen bestaat als voor de verdere beoordeling van het geschil over die overeenkomst is dus Nederlands recht van toepassing.

Er is sprake van een rechtsgeldige overeenkomst van borgtocht, tenzij de echtgenote van gedaagde de borgtochtovereenkomst terecht heeft vernietigd met een beroep op art. 1:88 lid 1 aanhef en onder c BW jo. art. 1:89 BW. Ook hier spelen internationaalrechtelijke bepalingen een rol. Volgens het toepasselijke art. 10:40 BW wordt de vraag of een echtgenoot voor een rechtshandeling de toestemming van de andere echtgenoot behoeft en, zo ja, wat de gevolgen zijn van het ontbreken van deze toestemming, beheerst door het recht van het land waar de echtgenoot wiens toestemming is vereist ten tijde van het verrichten van die rechtshandeling zijn gewone verblijfplaats heeft. Er is geen enkele aanleiding te veronderstellen dat de echtgenote van gedaagde ten tijde van het sluiten van de borgtochtovereenkomst niet in Nederland woonde. De echtgenote van gedaagde heeft dus (in beginsel) een beroep kunnen doen op vernietiging. Het Nederlandse internationaal privaatrecht kent echter een speciale regeling ter bescherming van de wederpartij van de onbevoegd handelende echtgenoot. Daarop doet eiseres ook een beroep. Volgens art. 13 Rome I kan, bij een overeenkomst die is gesloten tussen personen die zich in eenzelfde land bevinden, een natuurlijk persoon die volgens het recht van dat land handelingsbevoegd is, zich slechts beroepen op het feit dat hij volgens het recht van een ander land handelingsonbevoegd is, indien de wederpartij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst deze onbevoegdheid kende of door nalatigheid niet kende. Via het op 1 januari 2012 in werking getreden art. 10:11 lid 2 BW maakt deze regeling van art. 13 Rome I ook onderdeel uit van het Nederlandse commune internationaal privaatrecht. Het is de vraag waar de borgtochtovereenkomst door gedaagde is getekend. Eiseres heeft geen feiten in dit kader gesteld die (eventueel na bewijslevering) tot de slotsom zouden kunnen leiden dat gedaagde in Duitsland de borgtochtovereenkomst heeft ondertekend. Het beroep van eiseres op art. 10:11

lid 2 BW jo. art. 13 Rome I faalt derhalve, zodat die bepalingen eiseres geen bescherming bieden tegen de werking van art. 1:88 BW jo. 1:89 BW.

Volgens gedaagde valt de hier aangegeven borgtochtovereenkomst niet onder de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW omdat het gaat om een handeling strekkende tot redding van het bedrijf en omdat het niet gaat om een gewone geldlening, maar om het verstrekken van een borgtocht voor een bestaande schuld. Gedaagde doelt op de situatie als beschreven in HR 14 april 2000, «JOR» 2000/113 (Soetelieve/Stienstra) en HR 8 juli 2005, «JOR» 2005/233, m.nt. Verdaas (Rabobank/Van Hees), waarin is geoordeeld dat het aangaan van geldleningen ter herfinanciering van reeds bestaande, niet of slecht verhaalbare schulden van een vennootschap, waardoor niet zozeer de voor de bedrijfsuitoefening beschikbare liquiditeit wordt vergroot, maar in feite slechts de zekerheidspositie van een bestaande schuldeiser wordt versterkt, niet behoort tot de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap. Een situatie als bedoeld in art. 1:88 lid 5 BW doet zich hier niet voor. Met de borgstelling is zekerheid gesteld voor een overeenkomst waarbij een reeds bestaande schuld van TKS bij eiseres is

omgezet in een lening. Die schuld was flink, wat erop duidt dat er een groot liquiditeitsprobleem was bij TKS. Door de lening is de liquiditeitspositie van TKS helemaal niet verbeterd. Er is immers geen enkel geldbedrag uitgekeerd naar aanleiding van de overeenkomst. De aangegane overeenkomsten waren alleen maar gesloten omdat dit een voorwaarde was die eiseres stelde vooraleer zij bereid was nog verder zaken te doen met TKS. Eiseres dreigde met maatregelen. In de periode voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst van geldlening moest TKS eiseres al vooruitbetalen bij alle nieuwe orders, dat bleef ook zo na het sluiten van de overeenkomst. Ook in die zin hebben de overeenkomsten geen positief effect gehad voor de bedrijfsvoering van TKS. Eiseres stelt dat niet is gebleken dat TKS acuut in financiële nood was, of kort nadien is komen te verkeren. Het faillissement volgde namelijk pas in 2017. Dat maakt echter nog niet dat geen sprake is van een slecht verhaalbare schuld. TKS had weliswaar een plan van aanpak gemaakt om het resultaat van TKS te verbeteren en zodoende de schuld (op den duur) te kunnen aflossen, maar van een situatie waarin er concreet uitzicht was op aflossing van de (forse) schuld, blijkt niet. Dat moest TKS zelf voor elkaar zien te krijgen. Onder deze omstandigheden valt de aangegane borgtochtovereenkomst niet onder de uitzondering als bedoeld in art. 1:88 lid 5 BW en had de echtgenote van gedaagde toestemming behoren te geven als bedoeld in art. 1:88 lid 1 aanhef en onder c BW. Die toestemming ontbreekt en de echtgenote van gedaagde heeft dus een geslaagd beroep gedaan op vernietiging van de borgtochtovereenkomst.

Uitspraak

(...; red.)

2. De feiten

2.1. [eiseres] is een Duits bedrijf dat handelt in bouwmaterialen.

2.2. [eiseres] heeft in de jaren 2013 tot en met 2017 bouwmaterialen geleverd aan TKS Stallbau GmbH (hierna: TKS), waarvan [gedaagde] enig aandeelhouder en bestuurder was. TKS hield zich onder andere bezig met handel in isolerende materialen en bouwmaterialen van elke soort, het bouwen en verwijderen van landbouwstallen van elke aard en het adviseren en ondersteunen van bedrijven op het gebied van isolatie van gebouwen. [gedaagde] woont in Nederland.

2.3. Per 8 juli 2014 had TKS € 527.774,06 aan facturen van [eiseres] openstaan.

2.4. Partijen zijn daarover in overleg getreden. Op 8 juli 2014 heeft een gesprek tussen partijen plaatsgevonden, waarbij ook de Duitse advocaat van [eiseres] aanwezig was, over te sluiten overeenkomsten met betrekking tot de schuld.

2.5. Op 10 juli 2014 heeft de advocaat van [eiseres] een e-mail gestuurd met daarin (onder meer) het volgende:

„Sehr geehrte Herren [gedaagde]

In der vorstehenden Angelegenheit nehmen wir Bezug auf unsere Besprechung vom 8. Juli 2014.

Anliegend fügen wir eine Ratenszahlungsvereinbarung sowie das selbständige Schulderkenntnis mit der Bitte bei, diese Unterlagen uns zweifach von ihnen sehr

geehrter Herr [gedaagde], unterzeichnet wieder zur Verfügung zu stellen. Wir werden ihnen sodann nach Unterzeichnung durch unsere Mandantin jeweils ein Exemplar für ihre Unterlagen übersenden.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Punke

Reichsanwalt“

Als bijlage bij de betreffende e-mail zijn de opgestelde, maar nog niet ondertekende, "Ratenzahlungsvereinbarung" tussen [eiseres] en TKS en de "Vereinbarung (...) Selbständiges Schuldnerkenntnis (...) persönliche Schuldmitübernahme (...)" (de laatste hierna ook: de borgtochtovereenkomst) tussen [eiseres] en [gedaagde] (in privé).

2.6. Op 16 juli 2014 is door de advocaat van [eiseres] aan [gedaagde] een e-mail gestuurd met (onder meer) de volgende inhoud:

"Sehr geehrte Herren [gedaagde]

In vorbezeichneter Angelegenheit hatten wir Ihnen mit Schreiben vom 10.07.2014 die in der Besprechung vom 08.07.2014 mündlich bereits geschlossene Ratenzahlungsvereinbarung sowie ein entsprechendes Schuldnerkenntnis übersandt, mit der Bitte, die beiden Dokumente (die Ratenzahlungsvereinbarung 2-fach) von Ihnen sehr geehrter Herr [gedaagde] unterzeichnet an unser Büro zurückzusenden, damit sodann ein gegengezeichnetes Exemplar der Ratenzahlungsvereinbarung nach Unterschrift durch unsere Mandantschaft zurückgereicht werden kann.

Leider sind Sie dieser Aufforderung bislang nicht nachgekommen, so dass wir hiermit Frist zur Erledigung auf den 21.07.2014 setzen dürfen. Die entsprechenden Dokumente fügen wir in der Anlage nochmals bei.

Bitte übermitteln Sie uns jeweils ein unterzeichnetes Exemplar der Ratenzahlungsvereinbarung sowie das Schuldnerkenntnisses *vorab per E-mail*.

Sollte die vorsiehend gesetzte Frist fruchtlos verstreichen, sind wir gehalten, die in unserem Schreiben vom 13.06.2014 bereits angekündigten weiteren Maßnahmen zu veranlassen.

Wir bitten daher um umgehende Erledigung und verbleiben“

In de bijlage weer dezelfde (niet ondertekende) overeenkomsten als bij de e-mail van 10 juli 2014.

2.7. De overeenkomsten zijn vervolgens door [gedaagde] ondertekend retour gestuurd.

2.8. Er is door TKS mondjesmaat afgelost op de schuld tot partijen in 2016 in een gerechtelijke procedure in Duitsland verwikkeld zijn geraakt. In de hoofdsom resteert nu een bedrag van

€ 511.084,60.

2.9. TKS is op 14 februari 2017 failliet verklaard.

2.10. Bij brief van 24 augustus 2017 is [gedaagde] door de advocaat van [eiseres] gesommeerd om over te gaan tot betaling van de openstaande schuld, vermeerderd met rente en kosten. [gedaagde] weigert te betalen.

3. Het geschil en de beoordeling daarvan

3.1. [eiseres] vordert – samengevat – bij vonnis voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad veroordeling van [gedaagde] om op grond van de borgtochtovereenkomst te betalen een bedrag van € 511.084,60, vermeerderd met rente en kosten.

3.2. Het betreft een zaak met een internationaal karakter zodat allereerst de bevoegdheid van de Nederlandse rechter en vervolgens het toepasselijk recht moet worden vastgesteld. Met partijen is de rechtbank van oordeel dat zij bevoegd is omdat gedaagde ([gedaagde]) in Nederland woont.

3.3. Toepasselijk recht

3.3.1. Over het toepasselijk recht zijn partijen het niet eens. [eiseres] stelt zich op het standpunt dat partijen een rechtskeuze hebben gemaakt in de overeenkomst. Die rechtskeuze volgt uit de omstandigheden dat de overeenkomst in de Duitse taal is opgesteld, dat in de overeenkomst wordt verwezen naar Duitse rechtsfiguren, zoals de "Selbständiges Schuldanerkenntnis" en "persönliche Schuldmitübernahme" en dat de overeenkomst is opgesteld in Kiel te Duitsland. Bovendien liggen aan de schuld waar de overeenkomst betrekking op heeft overeenkomsten ten grondslag tussen twee Duitse partijen, in de Duitse taal, waarop Duits recht van toepassing is, aldus [eiseres].

3.3.2. [gedaagde] stelt dat Nederlands recht van toepassing is omdat [gedaagde] de kenmerkende prestatie dient te leveren van de borgtochtovereenkomst en hij in Nederland woont.

3.3.3. Het toepasselijk recht moet in dit geval worden bepaald aan de hand van de regels van de Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (hierna: Rome I). Het bestaan en de geldigheid van de overeenkomst of van een bepaling daarvan worden ingevolge artikel 10 lid 1 van Rome I (ook) beheerst door het recht dat ingevolge deze verordening toepasselijk zou zijn, indien de overeenkomst of de bepaling geldig zou zijn. Dit is van belang vooraf op te merken omdat [gedaagde] stelt dat de overeenkomst niet tot stand is gekomen met een beroep op artikel 3:33 BW.

3.3.4. Gelet op de door [eiseres] gestelde rechtskeuze is allereerst artikel 3 van Rome I van belang.

Artikel 3 lid 1 van Rome I luidt:

"1. Een overeenkomst wordt beheerst door het recht dat de partijen hebben gekozen. De rechtskeuze wordt uitdrukkelijk gedaan of blijkt duidelijk uit de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval. Bij hun keuze kunnen de partijen het toepasselijke recht aanwijzen voor de overeenkomst in haar geheel of voor slechts een onderdeel daarvan."

In de overeenkomst is geen uitdrukkelijke rechtskeuze gemaakt. [eiseres] rept over een stilzwijgende rechtskeuze. Voor het aannemen van een stilzwijgende rechtskeuze stelt artikel 3 lid 1 tweede zin Rome I, als vereiste dat de keuze voldoende *duidelijk* moet blijken uit de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval.

Een stilzwijgende rechtskeuze kan dus slechts met een zekere terughoudendheid worden aanvaard.

In het 'Rapport betreffende het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst door Mario Giuliano, hoogleraar aan de Universiteit van Milaan, en Paul Lagarde, hoogleraar aan de Universiteit van Parijs I' (hierna ook: het Rapport) is over de strekking van het onderhavige artikellid (onder meer) opgemerkt: "De keuze van partijen moet uitdrukkelijk zijn gedaan of voldoende duidelijk blijken uit de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval. Deze precisering in de tweede zin van het eerste lid van artikel 3 van het Verdrag, heeft een belangrijke consequentie.

De rechtskeuze van de partijen vloeit vaak voort uit een uitdrukkelijke clause in de overeenkomst. Het Verdrag biedt de rechter evenwel de mogelijkheid om, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval, vast te stellen dat partijen een echte rechtskeuze hebben gedaan, ook al is deze niet met zoveel woorden in de overeenkomst tot uitdrukking gebracht. De overeenkomst kan bij voorbeeld een standaardcontract zijn dat door een bepaald rechtsstelsel wordt beheerst, ook al is dienaangaande geen uitdrukkelijk beding in de overeenkomst opgenomen: bij voorbeeld een zeeverzekeringsspolis van Lloyds. In andere gevallen kan het feit dat in een vroeger contract tussen de partijen een uitdrukkelijke rechtskeuze was opgenomen, de rechter tot de overtuiging brengen dat de overeenkomst door het voorheen gekozen recht wordt beheerst, indien de rechtskeuzeclausule ten minste is weggelaten in omstandigheden, waaruit niet blijkt dat er zich een wijziging in de houding van de partijen onderling heeft voorgedaan. In enkele gevallen kan voorts uit de keuze van de bevoegde rechter van een bepaald land ondubbelzinnig blijken dat de partijen hebben gewenst dat de overeenkomst door het recht van die rechter wordt beheerst, mits zulks verenigbaar is met de bepalingen van de overeenkomst en met alle omstandigheden van het geval. Evenzo kunnen verwijzingen in een overeenkomst naar bepaalde artikelen van de Franse Code civil elke twijfel bij de rechter wegnemen omtrent de vaste intentie van de partijen het Franse recht te kiezen, ook al is die keuze niet uitdrukkelijk gedaan. Andere elementen die een rechter ervan kunnen overtuigen dat een echte rechtskeuze is gedaan, zijn bij voorbeeld: de uitdrukkelijke rechtskeuze die is gedaan in een gelijksoortige verhouding tussen dezelfde partijen, of de keuze van de plaats waar geschillen moeten worden beslecht door arbitrage, in omstandigheden waaruit blijkt dat de arbiter het recht van die plaats moet toepassen."

Vage aanwijzingen zijn (aldus) onvoldoende om een (duidelijke en dus volgens artikel 3 lid 1 Rome I geldende) stilzwijgende rechtskeuze aan te nemen. Slechts die concrete omstandigheden en factoren komen in aanmerking, waaruit – vaak in onderlinge samenhang bezien – met voldoende zekerheid kan worden afgeleid dat partijen werkelijk een rechtskeuze hebben beoogd tot stand te brengen.

3.3.5. In aansluiting op het voorgaande is de rechtbank is van oordeel dat het feit dat de overeenkomst in de Duitse taal, met bijstand van Duitse advocaat in Duitsland is opgesteld geen aanwijzingen van een duidelijke rechtskeuze zijn. Dat aan deze omstandigheden een bepaalde intentie – anders dan een pragmatische ([eiseres] en TKS deden zaken in Duitsland en de overeenkomsten zijn op initiatief van [eiseres] tot stand gekomen) – ten grondslag ligt is gesteld noch gebleken.

Voorts is de rechtbank van oordeel dat geen sprake is van een verwijzing naar rechtsfiguren die specifiek en uitsluitend aan het Duits recht zijn ontleend. De rechtsfiguren waarnaar [eiseres] verwijst bestaan (vertaald) in het Nederlands recht ook. Naar specifieke artikelen van de Duitse wet is niet verwezen. In deze procedure noemt [eiseres] de overeenkomst waarop zij zich hier beroept zelfs (ook) borgtocht. Evenmin duidt de omstandigheid dat de schuld waarop de schuldbekentenis ziet, voortvloeit uit overeenkomsten waarop Duits recht van toepassing is, dat Duits recht ook op deze overeenkomst van toepassing zou moeten zijn. Bij die overeenkomsten (tussen [eiseres] en TKS) is [gedaagde] geen partij. Het is ook geen gelijksoortige overeenkomst als de overeenkomsten tussen [eiseres] en TKS (koopovereenkomsten respectievelijk een schuldbekentenis/borgtocht). Er is dus geen sprake van een situatie als aangeduid in het Rapport: een gelijksoortige overeenkomst tussen dezelfde partijen. De onderhavige overeenkomst, zowel de schuldbekentenis als de borgtocht, betreft een rechtsverhouding tussen [eiseres] en [gedaagde]. Van een rechtskeuze is dus geen sprake.

3.3.6. Bij ontstentenis van een rechtskeuze, zo staat in overweging 19 van de Considerans van Rome I, moet het toepasselijke recht worden vastgesteld in overeenstemming met de regel die is gespecificeerd voor het bijzondere type overeenkomst. Indien de overeenkomst niet kan worden ingedeeld bij een van de gespecificeerde types of indien de elementen ervan onder meer dan één van de gespecificeerde types vallen (hier het geval), wordt de overeenkomst beheerst door het recht van het land waar de partij die de kenmerkende prestatie van de overeenkomst moet verrichten, haar gewoonlijke verblijfplaats heeft. Dat betekent dus dat Nederlands recht van toepassing is tenzij (Considerans overweging 20) "de overeenkomst een kennelijk nauwere band heeft met een ander land dan bedoeld in artikel 4, leden 1 en 2. [In dat geval] bepaalt een ontsnappingsclausule bevat in deze bepalingen dat het recht van dat andere land moet worden toegepast. Om het betrokken land te kunnen aanwijzen, moet onder meer acht worden geslagen op de vraag of de desbetreffende overeenkomst zeer nauw verbonden is met een andere overeenkomst of overeenkomsten."

3.3.7. [eiseres] doet een beroep op die "ontsnappingsclausule". Volgens haar heeft de overeenkomst een kennelijk nauwere band met Duitsland. In aansluiting op hetgeen hiervoor al is overwogen over het verband tussen de overeenkomsten tussen [eiseres] en TKS respectievelijk [eiseres] en [gedaagde], zou de zelfstandige rechtspositie van de borg volgens de rechtbank worden miskend als hij zonder dat daar bijzondere redenen voor zijn, gebonden is aan het recht dat van toepassing is op de overeenkomsten waaruit de schuld – waaraan hij zich als borg verbindt – voortvloeit. Het enkele feit dat die schuld voortvloeit uit overeenkomsten waarop Duits recht van toepassing is, is geen bijzondere reden. (Verdere) bijzondere redenen waarom het toepasselijk recht op de overeenkomsten tussen [eiseres] en TKS ook op de rechtsverhouding tussen [eiseres] en [gedaagde] van toepassing zou moeten zijn, zijn niet gesteld. Van de toepasselijkheid van de ontsnappingsclausule van artikel 4 lid 3 van Rome I is dus geen sprake.

3.3.8. De tussenconclusie is dat zowel voor de vraag of een (borgtocht)overeenkomst tussen partijen bestaat als voor de verdere beoordeling van het geschil over die overeenkomst Nederlands recht van toepassing is. Over de toepasselijkheid van artikelen 1:88 en 1:89 BW komt de rechtbank later nog te spreken.

3.4. Beroep op 3:33 BW en (oneigenlijke) dwaling

3.4.1. [gedaagde] betwist dat een overeenkomst tussen partijen tot stand is gekomen omdat zijn wil niet was gericht op het sluiten van een overeenkomst waarbij hij zich privé zou (mee)verbinden voor de schulden van TKS. De stukken omtrent de overeenkomst zijn geadresseerd aan TKS en niet aan [gedaagde] in privé. In het e-mailverkeer dat heeft geleid tot ondertekening wordt alleen gesproken over schuldigerkenning namens de vennootschap en niet namens [gedaagde] in privé. [gedaagde] heeft verder de inhoud van de overeenkomst niet begrepen. Hij spreekt voldoende Duits om zaken te doen in Duitsland maar is geen (Duitse) jurist. De term "Persönliche Schuldmitübernahme" is verder in een kleiner lettertype, zodat het lijkt alsof het slechts een herhaling is van de eerdere erkenning van de vennootschap. [gedaagde] is dyslectisch. De Duitse advocaat van [eiseres] heeft op geen enkele wijze gepoogd onduidelijkheid bij [gedaagde] weg te nemen.

3.4.2. De heer [naam bestuurder], bestuurder van [eiseres], stelt dat hij tijdens het gesprek op 8 juli 2014 [gedaagde] erop heeft gewezen dat [gedaagde] persoonlijk zou tekenen voor de schuld. [gedaagde] deed jarenlang zaken in Duitsland en kon dus goed Duits. Ook de zoon van [gedaagde] kon goed Duits, die hielp hem. [gedaagde] heeft de tijd gekregen om de overeenkomsten te bestuderen en had zelf onderzoek kunnen doen bij onduidelijkheid.

3.4.3. De onderhavige discussie speelt zich af op het terrein van de wilsvertrouwensleer. [gedaagde] stelt dat zijn wil niet overeenstemde met zijn verklaring, zodat een overeenkomst niet tot stand is gekomen. [eiseres] stelt dat zij er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat er wel overeenstemming was bereikt, zodat [gedaagde] zich niet op een vermeende discrepantie tussen wil en verklaring kan beroepen. Vast staat dat [gedaagde] de schriftelijke "Vereinbarung" heeft ondertekend. Daarmee heeft [gedaagde] in ieder geval verklaard een borgtochtovereenkomst met [eiseres] te sluiten. [gedaagde] stelt echter dat zijn wil niet overeenstemde met zijn verklaring. Over de vraag wat er op 8 juli 2014 is besproken over de inhoud van de overeenkomst(en) verschillen partijen van mening. Onjuist is in dat kader de stelling van [gedaagde] dat in de e-mails van 10 en 16 juli 2014 niet wordt verwezen naar de te sluiten overeenkomst tussen [eiseres] en [gedaagde]. Naar de overeenkomst met [gedaagde] wordt wel verwezen en deze is ook bijgevoegd. Verder staat niet ter discussie dat [gedaagde] met zijn bedrijf in Duitsland zaken deed. Om die reden mocht [eiseres] een zekere beheersing van de Duitse taal bij [gedaagde] verwachten. Van een zeer uitvoerige en ingewikkelde overeenkomst is geen sprake. De overeenkomst behelst één pagina. Volgens [gedaagde] zijn de termen "Selbständige Schuldanerkenntnis" en "persönliche Schuldmitübernahme" onduidelijk. Gelet op de beheersing van de Duitse taal die [eiseres] bij [gedaagde] mocht verwachten bezien in samenhang met de inhoud van de overeenkomst rustte naar het oordeel van de rechtbank geen plicht op [eiseres] om te onderzoeken of [gedaagde] de inhoud van de overeenkomst begreep. Dat er overigens concrete aanleiding was voor [eiseres] om daaraan te twijfelen is gesteld noch gebleken. Die omstandigheid leidt des te minder tot een onderzoeksplicht aan de zijde van [eiseres]. [gedaagde] had bij onduidelijkheid vragen kunnen stellen. Daarenboven is [gedaagde] door [eiseres] de tijd gegeven om nog eens na te gaan of hij de overeenkomst wilde aangaan. Hij had dus zelf in de gegeven tijd navraag kunnen doen. Dyslexie staat daar niet aan in de weg.

Overigens is er een duidelijk onderscheid tussen de "Ratenzahlungsvereinbarung" en de "Vereinbarung (...) Selbständige Schuldanerkenntnis (...) persönliche Schuldmitübernahme" in die zin dat duidelijk is aangegeven dat bij de eerstgenoemde overeenkomst TKS en [eiseres] partij zijn en bij de tweede overeenkomst [gedaagde] en [eiseres]. Dat volgt ook bij de partijsaanduidingen onder de stippellijn waarop ondertekening dient plaats te vinden. Dat laatstgenoemde overeenkomst een overeenkomst was waarbij [gedaagde] partij zou zijn, kon [gedaagde] (ook) daaraan

duidelijk zien. Op grond van het vorenstaande komt de rechtbank tot het oordeel dat [eiseres] er gerechtvaardigd op heeft mogen en mag vertrouwen dat de verklaring van [gedaagde] overeenstemde met zijn wil. De borgtochtovereenkomst is dus tot stand gekomen.

3.4.4. Verder doet [gedaagde] op grond van dezelfde omstandigheden als hiervoor besproken een beroep op dwaling. Van eigenlijke dwaling als bedoeld in artikel 6:228 BW is sprake wanneer er wel wilsovereenstemming is, maar een der partijen bij het bepalen van zijn wil is uitgegaan van enigerlei omstandigheid die bij het aangaan van de overeenkomst voor haar van belang was, welke voorstelling onjuist was. De stellingen van [gedaagde] komen echter neer op een beroep op oneigenlijke dwaling, want [gedaagde] stelt zich niet bewust te zijn geweest van de inhoud en strekking van de overeenkomst. In een dergelijk geval kan het gevolg zijn dat geen overeenkomst tot stand komt door wilsovereenstemming, die dan immers ontbreekt. Of een overeenkomst niettemin tot stand komt en wat die inhoudt, hangt af van de aanwezigheid van gerechtvaardigd vertrouwen. Hiervoor is daarover al geoordeeld. Het beroep op dwaling behoeft – gelet op het voorgaande – verder geen bespreking, want het slaagt om het voorgaande niet.

3.5. Omdat de hiervoor besproken verweren van [gedaagde] niet slagen stelt de rechtbank vast dat sprake is van een rechtsgeldige overeenkomst van borgtocht, tenzij de echtgenote van [gedaagde] de borgtochtovereenkomst terecht heeft vernietigd met een beroep op artikel 1:88 lid 1 aanhef en onder c BW jo artikel 1:89 BW.

3.6. Vernietiging borgtochtovereenkomst, internationaal recht

3.6.1. [gedaagde] stelt dat zijn echtgenote de borgtochtovereenkomst met succes heeft vernietigd.

3.6.2. [eiseres] stelt onder verwijzing naar (onder meer) de uitspraak van hof Arnhem van 12 juni 2012 [ECLI:NL:GHARN:2012:BX0484](#) dat in dit geval geen geslaagd beroep kan worden gedaan op vernietiging.

3.6.3. De rechtbank overweegt als volgt. Ook hier spelen internationaalrechtelijke bepalingen een rol. Volgens het toepasselijke artikel 10:40 BW wordt de vraag of een echtgenoot voor een rechtshandeling de toestemming van de andere echtgenoot behoeft en, zo ja, wat de gevolgen zijn van het ontbreken van deze toestemming, beheerst door het recht van het land waar de echtgenoot wiens toestemming is vereist ten tijde van het verrichten van die rechtshandeling zijn gewone verblijfplaats heeft.

3.6.4. [eiseres] stelt dat niet duidelijk is of de echtgenote van [gedaagde] destijds in Nederland woonde.

3.6.5. [gedaagde] stelt dat hij en zijn echtgenote al jaren op hetzelfde adres in Nederland wonen, zoals ook in de GBA staat vermeld.

3.6.6. Voor de rechtbank is er geen enkele aanleiding te veronderstellen dat de echtgenote van [gedaagde] ten tijde van het sluiten van de borgtochtovereenkomst niet in Nederland woonde. De enkele blote stelling van [eiseres] dienaangaande is door [gedaagde] gemotiveerd betwist. De echtgenote van [gedaagde] heeft dus (in beginsel) een beroep kunnen doen op vernietiging.

3.6.7. Het Nederlandse internationaal privaatrecht kent echter een speciale regeling ter bescherming van de wederpartij van de onbevoegd handelende echtgenoot. Daarop doet [eiseres] ook een beroep. Volgens artikel 13 van Rome I kan, bij een overeenkomst die is gesloten tussen personen die zich in eenzelfde land bevinden, een natuurlijk persoon die volgens het recht van dat land handelingsbevoegd is, zich slechts beroepen op het feit dat hij volgens het recht van een ander land handelingsonbevoegd is, indien de wederpartij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst deze onbevoegdheid kende of door nalatigheid niet kende. Via het op 1 januari 2012 in werking getreden artikel 10:11 lid 2 BW maakt deze regeling van artikel 13 van Rome I ook onderdeel uit van het Nederlandse commune internationaal privaatrecht.

3.6.8. [eiseres] stelt ten eerste enerzijds dat de borgtochtovereenkomst in Duitsland is gesloten (op 8 juli 2014, mondeling), maar zij stelt ook dat [eiseres] [gedaagde] de tijd heeft gegeven om nog na te denken over de vraag of hij de borgtochtovereenkomst wel wilde aangaan. Vanwege de tegenstrijdige stellingen van [eiseres] op dit punt kan al niet worden vastgesteld dat de overeenkomst op 8 juli 2014 (in Duitsland) al (mondeling) is gesloten. Hij is op 18 juli 2018 gesloten door de ondertekening van [gedaagde].

3.6.9. Dan is het vervolgens de vraag waar de borgtochtovereenkomst door [gedaagde] is getekend.

3.6.10. [eiseres] stelt dat uit de omstandigheden dat 1) in de overeenkomst als adres van [gedaagde] staat vermeld het adres van TKS in Duitsland en 2) dat onderaan de overeenkomst als plaats van ondertekening Bocholt staat vermeld en 3) dat op de begeleidende brief bij de geretourneerde ondertekende overeenkomst het adres van TKS in Bocholt staat, valt op te maken dat de overeenkomst in Duitsland is ondertekend.

3.6.11. [gedaagde] betwist dit echter. Hij heeft de overeenkomst in Nederland ondertekend, zo stelt hij.

3.6.12. De rechtbank overweegt dat, anders dan [eiseres] stelt, noch uit het in de overeenkomst vermelde adres van [gedaagde] (zijnde het adres van TKS in Duitsland), noch uit het op de begeleidende brief bij de geretourneerde overeenkomst vermelde adres van TKS blijkt dat [gedaagde] de borgtochtovereenkomst in Duitsland heeft getekend. Er zijn geen omstandigheden gesteld waaruit volgt dat die vermelde adressen iets zeggen over de plaats waar de overeenkomst is ondertekend.

Verder valt de vermelding van Bocholt als plaats van ondertekening (onderaan de overeenkomst) niet onder de reikwijdte van de dwingende bewijskracht. Het is immers geen onderdeel van de verklaring van een partij omtrent hetgeen de akte bestemd is ten behoeve van de wederpartij te bewijzen als bedoeld in artikel 157 Rv. In het midden kan dus blijven of deze overeenkomst überhaupt dwingende bewijskracht heeft gelet op het bepaalde in artikel 158 Rv. De rechtbank is van oordeel dat het enkele feit dat [gedaagde] de door [eiseres] opgestelde overeenkomst, waarin "Bocholt" voorgedrukt staat, gelet op het voorgaande en gezien de betwisting van [gedaagde] onvoldoende is om te kunnen vaststellen dat [gedaagde] in Bocholt getekend heeft en niet, zoals [gedaagde] stelt, in Nederland. [eiseres] heeft geen verdere feiten in dit kader gesteld die (eventueel na bewijslevering) tot de slotsom zouden kunnen leiden dat [gedaagde] in Duitsland de borgtochtovereenkomst heeft ondertekend. Het beroep van [eiseres] op artikel 10:11 lid 2 BW jo. artikel 13 van Rome I faalt derhalve, zodat die bepalingen [eiseres] geen bescherming bieden tegen de werking van artikel 1:88 BW jo. 1:89 BW

3.7.verjaring op grond van artikel 3:52 BW

Vervolgens beroept [eiseres] zich op verjaring. [eiseres] stelt dat de echtgenote van [gedaagde] al direct op de hoogte moet zijn geweest van de borgtochtovereenkomst. [eiseres] baseert haar stelling op het feit dat de echtgenote van [gedaagde] betrokken is bij andere bedrijven van haar echtgenoot en uit dien hoofde van begin af aan wist dan wel had moeten weten van de borgtochtovereenkomst. Haar recht om de borgtochtovereenkomst te vernietigen is derhalve na verloop van drie jaren gerekend vanaf 18 juli 2014 verjaard. [gedaagde] betwist dat zijn echtgenote destijds al op de hoogte was van de borgtochtovereenkomst. Mede gelet op de betwisting van de zijde van [gedaagde] had het op de weg van [eiseres] gelegen haar beroep op verjaring nader te onderbouwen. Uit het feit dat de echtgenote van [gedaagde] betrokken is bij andere bedrijven met [gedaagde] maakt nog niet dat zij wetenschap had of moest hebben van deze overeenkomst (die die bedrijven niet aanging). Dat de echtgenote van [gedaagde] daadwerkelijk destijds al op de hoogte was heeft [eiseres] in het geheel niet onderbouwd met concrete feiten en omstandigheden. Het beroep op verjaring faalt dus.

3.8.De uitzondering van 1:88 lid 5 BW

3.8.1. [eiseres] beroept zich echter op de uitzondering van 1:88 lid 5 BW. Zij stelt dat [gedaagde] door zich borg te stellen voor een bedrag van € 527.774,06 zich sterk heeft gemaakt voor TKS. [gedaagde] heeft zodoende zeker willen stellen dat ook in de toekomst materialen door [eiseres] geleverd zouden worden, waarmee voortzetting van het bedrijf zonder meer was gediend. Het zich onder die omstandigheden sterk maken voor betaling wordt aangemerkt als "normale bedrijfsuitoefening" in de zin van art. 1:88 lid 5 BW, waarvoor geen toestemming van de echtgenote nodig is. Het standpunt van [gedaagde], dat in de praktijk sprake was van een onverhaalbare vordering, is onjuist. De onderneming werd immers door [gedaagde] gecontinueerd. De reden voor het sluiten van de overeenkomst was niet alleen het verkrijgen van meer zekerheid voor de betaling. [gedaagde] had ook nagedacht over hoe hij het geld kon terugbetalen. Hij zou prijzen verhogen, procedures in het bedrijf verbeteren en nacalculaties doen etcetera. Het hoorde dus bij de normale gang van zaken van het bedrijf. Pas jaren later, begin februari 2017, is TKS gefailleerd, aldus nog steeds [eiseres].

3.8.2. Volgens [gedaagde] is de uitzondering die artikel 1:88 lid 5 BW geeft voor rechtshandelingen als bedoeld in artikel 1:88 lid 1 onder c BW niet van toepassing omdat in onderhavige situatie geen sprake is van een gewone geldlening, maar het feitelijk achteraf en in onderling overleg vaststellen van een schuld en het verstrekken van zekerheid in de vorm van een borgtocht of anderszins, voor een bestaande schuld die in de praktijk onverhaalbaar was en is gebleven. Onder verwijzing naar (de conclusie van de A-G bij) HR 4 mei 2018, [ECLI:NL:PHR:2018:460](#) («JOR» 2018/263, m.nt. Bergervoet (*Rabobank/X*); *red.*) stelt [gedaagde] dat de voorbeelden in de rechtspraak vaak gaan over borgstellingen bij het aangaan van een lening, wat hier niet het geval is. Uit voornoemde conclusie van de A-G blijkt dat handelingen strekkende tot redding van een bedrijf via een samenstel van financiële transacties, ook "tijdens de rit", teneinde faillissement te voorkomen, niet worden geacht een normale bedrijfsuitoefening te zijn. Als [gedaagde], zich bewust zijnde van de strekking, deze borgtochtovereenkomst was aangegaan dan was het argument waarschijnlijk geweest om juridische acties van [eiseres] en een (daarop volgend) faillissement van TKS te voorkomen. De overeenkomst valt dus in de laatstbedoelde

categorie rechtshandelingen, die niet onder de normale bedrijfsuitoefening vallen, aldus [gedaagde].

3.8.3. Artikel 1:88 lid 5 BW luidt als volgt: "Toestemming voor een rechtshandeling als bedoeld in lid 1 onder c, is niet vereist, indien zij wordt verricht door een bestuurder van een naamloze vennootschap of van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, die daarvan alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid der aandelen houdt en mits zij geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap."

Niet ter discussie staat dat [gedaagde] een bestuurder is als bedoeld in dit artikel en dat het gaat om een rechtshandeling als bedoeld in lid 1 onder c van voornoemd artikel, zodat in zoverre aan de vereisten van deze uitzondering is voldaan. Dat het sluiten van leningsovereenkomsten tot de normale bedrijfsuitoefening van TKS behoorde is door [gedaagde] voorts niet betwist maar volgens [gedaagde] valt de hier aangegane borgtochtovereenkomst niet onder de uitzondering van 1:88 lid 5 omdat het gaat om een handeling strekkende tot redding van het bedrijf en omdat het niet gaat om een gewone geldlening maar om het verstrekken van een borgtocht voor een bestaande schuld.

3.8.4. [gedaagde] doelt op de situatie als beschreven in HR 14 april 2000, [JOR 2000/113](#) (Soetelieve/Stienstra) en HR 8 juli 2005, [JOR 2005/233](#) (m.nt. Verdaas; red.), (Rabobank/Van Hees), waarin – zeer kort gezegd – is geoordeeld dat het aangaan van geldleningen ter herfinanciering van reeds bestaande, niet of slecht verhaalbare schulden van een vennootschap, waardoor niet zozeer de voor de bedrijfsuitoefening beschikbare liquiditeit wordt vergroot, maar in feite slechts de zekerheidspositie van een bestaande schuldeiser wordt versterkt, niet behoort tot de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap.

De rechtbank is met [gedaagde] van oordeel dat zich een situatie als bedoeld in artikel 1:88 lid 5 BW hier niet voordoet. Met de borgstelling is zekerheid gesteld voor een overeenkomst waarbij een reeds bestaande schuld van TKS bij [eiseres] is omgezet in een lening. Die schuld was flink, wat erop duidt dat er een groot liquiditeitsprobleem was bij TKS. Door de lening is de liquiditeitspositie van TKS helemaal niet verbeterd. Er is immers geen enkel geldbedrag uitgekeerd naar aanleiding van de overeenkomst. De aangegane overeenkomsten waren, gelet op de stellingen van partijen, alleen maar gesloten omdat dit een voorwaarde was die [eiseres] stelde vooraleer zij bereid was nog verder zaken te doen met TKS. Dat volgt ook uit de e-mail van de advocaat van [eiseres] aan [gedaagde] van 16 juli 2014 waarin staat (onder meer) "Sollte die vorstehend geselzte Frist fruchtlos verstreichen. sind wir gehalten, die in unserem Schreiben vom 13.06.2014 bereits angekondigten weiteren Mabnahmen zu veranlassen." [eiseres] dreigde dus met maatregelen. In de periode voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst van geldlening moest TKS [eiseres] al vooruitbetalen bij alle nieuwe orders, dat bleef ook zo na het sluiten van de overeenkomst. Ook in die zin hebben de overeenkomsten geen positief effect gehad voor de bedrijfsvoering van TKS. Weliswaar stelt [eiseres] dat niet is gebleken dat TKS acuut in financiële nood was, of kort nadien is komen te verkeren. Het faillissement volgde namelijk pas in 2017. Dat maakt echter nog niet dat geen sprake is van een slecht verhaalbare schuld. TKS had weliswaar, volgens de onweersproken stelling van [eiseres], een plan van aanpak gemaakt om het resultaat van TKS te verbeteren en zodoende de schuld (op den duur) te kunnen aflossen, maar van een situatie waarin er concreet uitzicht was op aflossing van de (forse) schuld, blijkt niet. Dat moest TKS zelf voor elkaar zien te krijgen. Onder deze omstandigheden valt de aangegane borgtochtovereenkomst niet onder de uitzondering als bedoeld in artikel 1:88 lid 5 BW en had de echtgenote van [gedaagde] toestemming behoren te geven als bedoeld in artikel 1:88 lid 1 aanhef en

onder c BW. Die toestemming ontbreekt en de echtgenote van [gedaagde] heeft dus een geslaagd beroep gedaan op vernietiging van de borgtochtovereenkomst.

3.9. [eiseres] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van [gedaagde] worden begroot op:

(...; red.)

4. De beslissing

De rechtbank

4.1. wijst de vorderingen af;

4.2. veroordeelt [eiseres] in de proceskosten (...; red.)

4.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. Deze beslissing betreffende een borgtocht is om twee redenen interessant. In de eerste plaats komen ongeveer alle denkbare aspecten op het gebied van het toepasselijk recht aan bod. Het tweede punt draait om de uitzondering op het beruchte toestemmingsvereiste van de andere echtgenoot op grond van art. 1:88 lid 5 BW, namelijk de vraag of het aangaan van de gezeekerde verplichting behoort tot de "normale" bedrijfsactiviteiten van de gezeekerde vennootschap.

2. *De feiten.* Een Duitse vennootschap verkoopt en levert bouwmaterialen aan een andere, eveneens Duitse vennootschap. Van laatstgenoemde vennootschap is een in Nederland wonende persoon bestuurder en meerderheidsaandeelhouder ("dga"). In de loop der tijd ontstaat een fors bedrag aan openstaande facturen van ongeveer € 500.000. In verband daarmee wordt in juli 2014 een *Ratenzahlungsvereinbarung* (afbetalingsregeling) tussen de verkopende en kopende vennootschap en een *persönliche Schuldmitübernahme* (borgtocht) van de dga ten gunste van de verkopende vennootschap als crediteur gesloten. De kopende vennootschap/debiteur wordt in februari 2017 failliet verklaard waarna de crediteur/verkoper betaling vordert van de dga op grond van de borgtocht.

3. *Toepasselijk recht borgtocht.* De eerste kwestie betrof de vraag of sprake was van een stilzwijgende keuze voor Duits recht. Deze mogelijkheid is voorzien in art. 3 lid 1 Rome I, mits deze *duidelijk* blijkt uit de bepalingen van de overeenkomst of de omstandigheden van het geval. Daartoe noemde de crediteur een groot aantal omstandigheden die in die richting wezen, zie r.o. 3.3.1. De rechtbank citeert dan breed een passage uit het Rapport Giuliano/Lagarde bij het EVO-Verdrag, de voorganger van Rome I, waarin benadrukt wordt dat op dit punt terughoudendheid in acht dient te worden genomen. Op grond daarvan en onder verwijzing naar tal van andere omstandigheden komt de rechtbank tot het oordeel dat geen sprake was van een stilzwijgende rechtskeuze, zie r.o. 3.3.5. Meer in het algemeen geldt dat wij die (grote) terughoudendheid terugzien in bestendige, maar casuïstische Nederlandse rechtspraak en literatuur ten aanzien van het huidige art. 3 lid 1 Rome I. Blijft natuurlijk steeds de mogelijkheid van grijze gebieden waarbij men zowel linksom als rechtsom kan gaan, en de kans dat een Duitse rechter in dit geval voor de andere, namelijk zijn eigen richting was gegaan.

4. Bij gebreke van een rechtskeuze acht de rechtbank, onder toepassing van de leer van de kenmerkende prestatie ingevolge art. 4 lid 2 Rome I, Nederlands recht van toepassing nu de dga/borg in Nederland woonde. Dit is in lijn met vaste rechtspraak. De crediteur beriep zich nog op een correctie op genoemde verwijzingsregel als voorzien in art. 4 lid 3 Rome I, namelijk indien uit alle omstandigheden blijkt dat de overeenkomst een kennelijke nauwere band heeft met een ander land. De rechtbank wijst deze gang af, zie r.o. 3.3.7, en terecht, gelet op de uiterste terughoudendheid die op dit punt volgens vaste rechtspraak in acht genomen moet worden.

5. Een van de verweren van de dga/borg betrof de stelling dat geen geldige borgtocht tot stand was gekomen, zulks met een beroep op art. 3:33 BW (wils- en vertrouwensleer) en art. 6:228 BW (dwaling). De rechtbank oordeelt dat dit verweer betrekking heeft op het bestaan en de materiële geldigheid van de overeenkomst. Daartoe bepaalt art. 10 lid 1 Rome I dat dergelijke kwesties beheerst worden door het recht dat van toepassing zou zijn indien de overeenkomst geldig zou zijn, in dit geval derhalve Nederlands recht. Dat doet de rechtbank dan ook en, Nederlands recht toepassend, wordt dit betoog verworpen.

6. *Toepasselijk recht toestemmingsvereiste, art. 1:88/89 BW.* De tussenconclusie is dat er sprake is van een geldige borgtocht, tenzij de echtgenote van de dga/borg terecht deze borgtocht heeft vernietigd met een beroep op art. 1:88 lid 1 onder c BW jo. art. 1:89 BW. Dat brengt de vraag met zich of deze bepalingen in dit internationale geval van toepassing zijn. De omstandigheid dat de borgtocht wordt beheerst door Nederlands recht betekent namelijk niet dat deze kwestie om die reden ook beheerst wordt door Nederlands recht. Voor deze materie geldt een afzonderlijke verwijzingsregel, los van die betreffende de borgtochtovereenkomst. Deze specifieke verwijzingsregel ligt thans besloten in art. 10:40 BW volgens welke kwesties rondom (het ontbreken van) toestemming van de andere echtgenoot beheerst worden door het recht van het land waar die andere echtgenoot zijn gewone verblijfplaats heeft. Nu dat Nederland was, oordeelde de rechtbank in lijn met deze verwijzingsregel dat art. 1:88 BW inderdaad van toepassing was. Dat was geen lastige kwestie, maar de volgende wel.

7. De vernietigbaarheid van de borgtocht bij gebreke van toestemming van de andere echtgenoot is internationaal niet erg gebruikelijk en een buitenlandse crediteur zal dan ook veelal niet bedacht zijn op zo'n toestemmingsvereiste. Daarom zijn twee routes ontwikkeld ter bescherming van een dergelijke crediteur. Op het niveau van het ipr is een specifieke conflictenrechtelijke regeling gegeven die thans is neergelegd in art. 13 Rome I (de zogeheten "Lizardi-regel", waarop de crediteur in casu ook een beroep deed. Volgens deze bepaling kan, bij een overeenkomst gesloten tussen personen die zich in eenzelfde land bevinden, een persoon die volgens het recht van dat land handelingsbevoegd is, zich slechts beroepen op het feit dat hij volgens het recht van een ander land handelingsonbevoegd is, indien de wederpartij ten tijde van het sluiten van de overeenkomst deze onbevoegdheid kende of door nalatigheid niet kende. In de onderhavige procedure spitst het geschil, althans voor zover blijkend uit het vonnis, zich dan toe op de vraag of de borgtocht is gesloten terwijl beide partijen zich in Duitsland bevonden (waar geen toestemmingsvereiste bestaat) (standpunt crediteur) of dat zij zich niet in hetzelfde land bevonden (standpunt dga/borg). Vertrouwend op minieme details komt de rechtbank tot het oordeel dat de borgtocht niet is gesloten terwijl beide partijen zich in Duitsland bevonden, waarbij kennelijk de doorslag gaf dat de dga/borg de vanuit Duitsland toegestuurde stukken zijnerzijds in Nederland ondertekende om deze vervolgens terug te sturen naar Duitsland. Daarop baseert de rechtbank zijn oordeel dat het beroep op het correctiemechanisme van art. 13 Rome I faalt, met als gevolg dat de bepalingen van art. 1:88 BW jo. art. 1:89 BW onverkort van toepassing zijn.

8. Op dit oordeel valt het een ander af te dingen. In dit geval werd het beroep op art. 13 Rome I afgewezen omdat partijen zich bij de sluiting van de borgtocht naar het oordeel van de rechtbank niet in hetzelfde land (in casu Duitsland) bevonden. In de overvloedige rechtspraak lijkt dit vereiste evenwel genegeerd te worden, dan wel welwillend aanvaard te worden (juist anders dan in de onderhavige beslissing) dat partijen zich wel in hetzelfde land bevonden, dan wel een analogische toepassing niet in de weg te staan. Zie Zilinsky/Bertrams, *GS Bijzondere Overeenkomsten*, aant. II.14.3.3, en Bertrams/Kruisinga, *Overeenkomsten in het internationaal privaatrecht en het Weens Koopverdrag* (2018), nr. 28.4. Zie voorts meer in het algemeen *Asser/Vonken 10-II* 2016/138. De geschillen spitsen zich dan steeds toe op de vraag of de crediteur te goeder trouw was en/of de onbevoegdheid door nalatigheid niet kende. Hoe dan ook, de eventuele niet-toepasselijkheid van het conflictenrechtelijke correctiemechanisme van art. 13 Rome I laat onverlet dat de crediteur een beroep kan doen op de uitzondering op de vernietigbaarheid als voorzien in art. 1:89 lid 2 BW, namelijk indien hij te goeder trouw was. Dit staat bekend als het materieelrechtelijke beschermingsmechanisme. In de rechtspraak die deze weg volgt (al of niet in combinatie met de conflictenrechtelijke route), ziet men dan ook dat de geschillen zich op dezelfde vraag toespitsen: kan de onbekendheid de crediteur al of niet toegerekend worden? Uit de overvloedige rechtspraak (zie de zojuist genoemde bronnen) blijkt dat, of nu de ene of de andere methode wordt gevolgd, het beroep op de correctie in feite alleen wordt afgewezen in gevallen waarin het gaat om buitenlandse banken die in de grensstreek opereren of die zich (mede) richten op Nederlandse ondernemingen die zich (mede) willen vestigen in Duitsland. In het onderhavige geval zou een beroep op lid 2 van art. 1:89 BW naar mijn mening zeer kansrijk zijn nu het gaat om zekerheid aan een "gewone" toeleverancier voor leverancierskrediet in een geval dat zich, behoudens de woonplaats van de dga/borg, geheel afspeelt in Duitsland. In het vonnis wordt aan deze bepaling evenwel geen aandacht geschonken en daaruit blijkt ook niet of de crediteur op die bepaling ook een beroep heeft gedaan.

9. *Toestemmingsvereiste; art. 1:88 lid 5: "normale" bedrijfsuitoefening.* Het voorgaande leidt ertoe dat de Nederlandse toestemmingsbepalingen van toepassing zijn en dat het beroep op de vernietiging van de borgtocht slaagt tenzij de uitzondering van lid 5 zich voordoet. Aan het eerste vereiste was voldaan: de borg was bestuurder en meerderheidsaandeelhouder van de gezekerde Duitse vennootschap/debiteur. Het geschil betrof echter het tweede vereiste, namelijk of de gezekerde schuld was aangegaan in de "normale" bedrijfsuitoefening van de gezekerde vennootschap. De dga/borg is van mening dat dit niet het geval is, daarbij doelend op de basisarresten van HR 14 april 2000, «JOR» 2000/113 (*Soetelieve/Stienstra*) en HR 8 juli 2005, «JOR» 2005/233, m.nt. Verdaas (*Rabobank/Van Hees*). Daarin, zo vermeldt de rechtbank kort gezegd, is geoordeeld dat het aangaan van een geldlening ter financiering van reeds bestaande, niet of slecht verhaalbare schulden van een vennootschap, waardoor niet zozeer de beschikbare liquiditeit wordt vergroot, maar in feite slechts de zekerheidspositie van een bestaande schuldeiser wordt versterkt, niet behoort tot de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap. De rechtbank oordeelt kennelijk gelet op die arresten dat in het onderhavige geval geen sprake is van een "normale" bedrijfsactiviteit en wijst daartoe op de volgende omstandigheden: (i) een bestaande schuld werd omgezet in een lening; (ii) de schuld was "flink", hetgeen duidde op een groot liquiditeitsprobleem, en slecht verhaalbaar; en (iii) de liquiditeitspositie werd niet verbeterd (r.o. 3.8.4). Daarop volgt de slotconclusie dat de uitzonderingssituatie van lid 5 zich niet voordoet en de echtgenote derhalve de borgtocht terecht heeft vernietigd.

10. Ik heb ernstige twijfels over de juistheid van het oordeel van de rechtbank en de gevolgde marsroute. Daarbij zou ik voorop willen stellen dat het verkrijgen van leverancierskrediet, c.q. een afbetalingsregeling daarvoor als waarvan hier sprake was, een 24-karaats geval van normale bedrijfsuitoefening is. Dan moeten er wel heel bijzondere omstandigheden zijn die maken dat zulks toch niet het geval was. Naar

mijn indruk acht de rechtbank het feitencomplex in de onderhavige zaak wel heel gemakkelijk als overeenkomend met die van de twee Hoge Raad-arresten. Er zal best een liquiditeitsprobleem bestaan hebben, dat wil zeggen dat in ieder geval de onderhavige schuld aan de leverancier niet soepel kon worden terugbetaald. Maar van een geval waarin "de beëindiging van de (bancaire) kredietrelatie en het faillissement van de onderneming aanstaande waren", zoals overwogen in HR 18 december 2015, «JOR» 2016/106, m.nt. Bertrams (*Nooij/ING*), blijkt in het geheel niet. Het lange tijdsverloop tussen de sluiting van de afbetalingsregeling in juli 2014 en de datum van de faillietverklaring in februari 2017 wijst daar ook niet op, evenmin als de door de dga/borg ontwikkelde reorganisatieplannen. Wat betreft de argumenten (i) en (iii) het volgende. Er was geen sprake van een omzetting van een schuld in een lening (nog afgezien van de relevantie daarvan). De gezeekerde *Ratenzahlungsvereinbarung* is niets anders dan een afbetalingsregeling. Natuurlijk verstrekke de toeleverancier geen extra liquiditeit (hij is geen bank), maar in ruil voor de verstrekte zekerheid zag hij wel af van executiemaatregelen en, misschien nog belangrijker, was hij bereid tot verdere leveringen. Kortom, de operationele positie werd wel degelijk verbeterd.

11. De onderhavige beslissing staat in schril contrast met het eveneens recente arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden 18 december 2018, «JOR» 2019/67, m.nt. Christiaans. In deze zaak werd een krediet verstrekt van € 100.000, onder meer ter aflossing van een eerder krediet van

€ 75.000 en betaling van andere schulden. Dat was volgens de dga/borg een bijzondere omstandigheid. In dat arrest verwerpt het hof dit argument met opmerkelijke klem: de enkele omstandigheid dat met de kredieten alleen maar schulden zijn betaald, maakt nog niet dat het aangaan van die financieringen reeds daarom niet tot de normale bedrijfsuitoefening zou behoren. Ook ten aanzien van het uitgangspunt, namelijk bedrijfsfinanciering is normaal tenzij er bijzondere omstandigheden zijn, en de als "niet-normaal" te beschouwen financiële positie van de gezeekerde vennootschap, namelijk alleen bij financiering in het zicht van faillissement, ademt het arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden een geheel tegengestelde geest.

12. Art. 1:88 lid 5 BW is wel "mislukte wetgeving" genoemd. Zie Bergervoet in zijn noot bij HR 13 juli 2018, «JOR» 2018/263, en onlangs gevolgd door Christiaans, t.a.p. Nu wetsaanpassing niet voor de hand ligt, kan men intussen ook van te dikwijls "mislukte rechtspraak" spreken. In mijn noot bij HR 18 december 2015, «JOR» 2016/106 (*Nooij/ING*) constateerde ik dat de uitkomst van het oordeel omtrent een "normale" bedrijfsuitoefening in de lagere rechtspraak wel heel erg afhangt van de gemoedstoestand van het rechterlijk college: de heimelijke aandrang om de borg en zijn gezin via de route van art. 1:88/89 BW te laten ontsnappen (de treurig lange lijn van uitspraken zoals de onderhavige) dan wel een voorkeur voor rechtszekerheid en stabiliteit in de kredietverlening (de lijn van Hof Arnhem-Leeuwarden 18 december 2018). Bij dit alles dient men voor ogen te houden dat het steeds gaat om gevallen van zekerheid door een dga, derhalve personen die, indien zij hun onderneming zouden uitoefenen zonder de schakel van rechtspersoonlijkheid, wel steeds en zonder omhalen aansprakelijk zouden zijn.

mr. R.I.V.F. Bertrams, counsel AKD