



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het belang van processtrategie bij de internationale borgtochtovereenkomst

Koppenol-Laforce, M.E.; Hetterscheidt, M.B.A.

Citation

Koppenol-Laforce, M. E., & Hetterscheidt, M. B. A. (2016). Het belang van processtrategie bij de internationale borgtochtovereenkomst. *Wpnr: Weekblad Voor Privaatrecht, Notariaat En Registratie*, 147(7109), 414-421. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/45732>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/45732>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Het belang van processtrategie bij de internationale borgtochtovereenkomst



Mw. prof. mr.
M.E. Koppenol-Laforce*



Mr. M.B.A. Hetterscheidt*

1. Inleiding

Het Hof van Justitie van de EU en nationale rechterlijke instanties hebben kort na elkaar enkele uitspraken gewezen waarin een internationale borgtochtovereenkomst centraal stond. Deze uitspraken tonen aan dat rechtsmacht van de Nederlandse rechter en de bescherming van echtgenoten op grond van art. 1:88 en 1:89 BW in internationale gevallen met elkaar samenhangen. Ze vereisen een doordachte strategie bij het contracteren en het procederen. In veel van dit soort situaties gaat het om het gebruik van een borgtocht of een gelijkwaardige zekerheidsverstrekking door bestuurders en/of aandeelhouders om de verplichtingen te garanderen van een met hen gelieerde vennootschap vanwege een kredietovereenkomst met een (buitenlandse) kredietgever. Bij deze zekerheidsverstrekkingen kan, ondanks dat buitenlands recht op de relevante rechtsverhouding(en) van toepassing is, tot verrassing van de (buitenlandse) kredietgever toch Nederlands recht relevant zijn voor het onderwerp van de toestemming van de niet-handelende echtgenoot en de invulling en aanwezigheid van de goede trouw (bij de buitenlandse kredietgever).¹ Naar Nederlands recht geldt dat de niet-handelende echtgenoot bij gebreke van zijn / haar toestemming de borgtocht kan vernietigen.²

De opbouw van dit artikel is als volgt: (i) een korte uiteenzetting van het toepasselijke internationaal-privaatrechtelijke kader; (ii) een toelichting op enkele relevante uitspraken en (iii) tot slot een aantal aanbevelingen ten aanzien van de te voeren processtrategie om de praktijk te behoeden voor teleurstelling bij internationale borgtochtovereenkomsten.

2. Het internationaal-privaatrechtelijke kader

2.1. Het conflictenrecht

Art. 10:40 BW - evenals voorheen art. 3 WCHb³ - bepaalt dat de vraag of een echtgenoot voor een rechtshandeling toestemming nodig heeft van de andere (niet-handelende) echtgenoot wordt beheerst door het recht van de staat waar de (niet-handelende) echtgenoot ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling⁴ zijn woonplaats heeft. Wanneer een dergelijke toestemming is vereist, wordt op grond van art. 10:40 BW ook aan de hand van dit rechtsstelsel bepaald in welke vorm de toestemming moet worden verleend en wat de

gevolgen zijn van het ontbreken van deze toestemming.⁵ Art. 10:40 BW is een regel van Nederlands internationaal privaatrecht en deze zal slechts door de Nederlandse rechter worden toegepast.⁶ Als de handelende echtgenoot zich in het buitenland op zijn handelingsonbevoegdheid beroept omdat de borgstelling daadwerkelijk door de niet-handelende echtgenoot buitengerechtelijk is vernietigd, zal de aangezochte buitenlandse rechter eerst moeten bepalen welk recht van toepassing is op de vraag van de handelingsonbevoegdheid. Dan is van belang of de buitenlandse rechter tot toepasselijkheid van het Nederlandse recht komt. In het merendeel van de gevallen zal de buitenlandse rechter echter geen met art. 10:40 BW overeenstemmende verwijzingsregel hebben. Nederland is wat dat betreft een uitzonderingsgeval.

* Advocaat te Rotterdam respectievelijk Amsterdam.

1. Een dergelijke (internationale) 'meerpartijenverhouding' kan bestaan uit de volgende rechtsbetrekkingen: (i) schuldeiser - schuldenaar, (ii) schuldeiser - borgsteller en (iii) borgsteller - schuldenaar, zie hiervoor: M.V. Polak, *Vermogensrechtelijke meerpartijenverhoudingen*, Praktijkreeks IPR, deel 15, Deventer: Kluwer 1993, p. 73.
2. Zie Hof Amsterdam, 5 februari 2013, *JOR* 2013/186, m.nt. J.M. Atema, waarin het keuzerecht werd bevestigd.
3. Art. 3 Wet Conflictenrecht Huwelijksbetrekkingen ("WCHb") is per 1 januari 2012 komen te vervallen, *Stb.* 1993, 514. Zie voor een beschrijving onder meer: B.F.P. Lhoëst in: P. Vlas e.a., *Hoofddlijnen Boek 10 BW (Internationaal Privaatrecht)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 57 e.v.; *Asser/Vonken 10-II 2012/117-120* en *Vonken 2013 (T&C BW)*, Boek 10, art. 40, aant. 4.
4. In het vervolg zullen wij ons specifiek op de borgtochtovereenkomst richten.
5. Zie Rb. Amsterdam 25 juni 2014, *ECLI:NL:RBAMST:2014:5012* waarin het beroep van de Nederlandse borgsteller op het ontbreken van de vereiste toestemming van zijn niet-handelende echtgenoot werd afgewezen omdat zij ten tijde van het aangaan van de borgtochtovereenkomst in Spanje (en niet in Nederland) haar woonplaats had. Hierdoor was Spaans recht van toepassing op de vraag of de toestemming van de niet-handelende echtgenoot was vereist. Dit recht stelde een dergelijke eis blijkbaar echter niet. Idem: Rb. Amsterdam, 9 juli 2014, *ECLI:NL:RBAMST:2014:4641*: er was geen toestemming nodig, want de niet-handelende echtgenoot had geen woonplaats in Nederland. Deze uitspraken worden ook behandeld in: Bertrams 2015 (*GS Bijzondere Overeenkomsten*), aant. II.14.3.2.2.
6. Een buitenlandse rechter kan in zijn recht een vergelijkbare regel hebben, maar heel gebruikelijk is dat niet.

Het is dan ook niet aanstonds duidelijk naar welk recht de buitenlandse rechter de vraag van handelingsonbevoegdheid zal beoordelen. De buitenlandse rechter kwalificeert deze vraag in principe naar zijn eigen recht. Als de vraag van handelingsonbevoegdheid door de buitenlandse rechter als een contractuele kwestie wordt gezien, zal het recht op de borgtochtovereenkomst van toepassing zijn. Als de handelende echtgenoot – borgsteller – in Nederland woonplaats heeft en geen rechtskeuze is gedaan, leidt dit bij een rechter uit een EU lidstaat – op grond van art. 4 lid 2 of lid 1 sub b Rome I⁷ – tot Nederlands recht.⁸ Indien de buitenlandse rechter dan niet opnieuw kwalificeert en voorbij gaat aan het feit dat de art. 1:88 en 89 BW in boek 1 BW staan (en niet in 3 of 6 BW)⁹ en vaststelt dat de niet-handelende echtgenoot in Nederland woont, zal een vernietigingsberoep effect sorteren. In dat geval kan de kredietgever het beroep op vernietiging nog slechts trachten af te weren met een beroep op art. 13 Rome I (de ‘Lizardi-regel’), wellicht naast de “goede trouw” uitzondering opgenomen in art. 1:88/89 BW.¹⁰ Voor het slagen daarvan zal moeten komen vast te staan dat de (buitenlandse) kredietgever deze ingeroepen onbevoegdheid van de borgsteller niet kende en ook niet had moeten kennen. Vaak zal de borgtochtovereenkomst echter een rechtskeuze voor het vestigingsland van de buitenlandse kredietgever bevatten. Art. 1:88 en 1:89 BW komen dan bij de buitenlandse rechter niet aan de orde.

2.2. De rechtsmacht

Voor de toepasselijkheid van de art. 10:40, 1:88 en 1:89 BW is het relevant of de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft. Binnen Europa dient hiervoor sinds 10 januari 2015 naar de herschikte EEX-Verordening (Brussel Ibis) te worden gekeken.¹¹ De in deze bijdrage behandelde rechtspraak gewezen onder de vigeur van de voorheen geldende versie van de EEX-Vo behoudt echter haar betekenis.

2.2.1. Consumentenovereenkomst?

De eerste vraag die beantwoord dient te worden, is of de borgstelling als consumentenovereenkomst in de zin van art. 17 Brussel Ibis kwalificeert. Is dat het geval, dan heeft dat tot gevolg dat op grond van art. 18 Brussel Ibis bij de rechter van de woonplaats van de consument (borgsteller) geprocedeerd kan worden en vanuit de eiser gezien (bijvoorbeeld de kredietgever) moet worden.¹²

2.2.2. Een dienst?

Is er geen sprake van een consumentenovereenkomst, dan dient de rechtsmacht bij gebreke van een uitdrukkelijke forumkeuze te worden bepaald aan de hand van art. 4 Brussel Ibis (woonplaats verweerder) of als mogelijk alternatief wanneer de verweerder niet in Nederland woont, ter keuze van de eiser, via art. 7 lid 1 Brussel Ibis (de rechter van de plaats van de uitvoering van de verbintenis in geschil).¹³ Dan rijst de vraag of de borgstelling¹⁴ een ‘dienst’ is in de

zin van art. 7 lid 1 sub b, tweede streepje Brussel Ibis. In het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU lijkt het gerechtvaardigd om aan te nemen dat een borgtochtovereenkomst en vergelijkbare zekerheidstellingen niet als ‘dienst’ in de zin van art. 7 lid 1 sub b, tweede streepje Brussel Ibis hebben te gelden. Dit vanwege het feit dat de kenmerkende verbintenis van de borgtochtovereen-

7. 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.
8. Een borgtochtovereenkomst is – hoewel niet los te zien van een hoofdkredietovereenkomst – een zelfstandige overeenkomst, waarvan de karakteristieke prestatie wordt verricht door de borgsteller. Bij gebreke van een rechtskeuze in de borgtochtovereenkomst wordt deze vermoed het nauwst verbonden te zijn met het land waar de borgsteller, op het tijdstip van het sluiten van de overeenkomst zijn woonplaats heeft en/of is gevestigd (art. 4 lid 2 Rome I), zie bijv. Rb. Oost-Brabant, 16 april 2014, *ECLI:NL:RBOBR:2014:1912*, rov. 4.12.4. Er wordt vanuit gegaan dat de borgstelling geen dienst is (par. 2.2.2) want dan is de grondslag art. 4 lid 1 sub b Rome I.
9. Een buitenlandse rechter zal niet snel geneigd zijn om op contractuele kwesties – die hoofdzakelijk in boek 3 en 6 BW zijn geregeld – boek 1 BW toe te passen, waarin het Nederlandse personen- en familierecht is geregeld.
10. Aangezien beide methodes hetzelfde beogen en dat doel op eenzelfde wijze verwezenlijken, maakt het in de regel niet uit welke benadering wordt gevolgd. De bescherming die geleid wordt via art. 13 lid 1 Rome I ziet naar de letter op overeenkomsten die gesloten worden tussen partijen die zich in hetzelfde land bevinden. Is dit niet het geval dan zou de crediteur zich niet kunnen beroepen op art. 13 Rome I. In de rechtspraak lijkt deze beperking echter genegeerd te worden, dan wel aan een analogische toepassing niet in de weg te staan. In deze gevallen zou de crediteur echter ook nog steeds kunnen terugvallen op de bescherming van lid 2 van art. 1:89 BW, voor zover het toestemmingsvereiste wordt beheerst door Nederlands recht, zie R.I.V.F. Bertrams, P.H.L.M. Kuypers, “Garanties,” in *Recht en Praktijk*, nr. CA12, 2015, § 9.7. Zie voor gevallen waarin sprake was van een analoge toepassing van art. 13 Rome I: Hof Arnhem 12 juli 2005, *JPF* 2006/27 m.nt. B.E. Reinhartz en Rb. Arnhem 24 november 2011, *RN* 2011/52.
11. Verordening (EU) 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012. Dit is de opvolger van de EEX-Vo (Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke- en handelszaken). De inhoudelijke wijzigingen in het rechtsmachtdedeel zijn zeer beperkt en voor deze bijdrage niet relevant.
12. Dit lijkt niet aannemelijk gezien de hierna te behandelen rechtspraak, zie par. 3.1.
13. Waar deze plaats van uitvoering gesitueerd moet worden bij de vordering tot betaling van de kredietgever jegens de borgsteller, is niet aanstonds duidelijk.
14. Deze kan ook bestaan uit een zekerheidstelling of hoofdelijk schuldenaarschap.

komst niet bestaat uit het verrichten van een bepaalde activiteit tegen een vergoeding en ook geen sprake is van handelingen van de borgsteller.¹⁵

2.2.3. *Verbintenis in geschil*

Nu bij de borgtochtovereenkomst of vergelijkbare zekerheidstellingen art. 7 lid 1 sub b Brussel Ibis niet van toepassing is, geldt 7 lid 1 sub a Brussel Ibis. Dat betekent dat als de gedaagde niet in Nederland woont de Nederlandse rechter toch rechtsmacht heeft indien is overeengekomen dat de uitvoering van de verbintenis in geschil, in casu de verplichting tot betaling door de borgsteller, in Nederland moet geschieden. In de literatuur lopen de meningen uiteen over de vraag naar welk recht, bij gebreke van een partijafpraak over de plaats van betaling, moet worden bepaald waar die betaling moet plaatsvinden. Er kan worden aangeknoopt bij het recht dat toepasselijk is op de borgtochtovereenkomst¹⁶ maar ook bij het recht dat op de hoofdovereenkomst van toepassing is.¹⁷ Bij gebreke van een overeengekomen plaats van betaling, hetzij in de borgtochtovereenkomst hetzij in de hoofdovereenkomst, is bij toepassing van het Nederlandse recht de verplichting van de borgsteller tot betaling een 'brengschuld' (art. 6:116 BW). Dat levert geen rechtsmacht voor de Nederlandse rechter op. In de te bespreken jurisprudentie is de hoofdovereenkomst echter vaak niet onderworpen aan Nederlands recht. Als het buitenlandse recht uitgaat van een "haalschuld" kan een in Nederland woonachtige borgsteller wel in Nederland procederen. In een dergelijke procedure zou een verklaring voor recht kunnen worden gevorderd dat geen betaling is verschuldigd omdat de borgtochtovereenkomst rechtsgeldig is vernietigd door de (niet-handelende) echtgenoot. Het verweer dat de borgtochtovereenkomst is vernietigd, kan uiteraard eveneens worden opgeworpen als de in Nederland woonachtige borgsteller door de kredietgever voor de Nederlandse rechter (woonplaats borgsteller) wordt aangesproken tot betaling. De buitenlandse kredietgever zal echter, zoals wij hierboven hebben aangegeven, veelal de borgsteller voor een buitenlandse rechter aanspreken tot betaling.

2.2.4. *Mededaging*

Een in Nederland gevestigde particuliere borgsteller die zich borg heeft gesteld voor een banklening die aan een buitenlandse vennootschap is verstrekt, zal door de kredietgever op grond van art. 8 lid 1 Brussel Ibis¹⁸ kunnen worden medegedaagd voor het buitenlandse forum van de vestigingsplaats van deze buitenlandse vennootschap, zodat van beide betaling kan worden gevorderd. Indien de kredietovereenkomst een forumkeuze bevat voor de vestigingsplaats van de kredietgever en deze toevalligerwijs niet samenvalt met woonplaats van de kredietnemer, kan de in Nederland woonachtige borgsteller niet voor dat forum worden medegedaagd op grond van art. 8 lid 1 Brussel Ibis. Er wordt in dat geval niet voldaan aan het vereiste van art. 8 lid 1 Brussel Ibis

dat de procedure plaatsvindt in de woonplaats van verweerder, de kredietnemer. De kredietgever kan in een dergelijk geval beter afzien van een beroep op de forumkeuze en de procedure instellen in de woonplaats van de kredietnemer, waarin hij wel de borgsteller kan betrekken.¹⁹ Dan is de kans dat de kredietgever de vernietiging van de borgtocht krijgt tegengeworpen, aanzienlijk kleiner. De borgsteller (en de niet-handelende echtgenoot) is anderzijds het meest gebaat bij een forumkeuze voor de Nederlandse rechter in de borgtochtovereenkomst.

15. Zie HvJ EU 25 februari 2010, C-381/08, Jur. 2010, p. I-1255, NJ 2010/521, m.nt. M.V. Polak (*CarTrim/KeySafety Systems*). Het begrip 'diensten' in art. 5 EEX lid 1 sub b, thans art. 7 lid 1 sub b Brussel Ibis houdt volgens het HvJ EU in dat de partij die deze diensten verstrekt tegen vergoeding een bepaalde activiteit verricht, zie HvJ EG 23 april 2009, C-533/07, Jur. 2009, p. I-3327, NJ 2013/285 (*Falco Privatstiftung/Weller-Lindhorst*). Het vereiste van het verrichten van een bepaalde activiteit sluit een eenvoudig achterwege laten daarvan uit, zoals bij licentieovereenkomst, waarbij tegen vergoeding alleen wordt toegestaan om gebruik te maken van een intellectueel eigendomsrecht (zie het Falco arrest); zie ook: Schaafsma 2014 (*T&C Burgerlijke Rechtsvordering*), art. 5 EEX, aant. 6. Hieraan doet volgens ons niet af dat de distributieovereenkomst door het HvJ EU als een dienstenovereenkomst is aangemerkt en een vergoeding niet uitsluitend behoeft te worden opgevat als een som geld maar ook uit iets anders kan bestaan, zie HvJ EU 19 december 2013, C-9/12, NJ 2014/346 (*Corman-Collins/La Maison du Whisky*); zie ook: Schaafsma 2014 (*T&C Burgerlijke Rechtsvordering*), art. 5 EEX, aant. 6. Een distributeur verricht immers duidelijk een activiteit terwijl de borgsteller passief is. Deze passiviteit van de borgsteller onderscheidt de borgtochtovereenkomst eveneens van een agentuurovereenkomst, die het HvJ EU als dienstenovereenkomst heeft aangemerkt, zie HvJ EU 11 maart 2010, C-19/09, Jur. 2010, p. I-2121, NJ 2010/522 (*Wood Floor/Silva Trade*).
16. Polak, a.w. nt. 3, p. 77. De vraag naar het op de borgtocht toepasselijke recht dient te worden beantwoord ongeacht het op de hoofdovereenkomst toepasselijke recht. Beide overeenkomsten kunnen worden beheerst door verschillende rechtssystemen. Volgens bestendige rechtspraak is het zo dat het in materieel opzicht accessoire karakter van de borgtochtovereenkomst geen aanleiding vormt voor een conflictenrechtelijke accessoire aanknopning aan het recht op de gewaarborgde overeenkomst, zie annotatie R.I.V.F. Bertrams bij Hof Amsterdam 10 september 2015, *ECLI:NL:GHAMS:2014:5567*, JOR 2015/242 en de daarin vermelde literatuur.
17. Van Wechem/Bijloo, "Internationale borgtochtovereenkomsten nader belicht" in: Wessels/Van Wechem (eds.), *Contracten in de internationale praktijk*, Deventer: Kluwer 2011, p. 400.
18. De casus wordt beperkt tot een intra Brussel Ibis situatie.
19. In veel kredietovereenkomsten is forumkeuze "eenzijdig exclusief"; de kredietgever mag zich er op beroepen maar kan dat ook achterwege laten en de (niet particuliere) kredietnemer moet zich er juist wel aan houden. Het eenzijdige karakter zal echter duidelijk uit de forumkeuze moeten blijken, zie: P.H.L.M. Kuypers, *De forumkeuze in het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 671. Naar Nederlands recht en onder Brussel Ibis is dit toegestaan.

3. Relevante rechtspraak

3.1. Europese rechtspraak

3.1.1. HvJ EU 14 maart 2013

Het Hof van Justitie van de EU heeft in de zaak *Česká Spořitelna a.s./ Gerald Feichter*²⁰ een uitspraak gedaan over de positie van een ‘borgsteller’ in relatie tot de bevoegdheidsbepalingen inzake consumententransacties van de EEX-Vo. Het Hof overwoog dat art. 15 EEX-Vo (thans art. 17 Brussel Ibis) strikt moet worden uitgelegd en dat een in Oostenrijk woonachtige natuurlijk persoon (de borgsteller) niet door art. 15 EEX-Vo beschermd werd nu hij zich borg had gesteld voor de schuld uit een promesse voor een vennootschap waarvan hij meerderheidsaandeelhouder en bestuurder was.²¹ De borgsteller kon geen beroep doen op de “consumentenrechtsmachtregel” die uitsluitend dagvaarding van de consument in diens woonplaats toelaat. Dit had tot gevolg dat hij door de Tsjechische kredietgever, de begunstigde van borgstelling, terecht in Tsjechië voor de rechter was gedaagd. De borgsteller loopt in dit soort situaties een groot risico in het buitenland voor de rechter te moeten verschijnen. Dit heeft als gevolg dat een Nederlandse vernietiging door de niet-handelende echtgenoot waarschijnlijk weinig indruk zal maken. De niet-handelende echtgenoot zou de handelende echtgenoot indien deze woonplaats in Nederland heeft in Nederland voor de rechter kunnen dagen en de buitenlandse kredietgever kunnen mededagen.²² Deze procedure zal waarschijnlijk niet als “samenhangend” met de procedure van de kredietgever tegen de borgsteller in het buitenland (in de zin van art. 29 Brussel Ibis) worden beschouwd omdat het niet om dezelfde partijen gaat.²³ Als de Nederlandse rechter sneller is dan zijn buitenlandse collega, zou een vernietigingsuitspraak wellicht nog voor erkenning in de buitenlandse procedure kunnen worden ingediend. Indien de buitenlandse rechter vonnis wijst waarin voorbij wordt gegaan aan de vernietiging van de borgtocht (ongeacht of de Nederlandse rechter reeds een uitspraak heeft gedaan), zal dat de tenuitvoerlegging van het buitenlandse vonnis tegen de in Nederland woonachtige borg waarschijnlijk niet kunnen tegenhouden.²⁴ Ook een beroep op onverenigbaarheid met een reeds in Nederland tussen dezelfde partijen gegeven eerdere uitspraak lijkt weinig kansrijk.²⁵

3.2. Een paar Nederlandse bedrijfs(on)-gevalletjes

3.2.1. Hof Arnhem 12 juni en 6 november 2012²⁶

In deze zaak vorderde een in Duitsland gevestigde kredietgever betaling van een in Nederland gevestigde natuurlijk persoon (Haisma) bij de Nederlandse rechter onder de met Haisma gesloten borgtocht-overeenkomst. Deze borgtocht-overeenkomst was gesloten vanwege een kredietovereenkomst die door de Duitse kredietgever was aangegaan met een inmiddels failliete (aan Haisma gelieerde) Duitse vennootschap. De kredietovereenkomst werd

beheerst door Duits recht.²⁷ De borgtocht-overeenkomst bevatte geen forumkeuze of rechtskeuze. Haisma beriep zich op de omstandigheid dat zijn niet-handelende echtgenoot geen toestemming had verleend voor de borgstelling en deze de borgtocht-overeenkomst rechtsgeldig had vernietigd. De rechtbank oordeelde dat de borgtocht-overeenkomst niet rechtsgeldig kon worden vernietigd²⁸ en veroordeelde de borgsteller tot betaling. Het Hof oordeelde echter dat toestemming benodigd was van de niet-handelende echtgenoot maar dat die ontbrak,

20. HvJ EU 14 maart 2013, C-419/11, *NJ* 2013/336, m. nt. L. Strikwerda.

21. Voor het kwalificeren als ‘professionele wederpartij’ die de overeenkomst met een beroepsmatig doel is aangegaan, lijkt het op grond van punt 27 in het arrest voldoende dat de borgsteller bestuurder of meerderheidsaandeelhouder van de betreffende vennootschap is.

22. Bijv. in een procedure waarin de niet-handelende echtgenoot een verklaring voor recht vordert dat de borgstelling rechtsgeldig is vernietigd vanwege de buitengerechtelijke vernietiging welke naar de kredietgever is gestuurd, zie ook par. 2.2.3.

23. Dit kan anders zijn als de niet-handelende echtgenoot in het buitenland is tussengekomen. Wij laten dit verder buiten beschouwing en gaan er vanuit dat geen beroep op art. 29 Brussel Ibis kan worden gedaan.

24. De erkenning en tenuitvoerlegging van een dergelijk buitenlands vonnis in Nederland levert hoogstwaarschijnlijk geen strijd met de openbare orde op, zie Rb. Rotterdam 9 mei 2012, *ECLI:NL:RBROT:2012: BW8060*. In deze uitspraak oordeelde de rechtbank dat er ten aanzien van de erkenning van Russische vonnis(sen) waarin een vordering tot nietigverklaring van de borgtocht-overeenkomst van de niet-handelende echtgenoot werd afgewezen geen sprake was van strijd met de Nederlandse openbare orde. Omdat het een Russisch vonnis betrof, was de EEX-Vo niet van toepassing.

25. Op grond van art. 45 lid 1 sub c Brussel Ibis. Het zijn niet dezelfde partijen. Aangezien de borgsteller en kredietgever beide verweerders in de Nederlandse procedure zouden zijn, is dat geen geschil “tussen” dezelfde partijen als in de buitenlandse procedure waar kredietgever eiser was.

26. Hof Arnhem 12 juni 2012, *ECLI:NL:GHARN:2012: BX0484* (tussenarrest) en het eindarrest: Hof Arnhem 6 november 2012, *ECLI:NL:GHARN:2012: BY2736*. Zie B.F.P. Lhoëst, “De werking van de artikelen 1:88 en 1:89 BW bij grensoverschrijdende borgtochten,” *JBN* 2014 (10) 54; voor Hof Arnhem 12 juni 2012, zie tevens Bertrams 2015 (*GS Bijzondere Overeenkomsten*), aant. II.14.3.2.1 en aant. II.14.3.3.2.

27. De kredietgever en de aan Haisma gelieerde kredietnemen- de vennootschap waren ten tijde van het aangaan van de kredietovereenkomst beide in Duitsland gevestigd.

28. Op grond van de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW. Dit vanwege het feit dat de borgstelling was verstrekt door Haisma, als bestuurder van de Duitse vennootschap (die grote gelijkenis vertoont met een Nederlandse besloten vennootschap) en die in deze vennootschap (indirect) de meerderheid van de aandelen hield, ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van deze Duitse vennootschap. Hierdoor is de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW van toepassing en is geen toestemming van de niet-handelende echtgenoot vereist, Rb. Zutphen 25 augustus 2010, *JOR* 2011, 373, m. nt. Bergervoet. Ten aanzien van de reikwijdte van art. 1:88 lid 5 BW wordt er in de rechtspraak over het algemeen voor een ruime uitleg gekozen, die ertoe leidt dat art. 1:88 lid 5 BW ook van toepassing is op buitenlandse vennootschappen die vergelijkbaar zijn met een Nederlandse besloten vennootschap, zie Rb. Midden-Nederland, 13 november 2015, *ECLI:NL:RBMNE:2015:4662* en de annotatie daarbij van R.I.V.F. Bertrams in *JOR* 2015/313.

zodat de borgtochtovereenkomst rechtsgeldig was vernietigd. De Duitse kredietgever werd een beroep op de 'Lizardi-regel' onthouden omdat zij zich expliciet richtte op kredietverlening aan Nederlandse ondernemers die zich in Duitsland wilden vestigen.²⁹ De Duitse kredietgever had de onbekendheid met de regeling van art. 1:88 en 1:89 BW aan zichzelf te wijten.

Door in Nederland te procederen trok de kredietgever het vernietigingsrisico op grond van art. 1:88 en 1:89 BW naar zich toe. Aangezien de borgtochtovereenkomst geen forumkeuze bevatte, zou art. 7 lid 1 sub a Brussel Ibis uitkomst hebben kunnen bieden. De betaling zou waarschijnlijk op grond van een betalingsbeding in de borgtochtovereenkomst bij de kredietgever in Duitsland hebben moeten geschieden, maar gegevens daarover ontbreken in de uitspraak. Op grond van art. 7 lid 1 sub a Brussel Ibis zou de Duitse rechter rechtsmacht hebben. Als een beding inzake betaling in de borgtochtovereenkomst ontbreekt, hangt de plaats van betaling af van het toepasselijke recht op de borgtochtovereenkomst of eventueel van de plaats van betaling van de "hoofdschuld". Bij gebreke van een rechtskeuze is het recht van het land van de woonplaats van de borgsteller van toepassing.³⁰ Dat zou hier tot het Nederlandse recht hebben geleid zodat ingevolge art. 6:116 BW betaling eveneens bij de schuldeiser (de Duitse kredietgever) zou hebben moeten geschieden. De Duitse rechter zou art. 10:40 BW niet hebben toegepast. Daarnaast is het zeer de vraag of hij art. 1:88 en 1:89 BW zal toepassen.³¹ Het beroep op de vernietiging van de borgstelling was dus waarschijnlijk niet door de Duitse rechter gehonoreerd.

3.2.2. Rechtbank Overijssel 19 april 2013³²

Hier had een in Duitsland gevestigde kredietgever jegens een in Nederland woonachtige natuurlijke persoon voor de Nederlandse rechter nakoming gevorderd van een tweetal borgtochtovereenkomsten. Ten aanzien van het toepasselijke recht op de borgtochtovereenkomsten had de Duitse kredietgever aangevoerd dat partijen een impliciete rechtskeuze op grond van art. 3 lid 1 EVO³³ voor het Duitse recht waren overeengekomen. Ter onderbouwing hiervan had de kredietgever gesteld dat de borgtochtovereenkomsten in de Duitse taal waren opgesteld en dat in de borgtochtovereenkomsten werd verwezen naar bepalingen van Duits recht. Dit was volgens de rechtbank onvoldoende om een impliciete rechtskeuze aan te nemen. Daarnaast voerde de kredietgever nog aan dat er in haar algemene voorwaarden een rechtskeuze voor Duits recht was opgenomen. Volgens de rechtbank moet de vraag of een dergelijke rechtskeuze is overeengekomen, worden beoordeeld aan de hand van het rechtsstelsel dat bij gebreke van een rechtskeuze toepasselijk zou zijn. Nu de borgsteller in Nederland was gevestigd, oordeelde de rechtbank dat Nederlands recht van toepassing was (art. 4 lid 2 EVO).³⁴

Naar Nederlands recht kon niet voldoende worden vastgesteld dat partijen de toepasselijkheid van deze algemene voorwaarden waren overeengekomen en bleef het Nederlandse recht van toepassing. De borgsteller beriep zich vervolgens op het ontbreken van toestemming van zijn niet-handelende echtgenoot. Volgens de rechtbank was echter niet gebleken dat een rechtsgeldige buitengerechtelijke vernietigingsverklaring door haar was uitgebracht.³⁵ Daarnaast voerde de handelende echtgenoot aan dat de borgtochtovereenkomsten niet rechtsgeldig waren overeengekomen aangezien deze niet ten kantore van de Duitse kredietgever waren ondertekend. De rechtbank oordeelde dat dit naar Nederlands recht geen totstandkomingvereiste voor een borgtochtovereenkomst is.

In deze zaak ging de rechtbank volgens ons ten onrechte voorbij aan de verwijzingsregel van art. 10:40 BW (of art. 3 WCHb), maar kwam toevalligerwijs toch bij Nederlands recht uit. De Duitse kredietgever kwam er niettemin nog goed vanaf als gevolg van de eigen nalatigheid van de borgsteller en zijn niet-handelende echtgenoot.³⁶

3.2.3. Voorzieningenrechter Rechtbank Midden-Nederland 2 augustus 2013³⁷

Een aantal in Nederland en Duitsland gevestigde aandeelhouders en een certificaathouder hadden zich borg gesteld voor de kredietovereenkomst die hun Duitse dochtervennootschap was aangegaan met de eveneens in Duitsland gevestigde Sparkasse. Aangezien de Duitse vennootschap failliet was gegaan, sprak de Sparkasse de in Duitsland geves-

29. Zie par. 2.1

30. Zie voetnoot 8.

31. Het Duitse recht kent geen vergelijkbare regeling als art. 10:40 BW, art. 1:88 en 1:89 BW.

32. Rb. Overijssel 19 april 2013, *ECLI:NL:RBOVE:2013:1225*.

33. Dit artikel is gelijk aan art. 3 lid 1 Rome I.

34. Zie voetnoot 8 voor de situatie onder Rome I, wat tot dezelfde uitkomst had geleid.

35. De buitengerechtelijke vernietigingsverklaring moet worden uitgebracht door degene in wiens belang de vernietigingsgrond is gegeven, in casu de niet-handelende echtgenoot van de borgsteller. De door de borgsteller overgelegde brief was echter afkomstig van zijn advocaat.

36. Er werd ook nog tevergeefs door de borgsteller betoogd dat de borgtochtovereenkomsten in strijd zouden zijn met de EG-Richtlijn 85/577. Het begrip "consument" in de zin van de richtlijn moet volgens de rechtbank echter zo worden uitgelegd dat een borgtochtovereenkomst gesloten door een niet bedrijfs- of beroepsmatig handelende natuurlijk persoon, niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt, wanneer zekerheid wordt gesteld voor de terugbetaling van een schuld van een ander die wel beroeps- of bedrijfsmatig handelt. Hiervan was in casu sprake aangezien de Nederlandse borgsteller zich borg had gesteld voor de financiering van een bedrijfshal en een restschuld uit de verkoop van bedrijfsgrond. De borgsteller had verder o.a. nog tevergeefs aangevoerd dat de kredietgever zijn zorgplicht had geschonden.

37. Rb. Midden-Nederland, 2 augustus 2013, *ECLI:NL:RBMNE:2013:3098*. Zie M. van Yperen-Groenleer, "Kroniek Internationaal Familierecht", *FJR* 2014/79.

tigde borgsteller aan. Toen de borgsteller vervolgens weigerde om aan zijn verplichtingen te voldoen, vorderde de Sparkasse nakoming van de borgtocht-overeenkomst voor de Duitse rechter. De Duitse rechter veroordeelde de in Duitsland gevestigde borgsteller tot betaling van het volledig gezeekerde bedrag. De in Nederland gevestigde (mede)borgstellers werden pas na afloop van de procedure door de veroordeelde borgsteller van een en ander op de hoogte gesteld. De veroordeelde borgsteller begon voorts in Nederland een procedure tot betaling van de borgbijdrage en van de Duitse proceskosten jegens zijn medeborgen. Deze verweerden zich met de stelling dat de borgtochtovereenkomst rechtsgeldig door hun echtgenotes was vernietigd wegens het ontbreken van de vereiste toestemming. De Duitse borgsteller voerde echter aan dat de borgtochtovereenkomst werd beheerst door Duits recht en dat daarom de art. 1:88 en 1:89 BW niet van toepassing waren. De voorzieningenrechter ging daar op een bijzondere manier gedeeltelijk in mee. Hij oordeelde dat de art. 1:88 en 1:89 BW als 'voorrangsregels' dienden te worden aangemerkt³⁸ en voorrang hadden boven het toepasselijke Duitse recht. Volgens ons is dit onjuist, maar ook onnodig nu art. 10:40 BW (of art. 3 WCHb) reeds zou leiden tot toepassing van het Nederlandse recht op grond van de woonplaats van de niet-handelende echtgenoten. De Duitse borgsteller moest de vernietiging tegen zich laten gelden en moest de volledige schuld betalen. Het wordt niet duidelijk waarom de Duitse borgsteller de Nederlandse borgstellers niet op grond van art. 6 lid 2 EEX-Vo (thans 8 lid 2 Brussel Ibis) in vrijwaring voor de Duitse rechter heeft opgeroepen. Zou hij dat wel hebben gedaan, dan was de Nederlandse rechter er niet aan te pas gekomen en zou het beroep op de vernietiging vrijwel zeker niet zijn geslaagd. Er was immers Duits recht op de borgstelling van toepassing en aan de art. 1:88 en 1:89 BW zou ook anderszins niet toegekomen zijn.

3.2.4. Rechtbank Oost-Brabant 16 april 2014³⁹

In deze zaak ging het om de in Duitsland gevestigde VR bank (een lokaal actieve bank, die handelde vanuit een plaats in het noordoosten van Duitsland) die een kredietovereenkomst was aangegaan met een Duitse vennootschap. Deze Duitse vennootschap werd door een in Nederland gevestigde natuurlijke persoon ("Koper") gekocht. De Koper had voor de koop in Duitsland een document ondertekend waarin stond opgenomen:

"Die Bürgschaft dient die Sicherung aller Forderungen der Bank gegen."

Na het faillissement van de Duitse vennootschap, riep de VR bank de borgstelling in. Deze werd echter buitengerechtelijk vernietigd door de in Nederland woonachtige (niet-handelende) echtgenoot van de Koper. De VR bank vorderde vervolgens van de Koper voor de Nederlandse rechter betaling van het

verschuldigde bedrag onder de borgtochtovereenkomst. De rechtbank paste art. 3 WCHb toe - de borgtochtovereenkomst was gesloten voor 1 januari 2012 - en oordeelde dat de vraag of de Koper bij het aangaan van de borgtochtovereenkomst toestemming van zijn niet-handelende echtgenoot nodig had, werd beheerst door het Nederlandse recht omdat zij in Nederland woonde ten tijde van het aangaan van de borgtochtovereenkomst. Verder oordeelde de rechtbank dat partijen geen rechtskeuze in de borgtochtovereenkomst hadden gemaakt.⁴⁰ Op grond van art. 4 Rome I concludeerde de rechtbank dat Nederlands recht van toepassing was op de borgtochtovereenkomst, nu de 'karakteristieke prestatie' wordt verricht door de borgsteller, de Koper, die zijn woonplaats in Nederland had ten tijde van het aangaan van de borgtochtovereenkomst.

Uit de omstandigheid dat het Duitse recht de regeling van art. 1:88 en 1:89 BW niet kent, leidde de rechtbank af dat de VR bank niet bekend was met deze regeling en deze niet door zijn eigen nalatigheid niet kende (art. 10:11 BW jo. art. 13 Rome I). De Koper kon zich volgens de rechtbank niet beroepen op de omstandigheid dat hij op grond van het Nederlandse recht handelingsonbevoegd was. Ook de overige verweren werden verworpen. De Duitse kredietgever kwam zodoende met de schrik vrij. Het is echter onduidelijk waarom VR bank de procedure niet in Duitsland is gestart want dat al de (tevergeefs) aangevoerde verweren niet zouden slagen, stond niet op voorhand vast.

38. Dit zijn bijzonder dwingende regels die, onafhankelijk van de vraag welk recht van toepassing is op de rechtsverhouding, van toepassing zijn vanwege de (semipubliekrechtelijke) belangen die zij waarborgen, waardoor de rechter over het algemeen gehouden is deze regels toe te passen (zie art. 9 Rome I en art. 7 EVO). Dat aan de regeling van art. 1:88 en 1:89 BW groot belang moet worden gehecht, blijkt volgens de voorzieningenrechter onder meer uit het feit dat juist die regeling voor haar werking in het internationaal privaatrecht wordt uitgewerkt in art. 10:40 BW.

39. Rb. Oost-Brabant 16 april 2014, *ECLI:NL:RBOBR:2014:1912*. Zie ook M. van Yperen-Groenleer, "Kroniek Internationaal Familierecht", *FJR* 2014/79.

40. Hiervoor was van belang of de algemene voorwaarden van de VR bank (waarin een rechtskeuze voor Duits recht werd gedaan) waarnaar in de borgtochtovereenkomst werd verwezen, van toepassing waren op de rechtsverhouding tussen de VR bank en de Koper. Deze vraag moest worden beantwoord aan de hand van het Duitse recht, gelet op het bepaalde in art. 10 Rome I. In dit geval had de VR bank onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld waaruit bleek dat zij voldaan had aan de strikte vereisten die gelden naar Duits recht. De VR bank kon daarom geen beroep op haar algemene voorwaarden doen.

3.2.5. *Rechtbank Gelderland 8 april 2015*⁴¹

In een andere zaak probeerde een in Nederland gevestigde borgsteller de borgtochtovereenkomst met een Duitse kredietgever (waarop Duits recht van toepassing was) te vernietigen door onder meer te stellen dat er bij het aangaan van de borgtochtovereenkomst sprake was van dwaling aangezien de bestuurder van de in Nederland gevestigde borgsteller de Duitse taal niet goed sprak en niet wist wat hij tekende. De rechtbank wees dit beroep op dwaling af omdat het onvoldoende was onderbouwd. Voor zover de gebrekkige kennis van de Duitse taal de grondslag vormde voor het beroep op dwaling oordeelde de rechtbank dat sprake was een zakelijke borgstelling door een in Nederland gevestigde rechtspersoon. Naar het oordeel van de rechtbank mag van een in de zakelijke sfeer opererende bestuurder verondersteld worden dat hij de Duitse taal voldoende machtig is wanneer hij in Duitsland overeenkomsten sluit. Mocht de borgsteller wel een beroep op dwaling toekomen, dan geldt naar Duits recht dat hij - nadat hij bekend was geworden met de inhoud van de borgtochtovereenkomst (vermeende dwalingsgrondslag) - deze onverwijld diende aan te vechten. Dit had hij nagelaten.

3.2.6. *Hof Amsterdam 23 december 2014*⁴²

In deze zaak waren een in Zwitserland gevestigde vennootschap en een in Nederland gevestigde kredietgever een kredietovereenkomst aangegaan. In deze overeenkomst stelden twee in Zwitserland woonachtige personen zich aansprakelijk voor de terugbetaling van deze lening. Deze aansprakelijkheidsstelling was niet in een afzonderlijk document opgenomen maar in de kredietovereenkomst.⁴³ Voor het aangaan van de aansprakelijkheidsstelling had de niet-handelende echtgenoot geen toestemming verleend. Zij heeft vervolgens de ongeldigheid van de aansprakelijkheidsstelling ingeroepen. In de kredietovereenkomst was een forumkeuze voor de Nederlandse rechter opgenomen. De rechtbank oordeelde dat er geen toestemming van de niet-handelende echtgenoot was vereist en dat de borgsteller was gebonden aan de aansprakelijkheidsstelling.⁴⁴ Het Hof oordeelde echter dat de vraag of de handelende echtgenoot voor zijn aansprakelijkheidsstelling toestemming van zijn niet-handelende echtgenoot behoefde op grond van art. 3 WCHb werd beheerst door het Zwitserse recht vanwege de woonplaats van de niet-handelende echtgenoot. Volgens het Hof diende deze vraag te worden onderscheiden van de vraag welk rechtstelsel de betrokken rechtshandeling (hier: de aansprakelijkheidsstelling) van de handelende echtgenoot beheerste. Het Hof stelde dat een dergelijke rechtshandeling op grond van het EVO⁴⁵ werd beheerst door het recht van het land waar de "kenmerkende prestant" (de in Zwitserland woonachtige handelende echtgenoot) was gevestigd. Er was hier volgens het Hof echter sprake van een "uitzonderingsgeval" in de zin van art. 4 lid 5 EVO, nu uit het geheel der omstandigheden duidelijk

bleek dat de aansprakelijkheidsstelling nauwer was verbonden met het Nederlandse recht dan het Zwitserse recht.⁴⁶ Vervolgens oordeelde het Hof dat de aansprakelijkheidsstelling naar Nederlands recht uitgelegd diende te worden als een borgtochtovereenkomst en niet als een hoofdelijke eigen schuld.⁴⁷ Dit had tot gevolg dat de Zwitserse toestemmingsbepaling (art. 494 Zwitserse Obligationenrecht) die voorafgaande toestemming van de niet-handelende echtgenoot vereist voor het aangaan van een borgtochtovereenkomst van toepassing was.⁴⁸ Het Hof oordeelde dat de vereiste toestemming ontbrak en dat terecht een beroep was gedaan op de ongeldigheid van de aansprakelijkheidsstelling. Uit deze uitspraak blijkt dat zelfs wanneer de kredietovereenkomst en de borgtochtovereenkomst worden beheerst door Nederlands recht juist een ander rechtstelsel de toestemming (van de niet-handelende echtgenoot) kan beheersen en de uitwinning van de borgstelling illusoir kan maken.⁴⁹

41. Rb. Gelderland 8 april 2015, *ECLI:NL:RBGEL:2015:4231*.

42. Hof Amsterdam 23 december 2014, *ECLI:NL:GHAMS:2014:5567*, deze uitspraak wordt uitgebreid door R.I.V.F. Bertrams behandeld in *JOR* 2015/242.

43. In dit kader merkt Bertrams op dat het op de borgtocht toepasselijke recht mede wordt bepaald door de wijze waarop de contractsdocumentatie is vormgegeven en of de borgtocht bijvoorbeeld integraal onderdeel uitmaakt van de leningsovereenkomst; in dat soort gevallen kan bijvoorbeeld natrekking door het op de gezeekerde overeenkomst toepasselijke recht plaatsvinden, zie *JOR* 2015/242 en Bertrams 2015 (*GS Bijzondere Overeenkomsten*), aant. II.14.2.1.

44. Rb. Amsterdam 7 maart 2012, 473702 HA ZA 10-3447; deze uitspraak is niet gepubliceerd. Het is onduidelijk waarom de rechtbank heeft geoordeeld dat er geen toestemming van de niet-handelende echtgenoot was vereist voor het aangaan van de borgtochtovereenkomst.

45. Rome I is niet van toepassing aangezien de overeenkomst voor 17 december 2009 was gesloten.

46. De aansprakelijkheidsstelling maakte volgens het Hof namelijk onderdeel uit van een kredietovereenkomst waarin voor Nederlands recht was gekozen. Verder was de handelende echtgenoot partij bij die kredietovereenkomst en de aansprakelijkheidsstelling was accessoir aan de kredietovereenkomst.

47. Het is enigszins merkwaardig dat het Hof niet naar Zwitsers recht heeft vastgesteld of de aansprakelijkheidsstelling onder de reikwijdte van de Zwitserse wetsoepbepaling valt, zie Bertrams, *JOR* 2015/242.

48. Dit artikel is niet van toepassing op het aangaan van een hoofdelijke eigen (mede)schuld.

49. In een andere recente zaak over een borgstelling overeengekomen in kredietovereenkomst(en) tussen een kredietgever uit Hong Kong en een in Nederland gevestigde onderneming ging het niet om de vraag of de borgtochtovereenkomst kon worden vernietigd wegens het ontbreken van de toestemming van de niet-handelende echtgenoot; het was duidelijk dat deze niet verleend was, maar om de vraag of de borgtocht was aangegaan in de normale bedrijfsuitoefening van de vennootschap (art. 1:88 lid 5 BW). De rechtbank oordeelde o.a. dat er sprake was van een normale financieringsovereenkomst waardoor geen toestemming was vereist en de borgtochtovereenkomst niet rechtsgeldig was vernietigd, zie Rb. Rotterdam 11 maart 2015, *ECLI:NL:RBROT:2015:1753*.

3.2.7. *Rechtbank Limburg 9 april 2015*⁵⁰

In deze zaak ging het om een in België woonachtige natuurlijke persoon die zich borg had gesteld voor een Belgische vennootschap voor de betaling van de koopprijs van de aandelen in een in Nederland gevestigde vennootschap. In de koopovereenkomst was een forumkeuze voor de Nederlandse rechter en een rechtskeuze voor Nederlands recht overeengekomen. De in België gevestigde vennootschap voldeed een gedeelte van de koopprijs niet. De Nederlandse verkoper maakte vervolgens tegen de Belgische vennootschap en de borgsteller een incasso-kortgeding bij de Nederlandse rechter aanhangig. De in België woonachtige niet-handelende echtgenote van de borgsteller stelde een incidentele vordering tot tussenkomst c.q. voeging in. Zij voerde onder meer aan dat zij voornemens was om een vordering tot vernietiging van de borgstelling door haar echtgenoot in te stellen bij de Belgische rechter.⁵¹ De echtgenote stelde dat zij pas een week voorafgaand aan de kortgedingprocedure kennis had gekregen van de omstandigheid dat haar echtgenoot zich borg had gesteld voor de schuld van de in België gevestigde vennootschap. De Nederlandse vennootschap deed een beroep op de "Lizardi-regel". De zaak bleek echter te ingewikkeld voor een kort geding en de vordering werd daarop afgewezen.

Het is de vraag of Nederlandse en Belgische vennootschappen / kredietgevers zich op onbekendheid met de beschermingsregel voor niet-handelende echtgenoten uit een ander rechtsstelsel kunnen beroepen, nu ze een dergelijke regel wel in hun eigen recht kennen. Nederlandse kredietgevers dienen zich ook bij Belgische borgen van de toestemming van de niet-handelende echtgenoot te verzekeren. Via art. 10:40 BW zal de Nederlandse rechter het Belgische recht toepassen als de niet-handelende echtgenoot in België woont. Hier blijkt het procesrecht geen bescherming aan de kredietgever te bieden.⁵²

4. Conclusie

De vernietiging van een borgtocht door de niet-handelende echtgenoot zal er niet steeds toe leiden dat de kredietgever met lege handen staat. Vanuit zowel de kredietgever als vanuit de niet-handelende en handelende echtgenoot kan de processtrategie een cruciale rol spelen. De kredietgever is meestal beter af als hij niet in Nederland procedeert tegen de borgsteller, terwijl de niet-handelende echtgenoot en de handelende echtgenoot juist in Nederland meer kans van slagen hebben. Reeds bij het opstellen van de borgtochtovereenkomst en aanverwante zekerheidstellingen moeten procedurele afwegingen worden gemaakt, voordat een beslissing kan worden genomen of het verstandig is om een forumkeuze op te nemen, en zo ja, of dit een eenzijdig exclusieve forumkeuze zou moeten zijn en voor welke rechter. Uit de rechtspraak blijkt dat de consequenties van de processuele keuze vaak onvoldoende doordacht zijn en dat de procedure bij een andere rechter een

andere uitkomst zou kunnen hebben gehad. Dit wordt veroorzaakt doordat in Nederland art. 10:40, 1:88 en 1:89 BW gelden, wat een bijzondere situatie is ten opzichte van veel van de ons omringende landen. Een gewaarschuwd borg telt letterlijk voor twee, kredietgever pas op uw zaak.

50. Rb. Limburg, 9 april 2014, *ECLI:NL:RBLIM:2015:3152*.

51. In art. 244 para. 1 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek is bepaald dat nietig kunnen worden verklaard de persoonlijke zekerheden door een van de echtgenoten gesteld die de belangen van het gezin in gevaar kunnen brengen. In para. 2 van dit artikel is bepaald dat de vordering tot nietigverklaring op straffe van verval moet worden ingesteld binnen een jaar na de dag waarop de handeling ter kennis is gekomen van de echtgenoot-eiser.

52. Het Hof 's-Hertogenbosch heeft recent in een soortgelijke zaak tussenarrest gewezen. In deze zaak werd een in België woonachtige bestuurder die zich borg had gesteld voor een krediet verstrekt aan aantal Nederlandse besloten vennootschappen, aangesproken door de Nederlandse kredietgever. De in België woonachtige niet-handelende echtgenoot van de bestuurder heeft daarop de borgtochtovereenkomst vernietigd wegens het ontbreken van haar voorafgaande toestemming. Op de kredietovereenkomst en de borgtochtovereenkomst was Nederlands recht van toepassing. Het Hof oordeelde dat de bestuurder en de niet-handelende echtgenoot ten tijde van het aangaan van de borgtochtovereenkomst hun woonplaats in België hadden en dat op grond van art. 3 WCHb Belgisch recht van toepassing was op de vereiste toestemming. Het beroep op art. 1:88 BW ging niet op. De in België woonachtige bestuurder had geen beroep gedaan op art. 10:8 BW op grond waarvan hij had kunnen betogen dat er een nauwere band met het Nederlandse recht bestond en voorts dat de kredietgever op art. 1:88 BW bedacht had moeten zijn. De vraag is overigens of een dergelijk beroep veel kans van slagen zou hebben gehad. In de wetsgeschiedenis is namelijk bepaald dat een in het buitenland wonende echtgenoot niet beschermd dient te worden (op grond van art. 1:88 en 1:89 BW), zie ook Rb. Amsterdam 9 juli 2014, RO 2014/73. Het Hof heeft vervolgens in zijn tussenarrest bepaald dat het onder meer nog voorgelicht dient te worden of naar de Belgisch recht vergelijkbare gezinsbeschermende bepalingen van toepassing zijn, zie Hof 's-Hertogenbosch 11 augustus 2015, *ECLI:NL:GHSE:2015:3191*, RO 2015/69. Uit de in par. 3.2.6. behandelde uitspraak van de rechtbank Limburg van 9 april 2015 volgt dat het Belgische recht eveneens gezinsbeschermende bepalingen kent.