

## Over borgtochtovereenkomsten en ontbinding

Mr. D.E. Burgers, datum 20-08-2018

**Datum**

20-08-2018

**Auteur**

Mr. D.E. Burgers<sup>[1]</sup>

**Vakgebied(en)**

Financiële planning / Financiering

Verbintenissenrecht / Overeenkomst

*Een borgtochtovereenkomst is naar haar aard niet een wederkerige, maar een eenzijdige overeenkomst. Alleen de borg neemt een verbintenis op zich, namelijk tot nakoming van de verbintenis die een derde tegenover de schuldeiser heeft of zal krijgen. Dit brengt mee dat de voor wederkerige overeenkomsten bestaande mogelijkheid tot ontbinding op grond een tekortkoming niet geldt voor de overeenkomst van borgtocht. Dit kan anders zijn wanneer in verband met de borgtocht ook door de schuldeiser verplichtingen zijn aangegaan die in zodanig nauwe samenhang staan tot de verbintenis van de borg, dat sprake is van een rechtsbetrekking die strekt tot het wederzijds verrichten van prestaties (HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:915).*

### 1. Juridisch kader

#### 1.1 Borgtochtovereenkomst

De borgtochtovereenkomst is wettelijk vastgelegd in titel 14 van BW 7 (art. 7:850 t/m 7:870 BW). Op grond van art. 7:850 lid 1 BW is de borgtochtovereenkomst een overeenkomst waarbij de borg zich tegenover de schuldeiser verbindt tot nakoming van een verbintenis van de hoofdschuldenaar. De borg stelt zich aldus niet aansprakelijk voor een eigen schuld, maar voor een verbintenis van een derde. De kern van deze overeenkomst ligt in de verhouding tussen de borg en de schuldeiser. Op grond van lid 2 van voornoemd artikel, is het voor de geldigheid van een borgtocht niet vereist dat de hoofdschuldenaar deze kent. Sterker nog, de borgtochtovereenkomst kan zelfs tegen de zin van de hoofdschuldenaar worden aangegaan (*Asser/Van Schaick 7-III\* 2012/65*).

#### 1.2 Subsidiair karakter

Een belangrijk kenmerk van de borgtochtovereenkomst, is het zogenoemde subsidiaire karakter (art. 7:855 BW). Dit houdt in dat de schuldeiser niet meteen de borg mag aanspreken tot betaling: de schuldeiser zal eerst het nodige gedaan moeten hebben om te constateren dat de hoofdschuldenaar niet tot betaling overgaat. De schuldeiser zal de hoofdschuldenaar (indien nodig) daartoe in gebreke moeten stellen en de daarbij genoemde – redelijke – termijn zal verstreken dienen te zijn zonder dat de hoofdschuldenaar is nagekomen. Hierin schuilt een belangrijk verschil met hoofdelijke aansprakelijkheid. Bij hoofdelijke aansprakelijkheid gaat het om twee of meer schuldenaren die tot de gehele prestatie gehouden zijn. De schuldeiser kan dan kiezen wie van de schuldenaren hij aanspreekt. Betaalt één van hen, dan is de medeschuldenaar ten opzichte van de schuldeiser bevrijd. Intern (ten opzichte van elkaar) moeten deze schuldenaren nog wel met elkaar afrekenen (regres). In de praktijk blijkt dat regelmatig onduidelijkheid bestaat of een debiteur zich verbonden heeft als hoofdelijk aansprakelijke persoon of als borg; met name indien termen zoals 'hoofdelijke borgstelling', 'hoofdelijke borg' of 'hoofdelijke waarborg' worden gebruikt. Conform vaste rechtspraak is dit een kwestie van uitleg en om niet (onnodig) in deze uitlegfase terecht te komen, dienen heldere begrippen gehanteerd te worden.

#### 1.3 Zorgplicht van de schuldeiser

Uit de borgtochtovereenkomst kunnen naast de hoofdverplichting (doorgaans: betaling van een geldsom) ook nevenverplichtingen voortvloeien zoals een zorgplicht van de schuldeiser. Volgens vaste rechtspraak hebben (in ieder geval) schuldeisers die kwalificeren als financiële dienstverleners, bijvoorbeeld banken en kredietinstellingen, een zorgplicht tegenover de borg.<sup>[2]</sup> Schuldeisers dienen bij het aangaan van de borgtochtovereenkomst alsmede in latere fasen van de rechtsverhouding, in redelijke mate rekening te houden met de belangen van de borg. De concrete invulling van deze zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval en daartoe behoort ook de aard van de relatie tussen de borg en de schuldenaar.<sup>[3]</sup> Een schuldeiser is derhalve niet 'risicovrij'.

## 1.4 Risico's en verweren voor de borg

De borgtochtovereenkomst brengt uiteraard ook voor de borg de nodige risico's met zich. Zo kan een borg zich lichtvaardig verbinden voor de verbintenis van een hoofdschuldenaar. Ook kan de (niet duidelijk opgestelde) borgtochtovereenkomst voor uitleg vatbaar zijn, waardoor de borg (ongewenst) van 'kleur' verschiet en als hoofdelijk schuldenaar kwalificeert. Op grond van art. 7:852 BW kan de borg zich verweren tegen een vordering van de schuldeiser. In dit kader kan de borg de verweren inroepen die de hoofdschuldenaar jegens de schuldeiser heeft (opschorting, vernietiging ed.). Voor een particuliere borgtocht is deze bepaling overigens van dwingend recht, zodat daarvan niet ten nadele van de particuliere borg kan worden afgeweken.

Zoals vermeld, kan de borg zich verweren tegen een vordering van de schuldeiser bijvoorbeeld door een beroep op vernietiging wegens dwaling te doen. In de onderhavige kwestie gaat het om een ander verweer: namelijk of een (zakelijke) borgtochtovereenkomst ontbonden kan worden. De Hoge Raad oordeelt dat een borgtochtovereenkomst in beginsel niet ontbonden kan worden. In het navolgende kom ik tot een bespreking van dit arrest, waarbij ik eerst zal stilstaan bij de feiten, waarna ik vervolg met de overwegingen en een (juridische) analyse. Ik sluit af met een conclusie.

## 2. De feiten

De relevante feiten in deze kwestie zijn de volgende. S3 en A Holding B.V. (hierna: S3&A) heeft bij de ABN-AMRO (hierna: De Bank) een rekening-courantkrediet afgesloten met een limiet van € 3.000.000 met als einddatum 1 november 2010. Voor deze kredietfaciliteit diende S3&A zekerheid te verstrekken, waartoe Wave B.V. (hierna: Wave) bereid was. In dit kader is tussen De Bank en Wave een borgtochtovereenkomst tot stand gekomen. De Bank is met Wave overeengekomen dat de bankfinanciering tot 1 november 2010 loopt en dat de borgtocht zou worden geretourneerd als de bankfinanciering is afgewikkeld. Hiernaast werd overeengekomen dat als De Bank genoodzaakt zou zijn de borgtocht van Wave te claimen, Wave in de rechten van De Bank kon treden van een pandrecht dat rustte op de aandelen van een vennootschap die tot de groep van S3&A behoort (hierna: De Groep). Op die manier heeft Wave als borg ook enige mate van zekerheid bedongen. S3&A heeft het krediet niet op 1 november 2010 terugbetaald en is de verplichtingen uit de kredietovereenkomst derhalve niet nagekomen. Medio 2011 heeft De Bank S3&A schriftelijk gewaarschuwd dat de kredietlimiet is overschreden en S3&A verzocht de debetstand terug te brengen tot de toegestane kredietlimiet. Vervolgens heeft De Bank bij brief van januari 2012 aan S3&A en Wave geschreven dat zij voornemens is de zekerheden uit te gaan winnen. Aangezien S3&A en Wave niet aan de verzoeken c.q. sommaties van De Bank hebben voldaan, heeft De Bank Wave medio 2012 geschreven dat zij genoodzaakt is over te gaan tot uitwinning van de borgtocht en heeft De Bank Wave een termijn van veertien dagen gesteld om het bedrag van € 3.000.000 te vermeerderen met rente te voldoen. Wave is niet tot betaling overgegaan en De Bank is vervolgens een gerechtelijke procedure tegen Wave gestart. Van belang hierbij is dat De Bank in de periode tussen de einddatum van het krediet en medio 2012 nauw betrokken is geweest bij de herstructurering van De Groep. Een aantal van de tot De Groep behorende ondernemingen zijn kort hierna gefailleerd en de herstructurering is derhalve mislukt.

## 3. Hof

In rechte vordert De Bank van Wave betaling van € 3.000.000 te vermeerderen met rente op grond van de borgtochtovereenkomst. Wave vordert in reconventie dat de borgtochtovereenkomst op grond van een tekortkoming aan de zijde van De Bank ontbonden dient te worden. Subsidiair vordert Wave vergoeding van door haar geleden schade. Wave is van mening dat De Bank niet aan de op haar rustende zorgvuldigheids- en inspanningsplichten heeft voldaan door zich pas in januari 2012 tot Wave te wenden, terwijl De Bank in de periode daaraan voorafgaand, nauw betrokken was bij de herstructurering van De Groep, in welke Groep Wave een zekerheidsrecht had bedongen. In januari 2012 kon Wave niet de voor haar borgstelling bedongen zekerheid (het voornoemde pandrecht op de aandelen) inroepen toen deze nog enige waarde had.

Het hof oordeelt ter zake dat:

“(…) ABN AMRO was rechtens niet gehouden om na 1 november 2010 Wave te laten weten dat S3&A niet aan haar betalingsverplichtingen uit de kredietovereenkomst had voldaan. Dat neemt evenwel niet weg dat, gelet op de door ABN AMRO jegens Wave als borg in acht te nemen zorgvuldigheid, van ABN AMRO had mogen worden verwacht dat zij Wave niet onkundig had gelaten van haar voornemen om S3&A in afwachting van een financiële herstructurering van de groep nog niet op haar verzuim aan te spreken.” (r.o. 3.2.2).

Het hof oordeelt dat op De Bank een zorgvuldigheidsplicht rust jegens de borg. Dit klemmt in deze kwestie temeer daar het krediet een relatief korte duur had en de aard van de aan de borgstelling verbonden zekerheid voor Wave een aanzienlijk risico met zich bracht. De Bank had Wave aldus tijdig moeten inlichten dat zij voornemens was S3&A nog niet op haar verzuim aan te spreken. Uiteindelijk oordeelt het Hof dat de vordering tot vergoeding van geleden schade niet toewijsbaar

is, omdat Wave niet heeft kunnen bewijzen dat zij de gevolgen van haar aansprakelijkheid als borg zou hebben beperkt als zij wel (tijdig) door De Bank was geïnformeerd over het uitstel van de afwikkeling van het krediet. Ook de vordering tot ontbinding wordt door het hof afgewezen. Hiertoe overweegt het hof dat het causale verband tussen de nalatigheid van De Bank en de eventuele schade ontbreekt. Wave is het met het hof oneens en gaat in cassatie.

#### 4. Hoge Raad

In cassatie klaagt Wave dat het hof ten onrechte geen (juiste) beslissing heeft gegeven op haar vordering tot ontbinding van de borgtochtovereenkomst, maar slechts heeft beslist op haar vordering tot schadevergoeding. In cassatie staat vast dat De Bank nalatig is geweest jegens Wave. Met betrekking tot de ontbindingsvordering overweegt de Hoge Raad dat:

“Blijkens de omschrijving in art. 7:850 lid 1 BW van de borgtocht, is deze overeenkomst naar haar aard niet een wederkerige, maar een eenzijdige overeenkomst. Alleen de borg neemt immers een verbintenis op zich, namelijk tot nakoming van de verbintenis die een derde tegenover de schuldeiser heeft of zal krijgen. Daartegenover neemt de schuldeiser niet “een verbintenis op zich ter verkrijging van de prestatie waartoe de wederpartij zich daartegenover jegens haar verbindt”, zoals art. 6:261 lid 1 BW het voor een wederkerige overeenkomst kenmerkende ruil karakter omschrijft. Een en ander brengt mee dat de voor wederkerige overeenkomsten bestaande mogelijkheid tot ontbinding op grond van een tekortkoming (art. 6:265 BW) niet geldt voor de overeenkomst van borgtocht.” (r.o. 3.4.1.).

De Hoge Raad overweegt dat ontbinding van een borgtochtovereenkomst niet mogelijk is aangezien de borgtochtovereenkomst een eenzijdige overeenkomst is terwijl ontbinding van toepassing is op wederkerige overeenkomsten. De zorgvuldigheidsverplichting van De Bank staat naar het oordeel van de Hoge Raad niet in een ‘ruilverhouding’ tot de verbintenis van Wave, welke ruilverhouding op grond van art. 6:261 lid 1 BW vereist is. De Hoge Raad overweegt vervolgens dat bij een nauwe samenhang van andere verplichtingen ontbinding wel mogelijk kan zijn:

“Mogelijk is wel dat in verband met de borgtocht (ook) door de schuldeiser verplichtingen zijn aangegaan die in zodanig nauwe samenhang staan tot de verbintenis van de borg, dat sprake is van een rechtsbetrekking die strekt tot het wederzijds verrichten van prestaties in de zin van art. 6:261 lid 2 BW.” (r.o. 3.4.3.).

Onder omstandigheden is het derhalve mogelijk om een borgtochtovereenkomst te ontbinden. Daarvoor is vereist dat in verband met de borgtocht door de schuldeiser verplichtingen zijn aangegaan die in zodanig nauwe samenhang staan tot de verbintenis van de borg dat sprake is een rechtsbetrekking die strekt tot het wederzijds verrichten van prestaties in de zin van art. 6:261 lid 2 BW. Op grond van dit laatste artikel zijn immers de bepalingen omtrent wederkerige overeenkomsten (zoals ontbinding) van overeenkomstige toepassing op andere rechtsbetrekkingen die strekken tot het wederzijds verrichten van prestaties, voor zover de aard van die rechtsbetrekkingen zich daartegen niet verzet. Als hier sprake van is, dan kan de borg bij een tekortkoming van de schuldeiser door ontbinding van de op hem rustende verbintenis bevrijd worden.

#### 5. Analyse

De Hoge Raad is duidelijk in zijn oordeel: ontbinding is van toepassing op wederkerige overeenkomsten en niet op eenzijdige overeenkomsten zoals een borgtochtovereenkomst. De borgtochtovereenkomst wordt in de literatuur eenduidig als ‘eenzijdige overeenkomst’ getypeerd, zodat dit oordeel van de Hoge Raad in overeenstemming is met de literatuur (*Asser/Van Schaick 2012, nr. 69 en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III\* 2013, nr. 82*). Uit de borgtochtovereenkomst kunnen echter nevenverplichtingen voortvloeien, welke verplichtingen de borgtochtovereenkomst onder omstandigheden tot een ontbindingswaardige overeenkomst in de zin van art. 6:261 lid 2 BW maken. Daarvoor is vereist dat de schuldeiser verplichtingen is aangegaan die in zodanig nauwe samenhang staan tot de verbintenis van de borg, dat sprake is van een rechtsbetrekking die strekt tot het wederzijds verrichten van prestaties. Volgens de Hoge Raad is de zorgvuldigheidsverplichting van De Bank een dergelijke verplichting niet. Ook andere verbintenissen die samenhangen met de zorgplicht geven de borgtocht een onvoldoende wederkerig karakter om ontbinding te rechtvaardigen. De vraag kan gesteld worden welke verplichtingen een borgtochtovereenkomst dan wel tot een ontbindingswaardige overeenkomst maken. De Hoge Raad verwijst in dit verband naar zijn arrest van 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4340, in welk arrest de Hoge Raad overwoog dat een afbetalingsregeling met vastgelegde voorwaarden voor beide partijen kan kwalificeren als een rechtsbetrekking die strekt tot het wederzijds verrichten van prestaties in de zin van art. 6:261 lid 2 BW en aldus kan worden ontbonden (r.o. 3.15.). Met betrekking tot de borgtochtovereenkomst, zal sprake kunnen zijn van een voldoende mate van wederkerigheid wanneer er bijkomende verbintenissen bestaan aan de zijde van de schuldeiser die uit de borgtochtovereenkomst zelf voortvloeien. In dát geval kan de borg in geval van onzorgvuldig handelen door de bank een beroep doen op ontbinding.

Overigens had het hof de afwijzing van de ontbindingsvordering gemotiveerd met het oordeel dat de nalatigheid van De Bank niet tot enig nadeel van Wave heeft geleid, omdat het daarvoor vereiste causale verband met de schade ontbreekt.

Met A-G Lückers ben ik van mening dat dit oordeel niet juist is, althans dat deze motivering alleen juist is met betrekking tot de schadevergoedingsvordering. Voor deze vordering is het causale verband immers een vereiste (6:98 BW), maar niet voor de ontbindingsvordering. Op grond van art. 6:265 lid 1 BW kan immers iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen tot ontbinding leiden.

Wat brengt dit oordeel mee voor de praktijk? Voor de praktijk is het van belang om te realiseren dat een beroep op ontbinding van een borgtochtovereenkomst in beginsel niet mogelijk is. Een (toerekenbare) tekortkoming zal zich in de vorm van een schadevergoeding, eventueel in combinatie met een verrekening van de verplichting van de borg, dienen op te lossen. Hiernaast kan de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid mogelijk uitkomst bieden (vgl. HR 12 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8651). Is de borg desondanks voornemens om een beroep op ontbinding van de borgtochtovereenkomst te doen, dan dient hij zijn vordering te staven met feiten die tot de conclusie leiden dat de schuldeiser verplichtingen is aangegaan die in zodanig nauwe samenhang staan tot de verbintenis van de borg, dat sprake is van een rechtsbetrekking die strekt tot het wederzijds verrichten van prestaties in de zin van art. 6:261 lid 2 BW. Wenst een borg hierover op voorhand meer zekerheid te verkrijgen, dan dienen de wederzijdse verplichtingen en hun (nauwe) samenhang, duidelijk in de borgtochtovereenkomst vastgelegd te worden. Vanuit het perspectief van een schuldeiser geldt echter dat het, met name in deze laatste situatie, gewenst is om ontbinding (algeheel en gedeeltelijk) contractueel uit te sluiten. Op die manier komen partijen niet eens aan een discussie over ontbinding toe.

## 6. Conclusie

De conclusie die uit het onderhavige arrest getrokken kan worden is helder: ontbinding van een 'zuivere' borgtochtovereenkomst is in beginsel niet mogelijk. Dat is anders indien ook voor de schuldeiser daarin verplichtingen zijn opgenomen die, in voldoende samenhang, staan tegenover de verplichtingen van de borg. De borg dient zich dus te realiseren dat hij niet zomaar onder zijn betalingsverplichting uit kan komen. Het niet voldoende in acht nemen van de voornoemde zorgvuldigheidsverplichting is in ieder geval onvoldoende om door een beroep op ontbinding bevrijd te worden van de contractuele verplichtingen. Onderteken dus niet zomaar een borgtochtovereenkomst: bezint eer ge begint! Voor de schuldeiser fungeert deze uitspraak verder als een goede 'reminder' dat hij een zorgplicht jegens de borg in acht moet nemen. Doet een schuldeiser dat onvoldoende, dan kan hij voor de geleden schade van de borg aansprakelijk zijn.

Voetnoten

[1]

Daniel Burgers is advocaat bij Legal8 te Houten.

[2]

HR 1 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7632, NJ 1991/759 (*Van Lanschot Bankiers/Bink*).

[3]

HR 1 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:543 (*X/Aruba Bank N.V. en Island Finance Aruba N.V.*).