

*Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift Juridisch up to Date. Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. (Lees onze disclaimer).*

## **Jutd 2018/0104 Ontbinding van borgtochtovereenkomst mogelijk ondanks eenzijdigheid?**

Jutd 2018/0104 d.d. 07-09-2018

**Auteur(s):** Mw. mr. C.A.M. Slegers, Van Iersel Luchtman Advocaten, 's-Hertogenbosch.

De overeenkomst van borgtocht (in de praktijk veelal aangeduid als: borgtochtovereenkomst) is een overeenkomst die veelvuldig door financiers in het economisch verkeer wordt ingezet ter verkrijging van extra niet-goederenrechtelijke zekerheid dat zij het aan de schuldenaar uitgeleende bedrag terugbetaald zullen krijgen.<sup>1</sup> De Hoge Raad heeft recentelijk een voor de financieringspraktijk belangwekkend arrest gewezen, waardoor de borgtochtovereenkomst opnieuw in de schijnwerpers is gekomen.<sup>2</sup> In het arrest heeft de Hoge Raad namelijk bepaald dat een borgtochtovereenkomst niet een wederkerige, maar een eenzijdige overeenkomst is en dus niet kan worden ontbonden door de borg in het geval van niet-nakoming van de zorgvuldigheidsplicht door de schuldeiser jegens de borg.

In dit artikel bespreek ik de implicaties van dit arrest voor de financieringspraktijk en de mogelijkheden die een (particuliere en/of professionele) borg op grond van dit arrest heeft om (onder omstandigheden) alsnog van zijn verplichtingen uit de borgtochtovereenkomst te kunnen worden bevrijd.

### **Wave / ABN AMRO**

De casus die aan het in dit artikel te bespreken arrest ten grondslag ligt is als volgt.<sup>3</sup> Fortis heeft bij schriftelijke overeenkomst met S3&A Holding B.V. (hierna: S3&A) aan S3&A een krediet in rekening-courant verstrekt. Voor deze kredietfaciliteit diende door S3&A als zekerheid (onder meer) een borgtocht van Wave B.V. te worden verstrekt.<sup>4</sup> De bestuurder van Wave heeft hiertoe namens Wave een borgtochtovereenkomst gesloten met Fortis.

Hoofdschuldenaar S3&A heeft vervolgens het krediet niet op de overeengekomen datum terugbetaald aan Fortis en kwam daardoor haar verplichtingen uit hoofde van de door haar met Fortis gesloten kredietovereenkomst niet na. ABN AMRO (de rechtsopvolgster van Fortis) vordert in rechte nakoming van de met Wave gesloten borgtochtovereenkomst (lees: uitwinning van de borgtocht en dus betaling van hetgeen waartoe Wave zich borg heeft gesteld). Wave vordert in reconventie ontbinding van de borgtochtovereenkomst op grond van een tekortkoming zijdens ABN AMRO, teneinde te kunnen worden bevrijd van haar verplichting tot betaling van het door S3&A ontvangen krediet.

Volgens Wave bestaat de tekortkoming van ABN AMRO erin dat zij jegens Wave niet de op haar rustende zorgvuldigheids- en inspanningsverplichtingen heeft betracht. Volgens Wave heeft ABN AMRO, door zich pas op 9 januari 2012<sup>5</sup> tot Wave te wenden, het belang van Wave bij prompte informatie miskend, waardoor Wave niet de voor haar borgstelling bedongen zekerheid heeft kunnen inroepen op een moment dat deze voor haar nog enige waarde had (S3&A was inmiddels gefailleerd).

De rechtbank wees in haar eindvonnis (welk vonnis door het hof in hoger beroep werd bekrachtigd) de vordering van Wave tot ontbinding af, omdat ABN AMRO niet had gehandeld in strijd met enige verplichting jegens Wave.<sup>6</sup> In cassatie klaagt Wave dat het hof ten onrechte geen beslissing heeft gegeven op de vordering tot ontbinding van de borgtochtovereenkomst, maar slechts heeft beslist op de vordering van Wave tot schadevergoeding. Althans is het oordeel van het hof op dit punt ten onrechte niet, dan wel onbegrijpelijk gemotiveerd.

De Hoge Raad stelt bij de behandeling van het cassatiemiddel voorop dat een borgtochtovereenkomst een eenzijdige overeenkomst betreft; slechts de borg neemt immers een verplichting op zich.<sup>7</sup> De verplichting betreft de verplichting tot nakoming van de verbintenis die een derde, zijnde de hoofdschuldenaar, tegenover de schuldeiser heeft of zal krijgen. Vanwege dat eenzijdige karakter kan een borgtochtovereenkomst niet op grond van art. 6:265 BW door een borg worden ontbonden, in het geval dat de schuldeiser zijn (zorgvuldigheids)verplichting tegenover de borg niet in acht neemt.<sup>8</sup> De borgtochtovereenkomst heeft namelijk geen 'ruilkarakter', hetgeen een vereiste is voor meezijdige overeenkomsten, welke ex 6:265 BW wél kunnen worden ontbonden.

Mogelijk is echter 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 6:261 lid 2 BW. In zodanig geval zijn ingevolge 6:261 lid 2 BW de bepalingen omtrent wederkerige overeenkomsten van overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Mits aan de overige voorwaarden is voldaan, kan een dergelijke rechtsbetrekking derhalve in beginsel op grond van art. 6:265 BW geheel of gedeeltelijk ontbonden worden. In zodanig geval kan derhalve bij tekortkoming door de schuldeiser, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, de borg door middel van ontbinding geheel of gedeeltelijk bevrijd worden van de op hem rustende verbintenis.

Indien van een hiervoor genoemde rechtsbetrekking geen sprake is, resteert de vraag wat een borg dan nog wel in plaats van ontbinding (in rechte) kan vorderen. Volgens de Hoge Raad kan hij op grond van art. 6:74 BW schadevergoeding vorderen van de schuldeiser als hij door het handelen van de schuldeiser schade lijdt, bijvoorbeeld vanwege schending van de door de schuldeiser jegens de borg in acht te nemen zorgvuldigheidsverplichting.<sup>9</sup>

### **Onduidelijkheid omtrent ontbinding van borgtochtovereenkomst**

Lange tijd waren de meningen in lagere rechtspraak en de literatuur verdeeld over de vraag of de borg een borgtochtovereenkomst kan ontbinden indien de schuldeiser zijn zorgvuldigheidsverplichting jegens hem niet nakomt. Op grond van art. 6:154 BW heeft de schuldeiser jegens de borg de verplichting om zich te onthouden van elke gedraging die ten koste van de borg afbreuk doet aan de rechten waarin hij mag verwachten te zullen treden krachtens subrogatie.<sup>10</sup> Een andere verplichting van de schuldeiser betreft de verplichting om de borg op de hoogte te brengen van een ingebrekestelling die hij aan de hoofdschuldenaar heeft gestuurd in het geval dat de hoofdschuldenaar zijn (betalings)verplichtingen jegens de schuldeiser niet nakomt.<sup>11</sup>

In de lagere rechtspraak zijn wel uitspraken te vinden waarin wordt overwogen dat een borgtochtovereenkomst kan worden ontbonden indien de schuldeiser zijn jegens de borg in acht te nemen zorgvuldigheidsplicht schendt.<sup>12</sup> Daarentegen zijn er ook uitspraken te vinden waarin juist

werd overwogen dat een borgtochtovereenkomst niet kan worden ontbonden, omdat een borgtochtovereenkomst geen wederkerige overeenkomst is.<sup>13</sup>

In de literatuur heerste deze verdeeldheid eveneens. Zo menen Steneker, Bergervoet en Blomkwist dat een borgtochtovereenkomst niet kan worden ontbonden, omdat de borgtochtovereenkomst een eenzijdige overeenkomst betreft.<sup>14</sup> Daarentegen meent Van Schaick dat een borgtochtovereenkomst wel kan worden ontbonden als een schuldeiser zijn zorgvuldigheidsverplichting schendt.<sup>15</sup>

### **De (mogelijke) reden voor verwarring in de rechtspraak en literatuur**

De Hoge Raad bepaalde eerder dat een borg op grond van art. 1885 (oud) BW niet door ontbinding van de overeenkomst van zijn verplichtingen uit hoofde van die overeenkomst kon worden bevrijd.<sup>16</sup> Het toen geldende art. 1885 BW kwam bij de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW) in 1992 te vervallen, terwijl in het NBW geen met art. 1885 (oud) BW vergelijkbare bepaling werd opgenomen. Hierdoor lijkt te kunnen worden aangenomen dat op grond van het huidige recht een borgtochtovereenkomst in beginsel kan worden ontbonden. Dit wordt in ieder geval aangenomen door Van Schaick in het door hem bewerkte deel van de Asser-reeks.<sup>17</sup>

Het is opvallend dat een borg een borgtochtovereenkomst niet kan ontbinden, omdat de schuldeiser en borg beiden met die overeenkomst relevante verplichtingen op zich nemen. Zoals de Hoge Raad evenwel aangeeft, maakt het bestaan van die verplichtingen van de schuldeiser niet dat de borgtochtovereenkomst een wederkerige overeenkomst betreft.<sup>18</sup> De reden daarvoor is dat deze verplichtingen niet ontstaan ter verkrijging van hetgeen waartoe de borg zich verbindt en er dus geen sprake is van wederkerigheid.<sup>19</sup> Deze verplichtingen hebben, met andere woorden, een onvoldoende wederkerig karakter, zodat schending daarvan geen rechtvaardiging is voor ontbinding van de borgtochtovereenkomst.<sup>20</sup>

Op grond van het Wave/ ABN AMRO arrest staat in ieder geval vast dat indien de schuldeiser zijn zorgvuldigheidsverplichting jegens de borg niet nakomt, de borg de borgtochtovereenkomst niet kan ontbinden.<sup>21</sup>

Kan de borg in het geval dat de schuldeiser zijn (zorgvuldigheids)verplichtingen niet nakomt de borgtochtovereenkomst dan nimmer ontbinden met een beroep op art. 6:265 BW?

### **Borg kan onder omstandigheden alsnog ontbinden**

Gelet op het Wave/ABN AMRO-arrest opent de Hoge Raad de weg voor ontbinding in gevallen waarin de schuldeiser tegenover de borg verplichtingen is aangegaan die zo nauw samenhangen met de verplichting van de borg tot betaling van een bedrag aan de schuldeiser als de hoofdschuldenaar niet tijdig betaalt, dat sprake is van een rechtsbetrekking die strekt tot het wederzijds verrichten van prestaties in de zin van art. 6:261 lid 2 BW.<sup>22</sup> In geval van een tekortkoming zijdens de schuldeiser kan de borg op grond van art. 6:261 lid 2 BW jo. art. 6:265 lid 1 BW door ontbinding worden bevrijd van zijn (betalings)verplichtingen uit hoofde van de borgtochtovereenkomst.<sup>23</sup>

In de casus van Wave/ABN AMRO was dit echter niet het geval.<sup>24</sup> Het hof had niet vastgesteld dat sprake was van een rechtsbetrekking als bedoeld in art. 6:261 lid 2 BW. Daarnaast had Wave in feitelijke instanties ter onderbouwing van haar ontbindingsvordering onvoldoende feiten gesteld die

zouden kunnen leiden tot het aannemen van een dergelijke rechtsbetrekking. De vordering van Wave tot ontbinding van de borgtochtovereenkomst was dan ook niet toewijsbaar, waardoor Wave geen belang heeft bij gegrondbevinding van haar klacht.<sup>25</sup>

De Hoge Raad geeft overigens niet aan in welke gevallen tussen de borg en schuldeiser wél sprake is van een rechtsbetrekking die strekt tot het wederzijds verrichten van prestaties in de zin van art. 6:261 lid 2 BW.<sup>26</sup>

### Conclusie

Door de recente uitspraak van de Hoge Raad staat vast dat een borg een borgtochtovereenkomst in beginsel niet kan ontbinden als de schuldeiser zich niet houdt aan de zorgvuldigheidsplicht. De borg kan in dat geval dan slechts schadevergoeding vorderen ex 6:74 BW. Voor de praktijk is van belang dat de borg onder omstandigheden desondanks de borgtochtovereenkomst kan ontbinden en daarmee alsnog van zijn betalingsverplichting kan worden bevrijd. Mogelijk is 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 6:261 lid 2 BW. In zodanig geval kan het zijn dat een dergelijke rechtsbetrekking op grond van 6:265 BW geheel of gedeeltelijk kan worden ontbonden. De Hoge Raad heeft verder geen invulling gegeven aan wanneer er tussen de borg en schuldeiser sprake is van een dergelijke rechtsbetrekking. Dat is jammer, want slechts in dat geval kan de borg door ontbinding van de borgtochtovereenkomst van zijn betalingsverplichting jegens de schuldeiser worden bevrijd.

Mogelijk kan worden gedacht aan gevallen waarin de schuldeiser zich jegens de borg heeft verplicht tot betaling van een provisie (een bepaald percentage van het door de borgtocht gecureerde bedrag per tijdseenheid) voor het feit dat deze zich borg stelt.<sup>27</sup> In dat geval roept de borgtochtovereenkomst niet slechts een verplichting voor de borg in het leven, doch eveneens een voor de schuldeiser daar tegenoverstaande verplichting.<sup>28</sup> Of dit daadwerkelijk het geval is, zal de praktijk moeten uitwijzen.

- NOOT 1 - Zie art. 7:850 van het Burgerlijk Wetboek (BW) e.v.; Blomkwist, Borgtocht (Mon. BW nr. B78) 2012/1.
- NOOT 2 - HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:915 (Wave/ABN AMRO).
- NOOT 3 - Ontleend aan HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:915, r.o. 3.1 (Wave/ABN AMRO).
- NOOT 4 - S3&A en Wave zijn aan elkaar gelieerde vennootschappen.
- NOOT 5 - Op dat moment was S3&A al enige tijd in verzuim tot terugbetaling van het verstrekte krediet, hetgeen bij ABN AMRO bekend was.
- NOOT 6 - Rb. Zeeland-West-Brabant 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:6933 (ABN AMRO/Wave) en Hof 's-Hertogenbosch 6 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5409 (Wave/ABN AMRO).
- NOOT 7 - Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/82.
- NOOT 8 - HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:915, r.o. 3.4.1 (Wave/ABN AMRO).
- NOOT 9 - Art. 6:154 BW; HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:915, r.o. 3.4.1 (Wave/ABN AMRO); Bergervoet, Borgtocht (O&R nr. 84) 2014/7.3.2.
- NOOT 10 - Bergervoet 2014/7.3.2.
- NOOT 11 - Art. 7:855 lid 2 BW.
- NOOT 12 - Hof Amsterdam 30 september 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BI3946, JOR 2009/143,

- r.o. 3.11 (De Leeuw/Buffering); Rb. Amsterdam 23 mei 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB1861, JOR 2007/254 m.nt. A. Steneker, r.o. 4.3.3 en 4.5 (De Leeuw/Buffering); vgl. Rb. Midden-Nederland 8 januari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1, JOR 2014/117 m.nt. R.I.V.F. Bertrams, r.o. 4.1 en 4.2 (Rabobank/Verbunt).
- NOOT 13 - Hof Arnhem-Leeuwarden 28 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2667, JOR 2017/210, r.o. 3.10 en de annotatie van Bertrams bij dat arrest; vgl. Rb. Overijssel 27 januari 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:304, r.o. 4.6 (Rabobank/Gedaagde): "Uit het voorgaande volgt ook dat de borgtochtovereenkomst niet kan worden ontbonden in verband met een tekortkoming van Rabobank wegens handelen in strijd met haar zorgplicht."; Rb. Noord-Nederland 27 mei 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2480, r.o. 6.23 (Friesland Bank/Gedaagde); Rb. Rotterdam 6 mei 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3718, JOR 2016/41, r.o. 4.2 (Rabobank/Gedaagden); Rb. Noord-Nederland 18 september 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:5675, JOR 2015/77, r.o. 4.19 (Deutsche Bank/Taekema & Douma).
- NOOT 14 - Steneker, annotatie bij Rb. Amsterdam 23 mei 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB1861, JOR 2007/254 (De Leeuw/Buffering); Bergervoet 2014/7.3.2; Blomkwist 2012/26.
- NOOT 15 - Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2018/85; zie ook opmerking 15 bij de door Snijders opgestelde modelborgtochtovereenkomst (Modellen voor de Rechtspraak 2017/I.7.14.1) waarin wordt aangegeven dat ontbinding van de borgtochtovereenkomst mogelijk is en de enkele omstandigheid dat de borgtochtovereenkomst hoofdzakelijk als eenzijdige overeenkomst wordt beschouwd, daaraan niet af doet (vgl. Blomkwist 2012/26).
- NOOT 16 - HR 18 januari 1980, ECLI:NL:HR:1980:AC6782, NJ 1980/229 m.nt. G.J. Scholten (Wijsmuller/Rotterdamsche Bank), besproken door Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2018/85.
- NOOT 17 - Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2018/85; anders: Concl. A-G Lückers, ECLI:NL:PHR:2018:206, bij HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:915 (Wave/ABN AMRO) en Blomkwist 2012/26.
- NOOT 18 - HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:915, r.o. 3.4.2 (Wave/ABN AMRO).
- NOOT 19 - Ibid.
- NOOT 20 - Zie Bergervoet 2014/7.3.2.
- NOOT 21 - Zie reeds Bergervoet 2014/7.3.2.
- NOOT 22 - In de literatuur wordt aangegeven dat er in dergelijke gevallen sprake is van een 'onvolmaakte' wederkerige overeenkomst, zie over dit begrip Bergervoet 2014/7.3.1 en 7.3.2, Klomp, in: Groene Serie Verbintenissenrecht 2007, art. 6:261 BW, aant. 4 en voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/83.
- NOOT 23 - HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:915, r.o. 3.4.3 (Wave/ABN AMRO).
- NOOT 24 - In herinnering wordt gebracht dat Wave klaagt dat het hof ten onrechte geen beslissing heeft gegeven op de vordering tot ontbinding, althans dat de beslissing niet of onvoldoende is gemotiveerd.
- NOOT 25 - HR 15 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:915, r.o. 3.4.3 en 3.5 (Wave/ABN AMRO).
- NOOT 26 - Vgl. HR 29 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP4340 (Bekkers Holding/Staat).
- NOOT 27 - Zie Blomkwist 2012/12 en 26; Bergervoet 2014/7.3.1 geeft evenwel aan dat in de praktijk normaliter de hoofdschuldenaar (en niet de schuldeiser) zich verplicht tot het betalen van een provisie aan de borg.
- NOOT 28 - Bergervoet 2014/7.3.1.