

VERPLICHTINGEN VAN DE SCHULDEISER JEGENS DE BORG

door

Rieme-Jan TJJTTES(*)

Deze bijdrage werd geschreven als preadvies voor de vergadering te Haarlem (Nederland) van 24 november 2000 van de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland.

In dit preadvies staat de zorgplicht van de crediteur jegens de (aspirant) borg naar Nederlands recht centraal. Deze zorgplicht geldt in het bijzonder jegens de particuliere borg. Gepleit wordt voor een andere wettelijke definitie van het begrip particuliere borg. Wat betreft de verplichtingen van de crediteur jegens de aspirant-borg vóór het aangaan van de borgtochtovereenkomst, wordt ten eerste besproken omtrent welke risico's de crediteur de borg moet voorlichten: algemene risico's verbonden aan de borgtocht of ook de financiële positie van de hoofdschuldenaar?

Nieuwe zorgverplichtingen, geïnspireerd op ontwikkelingen in Engeland en Duitsland, als het waken tegen emotioneel misbruik van de borg door de hoofdschuldenaar en het voorkomen van het aangaan van een te grote schuld uit borgtocht, passeren eveneens de revue. Voorts aandacht voor de vele verplichtingen van de crediteur jegens de borg met betrekking tot de omvang van de schuld uit borgtocht gedurende de looptijd daarvan, het verhaal op de borg en het verhaalsrecht van de borg op de hoofdschuldenaar. Betoogd wordt de verplichting van de crediteur tot kredietbewaking en het voorkomen van het ontstaan van een schadevergoedingsverbintenis door de hoofdschuldenaar ook jegens professionele borgen een wettelijke basis te geven. Eveneens wordt besproken of de crediteur, in het geval hij meerdere zekerheidsrechten heeft, de plicht heeft eerst andere zekerheden uit te winnen voor hij de borg aanspreekt.

(*) Raadsheer in het gerechtshof te Amsterdam en deeltijd-hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit in Amsterdam.

INHOUD

- I. INLEIDING
- II. DE ZORGPLICHT VAN DE CREDITEUR JEGENS DE BORG: ALGEMENE OPMERKINGEN
- III. DE PARTICULIERE BORG EN DE PROFESSIONELE BORG
- IV. VERPLICHTINGEN VAN DE CREDITEUR VÓÓR HET AANGAAN VAN DE OVEREENKOMST VAN BORGTOCHT
 - A. Informatieverplichtingen jegens de particuliere aspirant-borg
 - B. De verplichting om de verwante aspirant-borg te behoeden voor emotioneel misbruik door de hoofdschuldenaar
 - C. De verplichting om de particuliere aspirant-borg te behoeden voor een te omvangrijke schuld uit borgtocht
- V. VERPLICHTINGEN VAN DE CREDITEUR MET BETREKKING TOT DE OMVANG VAN DE BORGTOCHT TIJDENS DE LOOPTIJD DAARVAN, HET VERHAAL OP DE BORG EN HET VERHAALSRECHT VAN DE BORG OP DE HOOFDSCHULDENAAR
 - A. De verplichting tot kredietbewaking
 - B. De verplichting om het ontstaan van een schadevergoedingsverbintenis van de hoofdschuldenaar jegens de crediteur te voorkomen
 - C. De verplichting om de borg mededeling te doen van zijn ingebrekestelling van de hoofddebiteur
 - D. De verplichting om eerst andere zekerheden uit te winnen?
 - E. De verplichting om zich jegens de hoofdschuldenaar te beroepen op verrekening
 - F. De verplichting om het verhaalsrecht van de borg op de hoofdschuldenaar op grond van subrogatie niet te benadelen
- VI. CONCLUSIES EN SLOTOPMERKINGEN

I. INLEIDING

1. Borgtocht is een driehoeksverhouding tussen schuldeiser, borg en hoofdschuldenaar. Hoezeer het praktisch belang van de borgtocht zich toespitst op de ge goedheid van de hoofdschuldenaar en hoezeer de overeenkomst van borgtocht veelal met medeweten of op initiatief van de hoofdschuldenaar tot stand komt, de formele kern van de overeenkomst van borgtocht ligt in de verhouding tussen de crediteur en de borg. Het is de borg die zich tegenover de schuldeiser (veelal een kredietverlenende bank) verplicht tot nakoming van een verbintenis van de hoofdschuldenaar, zo luidt de wettelijke definitie van borgtocht (art. 7:851 lid 1 BW). De borg is verplicht tot nakoming jegens de crediteur als de hoofdschuldenaar in de nakoming van zijn verbintenis ten opzichte van de crediteur is tekortgeschoten (art. 7:855 lid 1 BW).

2. Maar de crediteur heeft ook verplichtingen (in ruime zin(1)) jegens de borg. De eerste twee van de drie afdelingen van de wettelijke regeling van de borgtocht getuigen daarvan. Daarnaast bestaan er ongeschreven verplichtingen van de schuldeiser jegens de borg. In dit preadvies besteed ik aandacht aan de wettelijke en buitenwettelijke verplichtingen in ruime zin die de crediteur jegens de borg heeft naar Nederlands recht.

II. DE ZORGPLICHT VAN DE CREDITEUR JEGENS DE BORG: ALGEMENE OPMERKINGEN

3. De grondslag van de zorgplicht van de crediteur ten opzichte van de borg ligt besloten in de wettelijke regeling (afdelingen 7.14.1 en 2 BW) en daarbuiten in de normen van redelijkheid en billijkheid. Laatstgenoemde normen beheersen — evenals bij andere overeenkomsten — de (pre)contractuele betrekking tussen de borg en de schuldeiser (art. 6:248 BW)(2). Als de crediteur een bank is, dan berust de contractuele zorgverplichting tevens op art. 2 van de Algemene Bankvoorwaarden.

(1) Hieronder begrijp ik ook de zogenaamde „obliegenheiten”. Zie daarover kernachtig M.E. STORME, *De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen*, diss. KU Leuven 1989, 1990, par. 29 en 196 en de aldaar genoemde literatuur waarvan in het bijzonder genoemd moet worden SCHMIDT, *Die Obliegenheiten*, 1953.

(2) Zie onder meer BLOMKWIST, *Borgtocht*, Monografie Nieuw BW B-78, 1998, nr. 22 en DU PERRON, in: Pitlo/Croes e.a., *Bijzondere overeenkomsten*, 1995, p. 350.

De invulling van de zorgplicht van de crediteur jegens de borg hangt mede af van het onderlinge gewicht van de aan de orde zijnde belangen van de borg en de crediteur, terwijl ook het belang van de hoofddebiteur niet uit het oog mag worden verloren⁽³⁾.

4. Het belang van de borg is gelegen in zijn bescherming tegen een lichtvaardige borgstelling. Borgstelling is een gevaarlijk contract. Dat geldt zeker voor de borg die in een nauwe relatie tot de hoofdschuldenaar staat. Denk aan een borg als een familielid of als een directeur-grotaandeelhouder van een vennootschap. De borg zal er, mede gelet op die nauwe en/of persoonlijke relatie met de hoofdschuldenaar, wellicht te lichtvaardig van uitgaan dat de hoofdschuldenaar zijn verplichtingen zal nakomen. Dit terwijl de crediteur daar kennelijk niet zo zeker van is; anders had deze niet gestaan op een borgtocht.

5. Het belang van de crediteur bij een borgtocht is het verkrijgen van (meer) zekerheid dat zijn vordering op de hoofdschuldenaar zal worden voldaan. Indien de hoofdschuldenaar zijn verplichtingen niet nakomt wenst hij op een eenvoudige manier zijn vordering te verhalen op de borg. Alleen als dat gewaarborgd is zal hij geneigd zijn krediet te verlenen aan een debiteur.

6. Het belang van de hoofdschuldenaar is het verkrijgen van krediet. In zoverre lopen de belangen van de crediteur en de hoofddebiteur parallel. In het bijzonder bij de kredietverlening aan het midden- en kleinbedrijf speelt de borgtocht een belangrijke rol als zekerheidsrecht⁽⁴⁾. Bij dergelijke ondernemingen van geringe omvang vereist een financier veelal dat de directeur-grotaandeelhouder (en veelal ook zijn levenspartner) zich borg stellen voor de nakoming van de verplichtingen van de vennootschap uit hoofde van een kredietovereenkomst⁽⁵⁾. Een borgtocht wordt meer in het bijzonder verlangd als dergelijke kleine en middelgrote ondernemingen starten of in financiële moeilijkheden geraken. In die situaties is de onderneming-hoofddebiteur zelf immers niet in staat om (meer) zakelijke zekerheden als pand- en hypotheekrechten te verstrekken.

(3) Zie over deze belangen TM, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 417, M.v.A. II, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 443 en M.v.T., Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 444.

(4) SLIJKHUIS, „De overeenkomst van borgtocht: een bijzondere overeenkomst?“, *WPNR* 5982, 1990, 756-757.

(5) Hierdoor is het belang dat een middelgrote of kleine rechtspersoon een afgescheiden vermogen heeft afwezig jegens een van de belangrijkste creditoren.

7. In de Nederlandse regeling van de borgtocht is getracht het midden te houden tussen enerzijds het belang van bescherming van de borg en anderzijds het belang van de hoofddebiteur en de crediteur bij borgtocht voor het verkrijgen en verlenen van krediet(6). In de regeling van de particuliere borgtocht staat de bescherming van de particuliere borg voorop (supra nr. 4).

Als de crediteur op het instrument van de borgtocht kan vertrouwen als een snel en effectief zekerheidsrecht, dan bevordert dit de mogelijkheid van de debiteur om krediet te verkrijgen. Daar is een algemeen economisch belang mee gediend. Bij de vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid in de verhouding tussen de borg en de crediteur met zich brengen dient met dit maatschappelijk belang rekening te worden gehouden (vgl. art. 3:12 BW).

De inhoud en omvang van de zorgplicht van de crediteur jegens de borg hangt in het bijzonder af van de hoedanigheid van de borg. Ten opzichte van een particuliere borg dient een crediteur een hogere mate van zorg in acht te nemen dan ten opzichte van een professionele borg. Hierover gaat de volgende paragraaf.

III. DE PARTICULIERE BORG EN DE PROFESSIONELE BORG

8. De wetgever beoogt de particuliere borg bescherming te bieden tegen het gevaar van het al te ondoordacht aangaan van een borgtocht. Hier gaat het belang van de bescherming van de borg boven de belangen van de crediteur (en de hoofdschuldenaar) bij kredietverlening (supra nr. 4). Bescherming van de particuliere borg is wenselijk volgens de wetgever, omdat een particuliere borg zich eerder om persoonlijke redenen dan op zakelijke gronden zal verbinden en hij niet het inzicht heeft om de gevolgen van de overeenkomst goed te beoordelen(7). Deze bescherming past in het algemene streven van de wetgever en de rechter om de particulier (de „consument”) bescherming te verlenen jegens ondernemers. Bescherming van de niet-particuliere borg acht de wetgever, gelet op de functie van de borgtocht bij kredietverlening, niet gewenst(8). De kredietverlening aan bedrijven zou daardoor te zeer worden aangetast. Het is de vraag of deze redenering geheel in overeenstemming is met de praktijk. Bij leningen aan startende ondernemingen en ondernemingen in moeilijk-

(6) TM, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 417.

(7) M.v.A. II, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 444.

(8) M.v.T., Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 420-421 en M.v.A. II, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 443.

heden worden, naast de bestaande professionele borggen als de bestuurder-groootaandeelhouder, veelal ook diens partner en andere verwanten als borg betrokken. Dat zijn bij uitstek particuliere borggen.

9. De bescherming van de particuliere borg komt tot uitdrukking in afdeling 7.14.2 BW. In die afdeling wordt de particuliere borg onder meer op de volgende wijzen bescherming geboden:

- a. de particuliere borgtocht is slechts geldig indien zij tot een in geld uitgedrukt maximum is aangegaan (art. 7:855 BW);
- b. de borgtocht en de verbintenis tot het aangaan daarvan kunnen in beginsel slechts worden bewezen door een van de borg afkomstig geschrift (art. 7:859 BW);
- c. veel artikelen uit de titel over de borgtocht zijn van semi-dwingend recht verklaard, dat wil zeggen dat er niet ten nadele van de particuliere borg van kan worden afgeweken (art. 7:862 BW)(9).

10. Er is sprake van een particuliere borgtocht indien de borgtocht is aangegaan door een natuurlijk persoon die (i) niet handelde in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf en (ii) ook niet ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van een naamloze of besloten vennootschap waarvan hij bestuurder is en alleen of met zijn medebestuurders de meerderheid van de aandelen heeft (art. 7:857 BW)(10).

11. De definitie maakt duidelijk dat een rechtspersoon per definitie geen particuliere borg is(11). Een éénmans-BV, opgericht door een startende ondernemer, kan geen particuliere borg zijn, hoe zakelijk onervaren en ondeskundig de persoon die de onderneming drijft ook is. Hetzelfde geldt voor een kleine vereniging of stichting, die wat betreft hun onderhandelingspositie en deskundigheid op één lijn zijn te stellen met een natuurlijke persoon. Wellicht dat, indien de borg een kleine ondernemer is evenals bij de toepassing van de grijze en zwarte

(9) Deze dwingendrechtelijke bescherming is zelfs uitgebreid tot rechtsfiguren die verwant zijn aan de borgtocht (art. 7:863 en 864 BW).

(10) In HR 3 juni 1994, *NJ* 1997, 287, m.nt. CJHB (Direktbank/Breda) heeft de Hoge Raad de particuliere borg enkel gedefinieerd als een borg die een niet in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf handelende natuurlijke persoon is.

(11) Een rechtspersoon kan in voorkomende gevallen bescherming ontleen aan het vennootschapsrecht. De bevoegdheid tot borgstelling van het bestuur van een vereniging (art. 2:44 lid 2 BW) of een stichting (art. 2:291 lid 2 BW) dient een grondslag te hebben in de statuten. Indien de borgtocht niet is te verenigen met het doel van de rechtspersoon en de schuldeiser is daarvan op de hoogte, kan de borgtocht vernietigbaar zijn wegens doeloverschrijding (art. 2:7 BW). Bij verenigingen en stichtingen is dat in de regel het geval (aldus M.v.A. II, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 446).

lijst bij de toetsing van algemene voorwaarden, aan de bepalingen van de particuliere borgtocht een zekere reflexwerking kan toekomen(12). De beschermende bepalingen omtrent de particuliere borgtocht kunnen dan, voor zover mogelijk (hetgeen niet het geval is bij vormvoorschriften en dwingend recht), op deze verhoudingen van toepassing worden verklaard.

12. De definitie van de particuliere borg sluit aan bij de algemene definitie van een particulier („consument”) in (onder meer) de regeling van de algemene voorwaarden (art. 6:236 en 237, aanhef, BW) en de consumentenkoop (art. 7:5 lid 1 BW)(13). Een particulier wordt daarin gedefinieerd als een natuurlijke persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Dat ook de bestuurder-aandeelhouder, die handelt ten behoeve van de uitoefening van het bedrijf van zijn vennootschap, geen particulier is, is een toevoeging die de algemene definitie in het Burgerlijk Wetboek niet kent.

Het vereiste van een natuurlijk persoon die niet handelde in de uitoefening van een beroep of bedrijf betekent dat de toepassing van de particuliere borgtocht primair ziet op de situatie dat het aangaan van een borgtocht de uitoefening vormt van beroep of bedrijf.

13. Het begrip handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf komt ook voor in art.1:88 lid 1 sub c BW waarin is bepaald dat een borgtocht aangegaan door een echtgenoot in de normale uitoefening van zijn beroep of bedrijf de toestemming van de andere echtgenoot behoeft op straffe van vernietigbaarheid (art. 1:89 lid 1 BW). Handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf in dit artikel moet volgens de Hoge Raad restrictief worden uitgelegd(14). Van een dergelijk handelen is volgens de Hoge Raad alleen sprake als het aangaan van een overeenkomst van borgtocht „kenmerkend” is voor de normale beroeps- of bedrijfsuitoefening(15). Deze uitleg is gerechtvaardigd, gelet op de bescherming van de echtgenoot van de borg (en diens gezin) bij door de wetgever als uitzonderlijk en riskant aangemerkte handelingen(16).

(12) Zie o.a. M.v.T., Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1651 en VV II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 1677.

(13) M.v.A. II, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 445-446.

(14) ASSER-DE BOER, nr. 249 en de aldaar genoemde rechtspraak.

(15) Zie HR 22 september 1995, *NJ* 1996, 521 en HR 14 april 2000 (Soetelieve/Stienstra-Fieten), *RvdW* 2000, 110c.

(16) Zie recent HR 14 april 2000 (Soetelieve/Stienstra-Fieten), *RvdW* 2000, 110c. Zie ook Parl. Gesch. Aanpassing BW, p. 20.

14. Bij uitleg van het begrip handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf door een natuurlijke persoon is een zo vérgaande bescherming en daarmee een zo vérgaande restrictieve uitleg niet vereist. Anders dan zijn echtgenoot is de particuliere borg zelf contractpartij. Van een handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf behoort niet alleen sprake te zijn als het aangaan van een borgtocht behoort tot de kenmerkende beroeps- of bedrijfsactiviteiten, maar ook als er enkel een verband is met het uitoefenen van een beroep of bedrijf(17). Indien een dergelijk bedrijfsbelang betrokken is dient de bescherming van de borg niet tezeer afbreuk te doen aan de kredietfunctie van de borgtocht.

15. Of een borg-natuurlijke persoon handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf moet volgens de parlementaire geschiedenis kennelijk subjectief worden beoordeeld: de bedoelingen van de borg zijn doorslaggevend(18). Deze benadering acht ik achterhaald(19). Een meer objectieve benadering is gewenst, in die zin dat het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij te dien aanzien ook een belangrijke rol toekomt.

16. In de literatuur wordt voorts bepleit dat de omschrijving „in de uitoefening van een beroep of bedrijf” in art. 7:857 BW moet worden opgevat als „in de normale uitoefening van een beroep of bedrijf”(20). Bij een borgtocht die niet behoort tot de normale bedrijfs- of beroepsuitoefening geldt de borg dan als een particuliere borg met alle bescherming van dien. Deze uitleg lijkt mij juist(21). In die gevallen staat de kredietfunctie van de borgtocht voor het reguliere zakenverkeer niet voorop en kan het belang van de borg bij bescherming op de voorgrond treden.

17. Het tweede deel van de definitie in art. 7:857 BW, dat er geen sprake is van een particuliere borgtocht indien de borg bestuurder-aandeelhouder van een vennootschap is en hij heeft gehandeld ten

(17) ASSER-HARTKAMP 4-II, nr. 367. Zie ook BLOMKWIST, *o.c.*, nr. 4.

(18) Dat is het geval in de afdeling over algemene voorwaarden: M.v.T., Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1651.

(19) Zie HIJMA, „Koop en ruil”, *WPNR* 5982, 1990, p. 734, later herhaald in ASSER-SCHUT-HIJMA, 1994, nr. 78 en in *Rechtshandeling en overeenkomst, Studiereeks Burgerlijk Recht*, 1998, nr. 243. Instemmend TITTES, *De hoedanigheid van contractspartijen*, diss. RU Groningen, *Serie recht en Praktijk*, nr. 77, 1994, p. 198.

(20) Aldus DU PERRON, *o.c.*, p. 361; TROMP, *NJB* 1993, p. 341 en SLIJKHUIS, *o.c.*

(21) Anders BLOMKWIST, *o.c.*, nr. 4.

behoefte van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschap, komt overeen met art. 1:88 lid 4 BW(22).

Van een handeling ten behoeve van de normale uitoefening van een bedrijf is sprake als de rechtshandeling waarvoor de borgtocht wordt verstrekt (veelal een kredietovereenkomst) zelf behoort tot de rechtshandelingen die in de normale uitoefening van een bedrijf plegen te worden verricht(23).

18. De grens tussen een particuliere borg en een professionele borg is in deze toevoeging over de bestuurder-aandeelhouder vrij grof getrokken. Enerzijds is de borg-bestuurder die slechts één aandeel houdt, maar samen met zijn medebestuurders wel de meerderheid van de aandelen heeft, geen particuliere borg. Anderzijds, als de borg-bestuurder gecertificeerde aandelen houdt in de onderneming of de aandelen in de onderneming houdt – zoals fiscaal interessant kan zijn – via een andere BV of NV (een holding), dan blijft er sprake van een particuliere borgtocht(24). Het komt de eenvoud en rechtvaardigheid ten goede als dit onderdeel van de definitie van een particuliere borg wordt herschreven, in die zin dat er geen sprake is van een particuliere borgtocht indien de bestuurder direct of indirect houder is van aandelen die meer dan de helft van het geplaatste kapitaal van de vennootschap vertegenwoordigen(25). Kortom, naar mijn mening is alleen een directeur-meerderheidsaandeelhouder die handelt in de normale uitoefening van het bedrijf geen particuliere borg.

19. Niet tot de „normale bedrijfsuitoefening” behoren borgtochten die van het begin af zakelijke grondslag ontbeerden, bijvoorbeeld omdat zij verband hielden met de financiering van handelingen die met de uitoefening van het bedrijf van een vennootschap onvoldoende van doen hadden(26).

In voorkomende gevallen kan op de wederpartij (crediteur) een onderzoeksplicht rusten om na te gaan of een ten behoeve van een vennootschap gesloten borgtocht is gesloten in de normale uitoefening

(22) M.v.T., Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 445.

(23) HR 14 april 2000 (Soetelieve/Stienstra-Fieten), *RvdW* 2000, 110c m.b.t. art. 1:88 lid 4 BW.

(24) Zie m.b.t. art. 1:88 BW: M.v.A. I, Parl. Gesch. Aanpassing BW, p. 35. Kritisch BLOM-KWIST, *o.c.*, nr. 4 alsmede WESSELS, in: C.J. VAN ZEBEN e.a., *Compendium Bijzondere Overeenkomsten*, 1998, XIII, aant. 15.

(25) WESSELS, *Beroep, bedrijf en onderneming*, oratie VU 1989, p. 14.

(26) M.v.T., Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 445.

van het bedrijf. Bij een normale kredietverlening en een normale zekerheidsverschaffing in dat verband (waartoe naar mijn mening ook de borgtocht behoort) zal wel steeds aan de eis van „in de normale uitoefening” zijn voldaan. De wederpartij (crediteur) hoeft in dat geval geen nader onderzoek te doen(27).

20. Het toetsingsmoment in welke hoedanigheid de borgtocht is aangegaan is het moment van het sluiten van de overeenkomst van borgtocht(28). Indien bijvoorbeeld na het sluiten van de overeenkomst van borgtocht door een natuurlijke persoon die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, de gefinancierde activiteiten de normale bedrijfsvoering te buiten gaan, blijft er sprake van een niet-particuliere borgtocht. Dit toetsingsmoment acht ik juist waar het verplichtingen van de crediteur betreft die betrekking hebben op de totstandkoming van de overeenkomst. Ten aanzien van verplichtingen van de crediteur gedurende de looptijd van de overeenkomst (zie hierna onder V) is dit niet juist. De op dat moment bestaande hoedanigheid van de borg is dan relevant.

IV. VERPLICHTINGEN VAN DE CREDITEUR VÓÓR HET AANGAAN VAN DE OVEREENKOMST VAN BORGTOCHT

A. Informatieverplichtingen jegens de particuliere aspirant-borg

21. De verplichting van de crediteur om zorgvuldigheid te betrachten jegens de borg kan zich reeds voordoen in de fase voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst van borgtocht. Het betreft in het bijzonder mededelingsplichten jegens de particuliere aspirant-borg. De crediteur heeft de plicht de particuliere aspirant-borg inlichtingen te verschaffen over de risico's die hij loopt als de hoofddebiteur zijn verplichtingen jegens de crediteur niet nakomt. Een niet-particuliere borg behoort naar mijn mening die risico's al te kennen. Een mededelingsplicht van de crediteur jegens hem is dan overbodig.

22. De moeder van de mededelingsplicht van de crediteur jegens de particuliere borg is het arrest HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 759 m.nt. CJHB (Van Lanschot/Moeder Bink). Een moeder heeft zich borg gesteld voor een bankkrediet van haar zoon waarmee die wilde gaan

(27) M.v.A. I, Parl. Gesch. Aanpassing BW, p. 35.

(28) M.v.T., Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 445.

deelnemen in een onderneming. Een jaar nadien zijn de voorlopige jaarcijfers van die onderneming gecorrigeerd. Het eigen vermogen ten tijde van de borgstelling werd nu gesteld op een aanzienlijk negatief bedrag. Een faillissement was onafwendbaar. Het door de zoon in de onderneming geïnvesteerde bedrag was verloren. De moeder heeft zich beroepen op de vernietigbaarheid van de borgtocht, omdat zij heeft gedwaald omtrent de kans dat zij tot nakoming zou worden verplicht. Bij een juiste voorstelling van de financiële zaken van de onderneming zou zij niet bereid zijn geweest de borgtocht aan te gaan.

23. De Hoge Raad heeft ten eerste beslist dat een borgstellingsovereenkomst op de voormelde grond vernietigbaar kan zijn ook indien de dwaling niet is te wijten aan de wederpartij van de borg (rov. 3.3, slot).

24. Deze passage heeft aanleiding gegeven tot de vraag of de Hoge Raad een buitenwettelijk dwalingsgeval heeft gecreëerd⁽²⁹⁾. Ingevolge artikel 6:228 lid 1 BW is een overeenkomst alleen wegens dwaling vernietigbaar — voor zover thans van belang — indien zich één van de drie volgende dwalingsgevallen voordoet: (a) de wederpartij heeft aan de dwalende een mededeling gedaan, (b) de wederpartij heeft ten opzichte van de dwalende gezwegen waar spreken plicht was of (c) de dwalende en de wederpartij gingen beide uit van dezelfde onjuiste voorstelling van zaken. Alleen in het laatstgenoemde geval van wederzijdse dwaling treft de wederpartij geen verwijt.

Het is de vraag of daarvan in de zaak Van Lanschot/Moeder Bink sprake was⁽³⁰⁾. Enerzijds wist de bank dat de financiële positie van het bedrijf waarin de zoon wenste deel te nemen slecht was⁽³¹⁾. Daarom kan worden betwijfeld of de bank dwaalde. Anderzijds wist de bank op het moment van het sluiten van de borgtochtovereenkomst waarschijnlijk niet dat de financiële situatie van de onderneming dermate slecht was als later is gebleken toen de gecorrigeerde jaar-

(29) Aldus BRUNNER in zijn noot bij HR 3 juni 1994 (Direktbank/Breda), *NJ* 1997, 287 m.nt. CJHB. Daartegen M.M. VAN ROSSUM, *NTBR* 1994, p. 199.

(30) BRUNNER betwijfelt dit in zijn noot bij HR 1 juni 1990 (Van Lanschot/Moeder Bink), *NJ* 1991, 759 m.nt. CJHB.

(31) Vgl. HR 19 mei 1995 (Zoon Bink/Van Lanschot), *NJ* 1997, 648 m.nt. CJHB, waarin de zoon een beroep deed op de vernietigbaarheid van de kredietovereenkomst wegens dwaling. De Hoge Raad beslist dat hetgeen van een bank aan voorlichting mag worden verwacht aan een particulier die overweegt zich jegens de bank borg te stellen, niet zonder meer van toepassing is in een geval waarin sprake is van het aangaan van een kredietovereenkomst teneinde deel te nemen in een onderneming.

cijfers bekend werden. In dat geval dwaalde ook de bank op het moment van het sluiten van de overeenkomst van borgtocht.

25. Dat de Hoge Raad in het arrest Van Lanschot/Moeder Bink kennelijk heeft beoogd een regel te geven voor het geval van wederzijdse dwaling kan worden afgeleid uit de bewoordingen van HR 3 juni 1994, *NJ* 1997, 287 m.nt. CJHB (Direktbank/Breda). In die zaak besliste de Hoge Raad dat, buiten het geval van een particuliere borg, een dwaling van de borg ten aanzien van de financiële positie van de hoofdschuldenaar naar de aard van de borgtocht voor rekening van de borg behoort te blijven in de zin van art. 6:228 lid 2 BW. Dit beginsel geldt volgens de Hoge Raad niet indien de dwaling is te wijten aan de wederpartij van de borg „in die voege dat zij is teweeggebracht door gedragingen van die wederpartij, zoals die bedoeld in art. 6:228 lid 1 onder a en b (...)” *Ergo*, een wederzijdse dwaling (art. 6:228 sub c BW) omtrent de financiële positie van de hoofdschuldenaar blijft als regel voor risico van de professionele borg op grond van de aard van de overeenkomst (art. 6:228 lid 2 BW). Een „*hard & fast rule*” die duidelijkheid schept in het zakelijke rechtsverkeer tussen kredietverlener en professionele borg(32).

26. De regel in het arrest Direktbank/Breda overtuigt, maar de motivering niet. De aard van de overeenkomst van borgtocht is immers bij een particuliere borgtocht niet anders dan bij een professionele borgtocht. Het is het verschil in hoedanigheid van de borg (particulier of professioneel) dat het onderscheid met zich brengt. Niet de aard van de overeenkomst, maar de verkeersopvattingen brengen de door de Hoge Raad gegeven regel met zich.

Volgens de Hoge Raad in het arrest Van Lanschot/Moeder Bink mag, indien vast staat dat bij de borg een verkeerde voorstelling van zaken bestaat(33), een professionele kredietverlener als de bank alleen betogen dat de dwaling voor rekening van de particuliere borg moet blijven indien hij stelt, en voor zover nodig bewijst, dat hij de borg

(32) TUITES, „Naar een bijzonder contractenrecht van ondernemers”, in S.C.J.J. KORTMANN (ed.), *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, 1997, p. 375 e.v.

(33) Zie HR 8 oktober 1999 (Bouman/Rabobank Woudrichem), *NJ* 1999, 781. Degene (i.c. de borg) die zich op dwaling beroept (i.c. ten aanzien van de financiële positie van de hoofdschuldenaar) moet, in geval van betwisting door de wederpartij, worden belast met het bewijs van feiten dat hij een onjuiste voorstelling van zaken had omtrent de desbetreffende feiten.

omtrent de aan het aangaan van de onderhavige borgtocht verbonden risico's heeft voorgelicht(34).

De Hoge Raad motiveert zijn oordeel door te wijzen op het gevaar van ondoordachtheid of misplaatst vertrouwen op de goede afloop in een geval waarin een familielid zich borg stelt voor een schuld van een ander familielid. Een professionele kredietverlener als een bank zal in de regel beter in staat zijn om het risico dat de borg loopt te beoordelen dan de particulier die uit hoofde van zijn persoonlijke relatie tot de hoofdschuldenaar bereid is borg te staan.

De vraag is hoever de voorlichtingsplicht van de bank jegens de particuliere borg strekt. De Hoge Raad heeft zich hierover nog niet uitgelaten. Hij heeft het vaag over „de aan de borgstelling verbonden risico's” (zie het arrest Zoon Bink/Van Lanschot). Maar wat zijn die risico's? Diverse opvattingen zijn mogelijk.

27. Ten eerste dat de bank als regel slechts is gehouden de particuliere borg(35) te informeren over de risico's die in het algemeen zijn verbonden aan een borgstelling(36). De crediteur zal de borg er op moeten wijzen dat, als de hoofdschuldenaar zijn verplichtingen niet nakomt, hij de borg daarvoor kan aanspreken. In voorkomende gevallen zal de crediteur moeten nagaan of de borg het risico niet teveel heeft onderschat (zie ook de paragraaf B hierna).

(34) BLOMKWIST (*o.c.*, nr. 23) bepleit dat ook bij een particuliere borgtocht een wederzijdse dwaling voor rekening van de particuliere borg blijft. Indien de crediteur geen verwijt treft gaat het niet aan om het dwalingsrisico voor zijn rekening te brengen met als gevolg dat zijn vordering op de hoofdschuldenaar niet door een borgtocht is gedekt.

(35) BLOMKWIST (*o.c.*, nr. 23) acht de informatieplicht van de bank nog beperkter. De regel in het arrest Van Lanschot/Moeder Bink acht hij alleen van toepassing in een geval van een verwant die zich borg stelt en niet zozeer wanneer een particulier in het algemeen zich borg stelt. Hoofdregeel is zijn inziens dat iedere handelingsbekwame kan en behoort te begrijpen dat hij door het aangaan van een overeenkomst van borgtocht een aanzienlijk risico op zich neemt. Hoewel de bewoordingen van het arrest Moeder Bink/Bank aanleiding geven te denken dat de daar gegeven regel beperkt is tot het geval van bezwaarde verwanten, gaat de Hoge Raad in een later arrest (Zoon Bink/Van Lanschot) uit van een informatieplicht van de bank jegens een particuliere (aspirant) borg. Praktisch is het ook moeilijk voorstelbaar dat een particuliere borg geen nauwe verwant is van of nauwe verwantschap voelt met de hoofdschuldenaar.

(36) Aldus BRUNNER in zijn noot bij HR 1 juni 1990 (Van Lanschot/Moeder Bink), *NJ* 1991, 759 en in zijn noot bij HR 3 juni 1994 (Direktbank/Breda), *NJ* 1997, 287. Indien de aspirant-borg de bank om advies vraagt of indien er sprake is van een vertrouwensrelatie tussen hen, heeft de bank volgens hem ook de plicht de aspirant-borg te adviseren deskundig advies in te winnen (van bijvoorbeeld een accountant).

28. Ten tweede dat de bank de borg mede moet inlichten over de financiële positie van de hoofdschuldenaar(37).

Hiervan geeft het arrest *Direktbank/Breda* blijk, nota bene in een verhouding van een crediteur jegens een professionele borg. In dat arrest is aanvaard dat bij een bank (crediteur) twijfel had moeten rijzen omtrent de financiële positie van de hoofdschuldenaar. Uit documenten die aan de bank ter beschikking stonden bleek dat de hoofdschuldenaar een hypothecaire lening ten opzichte van de gemeente (de borg) had verzwegen. De bank had nader onderzoek moeten doen naar die financiële positie en had de gemeente op de hoogte moeten stellen van de uitkomsten daarvan. Door dat niet te doen heeft de bank jegens de professionele borg (de gemeente) gezwegen waar spreken plicht was (het dwalingsgeval van art. 6:228 lid 1 sub b BW). De dwaling is aan de crediteur te wijten, zodat de dwaling – ingevolge de supra nr. 25 vermelde rechtsregel – niet per definitie voor rekening van de dwalende professionele borg behoort te blijven. Ik acht die uitkomst niet juist om de hierna te noemen redenen.

29. Ten derde wordt betoogd dat de bank de borg, behalve over de financiële positie van de hoofdschuldenaar, ook moet inlichten over de financiële positie van derden die van invloed zijn op de kans dat de borg uit hoofde van de borgtocht wordt aangesproken. Ik breng in herinnering het arrest *Van Lanschot/Moeder Bink*, waar moeder zich borg stelde voor een lening van haar zoon die met die lening wenste deel te nemen in een noodlijdend bedrijf. Die onderneming was een derde bij de kredietovereenkomst tussen bank en zoon en bij de borgtochtovereenkomst tussen bank en moeder.

30. Het verstrekken van financiële informatie door een bank over een cliënt of een niet-client (een derde) aan een borg is naar mijn mening in beginsel niet geoorloofd. De borg zal zelf op onderzoek moeten gaan naar de financiële positie van de hoofdschuldenaar. Hij zal van deze of met toestemming van deze financiële gegevens over hem en zijn onderneming moeten lospeuteren. Zo nodig zal de borg over de betekenis van die gegevens deskundig advies moeten inwinnen (van in het bijzonder een accountant).

(37) WESSELS, *WPNR* 6126, 1994, p. 163, M.M. VAN ROSSUM, *NTBR* 1994, p. 199 en DU PERRON, *o.c.*, p. 354. DU PERRON voegt daar aan toe dat, indien de kredietverlener deze gegevens niet wenst te openbaren of daarover niet beschikt, de kredietverlener de borg moet verwijzen naar een onafhankelijk adviseur.

31. Een bank mag zich in beginsel niet uitlaten over de financiële positie van de (aspirant) hoofdschuldenaar die een cliënt is van de bank. De bank is op grond van art. 2 ABV en/of de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid verplicht cliëntgegevens vertrouwelijk te behandelen en niet aan derden ter kennis te brengen, zonder toestemming van de cliënt(38). De zwijgplicht kan ook worden doorbroken als de bank een wettelijke plicht heeft om informatie te verschaffen (bij voorbeeld in het kader van een strafrechtelijk of fiscaal onderzoek). Voor het verstrekken van financiële informatie over een cliënt (tevens beoogd hoofdschuldenaar) aan een aspirant-borg is derhalve toestemming van die cliënt vereist(39).

32. Een bank is bevoegd financiële informatie over een derde (niet-cliant) aan de borg te verschaffen, maar de bank zal daarbij geen belang hebben en zich bovendien op glad ijs begeven indien zij daarvoor geen toestemming van de derde heeft. Indien de door de bank verstrekte informatie niet of minder juist is als gevolg waarvan de beoogde borg de borgtochtovereenkomst niet wenst aan te gaan en de „hoofdschuldenaar” daarom zijn krediet misloopt, dreigt een claim op grond van een onrechtmatige daad. Tevens kan de bank aldus een persoonlijkheidsrecht hebben geschonden, die mogelijk recht geeft op smartengeld.

33. Nogmaals: het ligt op de weg van de borg om zich op de hoogte te stellen van de financiële positie van de hoofdschuldenaar(40). Een bank mag zich, behouden toestemming van de cliënt, niet uitlaten over diens financiële positie. Een verstandige bank zal zich ook niet uitlaten over de financiële positie van een niet-cliant. Als de aspirant-borg de bank om advies vraagt of als hij een cliënt van de bank is, dan rust op de bank wel de verplichting het advies te geven om onafhankelijk deskundig advies in te winnen, bij voorbeeld van een accountant(41).

(38) Zie BERKVENs, *Banken, aansprakelijkheid en privacyregels*, in BLOM en TJJITES (ed.), *Bank en aansprakelijkheid, Serie Recht en Praktijk*, nr. 95, 1996, p. 107-108 en de aldaar in noot 1 genoemde literatuur, waaraan toe te voegen HONDIUS, *De aansprakelijkheid jegens particuliere cliënten*, in *Bank en aansprakelijkheid, o.c.*, p. 68-69 (sub 5.1).

(39) Anders VAN ROSSUM, *o.c.*, p. 199, die de onderhavige kwestie plaatst in de sleutel van een belangenafweging van borg (risico om aangesproken te worden) en hoofdschuldenaar (privacy).

(40) Vgl. HR 6 januari 1989 (De Vor/AMRO), *NJ* 1989, 281, waar evenwel de nauwe relatie tussen borg en hoofdschuldenaar er mede debet aan was dat de crediteur (bank) geen mededelingsplicht had jegens de borg.

(41) Zie LLOYDS Bank Ltd/Bundy, *All ER* 1974, 757, waarover instemmend BRUNNER in zijn noot bij HR 1 juni 1990 (Van Lanschot/Moeder Bink), *NJ* 1991, 759.

B. De verplichting om de verwante aspirant-borg te behoeden voor emotioneel misbruik door de hoofdschuldenaar

34. De regeling van de borgtocht beschermt de borg en daardoor — zo wordt daaraan in de parlementaire geschiedenis toegevoegd — ook het gezin van de borg. Een bank eist bij een kredietverlening aan een kleine- of middelgrote onderneming regelmatig dat behalve de bestuurder ook diens echtgenote zich borg stelt voor schulden van de onderneming. Bij ondernemers is het om verhaalsredenen gebruikelijk niet in gemeenschap van goederen te huwen. In voorkomende gevallen wordt ook kinderen gevraagd zich borg te stellen voor schulden van het bedrijf van hun ouders. Of andersom: dat ouders zich borg stellen voor het bedrijf van hun kind.

35. De echtgenoot die zich borg stelt wordt niet beschermd door de goedkeuringsregeling ingevolge art. 1:88 lid 1 sub c BW. Deze bepaling heeft alleen betrekking op het aangaan van een borgtocht voor schulden van derden (anderen dan de echtgenoot)(42). Als een echtgenoot zich borg stelt voor een derde die een vennootschap is waarvan de andere echtgenoot bestuurder en/of grootaandeelhouder is, dan zal de laatstgenoemde echtgenoot met plezier zijn toestemming geven.

36. Borgen als waar het hier om gaat — door mij in mijn oratie aangeduid als „bezwaarde verwanten” — verkeren in een sterke emotionele en soms ook economische afhankelijkheid van de hoofdschuldenaar. Het is in die omstandigheid goed denkbaar dat de borg door de hoofdschuldenaar (of diens bestuurder-meerderheidsaandeelhouder) op grond van misbruik van omstandigheden is bewogen om zich borg te stellen. Zoals Lord Browne Wilkinson het in *Barclays Bank v. O'Brien* [1994] 1 AC 180, 191 heeft uitgedrukt:

„For myself, I accept that the risk of undue influence affecting a voluntary disposition by a wife in favour of a husband is greater than in the ordinary run of cases where no sexual or emotional ties affect the free exercise of the individual's will.”

Misbruik van omstandigheden geeft recht op de vernietigbaarheid van de rechtshandeling (art. 3:44 lid 4 BW). In gevallen als de onderhavige zijn bijzondere omstandigheden bij voorbeeld afhankelijkheid (m.i. niet alleen economisch, maar ook emotioneel) en onervarenheid.

(42) HR 14 april 2000 (Soetelieve/Stienstra-Fieten), *RvdW* 2000, 110c.

Wil het door de hoofdschuldenaar gemaakte misbruik van omstandigheden waarin de borg verkeerde tegenwerpbaar zijn aan de crediteur, dan is vereist dat de crediteur de aanwezigheid van dat wilsgebrek kende of behoorde te kennen (art. 3:44 lid 5 BW)(43).

37. Naar mijn mening verdient het, in navolging van in het bijzonder het Engelse recht (de categorie van de *presumed undue influence*)(44)(45), aanbeveling om, ten einde de aantastbaarheid van lichtzinnige en onredelijke borgstellingen door verwanten zo goed als mogelijk is te voorkomen, een bewijsvermoeden aan te nemen dat de crediteur (de bank) behoorde te weten dat de borg met de hoofdschuldenaar op grond van misbruik van omstandigheden door laatstgenoemde is overeengekomen om zich borg te stellen als aan de volgende voorwaarden is voldaan. Ten eerste dat de bank weet of behoort te weten dat de borg en de hoofdschuldenaar een affectieve relatie hebben (hetgeen bijvoorbeeld kan blijken uit het aanvraagformulier voor de lening). Ten tweede dat het krediet (grotendeels) niet ten goede komt aan de bezwaarde verwant, maar aan de hoofdschuldenaar. Een bank kan dit bewijsvermoeden ontkrachten. Zij kan dat doen door te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat zij in een mondeling onderhoud met de aspirant-borg, waarbij de hoofdschuldenaar niet aanwezig was, (i) de aspirant-borg heeft gewezen op de risico's verbonden aan de borgtocht, (ii) dat zij heeft onderzocht of de aspirant-borg de borgtocht niet aangaat door misbruik van omstandigheden van de zijde van de hoofdschuldenaar en (iii) dat de bank de bezwaarde verwant heeft aangeraden onafhankelijk advies in te winnen.

(43) In het Engelse recht aangeduid als *actual* respectievelijk *constructive notice*. Elders in de *common law* wordt de bezwaarde verwant ook bescherming geboden, maar dan op andere grondslagen. Zie voor Australië *Garcia/National Australia Bank* (1998) 72 *ALJR* 1243 (*special equity*) en Nieuw-Zeeland *Wilkinson/ASP Bank* [1998] 1 *NZLR* 674. Zie daarover *Law Quarterly Review* 1999, p. 1 e.v. en STONE, „Infants, Lunatics and Married Women: Equitable Protection in *Garcia v. National Australia Bank*”, *Modern Law Review* 1999, p. 604 e.v.

(44) Zie o.a. de House of Lord zaken *Barclays Bank/O'Brien* (1994) 1 *AC* 180, *CIBC Mortgages/Pitt* (1994) 1 *AC* 200. Zie bij de Court of Appeal *Massey/Midland Bank* (1995) 1 *All ER* 929, *Banco Exterior Internacional/Mann* (1995) 1 *All ER* 936, *TBS Bank/Campfield* (1995) 1 *All ER* 951. Zie daarover TJITTES, *Bezwaarde verwanten*, oratie Vrije Universiteit Amsterdam, 1996, p. 13-24. Zie voorts *Credit Lyonnais/Burch* (1997) 1 *All ER* 144, *Dunbar bank/Nadeem* (1997) 2 *All ER* 253, *Barclays Bank/Bouter* (1997) 2 *All ER* 1002, *Royal bank of Scotland/Etridge* (1997) 3 *All ER* 628, *Barclays Bank/Thomson* (1997) 4 *All ER* 816, *Bank of Cyprus/Markou* (1999) 2 *All ER* 707 en *BCCI/Ali* (1999) 2 *All ER* 1005.

(45) Deze bescherming van de bezwaarde verwant in Europa heeft een gemeenschappelijke grondslag in het *ius commune*: het *senatus consultum Velleianum* (*Ulp. D.* 16.1,2,1). Zie, met literatuurverwijzingen, TJITTES, o.c. (noot 44), p. 43-50.

Een dergelijke zware onderzoeksplicht en mededelingsplicht jegens de bezwaarde verwante is wenselijk en werkbaar. De kans op een ondoordachte borgstelling is hier, gelet op de affectieve relatie, aanzienlijk. Borgstelling door verwanten is geen al te gebruikelijke zaak. Vaak is er wat aan de hand met de financiële positie van de hoofdschuldenaar. De hoofdschuldenaar krijgt bij een kredietverlening in die omstandigheden welhaast altijd een persoonlijk onderhoud met de bank. Het is daarom, mede gelet op de te beschermen belangen van de borg, niet onredelijk om op de bank de voorgestelde onderzoeksplicht en mededelingsplicht jegens de verwante borg te leggen.

Een professionele kredietverlener dient naar mijn mening binnen zekere grenzen te onderzoeken of de borg, die een nauwe verwant van de hoofdschuldenaar is, niet door misbruik van omstandigheden door de hoofdschuldenaar is bewogen tot de borgstelling(46). Brunner is kritisch over het aannemen van een dergelijke onderzoeksplicht. Volgens hem is er weinig kruid gewassen tegen het overmatig vertrouwen in de zakelijke kwaliteiten van het naaste bloed en tegen de op loyaliteit berustende wil om hem, ondanks de gevaren, te helpen(47). Hoe waar dat in veel gevallen ook zal zijn, in ieder geval heeft de bank er dan alles aan gedaan wat binnen haar macht ligt om een vrije wilsvorming van de borg te waarborgen.

C. De verplichting om de particuliere aspirant-borg te behoeden voor een te omvangrijke schuld uit borgtocht

38. Een makelaar in onroerende zaken wenste een verhoging van de kredietlimiet van zijn bedrijf van DM 50.000,- naar DM 100.000,-. De bank stemde daarmee in, mits zijn 21-jarige dochter zich borg stelde voor de terugbetaling van dat bedrag (met rente en kosten). De dochter werkte als ongeschoold medewerkster in een visfabriek voor een salaris van DM 1.150,- per maand, een bedrag dat niet eens groot genoeg was om de maandelijkse rentelasten te betalen. De zaken van vader gingen slecht. Uiteindelijk is de dochter als borg aangesproken voor DM 160.000,-. Zij verweerde zich daartegen met een beroep op de nietigheid van de overeenkomst. Over de geldigheid van deze borgtocht is in drie instanties geprocedeerd. Het *Bundesgerichtshof* (BGH) (IXe Senaat) besliste uiteindelijk dat de borgtocht geldig was. De dochter was meerderjarig en moest zelf maar informeren naar de financiële positie van de hoofdschuldenaar. Maar daarmee was de

(46) Zie TJITTES, *o.c.* (noot 44).

(47) BRUNNER in zijn noot bij HR 3 juni 1994 (Direktbank/Breda), *NJ* 1997, 287.

zaak niet afgedaan. De dochter benaderde het *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), het Duitse constitutionele hof, dat de uitspraak van het BGH op zijn beurt vernietigde(48). Door zich niet de vraag te stellen of en in hoeverre beide contractspartijen (in het bijzonder de borg) daadwerkelijk vrij waren te beslissen over de totstandkoming en inhoud van de overeenkomst heeft het BGH het grondrecht op partijautonomie (art. 2 lid 1 *Grundgesetz*), waartoe ook de contractsvrijheid behoort, geschonden. Indien het gaat om bijzondere gevallen, waaruit de structureel zwakkere positie van één van de contractspartijen blijkt en de gevolgen van de overeenkomst voor die zwakkere contractspartij buitengewoon belastend zijn, dan eist de grondwet volgens het BVerfG dat het privaatrecht daarop inspeelt en correctiemogelijkheden biedt. Het BVerfG wijst in het bijzonder op de nietigheids-sanctie van strijd met de goede zeden (*Gute Sitten*, par. 138 BGB) en op de meer gedifferentieerde rechtsgevolgen van strijd met de redelijkheid en billijkheid (*Treu und Glauben*, par. 242 BGB).

39. De zojuist genoemde *Tochter Fall* heeft geleid tot een stortvloed aan rechtspraak van het BGH waarin de door het BVerfG uitgezette lijn van bescherming van de borg, die zekerheid verschaft voor de nakoming van een schuld die zijn huidige en toekomstig te verwachten inkomen verre overstijgt, is uitgewerkt. De IXe Civiele Senaat van het BGH maakt hierbij, anders dan de XIe Civiele Senaat, een onderscheid tussen enerzijds kinderen die borg staan voor schulden van (het bedrijf van) hun ouders en anderzijds echtgenoten (of anderen die een levensgemeenschap met de hoofdschuldenaar hebben) die borg staan voor schulden van (de onderneming van) hun wederhelften.

40. Het BGH heeft in de *Dochter-zaak* geoordeeld dat een borgtocht nietig is wegens strijd met de goede zeden (par. 138 lid 1 BGB) indien de crediteur van een (meerderjarig) kind van de hoofdschuldenaar een borgtocht verlangt en (i) het kind zakelijk onervaren is, (ii) het bij de verstrekking van het krediet geen eigen belang heeft en (iii) het zich laat aanzien dat het kind geruime tijd financieel niet in staat zal zijn de eventuele schuld uit borgtocht te voldoen. In een dergelijk geval is de borg kennelijk door het familielid op dubieuze gronden bewogen zich borg te stellen, waarvan de bank weet behoort te hebben. Het is aan de bank om te bewijzen dat de borg de overeenkomst volledig vrijwillig (hetgeen bekendheid met de risico's insluit) is aangegaan.

(48) BVerfG 19 oktober 1993, *NJW* 1994, 36. Bevestigd in BVerfG 5 augustus 1994, *NJW* 1994, 2749.

In een latere zaak heeft het BGH beslist dat nietigheid van de borgtocht reeds kan worden aangenomen indien er een aanzienlijke wanverhouding bestaat tussen de omvang van de door de borg aangegane verplichting en de omvang van zijn inkomen en vermogen(49). Dit is het geval indien bij het sluiten van de borgtocht vast staat dat bij verwezenlijking van het risico, bij gunstige vooruitzichten, met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid de vordering van de crediteur voor een belangrijk deel niet kan worden voldaan.

41. De XIe Civiele Senaat acht de hiervoor genoemde rechtsregel eveneens van toepassing op een (jonge) echtgenote die zich borg stelt voor schulden van haar man(50). De IXe Civiele Senaat is een andere opvatting toegedaan. Bij echtgenoten heeft de bank volgens deze Senaat een reëel belang om de andere echtgenoot als borg medeverbonden te hebben, omdat de echtgenoot-hoofdschuldenaar veelal delen van zijn vermogen verplaatst naar partners die niet participeren in het bedrijf, omdat dit om fiscale of aansprakelijkheidsrechtelijke redenen gunstig is. Maar zolang de partner-borg geen (voldoende) inkomen heeft, staan de redelijkheid en billijkheid er aan in de weg dat de crediteur de borg aanspreekt. In zoverre wordt het verhaalsrecht van de crediteur op de borg opgeschort.

In BGH 5 januari 1995, *NJW* 1995, 592 heeft de IXe Civiele Senaat zijn opvatting verscherpt(51). Volgens het BGH (IX) mag de crediteur er van uit gaan dat echtgenoten zaken die de onderneming betreffen waaruit in het levensonderhoud van het gezin wordt voorzien, in vertrouwen met elkaar bespreken, geen ontoelaatbare druk op elkaar uitoefenen en elkaars beslissingsvrijheid respecteren. De crediteur hoeft volgens het BGH er bij een borgtocht, die de (voorzienbare) financiële mogelijkheden van de echtgenoot-borg ver te boven gaan, in beginsel niet van uit te gaan dat de echtgenoot zich borg heeft gesteld als gevolg van laakbaar gedrag van de andere echtgenoot. Alleen als het een borgtocht betreft die van het begin af aan zeer risicovol is of die in hoofdzaak in het belang van de hoofdschuldenaar is, is dit anders. In het onderhavige geval beoogde de bank vermogensverschuivingen tussen

(49) BGH (IX) 24 februari 1994 (*Lebenstraum Fall*), *NJW* 1994, 1278: een 23-jarige beroepsmilitair met een tijdelijk contract en een inkomen van DM 1.500,- per maand heeft zich borg gesteld voor een krediet van zijn ouders ten bedrage van DM 2,3 miljoen.

(50) BGH (XI) 26 april 1994, *NJW* 1994, 1726: een 20-jarige vrouw met twee kinderen, zonder opleiding, werkte als schoonmaakster voor DM 800,- per maand. Zij stond borg voor een schuld van haar man van DM 50.000,- waarmee hij een auto heeft aangeschaft.

(51) Het betrof een echtgenote van 34 jaar met drie kinderen die werkte als huisvrouw en die geen beroepsopleiding had genoten. Zij stond borg voor een zakelijke lening van haar man van DM. 280.000,-.

de echtgenoten, die haar in haar verhaalsmogelijkheden zouden kunnen beperken, tegen te gaan. Dat is een gerechtvaardigd belang van de bank om de echtgenoot, die zelf geen of nauwelijks inkomen of vermogen heeft, als borg voor de nakoming van de verplichtingen van de hoofdschuldenaar te betrekken. Maar als dergelijke vermogensverschuivingen niet hebben plaatsgevonden en redelijkerwijs ook niet meer kunnen plaatsvinden (bij voorbeeld omdat het huwelijk door echtscheiding is ontbonden), dan staan de redelijkheid en billijkheid er aan in de weg dat de bank een beroep doet op de borgtocht. Het BGH wijst op het op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde leerstuk van de *Wegfall der Geschäftsgrundlage* (onvoorziene omstandigheden). In het onderhavige geval is de aansprakelijkheid van de echtgenote uit borgtocht beperkt tot DM 50.000,-.

42. Het Duitse recht⁽⁵²⁾ laat zien dat een crediteur een zorgplicht heeft ten aanzien van de omvang van de schuld waarvoor de borg zich borg stelt. In het Duitse recht kan ook worden gewezen op het op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde recht van de zekerheidgever op vrijgave van (een deel van) verstrekte zekerheden indien de crediteur een overmaat aan zekerheden heeft bedongen (*Übersicherung*)⁽⁵³⁾. Hiermee wordt beoogd dat de zekerheidsgever de mogelijkheid behoudt om (elders) krediet te verkrijgen waarvoor hij eveneens zekerheid moet kunnen verschaffen. BGH (Gr. Sen) 6 maart 1997, *NJW* 1997, 1574:

„Der Kreditnehmer (=Sicherungsgeber) muß die Möglichkeit haben, unter den Angeboten des Kreditmarkts frei auszuwählen. Diese Möglichkeit hat er praktisch nicht, wenn er Sicherheiten im Bedarfsfall von dem bisherigen Kreditgeber nicht oder nicht so schnell zurückerhält, wie er sie benötigt.“

43. Naar Nederlands recht behoort de crediteur eveneens een zorgplicht jegens de particuliere borg te hebben indien deze zich, gelet op zijn huidige en redelijkerwijs in de toekomst te verwachten inkomens- en vermogenspositie, voor een te grote schuld borg stelt, zonder dat hij hierbij direct of indirect een eigen belang heeft. Dit kan anders zijn als de bank een reëel en aanwezig belang heeft bij een dergelijke borg-

(52) Het vorenstaande berust grotendeels op TJITTES, *o.c.* (noot 44), p. 24-43.

(53) Zie BEUVING en TJITTES, „Het tegengaan van een overmaat aan zekerheden”, *NJB* 1998, p. 1547 e.v., die de uitspraken van BGH (Grote Senaat) 6 maart 1997, *NJW* 1997, 1570 en 27 november 1997, *NJW* 1998, 671 bespreken.

stelling, bij voorbeeld om vermogensverschuivingen tussen echtgenoten, die het verhaalsrecht van de bank bemoeilijken, te voorkomen. Schending van de onderhavige verplichting kan er toe leiden dat de crediteur, wanneer hij verhaal zoekt op de borg, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar handelt door op dat moment de volledige schuld op de borg te willen verhalen.

De onderhavige verplichting sluit aan bij de in de vorige paragraaf bepleite onderzoeksplicht van de crediteur naar mogelijk misbruik door de hoofdschuldenaar ten opzichte van een verwante borg. Zij is niet beperkt tot verwante particuliere borgen, maar tot alle particuliere borgen. Een professionele borg behoort daarentegen in deze zijn eigen verantwoordelijkheid te kennen. Hij behoeft geen bescherming.

Een particuliere borg ontbeert de zakelijke ervaring om in te schatten wat de grenzen behoren te zijn van zijn aansprakelijkheid uit borgtocht. Een financieel deskundige als een bank kan beter dan een particulier inschatten of de verplichtingen die hij aangaat reëel zijn. Een te omvangrijke borgtocht kan de borg bovendien in zijn eigen kredietmogelijkheden beperken. Het is overigens de vraag wat een crediteur aan een borg als deze op korte termijn heeft. Maar vele kleine termijnbedragen maken ook een fikse aflossing zal de crediteur denken.

De particuliere borg wordt in deze onvoldoende beschermd door het vormvereiste dat het maximum van zijn aansprakelijkheid uit de borgtocht (zonder rente en kosten) moet zijn overeengekomen (art. 7:858 BW). De voorlichtingsplicht van de bank jegens de particuliere borg over de algemene risico's verbonden aan de borgtocht is eveneens ontoereikend om het onderhavige risico te voorkomen. Daarvoor is een zeker onderzoek door de bank naar de eigen belangen en eigen financiële mogelijkheden (nu en in de toekomst) van de borg vereist, gevolgd door een verslag van de bevindingen daarvan aan de borg. Schending van deze verplichting kan er toe leiden dat het thans en/of geheel uitoefenen van het verhaalsrecht door de crediteur op de borg naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

V. VERPLICHTINGEN VAN DE CREDITEUR MET BETREKKING TOT DE
OMVANG VAN DE BORGTOCHT TIJDENS DE LOOPTIJD DAARVAN,
HET VERHAAL OP DE BORG EN HET VERHAALSRECHT VAN DE BORG OP
DE HOOFDSCHULDENAAR

A. *De verplichting tot kredietbewaking*

44. Een borgtocht kan worden aangegaan voor toekomstige verbintenissen, voor zover zij voldoende bepaalbaar zijn (art. 7:851 lid 2 BW). In het bijzonder moet in dat verband genoemd worden de krediet- of bankborgtocht, waar de borgtocht wordt aangegaan tot zekerheid voor een bepaald krediet, respectievelijk alle verbintenissen die de hoofdschuldenaar aan de bank verschuldigd is en zal zijn(54). Gedurende de looptijd van een dergelijke borgtocht kan de financiële positie van de hoofdschuldenaar aanzienlijk slechter worden dan bij het aangaan van de overeenkomst van borgtocht, zodat het twijfelachtig is of de hoofdschuldenaar op den duur aan zijn verplichtingen kan voldoen(55).

45. Een crediteur heeft jegens de borg onder omstandigheden de plicht erop toe te zien dat de schuld van de hoofddebiteur aan de crediteur, waarvoor de borg instaat, niet ongerechtvaardigd oploopt. Voorkomen moet worden dat de crediteur zonder meer doorgaat met kredietverlening, omdat zijn vordering toch wel door een borgtocht is gedekt(56). De crediteur is ten opzichte van de borg gehouden aan een zekere kredietbewaking te doen(57).

In de parlementaire geschiedenis wordt het aannemen van die plicht ten eerste gemotiveerd door erop te wijzen dat de crediteur (veelal een bank of een andere financiële instelling) beter inzicht heeft in de loop van de rekening van de hoofddebiteur dan de borg(58). Bankjuristen achten deze opvatting niet realistisch(59). Een bankrekening is geen winst- en verliesrekening.

(54) Vgl. TM, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 454.

(55) TM, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 454.

(56) TM, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 453. Kritisch hierover PABBRUWE, „Enkele aantekeningen bij de borgtocht in het Ontwerp N.B.W.”, *WPNR* 5495 (1979), p. 596, die opmerkt dat het een ervaringsfeit is dat de borg slechts een gedeeltelijke dekking pleegt te bieden.

(57) Evenals jegens andere creditoren van de hoofdschuldenaar. Zie TJITTES, „De aansprakelijkheid van een bank jegens derden bij kredietverlening”, in *Geldefecten*, 1997, p. 155 e.v.

(58) TM, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 454.

(59) PABBRUWE, *l.c.*, p. 596 (die voor schrapping van het onderhavige artikellid pleit) en BLOMKWIST, *o.c.*, nr. 29.

Ten tweede wordt de onderhavige zorgplicht gemotiveerd met de opmerking dat het in het belang van de kredietgever is dat de borg geen aanleiding heeft de borgtocht op te zeggen zodra hij vermoedt dat de zaken minder goed gaan(60). Een borgtocht die is aangegaan voor toekomstige verbintenissen kan immers te allen tijde worden opgezegd als zij voor onbepaalde tijd geldt (art. 7:861 lid 1 aanhef en sub a BW) of na vijf jaar als zij voor bepaalde tijd geldt (art. 7:861 lid 1 aanhef en sub b BW).

46. Ten aanzien van de particuliere borg is die verplichting in de wet verankerd.

Een particuliere borg is niet verbonden voor toekomstige verbintenissen uit een rechtshandeling die de schuldeiser onverplicht heeft verricht, nadat hij bekend was geworden met omstandigheden die de mogelijkheid van verhaal op de hoofdschuldenaar aanmerkelijk hebben verminderd, zulks tenzij de borg uitdrukkelijk met de rechtshandeling heeft ingestemd of deze handeling geen uitstel kon lijden (art. 7:861 lid 4 BW).

Zo is een particuliere borg niet aansprakelijk jegens een bank indien de bank de hoofdschuldenaar, die in betalingsmoeilijkheden verkeert, de kredietlimiet laat overschrijden(61).

47. De onderhavige zorgplicht van de crediteur jegens de particuliere borg ontstaat eerst nadat de crediteur bekend is geworden met een aanzienlijke vermindering van de verhaalsmogelijkheden op de hoofdschuldenaar. Het enkele feit dat de zaken van de laatstgenoemde minder goed gaan is onvoldoende om dat te mogen aannemen; het gaat er blijkens de parlementaire geschiedenis om of het gevaar bestaat dat de hoofdschuldenaar zijn verplichtingen niet zal nakomen(62).

De onderhavige zorgplicht van de crediteur jegens de particuliere borg geldt in twee gevallen niet.

Ten eerste niet als de door de crediteur met de hoofdschuldenaar verrichte rechtshandeling geen uitstel kon lijden. Een voorbeeld daarvan is het verschaffen van geld om salarissen te betalen(63). Andere voorbeelden zijn het betalen van de fiscus als anders bodembeslag

(60) TM, Parl. Gesch. Boek 7, p. 454.

(61) Aldus MvA II, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 456 ad 3.

(62) TM, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 454.

(63) TM, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 454.

dreigt of als een schuldenaar bij niet-tijdige betaling zijn marktpositie verliest(64).

Ten tweede geldt de zorgplicht niet als de borg uitdrukkelijk met de rechtshandeling heeft ingestemd(65). In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat niet voor iedere transactie specifieke toestemming is vereist; crediteur en borg kunnen een procedureregeling overeenkomen(66). Hierbij moet ook het volgende in ogenschouw worden genomen.

Van art. 7:861 lid 4 BW kan niet ten nadele van de particuliere borg worden afgeweken (art. 7:862 aanhef en onder a BW). Indien een overeenkomst van borgtocht niettemin een dergelijk beding bevat, dan is dat beding vernietigbaar (art. 3:40 lid 2 BW).

De bepaling beoogt te voorkomen dat de crediteur de verhaalspositie van de particuliere borg niet nodeloos verzwaart door het verhoogde risico van het aangaan van nieuwe schulden op hem af te wentelen(67). Het vereiste dat bij een particuliere borgtocht een maximumbedrag moet zijn overeengekomen (art. 7:858 lid 1 BW) biedt daartoe volgens de wetgever onvoldoende bescherming(68).

48. Een crediteur heeft ook jegens een professionele borg onder omstandigheden de plicht erop toe te zien dat de schuld van de hoofddebiteur aan de crediteur niet ongerechtvaardigd oploopt(69). Hierbij moet worden bedacht dat hier veelal het belang van kredietverlening, waarbij ook de borg een zakelijk belang kan hebben, voorop staat(70).

Een verplichting van de crediteur jegens de professionele borg berust niet op een wettelijke regeling, maar op de aanvullende of de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW) of op de regeling van de onvoorziene omstandigheden (art. 6:258 BW)(71). Een beroep van de borg op onvoorziene omstandigheden zal niet spoedig worden gehonoreerd(72).

(64) Aldus BLOMKWIST, *o.c.*, nr. 29.

(65) Indien de borg deze instemming niet verstrekt, dan is hij niet verbonden voor het deel van de vordering van de crediteur op de hoofdschuldenaar dat het gevolg is van de onverplichte transactie.

(66) TM, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 454.

(67) MvA II, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 456.

(68) MvA II, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 456.

(69) BLOMKWIST, *o.c.*, nrs. 28 en 29 (slot).

(70) MvT, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 455 en MvA II, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 456 ad 2.

(71) MvT, Parl. Gesch. Boek 7, p. 455.

(72) Du Perron, *l.c.*, p. 369.

49. De crediteur kan de onderhavige zorgplicht ten opzichte van de professionele borg wegcontracteren, maar een dergelijk beding zal spoedig naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, omdat de crediteur een ernstig verwijt treft van zijn gedrag. Kortom, het verdient aanbeveling art. 7:861 lid 4 BW ook van toepassing te verklaren op professionele borgen.

B. De verplichting om het ontstaan van een schadevergoedingsverplichting van de hoofdschuldenaar jegens de crediteur te voorkomen

50. Een particuliere borg is niet verbonden voor toekomstige verplichtingen tot vergoeding van schade, waarvoor de hoofdschuldenaar jegens de schuldeiser aansprakelijk is, voor zover de schuldeiser de schade had kunnen voorkomen door een toezicht als redelijkerwijs van hem kan worden gevergd (art. 7:861 lid 3 BW). Van deze bepaling kan niet ten nadele van de particuliere borg worden afgeweken (art. 7:862 aanhef en onder a BW). Indien een overeenkomst van borgtocht niettemin een dergelijk beding bevat, dan is dat beding vernietigbaar (art. 3:40 lid 2 BW).

51. De schuldeiser heeft jegens de particuliere borg de plicht om binnen zekere grenzen toezicht te houden op het gedrag van de hoofdschuldenaar. Indien de hoofdschuldenaar aan de debiteur schade veroorzaakt door gedrag dat de crediteur had kunnen voorkomen, dan strekt de borgtocht zich niet uit tot die verplichtingen. Met deze regeling wordt beoogd te voorkomen dat een luchthartige schuldeiser dit toezicht achterwege laat, omdat hij zijn schade toch wel op de particuliere borg zal kunnen afwentelen⁽⁷³⁾.

52. De crediteur heeft een vergelijkbare zorgplicht jegens een professionele borg. Indien partijen daarover niets zijn overeengekomen, vindt deze zorgplicht zijn grond in de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid die de verhouding tussen borg en crediteur beheersen (supra nr. 3)⁽⁷⁴⁾. Niet-nakoming van deze verplichting leidt ertoe dat de crediteur schadeplichtig wordt jegens de borg⁽⁷⁵⁾. Wanneer de crediteur zich op grond van de borgtocht verhaalt op de borg, dan kan de borg zijn schuld aan de crediteur verrekenen met

(73) Parl. Gesch. Inv. Boek 7.

(74) MvT, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 455.

(75) ASSER-KLEIJN (1988), nr. 164.

deze vordering op de crediteur. Indien de borg wordt aangesproken door de crediteur en de borg zich om deze reden op verrekening beroept, kan de rechter echter de volledige vordering van de crediteur toewijzen als de gegrondheid van het verrekeningsverweer niet eenvoudig is vast te stellen (art. 6:136 BW).

C. De verplichting om de borg mededeling te doen van ingebrekestelling van de hoofdebiteur

53. De schuldeiser die de hoofdschuldenaar overeenkomstig art. 6:82 BW in gebreke stelt, is verplicht hiervan tegelijkertijd mededeling te doen aan de borg (art. 7:855 lid 2 BW).

Door de mededeling raakt de borg bekend met de opeisbaarheid van zijn verbintenis en kan hij maatregelen nemen ter bescherming van zijn positie(76).

In de Toelichting Meijers wordt als ratio genoemd dat de borg in de gelegenheid moet worden gesteld zijnerzijds de verplichting van de hoofdschuldenaar na te komen en zo het ontstaan van een verplichting tot schadevergoeding te voorkomen(77). Deze reden is in zoverre achterhaald dat zij thans alleen opgaat voor zover de borg zich heeft verbonden tot iets anders dan tot betaling van een geldsom (art. 7:854, slot, BW)(78).

54. De schuldeiser die de onderhavige mededelingsplicht jegens de borg schendt is verplicht de schade die de borg dientengevolge lijdt te vergoeden. Men denke aan de schade die voor de borg kan ontstaan doordat hij niet in de gelegenheid is geweest de niet-nakoming door de hoofdschuldenaar te voorkomen of verhaal op de hoofdschuldenaar te nemen op een tijdstip dat zulks nog resultaat zou hebben gehad(79). De borg kan zijn vordering tot schadevergoeding in beginsel verrekenen met die van de crediteur tot betaling.

Een ander mogelijk rechtsgevolg van het schenden van de mededelingsplicht door de crediteur is dat hij bepaalde rechten jegens de borg verliest. In het bijzonder valt te denken aan het recht op vertragschade indien de borg als gevolg van het niet-voldoen aan de mededelingsplicht niet in staat is tijdig te voldoen aan een overeengekomen

(76) Zie HR 13 maart 1964, *NJ* 1964, 188 (Los/Auto Financier).

(77) *TM*, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 437-438.

(78) Aldus CASTERMANS, in: *Tekst & Commentaar, Burgerlijk Wetboek*, artikel 855, aant. 3.

(79) *MvA II*, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 438.

verplichting tot nakoming van een hoofdverbintenis die niet strekt tot betaling van een geldsom(80).

D. De verplichting om eerst andere zekerheden uit te winnen?

55. Hoofregel is dat de crediteur vrij is in de keuze welke zekerheden hij het eerst wenst uit te winnen(81). Maar crediteur en borg kunnen overeenkomen dat de crediteur eerst andere zekerheden dient uit te winnen alvorens zich te verhalen op de borg. Bovendien is een crediteur wettelijk verplicht eerst het feitelijk zekerheidsrecht van verrekening uit te oefenen alvorens de borg aan te spreken (zie hierna onder E).

Voorts, en voorzover crediteur en borg niets zijn overeengekomen, is de uitoefening van deze keuzebevoegdheid van de crediteur onderworpen aan de normen van redelijkheid en billijkheid alsmede aan de regel dat van een bevoegdheid geen misbruik mag worden gemaakt(82).

Een mogelijk voorbeeld van toepassing daarvan is als de crediteur naast de borgtocht ook een eigendomsvoorbehoud heeft gemaakt(83). De crediteur zal spoedig naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar handelen door eerst de borg aan te spreken alvorens het eigendomsvoorbehoud in te roepen. Immers, als de borg betaalt vervalt het eigendomsvoorbehoud en wordt de hoofdschuldenaar onvoorwaardelijk eigenaar, zonder dat er sprake is van subrogatie ten gunste van de borg(84).

56. Het invoeren door de crediteur van een borgtocht in plaats van een daarnaast bestaand pand- of hypotheekrecht zal niet spoedig in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid. Betaling door de borg heeft tot gevolg dat hij op grond van subrogatie die zekerheidsrechten verwerft. H.J. Sniijders geeft als voorbeeld waarin dit anders kan zijn het geval dat de crediteur een pandrecht heeft op een solide vordering, dat snel en eenvoudig door incasso valt te verwezenlijken, terwijl de borg in

(80) DU PERRON, *l.c.*, p. 359.

(81) A-G HARTKAMP in zijn conclusie (sub 5) voor HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 463 (Heidenreich/Alcredis), H.J. SNIJDEERS, *NTBR* 1993, p. 165 en BLOMKWIST, *o.c.*, nr. 22.

(82) Zie HR 7 mei 1982, *NJ* 1983, 493 m.nt. CJHB (Gerharts/FNCB).

(83) H.J. SNIJDEERS, *l.c.*, p. 166.

(84) Een mogelijke oplossing voor dit probleem is dat de borg niet direct aan de crediteur betaalt, maar zich de vordering van de crediteur op de hoofdschuldenaar tegen betaling laat cederen. Zie A-G HARTKAMP in zijn conclusie voor HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 463 (Heidenreich/Alcredis).

liquiditeitsproblemen zou komen indien hij eerst zou moeten betalen voordat hij zelf op grond van subrogatie het pandrecht kan verwezenlijken(85).

57. Een afweging van de belangen van de borg (in hoeverre lijdt hij nadeel als hij direct wordt aangesproken in plaats van andere zekerheidgevers?) tegenover de belangen van de crediteur (kan hij andere zekerheidsrechten snel en eenvoudig te gelde maken?) zal doorslaggevend zijn. Voorop blijft staan dat de crediteur bevoegd is zich als eerste op de borg te verhalen en dat er zelden sprake van zal zijn dat het uitoefenen van deze bevoegdheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Bovendien is een crediteur wettelijk verplicht eerst het „feitelijke zekerheidsrecht” van verrekening uit te oefenen alvorens de borg aan te spreken (zie hierna onder E).

E. De verplichting om zich jegens de hoofdschuldenaar te beroepen op verrekening

58. Een schuldenaar is bevoegd, maar niet verplicht, een tegenvordering met zijn eigen schuld te verrekenen. Verrekening is een bevoegdheid die uitgeoefend kan worden (vgl. art. 6:127 BW). Indien de crediteur niet alleen een door borgtocht verzekerde vordering heeft op de hoofdschuldenaar, maar ook een schuld aan deze, zou de crediteur een beroep op verrekening achterwege kunnen laten met als gevolg dat de borg voor een hoger bedrag kan worden aangesproken. Deze handelwijze wordt ongewenst geacht. De zorgplicht van de schuldeiser jegens de borg brengt met zich dat de schuldeiser in beginsel verplicht is zijn vordering eerst door verrekening voldaan te krijgen alvorens de borg aan te spreken(86).

De borg kan zijn aansprakelijkheid jegens de crediteur opschorten voor zover de crediteur bevoegd is zijn vordering met een opeisbare schuld aan de schuldenaar te verrekenen, maar daarvan geen gebruik maakt (art. 6:139 lid 1 BW). Een definitieve bevrijding van de borg is nog niet op haar plaats, omdat verrekening wellicht niet plaatsvindt en de schuldeiser er geen verwijt van kan worden gemaakt dat hij van zijn bevoegdheid geen gebruik maakt(87).

(85) H.J. SNIJDERS, *l.c.*, p. 165.

(86) DU PERRON, *l.c.*, p. 355.

(87) TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 515.

De borg kan de bevrijding van zijn aansprakelijkheid jegens de crediteur inroepen, voor zover de schuldeiser een bevoegdheid tot verrekening met een (al dan niet opeisbare(88)) schuld aan de schuldenaar heeft doen verloren gaan, tenzij hij daartoe een redelijke grond had of hem geen schuld treft (art. 6:139 lid 2 BW).

De borg is niet van rechtswege bevrijd; hij moet daarop een beroep doen(89).

De schuldeiser verliest zijn bevoegdheid tot verrekening onder meer door betaling van zijn schuld, toestemming in schuldoverneming en toestemming in kwijtschelding van de schuld(90).

De crediteur heeft bijvoorbeeld een redelijke grond om geen gebruik te maken van zijn verrekeningsbevoegdheid als het gaat om verrekening van zijn schuld met een andere vordering op de hoofddebiteur die niet door zekerheid was gedekt(91). De crediteur treft bij voorbeeld geen schuld als de crediteur niet op de hoogte was of behoefde te zijn van een vordering op de hoofdschuldenaar die hij zou kunnen verrekenen. De bewijslast van de aanwezigheid van een redelijke grond of het ontbreken van schuld rust op de crediteur(92).

F. De verplichting om het verhaalsrecht van de borg op de hoofdschuldenaar op grond van subrogatie niet te benadelen

59. Indien de borg door de schuldeiser wordt aangesproken en zijn verplichtingen uit de overeenkomst van borgtocht jegens hem nakomt, wordt hij gesubrogeerd in de rechten jegens de hoofdschuldenaar die de crediteur op het moment van de betaling heeft. Daartoe behoren ook nevenrechten als het recht van pand en hypotheek (art. 6:142 lid 1 BW). Tevens moet de crediteur de op de vordering en de nevenrechten betrekking hebbende bewijsstukken afgeven aan de borg (art. 6:143 BW).

De crediteur kan de borg benadelen door nevenrechten (waaronder zekerheidsrechten) geheel of gedeeltelijk prijs te geven, in rangorde te doen dalen (bij voorbeeld door van een eerste hypotheek een tweede

(88) Maar als de schuld opeisbaar was, zal spoediger mogen worden aangenomen dat de schuldeiser zonder redelijke grond heeft gehandeld, dan wanneer opeisbaarheid ontbrak, aldus TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 516.

(89) TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 516.

(90) TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 516. Zie nader ASSER-HARTKAMP 4-I, nr. 556.

(91) TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 516.

(92) MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 517.

hypotheek te maken(93)), te verwaarlozen (zoals pandobjecten die hij in zijn bezit heeft), of bewijsmiddelen verloren te doen gaan. De crediteur is in beginsel verplicht zich te onthouden van gedragingen die afbreuk doen aan de te subrogeren rechten waarin de betalende borg treedt.

60. Ingevolge art. 6:154 BW is de schuldeiser jegens degene die, zo hij de vordering voldoet, zal worden gesubrogeerd (zoals de borg), verplicht zich te onthouden van elke gedraging die ten koste van deze afbreuk doet aan de rechten waarin hij (in casu de borg) mag verwachten krachtens de subrogatie te zullen treden(94).

Van een dergelijke afbreuk is geen sprake als de crediteur op normale wijze een hem toekomend hypotheekrecht executeert(95) of (stilzwijgend) instemt met de verkoop van verpande voorraden in de normale uitoefening van het bedrijf van de hoofddebiteur(96).

61. Indien de crediteur toerekenbaar(97) tekortschiet(98) in de nakoming van deze verplichting en de borg dientengevolge schade lijdt(99) is hij schadeplichtig jegens de borg (art. 6:74 BW). Voor de begroting van de schade is het moment van de subrogatie beslissend, tenzij de benadeling daarna is veroorzaakt(100).

De borg die aangesproken wordt door de crediteur kan zijn schuld aan deze in de regel verrekenen met zijn schadevergoedingsvordering(101).

62. Onder het oude recht (art. 1885 oud BW) was het rechtsgevolg van schending van de onderhavige zorgplicht van de crediteur dat de borg was ontslagen uit zijn verplichtingen tot het beloop van het nadeel(102). Dit rechtsgevolg is minder genuanceerd dan in het

(93) BRUNNER, in: *Verbintenissenrecht algemeen. Studiereeks Burgerlijk Recht*, 1999, nr. 275.

(94) Zie hierover uitvoerig: ASSER-HARTKAMP 4-I (2000), nrs. 596-598.

(95) HR 9 januari 1930, *NJ* 1930, 996.

(96) BLOMKWIST, *o.c.*, nr. 21.

(97) MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 571.

(98) TM, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 457 en MvA II, parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 458.

(99) Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 458.

(100) BRUNNER, *o.c.*, nr. 275.

(101) Zo ASSER-HARTKAMP 4-I, nr. 598, hoewel de schadevergoedingsplicht formeel eerst ontstaat op het moment van betaling door de borg.

(102) Zie HR 14 april 1972, *NJ* 1972, 295 en HR 9 juni 1989, *NJ* 1990, 236. Zie over het oude recht nader ASSER-KLEIJN (1988), nr. 165.

huidige (schadevergoeding). Het kan leiden tot bevoordeling van de borg als er geen sprake is van nadeel(103).

63. De crediteur is alleen verplicht geen afbreuk te doen aan de rechten van de borg waarvan de borg mag verwachten dat de borg die krachtens subrogatie verkrijgt. Een stroming in de literatuur be- toogt dat het alleen betreft rechten die de crediteur bij het aangaan van de borgtocht reeds bezat(104). Anderen zijn van mening dat de zorg- plicht van de crediteur ten aanzien van de te subrogeren rechten van de borg zich ook uitstrekt over nadien door de crediteur verkregen rechten(105).

64. Hetgeen een crediteur 'mag verwachten' is niet een feitelijk criterium, maar een normatief criterium(106). Het gaat er niet alleen om wat de borg feitelijk voorziet, maar ook wat hij behoort te voorzien ten aanzien van de rechten waarin hij zal subrogeren.

65. In geval van een particuliere borgtocht is de regel van art. 6:154 BW van dwingend recht verklaard (art. 7:862 aanhef en sub b BW). Indien daarvan ten nadele van de particuliere borg wordt afgeweken, dan kan de particuliere borg een beroep doen op de vernietigbaarheid van dat beding (art. 3:40 lid 2 BW). Bij een professionele borg kan wel worden afgeweken van art. 6:154 BW, maar dit beding zal spoedig naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn(107).

VI. CONCLUSIES EN SLOTOPMERKINGEN

66. De relatie tussen (aspirant) borg en crediteur wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Als de wet niet reeds voorziet in zekere zorgplichten van de crediteur jegens de borg, dan kunnen de redelijk- heid en billijkheid daarvoor als grondslag dienen.

Bij borgtocht staan in het bijzonder twee belangen tegenover elkaar: enerzijds de bescherming van de borg bij dit risicovolle contract, anderzijds de verkrijgbaarheid van financiering (in het bijzonder voor

(103) TM, Parl. Gesch. Inv. Boek 7, p. 457.

(104) ASSER-HARTKAMP 4-I, nr. 596 en BLOMKWIST, *o.c.*, nr. 21.

(105) DU PERRON, *l.c.*, p. 363 en voor het oude recht reeds ASSER-KLEIJN (1988), nr. 165, die de heersende opvatting weergeeft.

(106) DU PERRON, *l.c.*, p. 363.

(107) DU PERRON, *l.c.*, p. 363.

het midden- en kleinbedrijf). Bij het bepalen welke zorgverplichtingen de crediteur jegens de borg heeft, moeten telkens deze belangen tegen elkaar worden afgewogen.

Bescherming van de borg staat voorop als de borg een particulier is, niet als het een niet-particuliere (professionele) borg is. Van een niet-particuliere borg is op de eerste plaats sprake als een natuurlijke persoon bij het aangaan van de borgtocht handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Een zodanig handelen doet zich niet alleen voor als het aangaan van een overeenkomst van borgtocht kenmerkend is voor dat beroep of bedrijf (zoals in art. 1:88 lid 1, aanhef en onder c BW), maar ook als de borgtocht slechts verband houdt met de normale beroeps- of bedrijfsuitoefening. Op de tweede plaats is naar mijn mening van een niet-particuliere borg sprake als de borg een bestuurder, tevens direct of indirect meerderheidsaandeelhouder, van de kredietverkrijgende vennootschap is. Deze definitie van een niet-particuliere borg beperkt enerzijds het bereik van de particuliere borgtocht, anderzijds wordt zij verruimd. Er is sprake van een beperking van de particuliere borgtocht, omdat, anders dan volgens de huidige wettelijke definitie, ook een indirect meerderheidsbelang (bij voorbeeld via een holding) voldoende is om van een niet-particuliere borg te kunnen spreken. Er is sprake van een verruiming van de particuliere borgtocht, omdat, anders dan de huidige wettelijke definitie, een bestuurder, die zelf geen meerderheidsaandeelhouder van de kredietverkrijgende vennootschap is, geen professionele borg is. De wettelijke definitie verdient in zoverre aanpassing.

In de fase voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst van borgtocht heeft een crediteur (veelal een bank) de plicht om de particuliere borg te informeren over de risico's die algemeen zijn verbonden aan het aangaan van een overeenkomst van borgtocht. Een professionele borg wordt geacht met deze risico's bekend te zijn. Een bank heeft niet de plicht om de borg te informeren over de financiële positie van de hoofdschuldenaar. Als de laatstgenoemde een cliënt van de bank is, staat dit de bank, zonder diens toestemming, niet vrij. Als de hoofdschuldenaar een derde is, begeeft de bank zich op glad ijs als zij onjuiste of onvolledige financiële informatie over die derde verstrekt.

Ten opzichte van een particuliere borg, die verwant is aan of anderszins een affectieve relatie heeft met de hoofdschuldenaar, heeft de crediteur de plicht er voor te waken dat deze borg de borgtocht niet aangaat als gevolg van misbruik van emotionele afhankelijkheid van de hoofddebiteur. Om deze plicht effectief te maken pleit ik voor het aannemen van een bewijsvermoeden dat de crediteur van dat misbruik

op de hoogte behoort te zijn, hetgeen de borgtocht vernietigbaar maakt, indien de bank die affectieve relatie kende of behoorde te kennen en het krediet (grotendeels) niet ten goede komt aan de borg. De crediteur kan dit bewijsvermoeden ontkrachten door aan te tonen dat hij in een persoonlijk gesprek met de borg, waarbij de hoofdschuldenaar niet aanwezig was, zo goed als mogelijk is de borg heeft gewezen op de algemene risico's van een borgtocht, heeft onderzocht dat de borg de overeenkomst niet wenst aan te gaan als gevolg van misbruik van emotionele afhankelijkheid door de hoofdschuldenaar en de borg heeft gewezen op de mogelijkheid onafhankelijk advies in te winnen (bij voorbeeld van een accountant).

Tenslotte heeft de crediteur in de fase voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst van borgtocht de plicht na te gaan of de omvang van de schuld waarvoor de particuliere borg zich zeker wil stellen in een redelijke verhouding staat tot het (redelijkerwijs te verwachten) inkomen en vermogen van de borg nu en in de toekomst. Deze verplichting kan worden aanvaard als de borg zakelijk onervaren is, bij het krediet geen eigen belang heeft en te verwachten is dat de borg geruime tijd niet in staat zal zijn de eventuele schuld uit de borgtocht te voldoen. Dit klemt temeer als de borg een verwant is. Indien de bank een redelijk belang heeft bij borgstelling kan daarover anders gedacht worden, zolang dat belang reëel aanwezig is. Te wijzen is op het belang van de bank te voorkomen dat een buiten gemeenschap van goederen gehuwd echtpaar vermogensbestanddelen verschuift naar de niet-vermogene echtgenoot om verhaal op de andere echtgenoot-debiteur onmogelijk te maken. Niet-nakoming van de thans aan de orde zijnde verplichting kan met zich brengen dat het ten tijde van het verhaal van de crediteur op de borg naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de crediteur verhaal zoekt voor de gehele schuld.

De crediteur heeft ook verplichtingen jegens de borg met betrekking tot de omvang van de borgtocht tijdens de looptijd daarvan, zijn verhaalsrecht op de borg en het verhaalsrecht van de borg op de hoofdschuldenaar. In de eerste plaats mag de crediteur de schuld van de hoofdebiteur niet tezeer laten oplopen als hij weet of behoort te weten dat terugbetaling door de hoofdebiteur twijfelachtig is. Deze zorgverplichting verdient niet alleen een wettelijke grondslag voor een particuliere borg (art. 7:861 lid 4 BW), maar ook voor een professionele borg. Hetzelfde geldt voor de zorgplicht van de crediteur om te voorkomen dat de borg aansprakelijk wordt voor schade die de hoofdschuldenaar aan de crediteur berokkent, die thans alleen voor de particuliere borgtocht een wettelijke grondslag heeft (art. 7:861 lid 3 BW).

De crediteur is eveneens verplicht om de borg mededeling te doen van ingebrekestelling van de hoofdschuldenaar.

De crediteur kan onder omstandigheden, gelet op de wederzijdse belangen van hem en de borg, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid gehouden zijn eerst andere zekerheden uit te winnen, voordat hij de borg aanspreekt. Ten aanzien van het „feitelijke zekerheidsrecht” van verrekening bestaat daartoe een wettelijke plicht. Indien de crediteur naast de borgtocht tevens beschikt over pand- en hypotheekrechten, zal het eerst een beroep doen op de borg niet spoedig onaanvaardbaar zijn. De borg, die de crediteur heeft voldaan, verkrijgt deze rechten op de hoofddebiteur ingevolge subrogatie. Dat is anders indien de crediteur naast de borgtocht tevens een eigendomsvoorbehoud heeft. In dat geval is hij in de regel gehouden eerst een beroep te doen op het eigendomsvoorbehoud.

Hierbij sluit de verplichting van de crediteur aan om het verhaalsrecht dat de borg op de hoofdschuldenaar krachtens subrogatie verkrijgt, niet te benadelen, in het bijzonder door afbreuk te doen aan zekerheidsrechten en bewijsmiddelen. Wanprestatie van de crediteur jegens de borg maakt hem schadeplichtig, maar doet de schuld uit de borgtocht niet automatisch teniet gaan. De borg kan zich vervolgens bij verhaal op verrekening beroepen, maar als dit verweer niet eenvoudig is vast te stellen zal het worden gepasseerd. De borg is er hierdoor ten opzichte van het oude recht op achteruitgegaan. Het oude recht kende als sanctie het tenietgaan van de borgtocht in zoverre.

De wettelijke en buitenwettelijke zorgverplichtingen van de crediteur jegens de borg halen de scherpe kantjes van het gevaarlijke contract van de borgtocht. Evenals elders in het recht, is het ook hier een zoeken naar een evenwicht in beider belangen. De maatschappelijke opvattingen, die met het verloop van de tijd aan verandering onderhevig zijn, maken dat het gewicht dat aan het ene of het andere belang wordt toegekend wijzigt. Het recht is nooit een rustig bezit. Dat maakt het spannend, zelfs als het gaat om het recht dat de borgtocht beheerst.