

ONDERNEMINGSRECHT

Borgtocht en de onmogelijkheid van ontbinding 2018-0315

Recentelijk heeft de Hoge Raad zich in zijn uitspraak van 15 juni 2018 uitgelaten over de vraag in hoeverre een borgtochtovereenkomst op grond van artikel 6:265 BW ontbonden kan worden.¹ Het oordeel van de Hoge Raad luidt kort gezegd dat dit niet mogelijk is. In deze bijdrage zal ik ingaan op de onderhavige uitspraak en de betekenis voor de rechtspraktijk.

De casus

Wave had zich bij schriftelijke overeenkomst van 29 juni 2010 jegens Fortis borg gesteld voor een schuld van S3&A. De schuld van S3&A bij Fortis had een looptijd tot 1 november 2010. S3&A voldeed niet tijdig aan haar betalingsverplichtingen, waarna rechtsopvolger ABN AMRO in de navolgende periode zowel S3&A als Wave aansprak op het betalingsverzuim. Het gebrek aan enige betaling leidde ertoe dat ABN AMRO zich op 26 september 2012 genoodzaakt zag om tot uit-

winning van de borgtocht over te gaan. Wave betaalde niet.

Vervolgens heeft ABN AMRO in rechte gevorderd Wave te veroordelen tot betaling van de schuld uit hoofde van de borgtochtovereenkomst. Wave voerde het verweer dat ABN AMRO haar pas ruim een jaar na het betalingsverzuim van S3&A op de hoogte had gebracht. Door het handelen van ABN AMRO kon Wave de door haar bedongen zekerheden niet meer uitwinnen. Wave heeft vanwege deze tekortkoming aan de zijde van ABN AMRO in reconventie de ontbinding van de borgtocht-overeenkomst gevorderd.

In rechte is komen vast te staan dat ABN AMRO in strijd heeft gehandeld met de op haar rustende zorgvuldigheidsplicht als schuldeiser. Het hof heeft Wave vervolgens in de gelegenheid gesteld om met bewijs te komen dat zij met het niet in achtnemen van de zorgvuldigheidsplicht door ABN

AMRO schade heeft geleden. Wave is niet in deze bewijsopdracht geslaagd, waarna het hof Wave heeft veroordeeld tot de betaling van de schuld. Hieropvolgend heeft Wave cassatieberoep ingesteld en geklaagd over het feit dat het hof zich niet heeft uitgelaten over de subsidiaire ontbindingsvordering.

Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad oordeelt dat de klacht van Wave niet tot cassatie kan leiden wegens een gebrek aan belang. Immers, zo vervolgt de Hoge Raad, is de borgtochtovereenkomst op grond van artikel 7:850 lid 1 BW naar haar aard niet wederkerig, maar eenzijdig. Alleen de borg neemt namelijk een verbintenis op zich, namelijk tot nakoming van de verbintenis van de hoofdschuldenaar. De borgtochtovereenkomst ontbeert het vereiste 'ruilkarakter' van een wederkerige overeenkomst. De Hoge Raad overweegt expliciet dat de verplichtingen van de schuldeiser die verband houden met de borgtocht, zoals die van artikel 6:154 BW, maar ook die van artikel 7:855 lid 2 BW en de algemeen in acht te nemen zorgvuldigheidsverplichting, niet tot een andersluidend oordeel leiden.

Nu artikel 6:261 lid 1 BW voorschrijft dat er sprake dient te zijn van een wederkerige overeenkomst kan derhalve niet tot ontbinding van de overeenkomst in geval van een tekortkoming aan de zijde van de schuldeiser worden overgegaan.

Commentaar

De regeling omtrent borgtocht is geregeld in Titel 14 van Boek 7 BW. Ingevolge artikel 7:850 lid 1 BW is een overeenkomst van borgtocht een overeenkomst waarbij de ene partij, de borg, aan de andere partij, de schuldeiser, een persoonlijke zekerheid verschafft met het doel een verbintenis tussen de schuldeiser en een derde, de hoofdschuldenaar, mogelijk te maken. Indien de hoofdschuldenaar zijn verplichtingen niet nakomt, dan kan de schuldeiser de borg aanspreken ter voldoening van de contractuele verplichtingen.

Bij een borgtochtovereenkomst neemt dus alleen de borg een verbintenis op zich. Een borgtochtovereenkomst is een afhankelijke verbintenis om ten behoeve van de schuldeiser een prestatie te verrichten in geval een ander zijn verplichting jegens dezelfde schuldeiser in de principale overeenkomst niet nakomt. Ondanks enige (zorg-)verplichting aan de zijde van de borg, is de overeenkomst van borgtocht eenzijdig. Een eenzijdige overeenkomst kan niet op grond van artikel 6:265 lid 1 BW worden ontbonden.

Dit betekent echter niet dat een borgtochtovereenkomst niet onder omstandigheden wederkerig kan zijn. Dit is het geval indien de schuldeiser, anders dan de verplichtingen van artikel 6:154 BW, artikel 7:855 BW en de zorgvuldigheidsverplichtingen, bepaalde verplichtingen op zich heeft genomen waardoor de overeenkomst een ruilkarakter verkrijgt.² Dit kan

bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de borg bij het sluiten van de borgtochtovereenkomst van de schuldeiser een tegenprestatie verlangt. In de praktijk ziet men dit niet vaak voorkomen. Het is veelal de hoofdschuldenaar op wiens verzoek de borgtochtovereenkomst wordt aangegaan.

Van Schaick betoogt dat er wel degelijk een ontbindingsmogelijkheid bestaat voor borgtochtovereenkomsten als eenzijdige verbintenis en verwijst hiervoor naar artikel 6:261 lid 2 BW en een uitspraak van de Hoge Raad van 14 april 2000.³ De regeling voor wederkerige overeenkomsten kent overeenkomstige toepassing op andere rechtsbetrekkingen voor zover de aard van die rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. De aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad van 14 april 2000 bevestigt in zijn algemeenheid dat de regels omtrent ontbinding ook voor andere rechtsbetrekkingen gelden. Ook de Rechtbank Amsterdam gaat hier in haar uitspraak van 23 mei 2007 in mee.⁴

Bergervoet deelt dit standpunt niet en is van oordeel dat, behoudens overeenkomsten waarbij de schuldeiser een tegenprestatie is verschuldigd, de aard van de borgtochtovereenkomst zich tegen overeenkomstige toepassing van de regeling omtrent wederkerige overeenkomsten verzet.⁵ Artikel 6:261 lid 2 BW bepaalt immers expliciet dat het dient te gaan om rechtsbetrekkingen met een wederzijds karakter. Bij borgtocht ontbreekt een dergelijk karakter.

Ook Steneker in zijn noot bij de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 23 mei 2007 volgt dit standpunt.⁶ Slechts indien de borgtochtovereenkomst voldoende mate van wederkerigheid heeft dan kan deze overeenkomst op grond van artikel 6:261 lid 2 BW onder het ontbindingsregime van wederkerige overeenkomsten vallen. Hiervan is sprake indien de schuldeiser bepaalde verplichtingen heeft, maar dat deze verplichtingen niet gericht zijn op het verkrijgen van een prestatie die de borg moet verrichten. Bergervoet noemt als voorbeelden het toezicht op de liquiditeit en solvabiliteit van de hoofdschuldenaar en het daarover periodiek berichten aan de borg of ervoor waken dat de verpande goederen niet onder een bepaalde minimumwaarde zakken.⁷ Een dergelijke overeenkomst wordt ook wel onvolmaakt wederkerig genoemd.⁸

De Hoge Raad volgt deze leer in zijn uitspraak van 15 juni 2018 en overweegt met verwijzing naar zijn uitspraak van 29 april 2011⁹: "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 [...]. In zodanig geval zijn ingevolge zojuist genoemde artikellid de bepalingen omtrent wederkerige overeenkomsten van overeenkomstige toepassing,

voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.”

De Hoge Raad laat in het midden wanneer de aard van de overeenkomst zich tegen de overeenkomstige toepassing verzet. A-G Lückers overweegt in zijn conclusie expliciet dat ook de aard van de borgtochtovereenkomst zich verzet tegen overeenkomstige toepassing van het ontbindingsregime van wederkerige overeenkomsten. Hij overweegt dat de verkrijging van zekerheid voor de nakoming van een andere overeenkomst, die de wederpartij van de borg anders niet zou zijn aangegaan, centraal staat en dit is van allesoverheersend belang. Deze aard verzet zich tegen de mogelijkheid om voor elke tekortkoming van een nevenverplichting ontbinding te kunnen invoeren.¹⁰ Deze gevolgtrekking is in mijn optiek goed te volgen. Een ontbindingsmogelijkheid ondermijnt het gegeven belang van een borgtocht, namelijk het verrichten van een tegenprestatie indien de hoofdschuldenaar zijn contractuele verplichtingen niet nakomt. Het is onwenselijk dat een borg onder deze verplichting uit komt nu, zonder borgtochtovereenkomst, de principale overeenkomst nimmer zou zijn aangegaan. Het gebrek aan de mogelijkheid voor ontbinding laat tot slot onverlet dat de borg een vordering tot schadevergoeding kan instellen.

Conclusie

De Hoge Raad heeft in zijn uitspraak van 15 juni 2018 geoordeeld dat ontbinding van een borgtochtovereenkomst in beginsel niet mogelijk is. Slechts onder de omstandigheid dat de borgtochtovereenkomst voldoende mate van wederkerigheid heeft kan dit tot een andersluidend oordeel leiden, mits de aard van de overeenkomst zich daartegen niet verzet. Door niet te duiden wanneer de aard van een borgtochtovereenkomst zich tegen overeenkomstige toepassing verzet, laat de uitspraak de nodige ruimte voor interpretatie.

In de regel is de belanghebbende de RvT. Echter, ook andere, zelfs externe partijen kunnen belanghebbende zijn. Die partijen zijn vaak in de statuten omschreven.

mr. M. de Marco, Bogaerts & Groenen advocaten, Boxtel

Noten:

1. Hoge Raad 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:915.
2. Vergelijk J.W.H. Blomkwist, *Borgtocht* (Mon. BW B78), nr. 23.
3. HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5516.
4. Rb. Amsterdam 23 mei 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB1861.
5. G.J.L. Bergervoet, *Borgtocht* (O&R nr. 84) 2014/7.3.2.
6. Rb. Amsterdam 23 mei 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB1861.
7. G.J.L. Bergervoet, *Borgtocht* (O&R nr. 84) 2014/7.3.1.
8. Asser/Van Schaick 2012, nr. 69.
9. Hoge Raad 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4340, r.o. 3.15.
10. Hoge Raad 15 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:915 (concl. A-G Lückers), r.o. 2.10.