

# Pas Op! Borgtocht in bedrijf

## (Bras vs. Satisfactorie)

Willem van Boom en Matthias Vandenbogaerde\*

HR 6 juni 2008, LJN: BC8690 (C.R. Bras/The Satisfactorie BV)<sup>1</sup> (mrs. D.H. Beukenhorst, P.C. Kop, A. Hammerstein, C.A. Streefkerk, W.D.H. Asser, conclusie A-G L.A.D. Keus).

De borgtocht is een ‘gevaarlijke overeenkomst’. De borg staat als derde in voor de nakoming van een schuld van een ander en de borg moet goed oppassen dat hij niet verstrikt raakt in twee verschillende rechtsverhoudingen, te weten die tussen hem en de schuldeiser enerzijds en die tussen de hoofdschuldenaar en de schuldeiser anderzijds. Dat is met name van belang als verweren uit die laatste rechtsverhouding van invloed kunnen zijn op de positie van de borg, maar het onduidelijk is of het verweer tijdig en terecht is ingeroepen door de hoofdschuldenaar. De uitspraak van de Hoge Raad in de zaak *Bras vs. Satisfactorie* illustreert het belang van gedegen communicatie tussen de betrokken partijen en toont dat de mededelingsplichten bij borgtocht nog niet goed ontwikkeld zijn.

### Feiten en procesverloop

Op 25 april 2001 kwam tussen Martin Oldenburg Support & Supplies (hierna: Oldenburg) en The Satisfactorie BV (hierna: Satisfactorie) een ‘overeenkomst printopdrachten digitale printer’ tot stand. Hierbij verbond Oldenburg zich ertoe om vanaf 1 mei 2001 gedurende drie jaren zijn digitale full-colour printopdrachten exclusief door Satisfactorie te laten uitvoeren, met een gegarandeerde jaarlijkse omzet van 10.908,36 euro. Partijen kwamen hierbij maandelijks vooruitbetalingen van 902,56 euro overeen.

Tussen Satisfactorie en C.R. Bras (hierna: Bras) werd op 26 april 2001 de overeenkomst ‘borgtocht met borgstelling’ afgesloten. Daarbij verbond Bras zich ten aanzien van Satisfactorie als borg én hoofdelijk medeschuldenaar tot zekerheid van al hetgeen Satisfactorie uit de overeenkomst digitale printopdrachten te vorderen heeft of zal hebben op Oldenburg, met als maximum 24.544,64 euro.

In 2003 houdt Oldenburg kennelijk op met betalen, want in februari en maart van dat jaar stuurt Satisfactorie herinneringen aan Oldenburg voor onbetaalde facturen. Bij aangetekend schrijven van 8 april 2003 wordt Oldenburg aangemaand een bedrag van in totaal 5.594,43 euro te betalen tegen uiterlijk 16 april 2003. De borg Bras wordt door Satisfactorie aangetekend van deze ingebrekestelling op de hoogte gebracht en wordt herinnerd aan zijn verplichtingen uit de borgstellingsovereenkomst.

Oldenburg en Bras nemen gezamenlijk een raadsman in de arm. Die reageert per brief aan Satisfactorie dat Oldenburg bij de totstandkoming van de overeenkomst heeft gedwaald en dat het voor Oldenburg ‘niet mogelijk was te overzien wat hij ondertekende’, minstens dat er sprake was van onvoorziene omstandigheden. Satisfactorie wijst al deze argumenten van de hand en volhardt in haar vordering tot betaling. In een reactie stelt de raadsman van Oldenburg en Bras dat Oldenburg drie opties heeft, waaronder Satisfactorie ‘voor de rechter dagen en vernietiging c.q. ontbinding van de destijds tot stand gekomen overeenkomst vragen met restitutie van het door hem meer betaalde dan uit hoofde van de omzetgarantie nodig was.’ Satisfactorie repliceert nogmaals dat een beroep op dwaling of op strijdigheid met de redelijkheid en billijkheid niet mogelijk is.

Omdat Oldenburg niet overgaat tot betaling, wordt Bras op 1 september 2003 in zijn hoedanigheid van borg door Satisfactorie gedagvaard voor de rechtbank te Zutphen. Onder verwijzing naar de eerdere correspondentie verweert Bras zich dat Oldenburg bij de totstandkoming van de overeenkomst met Satisfactorie heeft gedwaald en de overeenkomst inmiddels buitengerechtelijk heeft vernietigd, zodat Bras niet kan worden aangesproken, althans niet zolang geen duidelijkheid bestaat omtrent de even-

\* Matthias Vandenbogaerde is Aspirant van het Fonds Wetenschappelijk Onderzoek-Vlaanderen, verbonden aan het Centrum voor Rechtsmethodiek, Katholieke Universiteit Leuven Campus Kortrijk, tevens *Rotterdam Institute of Private*

*Law Visiting Scholar* 2009. Willem van Boom is hoogleraar bij het Rotterdam Institute of Private Law, Erasmus School of Law. Met dank aan Siewert Lindenbergh voor commentaar bij een vorige versie.

<sup>1</sup> Het arrest en de conclusie zijn opgenomen in *RvdW* 2008, 594 en *JOR* 2008, 2099, nr. 243 met noot E. Loesberg. E. Koops annotateerde het arrest in *NTBR* 2009/3, 116-124 (‘Het ontstaansmoment van borgenregres’).

tuele nietigheid van de overeenkomst. Op 7 juli 2004 verwerpt de rechtbank het verweer van Bras en wijst de vordering grotendeels toe.

Borg Bras tekent tegen dat vonnis hoger beroep aan bij het hof Arnhem en hij grijpt als belangrijkste grief op nieuw de buitengerechtelijke vernietiging van de printovereenkomst aan. In zijn tussenarrest van 31 januari 2006 oordeelt het hof Arnhem dat uit de voorgelegde stukken niet is gebleken dat Oldenburg de litigieuze overeenkomst heeft vernietigd op grond van dwaling of enig ander wilsgebrek. Oldenburg vermeldde wel te hebben gedwaald, maar heeft nergens uitdrukkelijk de overeenkomst vernietigd.

Hangende de procedure legt Bras een brief over van 13 februari 2006, gericht aan Satisfactorie, waarin Oldenburg de printovereenkomst alsnog vernietigt op grond van dwaling dan wel op grond van misbruik van omstandigheden. Bras verzoekt het hof de zaak aan te houden in afwachting van een verklaring van Satisfactorie dat zij in de nietigverklaring berust of juist een uitspraak van de rechter over de gegrondheid van de vernietiging wenst. Het hof Arnhem wijst dit verzoek af in zijn eindarrest van 11 juli 2006 op grond van de overweging dat het hof reeds bij tussenarrest definitief had vastgesteld (een zogenaamde bindende eindbeslissing) dat Oldenburg als hoofdschuldenaar in gebreke was gebleven met diens betaalplicht. Op een dergelijke eindbeslissing bij tussenarrest kan volgens de rechtspraak van de Hoge Raad slechts in uitzonderlijke omstandigheden worden teruggekomen,<sup>2</sup> omstandigheden die hier volgens het hof niet voorhanden zijn. Uit de brief van 13 februari 2006 blijkt namelijk ook geen serieuze onderbouwing van het beroep op dwaling en borg Bras heeft overigens ook onvoldoende gesteld om tot het oordeel te kunnen leiden dat de vernietiging gegrond was en effect heeft gehad.

Bras stelt tegen zowel het tussen- als eindarrest cassatieberoep in. Voor de Hoge Raad worden twee middelen aangebracht. In het eerste middel stelt borg Bras dat het hof Arnhem de buitengerechtelijke verklaring tot vernietiging zoals die blijkt uit de brieven van 27 mei en 16 juni 2003 heeft miskend. Dat oordeel van het hof is echter feitelijk en is volgens de Hoge Raad niet onbegrijpelijk zodat het cassatieberoep in zoverre faalt.

In het tweede en derde onderdeel van zijn eerste middel beroept Bras zich op artikel 7:852 en 7:868 BW ten betoge dat de borg over dezelfde verweermiddelen als de hoofdschuldenaar beschikt, en zich dus op dwaling of misbruik van omstandigheden in de hoofdverhouding moet kunnen beroepen. De Hoge Raad gaat hiermee niet akkoord (r.o. 3.4):

‘Dit betoog miskent dat het hier gaat om een bevoegdheid (wilsrecht) van de hoofdschuldenaar tot vernietiging van de verbintenis waarvan hij schuldenaar is. Zolang de hoofdschuldenaar die bevoegdheid nog niet (effectief) heeft uitgeoefend, blijft de verbintenis bestaan en heeft de hoofdschuldenaar dus nog geen verweermiddel dat “het bestaan, de inhoud of het tijdstip van nakoming” van die verbintenis betreft. Dit

brengt enerzijds mee dat de borg zich te dezer zake jegens de schuldeiser niet ingevolge art. 7:852 op een – immers (nog) niet bestaand – verweermiddel van de hoofdschuldenaar kan beroepen. Anderzijds kan ingevolge art. 7:868 de hoofdschuldenaar zich jegens de borg die regres op hem neemt slechts beroepen op verweermiddelen die hij op het tijdstip van het ontstaan van de verhaalsvordering jegens de schuldeiser had, zodat hij zich jegens de regres nemende borg niet op dat wilsrecht kan beroepen en evenmin op de omstandigheid dat hij het wilsrecht inmiddels (nadat de verhaalsvordering van de borg is ontstaan) jegens de schuldeiser heeft uitgeoefend met als gevolg dat zijn verbintenis is vernietigd.’

Als oplossing voor deze schijnbare onbillijkheid, benadrukt de Hoge Raad:

‘dat de borg zijn belangen in zoverre kan veiligstellen dat hij ingevolge het tweede lid van art. 7:852 BW aan de hoofdschuldenaar een redelijke termijn kan stellen ter uitoefening van zijn bevoegdheid tot vernietiging, waarna de borg gedurende die termijn bevoegd is de nakoming van zijn verbintenis jegens de schuldeiser op te schorten. Het hof heeft evenwel – in cassatie onbestreden – vastgesteld dat eiser van deze bevoegdheid geen gebruik heeft gemaakt.’

Het tweede middel komt op tegen het oordeel van het hof dat borg Bras zich niet op de brief van 13 februari 2006, na het tussenarrest, kan beroepen om de vernietiging van de printovereenkomst op grond van dwaling dan wel misbruik van omstandigheden in te roepen. Bras gaat ervan uit dat de buitengerechtelijke verklaring voldoende is voor vernietiging. De Hoge Raad oordeelt (r.o. 3.5.2):

‘Het onderdeel faalt evenwel, omdat het miskent dat een buitengerechtelijke verklaring waarin een rechtshandeling wordt vernietigd slechts rechtsgevolg heeft indien zich daadwerkelijk een grond voor vernietiging voordoet, en dat alleen in dit laatste geval de borg zich ingevolge art. 7:852 op die buitengerechtelijke vernietigingsverklaring kan beroepen (als een verweermiddel dat “het bestaan” van de verbintenis van de hoofdschuldenaar betreft). Indien een borg zich in een geding jegens de schuldeiser beroept op een buitengerechtelijke verklaring van de hoofdschuldenaar strekkende tot vernietiging van diens verbintenis, en de schuldeiser betwist - zoals Satisfactorie heeft gedaan - dat die verklaring rechtsgevolg heeft (gehad), zal de borg dan ook de feiten en omstandigheden moeten stellen en zonodig bewijzen die grond voor de vernietiging opleveren. Voor zover onderdeel 5 de klacht bevat dat onbegrijpelijk is het oordeel van het hof dat eiser in dit verband onvoldoende heeft gesteld, faalt de klacht eveneens, aangezien dat oordeel niet onbegrijpelijk is.’

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep, zodat de veroordeling van borg Bras in stand blijft en kracht van gewijsde krijgt.

## Noot

### 1 Algemene opmerkingen

In deze annotatie staan wij stil bij de volgende aspecten van de uitspraak: de nadelen en risico's verbonden aan de buitengerechtelijke vernietiging door de hoofdschuldenaar (par. 2), de doorwerking van verweermiddelen van de

<sup>2</sup> Zie H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 191-192.

hoofdschuldenaar in de verhouding tussen borg en schuldeiser respectievelijk borg en hoofdschuldenaar (par. 3), het onderscheid tussen een verweermiddel en het wilsrecht dat na uitoefening tot een verweermiddel leidt, alsmede de gevolgen van dat onderscheid voor de borg (par. 4), en ten slotte onze conclusie dat meer aandacht nodig is voor communicatieplichten in plaats van de aandacht die nu uitgaat naar het ontstaansmoment van de regresvordering (par. 5). Wij gaan bij onze behandeling in op Nederlands en Belgisch recht en waar relevant ook op de Draft Common Frame of Reference.

Vooraf nog een tweetal algemene opmerkingen.

In de eerste plaats een opmerking over terminologie. De *borgtocht* is een overeenkomst tussen borg en schuldeiser (crediteur) waarbij de *borg* zich tegenover de *schuldeiser* verbindt tot nakoming van de plichten uit een verbintenis (de *hoofdverbintenis*), die een derde, de *hoofdschuldenaar*, tegenover de schuldeiser heeft of zal krijgen (art. 7:850 BW).<sup>3</sup> Als de hoofdschuldenaar in verzuim raakt en de borg tot betaling van de gewaarborgde verbintenis overgaat, heeft de borg *regres* op de hoofdschuldenaar; dat regres regardeert niet de schuldeiser maar is een interne kwestie tussen borg en hoofdschuldenaar. Wat betreft *verweermiddelen* (zoals vernietiging wegens dwaling van de overeenkomst waaruit de hoofdverbintenis is ontstaan) moeten we een onderscheid maken tussen verweermiddelen van de hoofdschuldenaar en die van de borg persoonlijk: vanwege het afhankelijke karakter van de borgtocht kan de borg niet alleen verweren die hij ontleent aan zijn eigen overeenkomst met de schuldeiser tegen deze inroepen, maar in beginsel tevens de verweermiddelen die de hoofdschuldenaar heeft tegen de schuldeiser.<sup>4</sup>

In de tweede plaats een opmerking over het processuele aspect. Een deel van de problemen die spelen in de zaak *Bras vs. Satisfactorie*, worden veroorzaakt door een fundamenteel uitgangspunt van burgerlijk procesrecht in Nederland: de relatieve werking van de dagvaardingsprocedure. Een persoon die geen partij is in een dagvaardingsprocedure is niet gebonden aan de uitkomst van die procedure; het gezag van gewijsde strekt zich alleen over de partijen uit. Dat beginsel kan bijvoorbeeld nadelig zijn voor een schuldeiser die alleen de borg dagvaardt en niet ook de hoofdschuldenaar. Verliest of wint de schuldeiser de procedure tegen de borg op inhoudelijke gronden, dan is daarmee niet per definitie ook de positie van de hoofdschuldenaar bepaald:<sup>5</sup> deze heeft het recht om gehoord te worden door

de rechter. Een eventuele vervolprocedure tegen hem is dus als het ware een nieuwe ronde met nieuwe kansen.<sup>6</sup> De Belgische jurisprudentie lijkt daarentegen als principe een *quasi-erga omnes* draagwijdte aan het gezag van gewijsde toe te kennen.<sup>7</sup> De borgtocht kent weliswaar een afwijkend regime. Het gewijsde tussen de borg en de schuldeiser heeft in beginsel geen invloed op de positie van de hoofdschuldenaar. Omgekeerd kan de borg zich op het gezag van gewijsde beroepen indien dat hem tot voordeel strekt, maar ongunstige beslissingen kunnen hem niet worden tegengeworpen.<sup>8</sup> Om te voorkomen dat in verschillende procedures tegenstrijdige uitkomsten bereikt worden, dagvaardt de schuldeiser zowel naar Nederlands als Belgisch procesrecht idealiter de hoofdschuldenaar en de borg tegelijk als gezamenlijke gedaagden. Iets minder ideaal, maar wel praktisch, is de situatie dat de schuldeiser de borg dagvaardt (zoals hier) en dat deze de hoofdschuldenaar in vrijwaring oproept. Vrijwaring is een soort accessoire procedure waarbij dezelfde rechter geroepen wordt om de eventuele nadelige uitkomst voor de borg direct om te zetten in een aanspraak van de borg op de hoofdschuldenaar. Nadeel van het betreden van deze beide processuele paden is dat het kostbaar en nadelig is voor de snelheid van de procedure. Er kunnen dus goede redenen zijn om geen derden te betrekken in de procedure, maar daar zijn onmiskenbaar ook risico's aan verbonden. Het kan er bijvoorbeeld toe leiden dat het beroep van de borg op de verweren die de hoofdschuldenaar kennelijk heeft ingeroepen, niet goed uit de verf komt. Dat risico heeft zich in deze zaak verwezenlijkt.

## 2 De nadelen van de buitengerechtelijke vernietiging

De borgtocht is in de kern een afhankelijke overeenkomst: de rechten die uit de borgtocht voortvloeien voor de schuldeiser zijn afhankelijk van de gewaarborgde hoofdverbintenis tussen hem en de hoofdschuldenaar.<sup>9</sup> De borg verklaart de hoofdschuld te zullen voldoen als de hoofdschuldenaar tekortschiet. Als de onderliggende verbintenis bijvoorbeeld ontbreekt doordat de overeenkomst tussen schuldeiser en hoofdschuldenaar nietig blijkt te zijn of met terugwerkende kracht vernietigd wordt, dan heeft dat dogmatisch beschouwd de bevrijding van de borg tot gevolg: de borgtocht is geen abstracte schuldverklaring maar een schuld die afhankelijk is van het bestaan van de hoofdschuld.<sup>10</sup> Daaruit volgt

3 De Belgische borgtocht laat zich op dezelfde manier definiëren (art. 2011 Belgisch BW).

4 Voor een beknopte uiteenzetting van een en ander, zie H.N. Schelhaas, in: B. Wessels & A.J. Verheij (red.), *Bijzondere overeenkomsten* (Studiereeks Burgerlijk recht deel 6), Deventer: Kluwer 2006, p. 253 e.v.

5 Ook omgekeerd zal de borg niet gebonden zijn door de uitspraak tussen de schuldeiser en hoofdschuldenaar geweest, zie HR 1 december 1939, *NJ* 1940, 445 en HR 25 september 1998, *NJ* 1998, 892. Zie Asser-Van Schaick, *Bijzondere overeenkomsten* 5-IV, Deventer: Kluwer 2004, nr. 218. Kennelijk anders: E. Koops, *NTBR* 2009/3, p. 123.

6 Zie vorige noot. Vgl. over gezag van gewijsde in meerpartijenverhoudingen bijv. E. Gras, *Kracht en gezag van gewijsde*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 302 e.v., par. 9.2. en p. 339 e.v., par. 9.7.2.

7 Zie P. Taelman, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde – een begrippenstudie*, Diegem: Kluwer, 2001, p. 188 e.v., nr. 255 e.v. Een derde kan nog steeds de waarde van dat gewijsde proberen te weerleggen door het aanwenden van het rechtsmiddel derdenverzet.

8 Cass. 8 februari 1872, *Pas.* 1872, I, 120; M. Van Quickenborne, *Borgtocht* (Algemene Praktische Rechtsverzameling), Antwerpen: Story-Scientia 1999, p. 186, nr. 352; E. Dirix & R. Decorte,

*Beginselen van Belgisch Privaatrecht. XII. Zekerheidsrechten*, Antwerpen: Kluwer 2006, p. 281, nr. 423. Het Franse recht daarentegen laat het gezag van gewijsde ook doorwerken naar de borg wanneer de uitkomst voor hem ongunstig is: zie D. Grimaud, *Le caractère accessoire du cautionnement*, Marseille: Presses universitaires 2001, p. 184 e.v., nr. 171 e.v.

9 Zie art. 7:851, lid 1 BW. In België is dat afhankelijke karakter niet uitdrukkelijk in de wet ingeschreven, maar wel even nadrukkelijk aanwezig.

10 Daarover bijv. Asser-Van Schaick, nr. 208.

dat ook de borg dus het eventuele verweermiddel van de hoofdschuldenaar kan inroepen dat de overeenkomst vernietigd is.<sup>11</sup>

Op papier klinkt dat idee van ‘afhankelijkheid’ logisch, maar de praktische toepassing ervan geeft steevast aanleiding tot hoofdpijn. Eén van de knelpunten is de informele manier waarop overeenkomsten in ons land vernietigd kunnen worden. Naar Belgisch recht kunnen partijen enkel de nietigheid van een overeenkomst vorderen bij de rechter.<sup>12</sup> Een nietigverklaring buiten de rechter om is daar niet mogelijk.<sup>13</sup> Dat gold in Nederland ook totdat het nieuwe BW als hoofdregel mogelijk maakte dat een enkele wilsverklaring met die strekking tot vernietiging leidt (art. 3:50 lid 1 BW). Die verklaring is vormvrij. Er is uit het oogpunt van informalisering van burgerlijk recht natuurlijk veel te zeggen voor deze mogelijkheid van ‘informele vernietiging’, maar daar staat tegenover dat ingeleverd wordt op rechtszekerheid. De wetgever zag op bepaalde punten in dat een zo informele uitoefening van het wilsrecht tot vernietiging op gespannen voet kan staan met de rechtszekerheid: hoe weten derden of in de verklaring is berust, en of deze werkelijk tot rechtsgevolg heeft geleid? Om die spanning bijvoorbeeld ten aanzien van registergoederen weg te nemen, beperkte de wetgever in artikel 3:50 lid 2 BW de mogelijkheid van informele vernietiging.

De hiervoor bedoelde spanning speelt uiteraard bij uitstek bij de borgtocht: hoe weet de borg zeker dat de vernietiging is ingeroepen en rechtsgevolg heeft gehad? De wet eist niet dat de hoofdschuldenaar kiest voor een geschrift, voor een gerechtelijke vernietiging, of voor het sturen van een ‘kopie conform’ aan de borg. En als de borg – zoals hier – toch op de hoogte is geraakt van de buitengerechtigde verklaring, dan nog weet hij niet zeker of deze ook werkelijk rechtsgevolg heeft gehad. Voor de schuldeiser is uiteraard ook van belang dat borgtocht hem inningsgemak moet verschaffen; de rechter dient een beroep van de borg op een verweer uit de hoofdverbintenis alleen toe te kennen als duidelijk is dat dit verweer hout snijdt. Slecht onderbouwde verweren zijn geen verweren.

In de onderhavige procedure spelen in dit verband twee problemen door elkaar. Allereerst is er de procesuele complicatie van de bindende eindbeslissing bij tussenaarrest en de opvolgende vernietigingsverklaring. In de tweede plaats is er een materieelrechtelijke complicatie. Wanneer de borg (tijdig) stelt dat er mét succes is vernietigd, en de schuldeiser dat (gemotiveerd) betwist, komt het aan de borg toe de feiten aan te voeren en zo nodig te bewijzen die de gestelde vernietiging kunnen

schragen. De buitengerechtigde nietigverklaring heeft immers slechts rechtsgevolgen als zich daadwerkelijk een materieelrechtelijke grond voor vernietiging voordoet. De borg moet dus niet alleen stellen dat de verklaring is uitgebracht, maar ook dat de verklaring het rechtsgevolg heeft gehad. Dat was ook onvoldoende gebeurd en dus kon de vordering tegen de borg hoe dan ook toegewezen worden.

### 3 De doorwerking van verweermiddelen

De borg staat dus bloot aan een door hem moeilijk te beheersen risico, namelijk dat onzekerheid over de status van de hoofdverbintenis blijft voortbestaan. Er is daarnaast nog een ander risico: de borg kan goede redenen hebben om te menen dat aan de hoofdverbintenis een gebrek kleeft (zoals nietigheid of vernietigbaarheid), maar wat als de hoofdschuldenaar dat anders ziet of er geen heil in ziet om dat verweermiddel daadwerkelijk in te roepen?

Om de borg te beschermen tegen deze risico's zijn ten minste twee systemen denkbaar. Ofwel geeft men de borg de mogelijkheid (a) om die verweermiddelen zelf uit te oefenen, ofwel (b) om zijn verbintenis op te schorten om de hoofdschuldenaar hiertoe de kans te bieden.

#### (a) Borg kan zelf de verweermiddelen inroepen

In het oude Nederlandse recht kon een borg alle verweermiddelen (excepties) inroepen die aan de hoofdschuldenaar toekwamen, behalve diegene die de persoon van de hoofdschuldenaar betroffen (art. 1884 oud BW). Er bestond weliswaar discussie over hoe ‘verweermiddelen die de persoon van de schuldenaar betreffen’ geïnterpreteerd diende te worden. Bepaalde oudere auteurs beoogden dat het verweermiddel wegens dwang, dwaling of bedrog een exceptie is die tot de schuld zelf behoort zodat ook de borg deze tegen de schuldeiser kan inroepen.<sup>14</sup> Andere meer recente auteurs meenden dat wilsgebreken een persoonlijk verweermiddel zijn die enkel aan de hoofdschuldenaar toekomen.<sup>15</sup>

Het Belgisch BW en de Franse CC hanteren hetzelfde principe als het oude Nederlandse BW. Op grond van artikel 2036 Belgisch BW en artikel 2313 CC kan de borg zich tegen de schuldeiser beroepen op alle excepties die aan de hoofdschuldenaar toekomen en die tot de schuld zelf behoren, doch niet op die excepties die alleen de schuldenaar persoonlijk betreffen. De heersende interpretatie van ‘persoonlijke excepties eigen aan de hoofdschuldenaar’ is hier beperkt tot diegene inzake zijn be-

11 Borgtocht kan immers slechts bestaan voor een geldige verbintenis: art. 2012 Belgisch BW.

12 Zie specifiek voor de vordering tot nietigverklaring naar aanleiding van wilsgebreken: art. 1117 Belgisch BW.

13 Zie o.a. J. Baecq, ‘(Feitelijk?) Vooruitlopen op de vernietiging en de ontbinding van contracten’, *TPR* 2008/2, p. 324 e.v., nr. 2 e.v.; S. Stijns, ‘La dissolution du contrat par un acte unilatéral

en cas de faute dans l'exécution ou de vice de formation’ in: J.F. Germain, *La volonté unilatérale dans le contrat*, Brussel: Editions du Jeune Barreau de Bruxelles 2008, p. 399, nr. 58 en L. Cornelis, *Algemene theorie van de verbintenis: deel 2*, Antwerpen: Intersentia 2000, p. 701.

14 Zo bijv. L.D. Pels Rijcken, ‘Op welke wijze dient de wet de overeenkomst van borgtocht te regelen?’, in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-*

*vereniging 1962, deel 1*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962, p. 119; W.F. de Gaay Fortman, ‘Op welke wijze dient de wet de overeenkomst van borgtocht te regelen?’, in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-vereniging 1962, deel 1*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962, p. 181.

15 Zie o.a. Asser-Kleijn, *Bijzondere overeenkomsten 5-IV*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, nr. 162.

kwaamheid.<sup>16</sup> Alle overige excepties, o.a. wilsgebreken zoals dwaling, kunnen zowel door de hoofdschuldenaar als diens borg worden uitgeoefend.<sup>17</sup>

Naar Belgisch recht zou in de procedure tussen Bras en Satisfactorie dus geen beroep nodig zijn op de buitengerechtelijke vernietiging door Oldenburg. Bras zou als borg zelf het verweermiddel van dwaling kunnen inroepen, maar zou wellicht met hetzelfde bewijsprobleem geconfronteerd worden als in onderhavige procedure het geval was.

*(b) Opschortingsmogelijkheid voor de borg*

In de Draft Common Frame of Reference zien we een ander systeem. Artikel IV. G. – 2:103 bepaalt (o.a.):

(3) The security provider may not invoke the lack of capacity of the debtor, whether a natural person or a legal entity, or the non-existence of the debtor, if a legal entity, if the relevant facts were known to the security provider at the time when the security became effective.

(4) As long as the debtor is entitled to avoid the contract from which the secured obligation arises on a ground other than those mentioned in the preceding paragraph and has not exercised that right, the security provider is entitled to refuse performance.

De borg kan zich niet beroepen op zuiver persoonlijke verweermiddelen (zoals vernietiging wegens handelingsonbekwaamheid; lid 3) maar hij mag wel de nakoming van de borgtocht opschorten zolang de hoofdschuldenaar zijn wilsrecht tot vernietiging op andere gronden niet heeft uitgeoefend.<sup>18</sup> De Draft Common Frame of Reference lijkt te kiezen voor een opschortingsrecht, maar zonder termijnstelling voor het uitoefenen door de hoofdschuldenaar van het recht van vernietiging. Door geen termijn voorop te stellen waarbinnen de hoofdschuldenaar moet handelen, kan de borg de procedure dus volledig verlammen. Om te verhinderen dat de borg deze verdediging louter uit vertragingstactiek hanteert, zal het aangewezen zijn de rechter een *prima facie* oordeel over het verweermiddel te laten vellen. Op die manier kan de rechter een verweermiddel dat kennelijk ongegrond blijkt terzijde schuiven en zo vermijden dat een borg louter dilatoir zijn verbintenis opschort.

De DCFR en het Nederlandse recht lijken op elkaar. In de Toelichting bij het Ontwerp Meijers werd duidelijk gemaakt dat het niet de bedoeling kon zijn dat de borg zich jegens de schuldeiser op een aan de hoofdschuldenaar toekomende maar nog niet uitgeoefende bevoegdheid tot vernietiging zou beroepen.<sup>19</sup> De *ratio* schuilt hierin dat de schuld waarvoor de borg instaat, veelal ook in het belang van de hoofdschuldenaar is aangegaan en

het onjuist zou zijn indien de borg dit belang zou kunnen frustreren. Om de hoofdschuldenaar weliswaar de mogelijkheid te laten zijn verweermiddelen in te roepen, achtte de wetgever het wenselijk dat de borg, alvorens zijn verbintenis na te komen, de hoofdschuldenaar hiervan op de hoogte brengt en hem een redelijke termijn toekent om eventuele verweermiddelen in te roepen (art. 7:852 lid 2 BW).<sup>20</sup>

In het geval de borg aangesproken wordt maar hij vermoedt dat de hoofdschuldenaar wel eens een beroep op vernietiging zou kunnen en willen doen, kan hij de betaling opschorten en de hoofdschuldenaar een redelijke termijn gunnen om te vernietigen. Volgt rechtsgeldige vernietiging, dan is de borg bevrijd. Zoniet, dan moet hij betalen en kan hij regres nemen op de hoofdschuldenaar.

Wij merken op dat de wetgever in artikel 7:852 BW daarmee twee systemen hanteert: lid 1 ziet op een reeds effectief door de hoofdschuldenaar uitgeoefend beroep op vernietiging terwijl lid 2 ziet op het bestaan van het (nog) niet uitgeoefende wilsrecht tot vernietiging. In de terminologie van de Hoge Raad is dat wilsrecht op zichzelf nog geen verweermiddel als bedoeld in het eerste lid.

In r.o. 3.4. benadrukt de Hoge Raad dat de hoofdschuldenaar die van de door de borg gestelde termijn geen gebruik maakt, daar de gevolgen van moet dragen. Tegen de regresnemende borg kan hij er zich naderhand niet op beroepen dat hij het wilsrecht inmiddels heeft uitgeoefend. De wetgever had voor die situatie naar het lijkt echter een andere oplossing uitgedacht. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt bij wijze van hoofdregel dat de borg, indien de hoofdschuldenaar na diens betaling de hoofdverbintenis vernietigt, het betaalde als onverschuldigd van de schuldeiser kan terugvorderen.<sup>21</sup>

De visie van de Hoge Raad verdient onzes inziens om twee redenen de voorkeur. In de eerste plaats maakt men de positie van borg buitengewoon onaantrekkelijk als men het de hoofdschuldenaar toestaat om tegenover de borg te weigeren de vernietiging in te roepen, met als gevolg dat de borg tot betaling verplicht is, om vervolgens de hoofdschuldenaar de mogelijkheid te gunnen alsnog te vernietigen. De borg zou dan het betaalde van de schuldeiser moeten zien terug te krijgen op grond van onverschuldigde betaling, zodat de borg de kosten van terugvordering en het risico van insolventie van de schuldeiser zou moeten dragen. Het lijkt ons juister om de gevolgen van de weigering om te vernietigen neer te leggen bij de weigerende, de hoofdschuldenaar. En dat brengt ons bij de tweede reden: de borg is onmiddellijk belanghebbende bij de vernietiging en heeft dus belang bij zekerheid. Om aan

16 Die oplossing is misschien ingegeven door art. 2012, tweede lid Belgisch BW dat bepaalt dat borgtocht kan bestaan voor een verbintenis die vernietigbaar is op grond van een 'exceptie die alleen de verbondene persoonlijk betreft; bijvoorbeeld in geval van minderjarigheid'. Het voorbeeld van minderjarigheid sluit eerder aan bij de enge interpretatie van handelingsonbekwaamheid dan bij de ruimere wilsgebreken.

17 Ph. Simler, *Cautionnement et garanties auto-*

*nomes*, Parijs: Litec 2000, p. 47, nr. 49; M. Van Quickenborne, *Borgtocht* (Algemene Praktische Rechtsverzameling), Antwerpen: Story-Scientia 1999, p. 390, nr. 738 e.v.; Cabrillac & Mouly, *Droit des sûretés*, Parijs: Litec, 2007, 51, nr. 67.

18 Zie U. Drobnič (red.), *Personal Security (PEL Pers. Sec.)*, München: Sellier 2007, p. 215.

19 Cf. Parl. Gesch. Boek 7, p. 431.

20 Die oplossing werd in 1962 gesuggereerd door Pels Rijcken in zijn NJV preadvies. L.D. Pels

Rijcken, 'Op welke wijze dient de wet de overeenkomst van borgtocht te regelen?', in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-vereniging 1962, deel 1*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962, p. 120-121.

21 Parl. Gesch. Boek 7, p. 432. In dezelfde zin: J.W.H. Blomkwist, *Borgtocht* (Mon. BW B78), Deventer: Kluwer 2006, nr. 18. Vgl. ook Asser-Van Schaick, nr. 175.

dat belang tegemoet te komen is artikel 3:55 lid 2 BW geschreven, zodat de borg met termijnstelling aan de hoofdschuldenaar deze het eventuele verweer tegen regres uit handen kan slaan.<sup>22</sup>

#### 4 Onderscheid verweermiddel en wilsrecht tot uitoefening van een verweermiddel

Zoals duidelijk wordt uit r.o. 3.4, hanteert de Hoge Raad waar het de vernietiging wegens dwaling betreft twee momenten: vóór vernietiging is slechts sprake van een *wilsrecht* tot vernietiging (de dwalende kan er immers ook voor kiezen om niet te vernietigen, bijvoorbeeld omdat de overeenkomst per saldo gunstig voor hem is) en na (effectieve) vernietiging is sprake van een *verweermiddel*.

Het moment van inroepen van de vernietiging door de hoofdschuldenaar heeft volgens de Hoge Raad gevolgen voor het regres van de borg. Dat heeft te maken met artikel 7:868 BW, dat bepaalt:

‘Een krachtens artikel 10 van Boek 6 aangesproken hoofdschuldenaar kan de verweermiddelen die hij op het tijdstip van het ontstaan van de verhaalsvordering jegens de schuldeiser had, ook inroepen tegen de borg; de leden 2 en 4 van artikel 11 van Boek 6 zijn van overeenkomstige toepassing.’

De verwijzing naar artikel 6:10 BW heeft te maken met het feit dat de wetgever voor ons recht de borgtocht als species van de hoofdelijkheid ziet en de hoofdschuldenaar op grond van het regresrecht van artikel 6:10 BW door de borg tot bijdragen in de schuld kan worden aangesproken (in de regel tot 100% daarvan).

Als de borg tot betaling wordt aangesproken en daartoe overgaat, terwijl er op dat moment niet is vernietigd door de hoofdschuldenaar maar daarna wel, dan rijst de vraag hoe dit het regresrecht van de borg beïnvloedt. Wij brengen in herinnering dat de Hoge Raad daarover stelt dat:

‘de hoofdschuldenaar zich jegens de borg die regres op hem neemt slechts beroepen (kan) op verweermiddelen die hij op het tijdstip van het ontstaan van de verhaalsvordering jegens de schuldeiser had, zodat hij zich jegens de regres nemende borg niet op dat wilsrecht kan beroepen en evenmin op de omstandigheid dat hij het wilsrecht inmiddels (nadat de verhaalsvordering van de borg is ontstaan) jegens de schuldeiser heeft uitgeoefend met als gevolg dat zijn verbintenis is vernietigd.’

Dat is minder duidelijk dan het lijkt. In de literatuur is namelijk nogal wat onenigheid over de vraag op welk tijdstip het regresrecht van hoofdelijke schuldenaren (en dus van borgen op hoofdschuldenaren) ontstaat. Denkbaar is

dat het (voorwaardelijk) ontstaat bij het sluiten van de borgtocht, bij het aanspreken van de borg, of bij betaling door de borg.<sup>23</sup> Op grond van het oude artikel 1876 BW ontstond het verhaalsrecht van de borg zodra die had betaald. Ook in België ontstaat het verhaal van de borg eerst dan nadat hij de schuldeiser betaalt.<sup>24</sup> In Nederland is veel te doen geweest over het ontstaansmoment van (regres)vorderingen.<sup>25</sup> Bij de totstandkoming van het nieuw BW heeft de wetgever hierover nochtans geen uitsluitsel gegeven, niettegenstaande het feit dat het ontstaansmoment cruciaal is in artikel 7:868 BW.<sup>26</sup> De Hoge Raad heeft in enkele arresten geoordeeld dat de regresvordering van de borg reeds ontstaat bij de totstandkoming van de borgtocht, doch onder *opschortende voorwaarde* van betaling door de borg.<sup>27</sup>

Die lijn in de rechtspraak is moeilijk te verenigen met de hier geannoteerde uitspraak. Die combinatie leidt er namelijk toe dat de hoofdschuldenaar tegenover de regresnemende borg bijgevolg geen verweermiddelen kan inroepen die zijn ontstaan na het afsluiten van de borgtochtovereenkomst. Dat betekent dat hij zijn wilsrecht tot vernietiging zou moeten hebben uitgeoefend vooraleer de borgtochtovereenkomst tot stand kwam. Die visie holt de mogelijkheid voor de hoofdschuldenaar om zich op verweermiddelen te beroepen vrijwel volledig uit.<sup>28</sup>

Zie ter adstructie de chronologie A-D in het schema. Stel dat de hoofdschuldenaar gronden heeft om tot vernietiging over te gaan en de borg hiervan geen weet heeft. De borg betaalt in onwetendheid. Vervolgens roept de hoofdschuldenaar met succes de vernietiging in. Voor de Hoge Raad hangt het er nu vooral van af of de regresvordering is ontstaan voor moment D of niet. Dat lijkt ons niet doorslaggevend te mogen zijn. Stel dat de regresvordering pas op moment D ontstaat, dan kan de borg die onwetend blijft van de vernietiging terwijl de hoofdschuldenaar wel van de procedure tussen de borg en de schuldeiser weet,



22 Asser-Van Schaick, nr. 214.

23 Zie over het ontstaansmoment van regresvorderingen uitgebreid de annotatie van E. Koops bij onderhavig arrest, *NTBR* 2009/3, 116-124.

24 M. Van Quickenborne, *Borgtocht* (Algemene Praktische Rechtsverzameling), Antwerpen: Story-Scientia 1999, p. 239, nr. 458.

25 Zie de literatuur genoemd bij Koops, t.a.p., p. 119.

26 Asser-Van Schaick, nr. 238 leidt uit art. 7:868 BW

af dat het ontstaansmoment gelegen moet zijn in het moment van betaling door de borg.

27 Bijv. HR 3 juni 1994, *NJ* 1995, 340; HR 3 mei 2002, *NJ* 2002, 393 en HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 681.

28 Opmerking verdient dat de rechtspraak in dit opzicht tegenstrijdig oogt. Als het borgenregres voorwaardelijk ontstaat met het sluiten van de borgtocht (zo volgt uit eerdere rechtspraak)

en verweermiddelen in de hoofdverbintenis die nadien ontstaan niet tegen het borgenregres ingeroepen kunnen worden (zo volgt uit deze uitspraak), waarom zou een borg dan zijn belangen tegenover de hoofdschuldenaar veilig willen stellen door op te schorten? Hij zou dan toch het verweermiddel kunnen negeren en regres kunnen nemen op de hoofdschuldenaar? Ook Koops, t.a.p., worstelt met deze tegenstrijdigheid.

geen regres nemen op de hoofdschuldenaar. Dat lijkt ons *te veel* bescherming voor de hoofdschuldenaar. En stel dat de regresvordering al op moment A ontstaat, dan is elke vernietiging die de hoofdschuldenaar nadien inroept zonder gevolg voor het regresrecht van de borg. Dat lijkt ons *te weinig* bescherming voor de hoofdschuldenaar.

### 5 Communicatieplichten in plaats van ontstaansmoment regresvordering

Ons standpunt is dat het al dan niet kunnen inroepen van het verweermiddel van vernietiging beter niet exclusief gekoppeld kan worden aan het ontstaansmoment van het regresrecht. Natuurlijk is het van belang om te weten op welk moment de regresvordering van de borg ontstaat – bijvoorbeeld in verband met goederenrechtelijk en insolventierechtelijk relevante kwesties zoals beschikkings- en bezwaringshandelingen ten aanzien van die vordering (al dan niet bij voorbaat) en verrekening. Maar voor de vraag naar de doorwerking van verweermiddelen in de hoofdverbintenis naar de regresrelatie lijkt ons het ontstaansmoment van de regresvordering niet beslissend.

Beter is het om allereerst na te gaan wanneer de uitoefening van die verweermiddelen een negatieve invloed op de positie van de borg zou hebben, m.a.w. op welk ogenblik het restitutie-risico verschuift naar de borg. Vanaf welk moment wordt voor hem relevant of hij een verweermiddel van de hoofdschuldenaar kan inroepen? Dat ogenblik valt niet samen met de effectieve betaling, wel met het ogenblik waarop de borg definitief en onvoorwaardelijk wordt veroordeeld (en dus zeker zal moeten betalen). Aldus lijkt het in beginsel redelijk verantwoord de hoofdschuldenaar tot dat ogenblik de tijd te gunnen om zijn verweermiddelen in te roepen (in onze casus dus idealiter tot het moment waarop de borg zich in rechte moet verdedigen tegen de rechtsvordering van de schuldeiser). Dat kan een goede hoofdregel zijn, maar uitzonderingen zijn denkbaar. Het is namelijk niet gezegd dat het billijk is om verweermiddelen die voordien zijn uitgeoefend *altijd* toe te staan en verweren die nadien zijn uitgeoefend, *nooit* toe te staan. Het gaat er ook om of informatie over bijvoorbeeld de vernietigbaarheid en eventuele vernietiging gedeeld is door hoofdschuldenaar en borg en op wiens weg het lag om

daarover met de ander in contact te treden. Een hoofdschuldenaar die niet van het bestaan van de borgtocht en de betaling door de borg afweet, zou toch onder omstandigheden ook aan de regreszoekende borg mogen tegenwerpen dat hij de hoofdverbintenis wegens dwaling posterieur heeft vernietigd? Had in dat geval namelijk niet de borg contact kunnen opnemen met de hoofdschuldenaar en hem kunnen verwittigen van zijn voornemen om te betalen?

Het gaat dus om de noodzaak van communicatie waar deze mogelijk is en het is daarom jammer dat de wetgever bij de totstandkoming van het nieuw BW voorbij is gegaan aan de algemene plicht tot informatieuitwisseling en standpuntbepaling tussen de borg en hoofdschuldenaar. Om de geschetste problemen te vermijden kan de borg in bepaalde gevallen verplicht zijn de hoofdschuldenaar de mogelijkheid te bieden om zijn wilsrecht uit te oefenen. Omgekeerd moet de borg weten over welke wilsrechten de hoofdschuldenaar beschikt en of die er binnen een duidelijke termijn gebruik van zal maken. Het zal dus op de weg van de hoofdschuldenaar liggen om daarover zo mogelijk mededeling te doen aan de borg. De onderlinge communicatieplicht tussen borg en hoofdschuldenaar is niet met zoveel woorden in het BW neergelegd.<sup>29</sup> Zij kan echter beschouwd worden als een voortvloeiende uit de eisen van redelijkheid en billijkheid, die ook op hun onderlinge verhouding toepasselijk zijn.<sup>30</sup> 'Van een borg mag immers verwacht worden, dat hij niet lichtvaardig zonder voorafgaand contact met den hoofdschuldenaar tot betaling overgaat', aldus reeds Pels Rijcken in 1962.<sup>31</sup>

Afgaande op de gepubliceerde stukken lijkt het ons overigens dat het probleem in de verhouding tussen borg Bras en hoofdschuldenaar Oldenburg niet zozeer gelegen was in de onderlinge communicatie als wel in de gebrekkige uitoefening door Oldenburg van diens wilsrecht tegenover Satisfactorie. Dat is een omstandigheid die in de relatie van de borg met de hoofdschuldenaar tot de risicosfeer van de hoofdschuldenaar behoort, en dus kan Bras naar onze opvatting – en voor zover wij de zaak kennen uit de gepubliceerde stukken – het borgenregres uitoefenen zonder tegenwerping van het verweermiddel van vernietiging in de hoofdverbintenis. Het tijdstip van het ontstaan van het regresrecht kan daarbij in het midden worden gelaten. ■

29 Onder het oude BW stond wel de eenzijdige mededelingsplicht van de borg in de wet. In principe kon de hoofdschuldenaar op grond van art. 1879, lid 2 BW effectief alle verweren inroepen tegen het regres van de borg, tenzij de borg hem tijdig van een voorgenomen betaling kennis had gegeven. Art. 7:868 BW maakt van een dergelijke

kennisgeving geen gewag.

30 Op de verhouding van borg en hoofdschuldenaar zijn via art. 7:850, lid 3 BW de bepalingen van de hoofdelijkheid van (overeenkomstige) toepassing, en dus ook art. 6:8 BW en daarmee art. 6:2 BW (aanvullende en beperkende werking van redelijkheid en billijkheid tussen borg en hoofdschulde-

naar). Hetzelfde staat nog eens opgeschreven in art. 7:865 BW. Vgl. Blomkwist, a.w., nr. 33.

31 L.D. Pels Rijcken, 'Op welke wijze dient de wet de overeenkomst van borgtocht te regelen?', in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-vereniging 1962, deel 1*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1962, p. 147. Vgl. Asser-Van Schaick, nr. 241.