

## DE PLICHTEN VAN DE SCHULDEISER JEGENS DE BORG \*

door

Marc VAN QUICKENBORNE  
Universiteit Antwerpen (U.I.A.)

*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 artikel worden de plichten van de schuldeiser jegens de borg geanalyseerd. In de vrij uitzonderlijke situatie waarin de schuldeiser jegens de borg bepaalde verplichtingen aanging, heeft men gewoon te maken met een wederkerig contract. Wanneer de borgtocht zijn eenzijdig karakter behoudt, brengt hij niettemin, op basis van de goede trouw en de zorgplicht die de schuldeiser jegens de borg aan de dag moet leggen, een aantal nevenplichten mee. Zo moet de schuldeiser de borg in een bepaalde mate inlichten over de aard en de omvang van het risico dat hij neemt, mag hij dit risico niet buitensporig laten oplopen, moet hij de subsidiariteit van de borgverbintenis eerbiedigen, en mag hij het verhaal van de borg jegens de hoofdschuldenaar niet in het gedrag brengen.*

---

\* Dit preadvies is grotendeels geïnspireerd door M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* in de reeks *A.P.R.*, Antwerpen, 1999, 518 + XXVIII p.

## INHOUD

- § 1. De wederkerige borgtocht (2)
- § 2. Nevenplichten van de schuldeiser (4)
  - I. Informatieplicht van de schuldeiser
    - A. In het algemeen (6)
    - B. Inzake consumentenkrediet (13)
  - II. Aansprakelijkheid als kredietverlener (20)
  - III. Mag de schuldeiser de borg „onevenredig zwaar” belasten? (26)
  - IV. Nalatigheid bij de vervolgingen tegen de hoofdschuldenaar (35)
  - V. De schuldeiser moet de aan de schuldvordering klevende voorrechten bewaren (37)
    - A. Aard en grondslag (38)
    - B. Wie kan art. 2037 B.W. invoeren? (40)
    - C. Toepassingsvoorwaarden van art. 2037 B.W. (42)
      - 1°. Verlies van preferentiële rechten (43)
      - 2°. De schade (47)
      - 3°. Het toedoen van de schuldeiser (51)
    - D. Uitoefeningswijze van de exceptie van subrogatie (56)
    - E. Afstand van de exceptie van subrogatie (57)
  - VI. Aard en gevolgen van de aansprakelijkheid van de schuldeiser (61)
  - VII. Kan de schuldeiser zijn plichten wegbedingen? (69)

1. De titel van dit preadvies moge verbazen. Traditioneel en klassiek wordt de borgtocht immers als een eenzijdig contract beschouwd, waarbij de borg zich jegens de schuldeiser verbindt om de schuld van een ander — de hoofdschuldenaar — te betalen, wanneer deze op de vervaldag niet zelf zou betalen. De schuldeiser gaat jegens de borg geen enkele verbintenis aan.

Dit belet echter niet dat op de schuldeiser wel degelijk belangrijke verplichtingen kunnen wegen, die hetzij expliciet bedongen zijn, hetzij als nevenplichten, op basis van de goede trouw waarmee elke overeenkomst moet worden uitgevoerd, uit de borgtocht, als overeenkomst, voortvloeien.

## § 1. De wederkerige borgtocht

2. Wanneer de schuldeiser zich expliciet jegens de borg tot bepaalde prestaties verbindt, verandert de borgtocht van aard, en wordt hij een wederkerige overeenkomst. Zo kan het voorvallen dat de borg voor zijn diensten wordt vergoed niet door de schuldenaar, maar door de schuldeiser. Weliswaar zal men dan meestal te maken hebben met een kredietverzekering of met een delcrederebeding. Maar men kan niet uitsluiten dat de rechtshandeling niettemin een echte borgtocht blijft. Deze borgtocht is dan een wederkerige overeenkomst(1), die de schuldeiser ertoe verplicht de afgesproken commissies uit te betalen.

De schuldeiser kan zich ook, bij het aangaan van de borgtocht, jegens de borg verbinden om bepaalde voordelen aan de hoofdschuldenaar toe te kennen(2). Hij kan er zich b.v. toe verbinden het percentage van de op de hoofdsom verschuldigde interesten te verminderen, of uitstel van betaling te verlenen aan de hoofdschuldenaar. Hij kan ook instemmen met de doorhaling van een hypothecaire inschrijving, genomen op een onroerend goed van de hoofdschuldenaar, of afstand doen van andere te zijnen voordele bedongen zekerheden, in ruil voor de verbintenis van de borg. Naar omstandigheden, en al naar gelang de strekking van de tussen de borg en de schuldeiser gesloten overeenkomst, kunnen dergelijke bedingen overigens worden opgevat als een

---

(1) A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *R.P.D.B.*, compl. V, v<sup>o</sup> *Cautionnement*, nr. 10, ook afzonderlijk verschenen onder de titel *Cautionnement*, Brussel, 1978.

(2) Rb. Dendermonde 24 november 1933, *Pas.* 1935, III, 10.

beding ten behoeve van een derde waaruit de hoofdschuldenaar rechtstreeks voordeel haalt(3).

Denkbaar is ook dat de schuldeiser zich ertoe verbindt aan de borg, op geregelde tijdstippen, uittreksels te sturen van de gewaarborgde rekening(4), of (maar dit zal zich in de praktijk zelden voordoen) om eerst verhaal te zoeken op de goederen van de schuldenaar of om slechts verhaal te zoeken op welbepaalde goederen van de borg(5).

Uit het voorgaande volgt derhalve dat de borgtocht weliswaar van nature een eenzijdig contract is, maar dat deze eenzijdigheid niet tot haar wezen behoort(6).

3. Vaak verbindt de borg zich anderzijds jegens de schuldeiser met een welbepaald doel. Hij gaat de borgtocht b.v. aan, opdat de schuldeiser aan de hoofdschuldenaar het gewenste krediet zou verschaffen (of een reeds verleend krediet zou handhaven). „*Si le créancier consent un sacrifice, une contrepartie à l'engagement de la caution, l'avantage que celui-ci lui procure n'est plus du tout purement gratuit..... L'engagement de la caution ressort du titre onéreux, puisqu'il trouve sa contrepartie dans les rapports du créancier avec le débiteur principal*”(7). Een ander, nogal courant voorbeeld ontmoet men bij de cessie van een huurcontract: de verhuurder gaat slechts akkoord met de nieuwe huurder (voor zover dit akkoord nog vereist is), mits diens huurverbintenissen door een gegoede borg worden gewaarborgd(8).

Toch zal het relatief zelden voorvallen dat de schuldeiser zich werkelijk *verplicht* om het krediet toe te staan (of met de nieuwe huurder vrede te nemen). De borgtocht wordt weliswaar met dit doel aangegaan, maar de schuldeiser heeft er zich niet toe verbonden het verhoopte resultaat te realiseren. Blijft dit resultaat uit, dan vervalt de borgtocht gewoon, omdat de *voorwaarde* waaronder hij werd aangegaan, niet in vervulling is gegaan.

(3) Vgl. Cass. fr. 23 mei 1989, *Rev. trim. dr. civ.* 1990, 72, noot J. MESTRE.

(4) Geopend op naam van de schuldenaar, in het raam van een kredietverrichting; vgl. Rb. Brussel 28 april 1995, *J.L.M.B.* 1997, 1219 (1222).

(5) H. DE PAGE (*Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel, VI, 1953, nr. 838, p. 809, noot 5) beschouwt dit laatste beding echter niet als een correlatieve verbintenis van de schuldeiser, maar als een door hem zelf aanvaarde beperking van zijn rechten. Deze zelf aanvaarde beperking tast het eenzijdig karakter van de borgtocht niet aan.

(6) A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *o.c.*, nr. 10.

(7) J.J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie de l'acte à titre gratuit*, Parijs, 1955, nrs. 272-274.

(8) Zie o.m. Rb. Brussel 10 mei 1958, *Pas.* 1959, III, 12.

## § 2. Nevenplichten van de schuldeiser

4. Elke overeenkomst brengt tal van verplichtingen mee. Ze roept één of meer hoofdverplichtingen in het leven die haar eigen zijn, en die toelaten haar te definiëren. Maar ze roept ook tal van nevenplichten in het leven, die voortvloeien uit de algemene beginselen van het contractenrecht en die voor elke overeenkomst gelden, al krijgen deze nevenplichten wel een enigszins aangepaste inhoud, in functie van het specifiek contract waarop ze toepasselijk zijn.

De thans bedoelde nevenplichten vloeien voort uit de goede trouw, die in het contractenrecht een steeds toenemende rol speelt, en uit de informatieplicht die de contractanten jegens elkaar zowel vóór het sluiten van het contract als bij de uitvoering ervan, in acht moeten nemen. Deze informatieplicht „*tend à devenir, comme celle de bonne foi, une clause generalis commune à toute espèce de contrat*”(9).

Bedoelde nevenplichten ontnemen aan een eenzijdig contract in het algemeen, en aan de borgtocht in het bijzonder, niet zijn eenzijdig karakter. Om uit te maken of een overeenkomst al dan niet eenzijdig is, moet men immers enkel letten op de voor het contract specifieke hoofdverplichtingen. De talloze nevenplichten waartoe bijna elk contract aanleiding geeft, kunnen hierbij buiten beschouwing blijven(10).

De meeste van deze nevenplichten worden overigens niet expliciet door het Burgerlijk Wetboek geregeld, vermits het, zoals gezegd, slechts om bijzondere toepassingen gaat van algemene beginselen die het gehele contractenrecht beheersen.

5. De schuldeiser moet in een bepaalde mate bekommerd zijn om het lot van de borg; hij mag althans niet geheel onverschillig blijven voor diens wedervaren. Dit belet natuurlijk niet dat de schuldeiser in de eerste plaats mag handelen ter bevordering van zijn eigen belang. Nog veel minder verplicht de goede trouw hem tegen zijn eigen belang in te gaan. Maar hij mag de situatie van de borg niet onnodig verzwaren. In zijn optreden jegens de hoofdschuldenaar mag het besef dat dit optreden ernstige gevolgen kan hebben voor de borg, niet geheel achterwege blijven. Hij moet in die mate met de belangen van de

---

(9) G. MARTY, P. RAYNAUD en Ph. JESTAZ, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Parijs, 1987, nr. 570.

(10) *Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht*, deel II, 7e druk, door A.S. HARTKAMP, Zwolle, 1985, 48, nr. 62,d.

borg rekening houden dat hij zich onthoudt van handelingen (resp. dat hij zekere handelingen stelt), die een normaal oppassend schuldeiser, geplaatst in dezelfde omstandigheden, zou hebben nagelaten (resp. zou hebben gesteld), rekening houdende met de weerslag van zijn handeling of onthouding voor de borg. Tussen het door de schuldeiser nagestreefde voordeel en het door de borg te lijden nadeel, mag geen naar redelijkheid en billijkheid niet te verantwoorden, buitenmatige wanverhouding liggen.

Deze algemene richtlijn kan enigermate worden gepreciseerd door een aantal meer punctuele verplichtingen.

## I. INFORMATIEPLICHT VAN DE SCHULDEISER

### A. *In het algemeen*

6. Eén informatieplicht van de schuldeiser wordt door het Wetboek zelf geregeld. Wanneer de hoofdschuldenaar op de vervaldag in gebreke blijft, moet de schuldeiser hem, zoals elke niet betaalde schuldeiser, in beginsel in gebreke stellen, ofwel hem dagvaarden in rechte, welke dagvaarding overigens als ingebrekestelling geldt. Indien de schuldenaar na deze ingebrekestelling niet reageert, moet de schuldeiser de borg daarvan in kennis stellen.

De borg moet immers in de gelegenheid worden gesteld om onnodige gerechtskosten te vermijden, hetgeen hij kan bewerkstelligen door zelf de hoofdschuld te betalen. Verzuimt de schuldeiser hem echter op de hoogte te brengen van de vruchteloos gebleven ingebrekestelling, dan moet hij alle verdere gerechtskosten zelf dragen en kan hij die met name niet op de borg afwentelen. Eén en ander geldt overigens evengoed voor de gewone borgstelling als voor de hoofdelijke borgstelling. De door artikel 2016 B.W. bedoelde kennisgeving aan de borg staat dus gelijk met diens ingebrekestelling om te betalen, en om, bij gebreke daaraan, alle verdere gerechtskosten te dragen(11).

Uit het vorige volgt eveneens dat de schuldeiser die de borg laattijdig op de hoogte brengt en hem pas dan in de gelegenheid stelt om de gerechtskosten te vermijden, enkel de na de kennisgeving gemaakte gerechtskosten op de borg kan verhalen(12).

---

(11) Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, Parijs, 2e uitg., 1991, nr. 281.

(12) M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, XI, *Contrats civils*, 2e uitg., door (wat borgtocht betreft) R. SAVATIER, 981, nr. 1530, noot 3.

7. In beginsel heeft de schuldeiser anderzijds niet tot plicht de borg in te lichten over de benarde financiële toestand van de hoofdschuldenaar. Het komt veeleer aan de borg toe zich te informeren omtrent de solvabiliteit van de hoofdschuldenaar. Het feit alleen reeds dat diens schuldeiser een zekerheid verlangt, wijst er trouwens op dat deze solvabiliteit niet boven alle twijfel verheven is(13).

Bovendien is de borg in de regel beter ingelicht over de financiële situatie van de hoofdschuldenaar: men denke aan een bestuurder die de schuld van de door hem bestuurde vennootschap waarborgt(14), of aan een broer die zich borg stelt voor de door zijn zuster aangegane schulden(15).

Praktisch altijd wordt de eigenlijke borgtocht overigens voorafgegaan door voorbereidende gesprekken tussen de aspirant-borg en de hoofdschuldenaar. Het komt, op dat niveau, aan de aangezochte borg toe de nodige inlichtingen in te winnen over de kredietwaardigheid van de hoofdschuldenaar.

De desbetreffende informatieplicht bij de schuldeiser leggen kan bovendien aanleiding geven tot een conflict met de discretieplicht van de schuldeiser-bankier, en met het recht op privacy in hoofde van de hoofdschuldenaar(16).

8. De toenemende moralisering van het handelsverkeer en de goede trouw zouden echter, naar omstandigheden, kunnen meebrengen dat de schuldeiser de borg, bij een niet-geplafonneerde borgtocht „voor alle sommen”, op de hoogte houdt van de evolutie van het passief, zeker wanneer deze evolutie erg zorgwekkend wordt, en de schuldeiser redenen heeft om aan te nemen dat de borg daarvan niet op de hoogte is(17).

---

(13) Vgl. Brussel 27 september 1978, *B.R.H.* 1979, 268 (274), met noot P.A. FORIERS; Brussel 25 november 1986, *J.L.M.B.* 1987, 160; Brussel 5 mei 1987, *T.B.H.* 1989, 170; Rb. Namen 10 april 1988, *J.T.* 1988, 410; Rb. Ieper 12 mei 1998, *R.W.* 1998-99, 117; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, 1996, 242, nr. 412; A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten in het contractenrecht. Een onderzoek naar grondslag, draagwijdte en sancties*, acad. proefschrift (nog niet gepubliceerd), Antwerpen, 2000, nr. 790.

(14) Brussel 25 november 1986, *T.B.H.* 1987, 431, *J.L.M.B.* 1987, 161; Rb. Namen 9 januari 1991, *J.L.M.B.* 1991, 641; Bergen 10 februari 1992, *J.T.* 1992, 641; Brussel 12 februari 1992, *Rev. Prat. Soc.* 1993, 256, noot F. T'KINT, *Pas.* 1992, II, 23, *J.L.M.B.* 1993, 155; Antwerpen 15 december 1992, *R.W.* 1992-93, 1030, noot L. LANOYE; vgl. Antwerpen 5 februari 1992, *Rev. Not. B.* 1994, 96.

(15) Brussel 11 maart 1971, *Pas.* 1971, II, 186; Rb. Namen 1 april 1988, *J.T.* 1988, 410; vgl. Luik 10 maart 1992, *J.L.M.B.* 1993, 1085.

(16) Antwerpen 15 december 1992, gecit.

(17) Vgl. E. DIRIX, „Zekerheidsrechten en uitwinning”, in A. VAN OEVELEN, e.a. (ed.), *Actuele ontwikkelingen in de rechtsverhouding tussen bank en consument*, Antwerpen-Apeldoorn, 1994, 318; A. DE BOECK, *Informatie-rechten en plichten in het contractenrecht*, gecit., nr. 790, noot 1710; Brussel 11 september 1987, *T.B.H.* 1989, 7 (38), noot D. DEVOS.

Tevens wordt geleerd dat de schuldeiser de lekenborg zou moeten inlichten over de draagwijdte en de omvang van de verbintenis die hij ondertekent. De schuldeiser zou de aandacht van de borg b.v. moeten vestigen op de draagwijdte van een algemene borgtocht, alsook op andere van het gemene recht afwijkende bedingen in de borgtochtakte(18). Dit lijkt me echter te ver gaan. Er is geen reden om het bestaan van een vertrouwensrelatie tussen schuldeiser en borg aan te nemen(19); die kan wél bestaan tussen de hoofdschuldenaar en de borg. Vermeldenswaardig in dit verband is een recente uitspraak van het Hof van Beroep van Luik(20), dat een kredietverlener, op basis van een aantal concrete feitelijke elementen, verplichtte de borgen te wijzen op de precaire financiële situatie van de hoofdschuldenaar. Als professioneel van het krediet had hij, door het krediet aan de hoofdschuldenaar toe te staan, bij de aangezochte borgen de indruk gewekt dat de activiteiten van de hoofdschuldenaar economisch beloftevol waren. De borgen zelf hadden geen enkele ervaring in het zakenleven, en hun borgverbintenis was enkel ingegeven door de wens om hun dochter die een belangrijk restaurant had overgenomen, te helpen. De kredietverlening zelf was overigens foutief, vermits het restaurant, op het ogenblik dat het krediet werd toegestaan, reeds onherroepelijk op een financieel debâcle afstevende. De bank was zich daarvan bewust, en rekende voor de terugbetaling van de ontleende sommen eigenlijk enkel op de borgen. Deze laatste overweging volstond echter niet om de borgen te bevrijden (via het instellen van een tegeneis wegens onverantwoorde kredietverlening, zie verder, nr. 21). De — correcte — oplossing van de rechter lijkt me niet essentieel te berusten op een tekortkoming van de schuldeiser aan enige informatieplicht jegens de borgen.

Wel zal de schuldeiser, in alle oprechtheid, moeten antwoorden, indien de borg zelf bepaalde vragen stelt over de betekenis en de consequenties van hetgeen hem wordt gevraagd te ondertekenen. Bovendien zal de borgtochtakte zorgvuldig en accuraat moeten worden geredigeerd. Een onnauwkeurige redactie brengt echter niet zozeer de aansprakelijkheid van de schuldeiser in het gedrang. Ze kan evenwel tot gevolg hebben dat de onnauwkeurig opgestelde borgtochtakte geïnterpreteerd wordt ten voordele van de borg.

---

(18) Zie o.m. Rb. Charleroi 3 april 1992, *J.T.* 1993, 371, met talloze verwijzingen; Antwerpen 4 november 1997, *T.B.B.R.* 1998, 367 (in dat geval, wegens de omstandigheden, wel terecht).

(19) Vgl. D. FRERICKS, „Onderzoeks- en mededelingsverplichtingen in het contractenrecht”, *T.P.R.* 1992, 1187, nrs. 50-52; M. FABRE-MAGNAN, *Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats*, thesis, Parijs I, 1991.

(20) Luik 10 november 1998, *R.R.D.* 1999, 31.



9. Wellicht kan worden aangenomen dat de kredietverlener-bankier de *erfgenamen* van de overleden borg moet inlichten over het bestaan en de draagwijdte van de door hem ondertekende verbintenis. Hij moet dit ongetwijfeld doen, wanneer de erfgenamen navraag doen over de stand van de rekeningen van hun rechtsvoorganger. Het lijkt bovendien niet onredelijk hem zelfs te verplichten de erfgenamen, of hun notaris, daarvan spontaan op de hoogte te brengen — voor zover deze erfgenamen althans zonder veel moeite kunnen worden opgespoord(21).

Bedoelde plicht kan worden gerechtvaardigd door de zware risico's die de borgtocht voor de erfgenamen kan meebrengen, en door de omstandigheid dat de borgtocht meestal slechts in één exemplaar werd opgesteld dat in het bezit van de schuldeiser gebleven is (art. 1326 B.W.). De erfgenamen zijn zich dus niet noodzakelijk bewust van het op hen wegende risico. In het tegenovergestelde geval, zouden zij de borgtocht wellicht opgezegd hebben (wanneer hij voor onbepaalde duur was aangegaan), of de nalatenschap eventueel onder voorrecht van boedelbeschrijving hebben aanvaard(22).

Meer in het algemeen zou men er, in navolging van de Franse wetgever, kunnen aan denken, om te bevorderen dat de voor onbepaalde duur gebonden borgen effectief van de eenzijdige opzegmogelijkheid gebruik zouden maken, om alle kredietinstellingen te verplichten de borgen jaarlijks te herinneren aan de hen betreffende lopende borgstellingen. Bij gebreke daaraan te voldoen, zouden deze kredietinstellingen het recht verliezen om de niet ingelichte borgen voor de interesten van het lopende jaar aan te spreken(23).

10. Men is het er anderzijds wel over eens dat de schuldeiser die aan de hoofdschuldenaar een termijnverlenging toestaat, de borg daarvan op de hoogte moet brengen.

De borg kan zich weliswaar, in dezelfde mate als de hoofdschuldenaar, op de *vrijwillig* toegestane termijnverlenging beroepen. Maar die brengt voor hem niettemin bijkomende risico's mee. De hoofdschuldenaar die de schuld uiteindelijk moet dragen, kan solvent zijn op de oorspronkelijke vervalddag, maar insolvent blijken op de latere vervalddag. De borg kan zich enigermate tegen deze risico's beveiligen, door

(21) Rb. Brussel 9 maart 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1845 (somm.).

(22) Vgl. Ph. MALAURIE en L. AYNÈS, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Parijs, 1993, 110, nr. 294 en de aldaar gecit. referenties.

(23) Art. 48 van de wet van 1 maart 1984 „relative à la prévention et au règlement des difficultés des entreprises”. Voor meer details, zie Ph. SIMLER, *o.c.*, 330-337, nrs. 392-400.

de hoofdschuldenaar, op basis van de artikelen 2032 en 2039 B.W., aan te spreken. Krachtens deze artikelen kan hij in hoofdzaak van de hoofdschuldenaar zekerheden vragen, tot waarborg van diens regres-schuld die zal ontstaan, wanneer de borg de schuldeiser moet betalen. Wanneer de borg evenwel geen weet heeft van de toegestane termijnverlenging, bestaat er voor hem uiteraard geen aanleiding om de passende voorzorgsmaatregelen te treffen. Indien de termijnverlenging voor de borg nu faliekant afloopt, omdat de hoofdschuldenaar uiteindelijk toch failliet gaat, lijdt de borg derhalve schade, die hij, naar omstandigheden, had kunnen vermijden of beperken, wanneer hij, tijdig gealarmeerd door het bericht van termijnverlenging, de nodige voorzorgsmaatregelen had getroffen(24).

**11.** Waar de informatieplicht van een partij ophoudt, begint voor haar wederpartij een onderzoeksplicht.

In dit verband kan o.m. artikel 224, § 1, 4<sup>o</sup> B.W. worden geciteerd, volgens hetwelk nietig kunnen worden verklaard, op verzoek van de andere echtgenoot, de persoonlijke zekerheden door één der echtgenoten gesteld, die de belangen van het gezin in het gedrang brengen. Volgens een niet onbelangrijk deel van de doctrine is deze nietigheid facultatief (25).

De aanhangers van het facultatief karakter van de nietigheid worden geconfronteerd met de vraag of rekening moet worden gehouden met de goede trouw van de mede-contractant, *in casu* de schuldeiser.

Met het oog op de toepassing van art. 224, § 1, 4<sup>o</sup> B.W. is de derde te kwader trouw, als hij weet of althans behoort te weten dat de borg gehuwd is, en dat de borgstelling de gezinsbelangen in het gedrang

(24) Cass. 24 februari 1967, *Arr. Cass.* 1967, 809, *Pas.* 1967, I, 790, met noot F.D.; Cass. 4 juni 1971, *Arr. Cass.* 1971, 991, *Pas.* 1971, I, 941; Brussel 23 juni 1988, *T.B.H.* 1989, 47; D. DEVOS, noot onder Brussel 11 september 1987, *T.B.H.* 1989, 37-38, en de aldaar gecit. verwijzingen; Brussel 23 december 1988, *Res Jur. Imm.* 1989, 109; Rb. Luik 4 april 1990, *J.L.M.B.* 1990, 1291; Vred. Seraing 15 september 1995, *J.L.M.B.* 1996, 445; H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 882, C; A. VAN OVERBROECK, „A propos d'un mode d'extinction du cautionnement; l'art. 2037 C. CIV.", *Bank Fin.* 1968, 432; L. SIMONT en J. DE GAVRE, „Examen de jurisprudence. Les contrats spéciaux", *R.C.J.B.* 1970, 173; *andere*: Kh. Brussel 9 juli 1936, *Jur. Comm. Brux.* 1936, 403; Rb. Antwerpen 14 oktober 1936, *R.W.* 1936-37, 734; Rb. Brussel 21 mei 1940, *Pas.* 1940, III, 99; voor meer details, zie A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *o.c.*, nrs. 228-229.

(25) H. CASMAN en M. VAN LOOK, *Huwelijksvermogensstelsels*, Brussel, losbl., I/12, 6; J.M. GUSTIN, noot in *J.T.* 1981, 712; N. GEELHAND, „De borgstelling of de confrontatie tussen gezinsbelang, autonomie en derden-bescherming", *R.W.* 1988-89, 280, nr. 19; K. TOBBACK, „Wederzijdse rechten en plichten tussen echtgenoten", in J. GERLO, A. HEYVAERT, J.M. PAUWELS en P. SENAËVE (eds.), *Commentaar Personen- en Familierecht*, Antwerpen, losbl., art. 224, nr. 19; A. VERBEKE, „De bank en de gehuwde cliënt"; in A. VAN OEVERLEN (ed.), *Actuele ontwikkelingen in de rechtsverhouding tussen bank en consument*, Antwerpen-Apeldoorn, 1994, 116, nr. 87.

brengt. Van een professionele kredietverlener mag in de regel worden verwacht dat hij zich over alle relevante omstandigheden informeert(26). Goede trouw ontbreekt, als hij (de kredietverlener) van de onbevoegdheid van de borg om een borgtocht aan te gaan onkundig was, terwijl hij ze had behoren te kennen door een naar de bevoegdheid van de borg ingesteld onderzoek, of, zo dit niet uitvoerbaar was, met de mogelijkheid van diens onbevoegdheid rekening had behoren te houden(27).

Men kan echter betwijfelen of ook een niet-professioneel kredietverlener die slechts occasioneel aan het handelsverkeer deelneemt, moet onderzoeken of de borgtocht de belangen van het gezin van de borg in gevaar brengt.

**12.** Nog steeds in verband met de eventuele nietigheid van een door een gehuwde gestelde borgtocht, zou de schuldeiser, volgens sommige rechtsleer, diens echtgenoot op de hoogte moeten brengen van de borgstelling, ten einde deze echtgenoot toe te laten zijn vordering tot nietigverklaring tijdig in te stellen(28).

De schuldeiser is echter niet de behoeder van de borg. De mede-echtgenoot wordt anderzijds niet benadeeld door zijn onwetendheid omtrent de borgtocht: de éénjarige termijn na verloop waarvan de vordering tot nietigverklaring van de borgtocht vervalt, begint slechts te lopen vanaf de dag waarop de handeling ter kennis is gekomen van de echtgenoot-eiser. Wat niet weet, niet deert. De schuldeiser heeft er derhalve belang bij de echtgenoot van de borg op de hoogte te brengen. Het heeft dus nauwelijks zin hem daartoe te verplichten.

Dit laatste geldt echter niet meer voor de erfgenamen van de echtgenoot van de borgsteller(29). Maar kan men van de schuldeiser verlangen dat hij deze erfgenamen behulpzaam is met het oog op de vernietiging van een te zijnen voordele bedongen borgtocht? Is deze situatie voldoende analoog met die van de kredietgever, die de erf-

---

(26) N. GEELHAND, *l.c.*; L. RAUCENT, „Un époux peut-il se porter caution sans le consentement de son conjoint?“, in *Actuele problemen uit het notariële recht. Opstellen aangeboden aan Prof. A. De Boungne, Antwerpen, 1985*, 166.

(27) N. GEELHAND, *l.c.*, 280, noot 327; vgl. A. VERBEKE, *l.c.*, 1994, 115-116, nr. 86: „De goede trouw betreft niet alleen het bestaan van de toepasselijke rechtsregel, maar alle feitelijke omstandigheden waarvan de toepassing van deze regel afhangt, zoals het gehuwd zijn van de borgsteller, de kwalificatie van de zekerheid als persoonlijke zekerheid, het feit of de belangen van het gezin in gevaar worden gebracht...”.

(28) Art. 224, § 1, 4<sup>o</sup> B.W.; L. RAUCENT, „Un époux peut-il se porter caution sans le consentement de son conjoint“, in *Actuele problemen uit het notariële recht. Opstellen aangeboden aan Prof. A. De Boungne, Antwerpen, 1985*, 101.

(29) M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* in de reeks *A.P.R.*, Antwerpen, 1999, nr. 173.

genomen van de overleden borg van het bestaan van de borgtocht zou moeten verwittigen?

### *B. Inzake consumentenkrediet*

**13.** In België kent men een Wet op het consumentenkrediet (Wet van 12 juni 1991 op het Consumentenkrediet), die, zoals zijn titel het laat vermoeden, de consument beoogt te beschermen tegen al te nadelige bedingen in de kredietovereenkomst, en die ook poogt te vermijden dat de consument onverantwoord hoge kredieten zou opnemen, waardoor hij zijn leven lang onder een bijna ondraaglijke schuldenlast gebukt zou gaan. De Wet op het consumentenkrediet gebruikt echter een aantal traditionele juridische begrippen in een niet-traditionele betekenis, of voert nieuwe, eigen begrippen in. Het is een uitzonderingswet, die niet zo gemakkelijk kan worden ingepast in het mischien verouderde, maar o zo vertrouwde Burgerlijk Wetboek(30).

De Wet op het Consumentenkrediet beschermt in de eerste plaats de *consument*, d.i. elke natuurlijke persoon die handelt met een oogmerk dat geacht kan worden vreemd te zijn aan zijn handels-, beroeps- of ambachtelijke activiteit, en die, buiten dit kader, een kredietovereenkomst aangaat. Men denke aan het klassieke geval waarin een particulier een lening aangaat om zich een auto aan te schaffen of een nieuwe eetkamer, of om, in een verre en exotische bestemming, een paar dagen „voorgeprogrammeerde” rust te genieten.

Desalniettemin wordt ook de *borg* van een consumentenkrediet beschermd. Onrechtstreeks doet hij zijn voordeel met de bepalingen van de wet die de kredietnemer beschermen. En in de mate waarin deze bepalingen de kredietnemer voor een overdreven schuldenlast behoeven, wordt de kans dat de schuldeiser de borg zal aanspreken, uiteraard kleiner.

**14.** Wat specifiek de informatieplicht van de schuldeiser betreft, moet diegene die schuldeiser is op grond van een consumentenkrediet, aan de borg die de terugbetaling van dit krediet waarborgt, een aantal inlichtingen verschaffen. Ofschoon deze informatieplicht in de wet zelf vervat ligt, is ze van contractuele aard: de wet zelf bepaalt de contractuele rechten en plichten van de bij een consumentenkrediet betrokken partijen.

---

(30) Vgl. P. VAN OMMESLAGHE, „Le consumérisme et le droit des obligations conventionnelles”, in *Mélanges offerts à Jacques Heenen*, Brussel, 1994, 509 e.v.

i. Vóór het totstandkomen van de borgtocht dient de kredietverlener, gratis, aan de borg (en aan elke steller van een persoonlijke zekerheid) een exemplaar van het kredietaanbod of van het kredietcontract te overhandigen (art. 34, lid 1 W.C.K.). Op die manier weet de borg duidelijk waartoe hij zich verbindt.

De sanctie is nogal drastisch. De borg wordt immers vrijgesteld van elke verplichting, indien hij het zoëven bedoelde exemplaar niet vooraf heeft ontvangen<sup>(31)</sup>. Wanneer de borg derhalve niet vooraf een exemplaar van het kredietaanbod of van het kredietcontract heeft ontvangen, is hij op geen enkele manier verbonden voor de uit het kredietcontract voortvloeiende verbintenissen.

Men heeft hieruit afgeleid dat de borgtocht tot waarborg van een consumentenkrediet niet langer een consensueel karakter heeft<sup>(32)</sup>. Het vooraf mededelen van het kredietaanbod, resp. van de te waarborgen kredietovereenkomst lijkt me evenwel een maatregel, uitgevaardigd tot bescherming van de borg en ertoe strekkend dat diens instemming met kennis van zaken gegeven wordt. De wet legt enkel op dat de borgtocht trapsgewijs, *in verschillende stadia*, ontstaat: eerst moet de borg een exemplaar van het kredietaanbod of van het kredietcontract ontvangen, en pas daarna kan hij zich als borg verbinden — welke verbintenis *solo consensu* ontstaat. Kan men de voorafgaande mededeling van het kredietaanbod, c.q. contract werkelijk opvatten als een substantiële formaliteit, een *forma qui dat esse rei*? Men kan dit betwijfelen. Het betreft in elk geval geen klassieke formaliteit. Maar men weet hoe het consumentenrecht afwijkt van een aantal klassieke beginselen van het contractenrecht.

De wetgever kwalificeert de door art. 97 W.C.K. bedoelde „vrijstelling van elke verplichting” niet nader. Wegens de strekking van de mededelingsplicht, lijkt het om een relatieve nietigheid te moeten gaan. Ook dit feit plaatst de stelling dat deze mededeling vooraf een substantiële, voor de geldigheid vereiste formaliteit betreft in een enigszins bijzonder daglicht.

Wanneer de borg de nietigheid wil inroepen, zal hij moeten aantonen dat de kredietverlener hem niet, vooraf, de vereiste gegevens heeft

(31) Art. 97 W.C.K.; M. DAMBRE, „De bescherming van de consument in de kredietsector”, in K. BERNAUW e.a. (ed.), *Consumentenrecht*, Brugge, 1998, 181, nr. 117; Vred. Luik III, 15 december 1995, *T. Vred.* 1997, 366; zie echter Vred. Gent II, 15 september 1994, *T. Vred.* 1996, 131.

(32) E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, 1996, 243, nr. 413; P. VAN OMMESLAGHE, *l.c.*, 509 e.v., nr. 14; M. DAMBRE, in K. BERNAUW, *l.c.*

verschafft. Vermits het *probandum* een feit is, zal dit bewijs met alle middelen rechtens kunnen worden geleverd.

15. De aan de borg te bezorgen borgtochtakte moet het gewaarborgd bedrag nauwkeurig vermelden en de borgtocht geldt enkel voor dit bedrag (eventueel verhoogd met de nalatigheidsinteressen). Wie de terugbetaling van een consumentenkrediet waarborgt, kan zich dus enkel verbinden voor een *bepaald* bedrag. Een borgtocht voor *alle schulden* die de consument jegens een welbepaald schuldeiser heeft of zal hebben, is derhalve ten enenmale uitgesloten, omdat het, bij een zodanige borgtocht, niet mogelijk is het gewaarborgd bedrag nauwkeurig te bepalen(33).

Opvallend is wel dat het verbod van een borgtocht voor alle sommen die uit een aan een consument toegestaan krediet voortvloeien, ook geldt voor een professionele borg.

Men hoeft de draagwijdte van het verbod van een borgtocht voor alle sommen inzake consumentenkrediet evenwel niet te overschatten. Zoals gezegd, is een consument een natuurlijk persoon, die handelt met een oogmerk dat geacht kan worden vreemd te zijn aan zijn handels-, beroeps- of ambachtelijke activiteiten. In dit beperkt kader zal er, in de praktijk, nauwelijks behoefte bestaan aan een algemene borgtocht.

In verband met een onvolledig ingelichte borg kan een vonnis worden vermeld van de Vrederechter van het 2e kanton Gent(34). Het betrof een borgtocht voor een niet gespecificeerde kredietovereenkomst, die aan de Wet Consumentenkrediet onderworpen was, en waarin noch het aantal mensualiteiten, noch hun bedrag noch de eerste of laatste datum van betaling werden vermeld. Volgens de rechter was de borg niet behoorlijk ingelicht over de omvang van zijn verplichtingen, noch over de werkelijke omvang van de borgschuld. Hij verminderde deze laatste tot datgene waartoe de borg zich uitdrukkelijk had verbonden. Hij baseerde deze beslissing evenwel niet op art. 97 W.C.K., maar op art. 32 van dezelfde wet, dat „onder voorbehoud van andere gemeenschappelijke sancties”, de verplichtingen van de consument vermindert. Blijkbaar was de rechter van oordeel dat de herleiding van de borg-

---

(33) Zie o.m. M. DAMBRE, *Consumentenkrediet*, Gent, 1993, 69, nr. 150; P. LETTANY, *Het consumentenkrediet*, Antwerpen, 1993, 222, nr. 254.

(34) Vred. Gent II, 15 september 1994, *T. Vred.* 1996, 131.

verbintenis tot het uitdrukkelijk overeengekomene in dit geval een adequate gemeenrechtelijke sanctie uitmaakte(35).

16. *ii.* De kredietgever dient de borg bovendien in kennis te stellen van de totstandkoming van de kredietovereenkomst (art. 34, lid 2 W.C.K.). Vanzelfsprekend geldt deze verplichting niet, wanneer de borg zich, op het instrument dat de kredietovereenkomst vastlegt, als subsidiaire schuldenaar verbindt.

17. *iii.* De kredietgever moet de borg eveneens vooraf op de hoogte brengen van elke wijziging van de kredietovereenkomst (art. 34, lid 2 W.C.K.); men denke b.v. aan een verhoging van het beschikbare krediet.

Krachtens het algemeen beginsel dat geen van de bij de borgtocht betrokken partijen de rechtens bepaalde situatie van de anderen mag wijzigen, is een aan de borg niet meegedeelde wijziging van de kredietovereenkomst waarmee hij niet akkoord ging, hem niet tegenwerpelijk. De borg is enkel gehouden tot de verbintenis zoals die uit het oorspronkelijk contract voortvloeit, zelfs indien hij op de hoogte wordt gebracht van een nadien tussen de schuldeiser en de schuldenaar afgesproken wijziging.

18. *iv.* Belangrijk is dat de kredietgever de *borg moet verwittigen*, wanneer de consument twee betalingen of minstens een vijfde van de in totaal te betalen som achterstaat. Hij moet de borg bovendien in kennis stellen van de toegekende betalingsfaciliteiten (art. 35 W.C.K.).

De voorgeschreven verwittiging dient de borg in staat te stellen alsnog de nodige maatregelen te treffen, en in het bijzonder om de consument alsnog tot betaling aan te sporen(36). Ze moet plaats grijpen, uiterlijk op het ogenblik waarop de schuldeiser de in gebreke blijvende consument tot betalen aanmaant.

Opmerkelijk is dat de in art. 35 W.C.K. vervatte verplichting (evenmin trouwens als de in art. 34, lid 2 vervatte) van een specifieke sanctie is voorzien. Het gemeen recht inzake contractuele aansprakelijkheid is derhalve toepasselijk: de in gebreke blijvende kredietverlener kan tot schadeloosstelling worden veroordeeld, indien zijn ver-

---

(35) Vgl. D. BLOMMAERT en F. NICHELS, „Consumentenkrediet. Wet 12 juni 1991”, art. 34, 4, nr. 4, in H. SWENNEN e.a. (eds.), *Artikelsgewijze commentaar Handels en economisch recht*, Antwerpen, losbladig.

(36) D. BLOMMAERT en F. NICHELS, *l.c.*, art. 35, nr. 2.

zuim de borg schade toebracht. De op de borg rustende bewijslast is nogal zwaar: hij zal moeten aantonen dat hij, tijdig ingelicht, erger had kunnen voorkomen of daartoe althans een redelijke kans had.

**19.** v. Krachtens artikel 11 W.C.K. zijn de kredietgever en de kredietbemiddelaar ertoe gehouden de consument op een juiste en volledige manier alle noodzakelijke informatie te verschaffen in verband met de beoogde kredietovereenkomst. Bovendien moeten zij voor de kredietovereenkomsten die zij gewoonlijk aanbieden of waarvoor zij gewoonlijk bemiddelen, het krediet zoeken dat qua soort en bedrag het best is aangepast, rekening houdend met de financiële toestand van de consument op het ogenblik van het sluiten van de kredietovereenkomst. Anderzijds moet het kredietaanbod een aantal vrij gedetailleerde vermeldingen bevatten (art. 14 W.C.K.).

Wanneer de kredietgever deze verplichting niet is nagekomen, kan de rechter, onverminderd de gemeenrechtelijke sancties, de consument ontslaan van het geheel of van een gedeelte van de nalatigheidsinteressen, zijn verplichtingen verminderen tot de prijs bij contante betaling of tot het ontleende bedrag (art. 92 W.C.K.). Het verweer dat de kredietnemer-consument aldus kan voeren, kan worden opgevat als een aan de gewaarborgde schuld *inherente exceptie*(37). Niet alleen de hoofdschuldenaar kan er zich derhalve op beroepen, maar ook diens borg (art. 2036 B.W.).

Men merke verder op dat de thans bedoelde informatieplicht zeer ruim is: de schuldeiser moet aan de kredietnemer, op een juiste en volledige manier, alle noodzakelijke informatie verschaffen. De consument moet dus, in alle relevante opzichten, weten waartoe hij zich verbindt. Is dit niet het geval, dan kan niet alleen hij, maar ook zijn borg deze onvolledige informatieverschaffing aan de schuldeiser tegenwerpen.

## II. AANSPRAKELIJKHEID ALS KREDIETVERLENER

**20.** Naar Belgisch recht mag de schuldeiser, en vooral de professionele kredietverlener, geen onterechte kredieten toestaan. Daardoor zou hij immers aan de schuldenaar-kredietnemer een schijnbare kredietwaardigheid verschaffen, die derden kan misleiden omtrent zijn solvabiliteit. Dit beginsel wordt echter getemperd door de regel dat het niet automatisch en *ipso facto* fout is kredieten toe te staan aan een

---

(37) M. DAMBRE, „De bescherming van de consument in de kredietsector”, in Y. MERCHIERS (ed.), *Consumentenrecht*, Brugge, 1998, 181, nr. 118.



onderneming in ernstige moeilijkheden. Er is slechts sprake van foutieve kredietverlening, wanneer de financiële situatie van de schuldenaar onherstelbaar is, en zijn faillissement onafwendbaar. De eventuele fout van de kredietverlener mag evenmin *post factum* worden beoordeeld, maar moet worden getoetst op basis van de toestand waarin de schuldenaar zich bevond op het ogenblik dat het krediet werd toegestaan(38).

**21.** Toepassing van deze beginselen op de borgtocht leidt tot de stelling dat de borg de fout van de schuldeiser kan inroepen, wanneer de hoofdschuldenaar het krediet niet verdiende, en wanneer de zaak waarvoor het krediet werd toegekend, van meetaf tot mislukking gedoemd was(39). Dit is natuurlijk het geval, wanneer de schuldeiser op de hoogte was van de economische onleefbaarheid van de onderneming van de schuldenaar. De schuldeiser mag aan de schuldenaar geen onbeperkt krediet verschaffen, erop speculerend dat de schuld toch gedekt wordt door een solvante borg. „*Le cautionnement est alors perverti, et l'engagement de la caution n'a plus aucun caractère subsidiaire*”(40).

De schuldeiser gaat echter ook in de fout, wanneer hij het krediet op een lichtvaardige wijze toekent, zonder zich te bekommeren om de vraag of de kredietnemer wel tot terugbetaling in staat zal zijn. Op hem rust derhalve een onderzoeksplicht naar de financiële draagkracht van de hoofdschuldenaar. Het komt de kredietverlener toe de economische verantwoording van het gevraagde krediet met de passende zorgvuldigheid te onderzoeken.

*A fortiori* handelt de schuldeiser foutief, wanneer hij aan de hoofdschuldenaar, op een contractueel niet voorziene en onregelmatige manier, rechtstreekse kredieten toestaat(41). De borg kan er, in soort-

---

(38) Vgl. P. VAN OMMESLAGHE en L. SIMONT, „De aansprakelijkheid van de bankier-kredietverlener in het Belgisch recht”, *T.P.R.* 1986, 1091-1134; L. CORNELIS, „De aansprakelijkheid bij de kredietverlening”, *T.P.R.* 1986, 349-404; Kh. Brussel 3 mei 1976, *J.T.* 1977, 60.

(39) Bergen 4 oktober 1988, *J.L.M.B.* 1989, 1151; Rb. Namen 1 april 1988, *J.T.* 1988, 410 (met noot).

(40) F. T'KINT, *Les sûretés*, Brussel, 1991, 387, nr. 774; vgl. Brussel 17 oktober 1986, *T.B.B.R.* 1989, 150, noot C. DALCQ (motieven).

(41) Brussel 11 september 1987, *T.B.H.* 1989, 7, noot D. DEVOS.

De schuldeiser (door een samenloop van omstandigheden tevens zaakvoerder van de vennootschap-hoofdschuldenaar) gaat nog meer in de fout, wanneer hij de hoofdschuldenaar „melkt”, door haar facturen op te sturen voor niet geleverde prestaties, en door het bedrag van deze facturen, in zijn hoedanigheid van zaakvoerder van de hoofdschuldenaar, te betalen. Door de betaling van deze fictieve facturen ten belope van 420.000 fr. wordt de financiële situatie van de hoofdschuldenaar bezwaard, en wordt de waarschijnlijkheid dat de borg zal moeten worden aangesproken, navenant groter. De borgtocht vervalt ten bedrage van deze 420.000 fr. (Antwerpen 15 december 1997, *R.W.* 1998-99, 1224).

gelijke hypothesen, gewoon mee volstaan op te werpen dat de borgtocht zich enkel uitstrekt tot de schulden, voortvloeiende uit de normale handelsbetrekkingen tussen de kredietgever en de kredietnemer, maar niet tot onregelmatig verleende kredieten.

**22.** Bij de beantwoording van de vraag of het krediet terecht aan de schuldenaar werd toegekend, moet men er echter wel rekening mee houden dat het niet ongebruikelijk is bij de kredietverlening aan *personenvennootschappen* die vaak ondergekapitaliseerd zijn, ook rekening te houden met de persoonlijke zekerheden die door de bestuurder of vennoot van de vennootschap worden aangeboden, alsmede met hun bekwaamheid, hun reputatie en hun deskundigheid<sup>(42)</sup>. Toch is terzake enige voorzichtigheid geboden: wanneer men de kredietwaardigheid van de hoofdschuldenaar beoordeelt mede in functie van de geboden persoonlijke zekerheden, loopt men het gevaar te worden verweten het krediet te hebben toegekend aan een op zichzelf insolvente schuldenaar, enkel en alleen omdat de schuld gewaarborgd was door een of meer solvete borgen. De kredietwaardigheid van de hoofdschuldenaar mag dus zeker niet alleen gebaseerd zijn op de omstandigheid dat de schuld door voldoende persoonlijke zekerheden is gewaarborgd. Bij kredieten aan personenvennootschappen mag dit feit weliswaar één van de beoordelingselementen vormen, maar niet het enige, noch het doorslaggevende. De door een derde verleende waarborg moet een marginaal beoordelingselement blijven, zodat de kredietverlening nauw afgestemd moet zijn op de financiële mogelijkheden van de ontleners<sup>(43)</sup>.

**23.** Volgens art. 15 Wet Consumentenkrediet mag de kredietgever overigens slechts een kredietaanbod voorleggen, wanneer hij, gelet op de gegevens waarover hij beschikt of zou moeten beschikken, redelijkerwijze kan aannemen dat de consument in staat zal zijn om de uit de kredietovereenkomst voortvloeiende verplichtingen na te komen. Om de kredietwaardigheid van de kredietnemer in te schatten, verplicht de wetgever de kredietverlener de centrale gegevensbank van de Nationale Bank vooraf te raadplegen, waar alle wanbetalingen die onder het toepassingsgebied van de wet vallen, geregistreerd zijn (art. 71 W.C.K.). Maar de kredietverlener mag er zich niet toe be-

---

(42) P.A. FORIERS, „Le cautionnement et la responsabilité du banquier-donneur de crédit”, *B.R.H.* 1979, 281-288, i.h.b. 285, nr. 8.

(43) Bergen 12 januari 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1430.

perken deze centrale gegevensbank te raadplegen. Weliswaar moet ook de consument aan de kredietverschaffer de nodige gegevens meedelen, maar de onderzoeksplicht van de kredietverlener is in dezen belangrijker dan de informatieplicht van de consument-lener. Op de kredietverlener rust een actieve onderzoeksplicht(44).

Uit de *ratio legis* van de wet kan worden afgeleid dat de solvabiliteit van de consument moet worden beoordeeld, afgezien van eventuele persoonlijke zekerheden die zijn schuld waarborgen. De bedoeling is immers hem tegen overmatige schuldenlast te beschermen. Maar zijn schuldenlast is even zwaar of hij nu de kredietgever dan wel de borg moet terugbetalen. Daartegen weegt niet op het feit dat het kredietaanbod ook de precieze aard van de zekerheden moet vermelden, die door de kredietgever worden geëist om het krediet toe te staan(45).

Wanneer het consumentenkrediet op onverantwoorde wijze werd toegestaan, kan de vrederechter de kredietnemer toelaten tot terugbetaling van het zuiver geleend kapitaal, zonder interesten derhalve, maar met behoud van het voordeel van terugbetaling in termijnen. Andermaal kan ook de borg de schending van art. 15 W.C.K. inroepen. Uit art. 92, lid 1<sup>o</sup> W.C.K. kan hij zelfs een aan de gewaarborgde schuld inherente exceptie ontlenen die hij aan de schuldeiser kan tegenwerpen(46).

**24.** De kredietverlener mag de schuld van de hoofdschuldenaar evenmin te hoog laten oplopen; hij mag het te waarborgen passief niet op een overdreven en lichtvaardige manier laten toenemen(47).

Dit probleem stelt zich vooral bij borgstellingen voor alle sommen. Ofschoon de borg alsdan in beginsel voor alle door de hoofdschuldenaar aangegane schulden moet instaan, moet de kredietgever niettemin, bij de opvolging en het beheer van de kredietlijnen, de nodige voorzichtigheid in acht nemen. Hij mag geen kredietverlengingen of

---

(44) Vred. Berchem 5 januari 1999, *R.W.* 1999-2000, 1345; vgl. Vred. Westerlo 4 april 1997, *R.W.* 1999-2000, 957; Vred. Merksem 4 februari 1999, *R.W.* 1999-2000, 205.

(45) Art. 14, § 3, 8<sup>o</sup> W.C.K.; A. DE BOECK, noot in *R.W.* 1994-95, 1450, nr. 7.

(46) M. DAMBRE, „De bescherming van de consument in de kredietsector”, *l.c.* 181, nr. 118.

(47) Brussel 15 januari 1987, *T.B.B.R.* 1988, 428 (motieven); noot D. DEVOS onder Brussel 11 september 1987, *T.B.H.* 1989, 31 e.v.; Rb. Verviers 9 augustus 1995, *J.L.M.B.* 1996, 1572 (1578); Cass. 18 februari 1988, *A.C.* 1987-88, 790, *T.B.H.* 1988, 697, noot E. DIRIX, 660 (dit arrest betreft evenwel de passieve hoofdelijkheid, die echter op dit punt m.i. niet verschilt van de (hoofdelijke) borgtocht. De in de tekst verdedigde opvatting komt wel ter sprake in het cassatiemiddel, maar slechts zijdelings in de consideransen van het Hof zelf. Volgens het Hof kon de feitenrechter uit de lankmoedigheid van de schuldeiser jegens de schuldenaar, waardoor de schuld van diens medeverbondenen steeds maar opliep, afleiden dat de schuldeiser rechtsmisbruik had gepleegd.

-verhogingen toestaan, die niet worden verantwoord door de evolutie van het zakencijfer van de kredietnemer.

Evenmin mag de kredietverlener te lang talmen met het invorderen van de schuldvordering. Wanneer de schuldeiser abnormaal lang stil zit, zonder dat daarvoor gegronde bedrijfseconomische redenen aan te wijzen zijn, begaat hij een fout, waarvan de borg eventueel de nefaste gevolgen zal moeten dragen, als de schuldenaar uiteindelijk toch niet kan terugbetalen.

**25.** Tenslotte kan de schuldeiser ook een fout begaan, door, zonder goede reden, het krediet plots en onbesuisd op te zeggen. Een dergelijk onbesuisd optreden kan voor de hoofdschuldenaar nefaste gevolgen hebben, en zijn krediet volledig aan het wankelen brengen. De andere schuldeisers van de schuldenaar worden gealarmeerd, en eisen op hun beurt onmiddellijke betaling, zodat het faillissement onvermijdelijk wordt. Eén en ander kan, op zijn beurt, voor de borg nadelige repercussies hebben(48).

### III. MAG DE SCHULDEISER DE BORG ONEVENREDIG ZWAAR BELASTEN?

**26.** In Frankrijk heeft het *Macron*-arrest(49) veel ophef gemaakt. MACRON was voorzitter-gedelegeerd bestuurder van een vennoot-

---

(48) Vgl. Kh. Luik 2 juni 1983, *T.B.H.* 1984, 70; Brussel 12 februari 1992, *Rev. Prat. Soc.* 1993, 256 (motieven), noot F. T'KINT, *Pas.* 1992, II, 23, *J.L.M.B.* 1993, 155; Bergen, 7 maart 1994, *J.L.M.B.* 1996, 1201.

(49) Cass. fr. 17 juni 1997, *J.C.P.* éd. E. 1997, II, 1007, noot D. LEGEAIS, 1998, 208, noot J. CASEY, *Rev. trim. dr. civ.* 1998, 100, met opm. J. MESTRE en 157-161, met opm. van P. CROCQ.

In een later arrest (Cass. fr. 7 juni 1998, *Bull. civ.* 1998, I, nr. 173, becommentarieerd door M. BANDRAC en P. CROCQ in *Rev. trim. dr. civ.* 1998, 421-422, nr. 1) besliste het Franse Hof van cassatie dat de ongegoede borg zelf zich niet op art. 2018 C.Civ. (dat, bij verplichte borgtocht, enkel genoegzaam gegoede borgen toelaat) kan beroepen, om de nietigheid van de borgtocht te vorderen. Volgens M. BANDRAC en P. CROCQ (*l.c.*) stelt dit arrest de doctrine van het *Macron*-arrest echter niet in vraag. Het arrest van 7 juni 1998 heeft het immers over de nietigheid van de borgtocht, terwijl het *Macron*-arrest aan de overbelaste borg een vordering tot schadevergoeding toekent.

De Franse wetgever is zelfs tussengekomen in een zin, die duidelijk in de richting van het *Macron*-arrest wijst. De „Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions” van 29 juli 1998 (*J.O.* 31 juli 1998, 11679 e.v.) heeft immers aan art. 2024 C.Civ. de volgende zin toegevoegd: „En toute hypothèse, le montant des dettes résultant du cautionnement ne peut avoir pour effet de priver la personne physique qui s'est portée caution d'un minimum de ressources fixé à l'art. L 331-2 du code de la consommation”. Het aldaar bedoelde minimum wordt bepaald in functie van het voor beslag vatbaar deel van het loon.

Toch zouden de wettelijke regeling en het arrest *Macron* elkaar slechts gedeeltelijk overlappen, zodat het wetgevend ingrijpen de doctrine van het *Macron*-arrest niet overbodig heeft gemaakt (M. BANDRAC en P. CROCQ, *Rev. trim. dr. civ.* 1998, 954-955, nr. 2).

schap. Hij had zich, ten belope van 20 miljoen FF., te vermeerderen met de interesten, borg gesteld voor alle schulden die de door hem geleide vennootschap had of nog zou hebben jegens haar schuldeiser, een bank. Bij het aangaan van zijn borgverbintenis, had hij een maandelijks inkomen van 37.550 FF., en een vermogen van 4 miljoen FF. De interesten van de gewaarborgde schuld alleen reeds bleken vijf maal hoger dan zijn maandelijks brutoloon, terwijl de hoofdsom gelijk was aan zijn gehele vermogen, vermenigvuldigd met een factor vijf (of zelfs zes). Gelet op deze *wanverhouding* tussen zijn eigen financiële middelen en zijn verplichtingen als borg, wierp MACRON op dat hij in werkelijkheid een levenslange verbintenis had aangegaan; de omvang van zijn borgverbintenis was immers zo enorm dat hij de borgschuld zijn leven lang zou moeten terugbetalen. Dit laatste argument kon in casu echter gemakkelijk worden weerlegd, vermits MACRON de borgtocht ten allen tijde kon opzeggen.

Het Hof van Beroep had de bank niettemin tot schadevergoeding veroordeeld jegens MACRON, ten belope van 15 miljoen FF. Het erkent weliswaar dat zijn toestemming door geen enkele dwaling was aangetast, maar het beschouwde zijn borgschuld „als kennelijk buiten verhouding” („*manifestement disproportionnée*”) met zijn inkomen. Volgens het Franse Hof van Cassatie kon de feitenrechter daaruit wettig afleiden, gelet enerzijds op de enormiteit van de borgschuld en anderzijds op de feitelijke omstandigheden van de zaak die elke goede trouw vanwege de bank uitsloten, dat deze laatste foutief had gehandeld door een dermate hoge borgtocht te eisen, die in geen enkele verhouding stond met de inkomsten en het vermogen van de borg(50).

27. Dit arrest moge sommigen als muziek in de oren klinken. De vraag is evenwel hoe het juridisch, en niet alleen moreel, kan worden gerechtvaardigd.

De Franse doctrine poogt een rechtvaardiging te vinden in een verdoordreven werking van de goede trouw. De loyauté die tussen

---

(50) „*La cour d'appel... a pu estimer, en raison de l'énormité de la somme garantie par une personne physique, que dans les circonstances de fait, exclusives de toute bonne foi de la banque, cette dernière avait commis une faute, en demandant un tel aval „sans aucun rapport” avec le patrimoine et les revenus de l'avaliste*” (de omstandigheid dat het in dit geval om een aval ging, en niet om een echte borgtocht, is irrelevant). Eerder reeds interpreteerde J. MESTRE (*Rev. trim. dr. civ.* 1994, 851, nr. 2) een cassatiearrest van 22 februari 1994 (*Bull. civ.* 1994, IV, 55, nr. 72) als volgt: „*La bonne foi qui doit présider à la conclusion de l'acte doit le [i.e. de contractant] conduire à mettre entre parenthèses son intérêt personnel, lorsque l'autre n'est manifestement pas en mesure de faire face aux engagements qu'il va souscrire, sous peine de voir sa responsabilité engagée*”.

contractspartijen moet heersen, verhindert dat de ene de andere als een citroen uitperst, en dit niet alleen bij de uitvoering van de overeenkomst, maar eveneens bij haar totstandkoming. Voor fouten, begaan bij het sluiten van de overeenkomst, *culpa in contrahendo*, voorziet het Wetboek weliswaar meestal in geëigende sancties, zoals bij dwaling, bedrog of geweld, die alle tot de nietigheid van de rechtshandeling leiden. De wilsvrijheid van MACRON was evenwel intact, vermits de feitenrechter zijn beroep op dwaling (dat, gelet op zijn functie van afgevaardigde-bestuurder, weinig geloofwaardig was) had verworpen. In het *Macron*-arrest voert het Hof van Cassatie derhalve, onder de vlag van de goede trouw, een sanctie in voor een niet aan een wilsgebrek te wijten geldig tot stand gekomen contractuele verbintenis, omdat het foutief is om een borg dermate te belasten, dat zijn verbintenis kennelijk in een wanverhouding staat tot zijn financiële mogelijkheden. „*Il existe un stade intermédiaire entre l'exécution pure et simple de la convention, qui témoigne d'un consentement intègre, et la nullité de celle-ci, qui sanctionne à l'inverse un consentement vicié. Ce stade intermédiaire est celui de la bonne foi quant au contenu du contrat, et non plus quant à la conclusion de celui-ci, et dont la violation n'entraîne pas la nullité de la convention, mais l'allocation de dommages et intérêts*”(51).

Men moet derhalve het nastreven van zijn eigenbelang en zijn eigen winstbejag temperen, wanneer de wederpartij klaarblijkelijk niet in staat is de verbintenissen die zullen voortvloeien uit het te sluiten contract, na te komen (of daartoe slechts in staat zal zijn, middels over een zeer lange periode gespreide betalingen).

Men heeft het ook ronduit over rechtsmisbruik. „*La Cour de cassation sanctionne en réalité une forme d'abus de droit, un manquement à la loyauté contractuelle. L'abus consiste à faire souscrire une garantie qui, si elle vient à être mise en oeuvre, produit des effets comparables à celui d'un engagement perpétuel*”(52).

**28.** De vraag is of deze argumentatie naar het Belgische recht kan worden getransponeerd, of het Belgisch recht m.a.w. gekenmerkt wordt door een soortgelijke „*retour du coeur*”.

De beperkende werking van de goede trouw wordt ten onzent enkel aangenomen wanneer de gewraakte met de goede trouw strijdige

---

(51) J. CASEY, gecit. noot, 21, nr 6.

(52) D. LEGEAIS, gecit. noot, nr. 8.

handeling *rechtsmisbruik* oplevert(53). Aldus overwoog het Hof van Cassatie, zeer duidelijk, in een arrest van 15 oktober 1987: „Alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan, strekken diegenen die ze aangingen, tot wet; zij kunnen niet worden herroepen dan met hun wederzijdse toestemming of op de gronden door de wet erkend; zij moeten te goeder trouw en zonder rechtsmisbruik worden uitgevoerd, en de rechters mogen de inhoud van een contract niet wijzigen om billijkheidsredenen”(54). En in een arrest van 17 mei 1990(55) luidt het dat een contractspartij noch artikel 1134, lid 3 B.W. noch het beginsel van de uitvoering te goeder trouw miskent, wanneer zij het recht dat zij uit de wettig aangegane overeenkomst put, op een wijze uitoefent die *geen misbruik van recht* uitmaakt.

Daarmee wordt de vraag verplaatst naar de criteria van rechtsmisbruik: wanneer maakt een contractspartij misbruik van haar contractuele rechten? Dit is het geval voor elke rechtsuitoefening die (kenmerkend) de grenzen overschrijdt van de normale rechtsuitoefening door een normaal voorzichtig en oplettend persoon(56). Vermits deze formule evenwel nogal vaag is, zijn een aantal meer precieze maatstaven gangbaar. Zo pleegt iemand misbruik van recht, wanneer hij, door de wijze waarop hij zijn recht uitoefent, aan een ander onnodig schade berokkent, zonder wettig of redelijk belang voor zichzelf(57). Sprekender, vooral in de thans aan de orde zijnde context, is het criterium van de *wanverhouding* tussen het voordeel dat de rechtsuitoefening aan de rechtstitularis biedt en het nadeel dat daardoor aan zijn medecontractant wordt berokkend(58).

**29.** Men moet zich er evenwel rekenschap van geven dat het hierbij — zeer summier — omschreven rechtsmisbruik betrekking heeft op de uitoefening van een recht: men maakt op een deloyale, ongeoorloofde wijze gebruik van een recht, dat men eigenlijk niet uitoefent, maar misbruikt.

---

(53) Cass. 19 september 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 52, *R.W.* 1983-84, 1480, *R.C.J.B.* 1986, 282, noot J.L. FAGNART; 16 januari 1986, *R.W.* 1987-88, 1470, noot A. VAN OEVEREN, *R.C.J.B.* 1991, 4, noot M. FONTAINE; 18 februari 1988, *R.W.* 1988-89, 696, noot E. DIRIX; 17 mei 1990, *R.W.* 1990-91, 1085; 1 februari 1996, *Arr. Cass.* 1996, 141; 13 maart 1998, *Arr. Cass.* 1998, 305.

(54) Cass. 15 oktober 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 190.

(55) Cass. 17 mei 1990, *R.W.* 1990-91, 1085; vgl. S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WERY, „Chronique de jurisprudence. Les obligations: Les sources”, *J.T.* 1996, 705, nr. 42.

(56) Cass. 10 september 1971, *Arr. Cass.* 1972, 42.

(57) Cass. 30 januari 1992, *R.W.* 1993-94, 1023, *R.C.J.B.* 1994, 185.

(58) Cass. 19 september 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 52; 18 januari 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 1441; zie, meer in het algemeen, R. KRUIHOF, H. BOCKEN e.a., „Overzicht van rechtspraak. Verbintenissenrecht”, *T.P.R.* 1994, 474-475, nr. 194.

In de hypothese die ons thans bezig houdt, wordt het *misbruik* evenwel gepleegd *bij het sluiten van de borgtocht*. Dit roept de vraag op of er geen sprake kan zijn van benadeling — welke vraag meteen negatief moet worden beantwoord. Naar Belgisch recht is de benadeling immers slechts voor welbepaalde overeenkomsten een grond tot nietigheid. Bovendien onderstelt de benadeling, in de weinige gevallen waarin ze al kan worden aangenomen, een wanverhouding tussen de over en weer verschuldigde prestaties. Het leerstuk der benadeling is derhalve ten enenmale niet van toepassing op de borgtocht die, in beginsel, een eenzijdig en geen wederkerig contract is.

Men moet dus terugvallen op de zgn. *gekwalificeerde benadeling*. Concreet komt dit hierop neer dat de schuldeiser die ingestemd heeft met een buitensporige borgtocht, misbruik zou hebben gemaakt van zijn recht om te contracteren, en om autonoom, in overleg met de wederpartij, de inhoud van het te sluiten contract te bepalen(59). Maar ook de leer van de gekwalificeerde benadeling onderstelt in beginsel een wederkerig contract, terwijl bovendien nog wordt vereist dat het onevenwicht tussen de wederzijds verschuldigde prestaties voortvloeit uit het misbruik door de benadeler van de slechte onderhandelingspositie, waarin de benadeelde zich bevindt(60).

**30.** Ook in het Duitse recht kan de financieel overbelaste borg („*der überforderte Bürge*”) de nietigheid van zijn borgverbintenis vorderen, op basis van § 138 B.G.B., wanneer er, bij het sluiten van de overeenkomst, een wanverhouding bestaat tussen de omvang van de borgverbintenis en het vermogen en de inkomsten van de borg(61). Maar deze wanverhouding op zichzelf volstaat er niet om de nietigheid van de borgtocht te bekomen. Bovendien moet de borg zich in een zwakke onderhandelingspositie bevinden of zich moreel verplicht voelen om zich borg te stellen: de hoofdschuldenaar is b.v. zijn vader of zijn echtgenoot. Vereist is verder dat de schuldeiser van deze inferieure situatie van de borg misbruik heeft gemaakt.

---

(59) W. DE BONDT, „Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht”, *T.P.R.* 1984, 107, nr. 10.

(60) Cass. 29 april 1993, *J.T.* 1994, 294. Zie algemener, W. DE BONDT, *l.c.*, 107, nr. 11; S. STIJNS, D. VAN GERVEN en P. WERY, *l.c.*, 712, nr. 65; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Brussel, Bruylant, 2000, 333-376, nrs. 176-195.

(61) Zie o.m. BGH. 2 november 1995, *N.J.W.* 1996, 513; 18 januari 1996, *ZIP* 1996, 495; voor meer details, zie N. HORN, in *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13e uitg., 1997, § 765, 239-247, nrs. 160-175.



31. Normalerweise zal er dus in het Belgisch recht geen plaats zijn voor de doctrine van het *Macron*-arrest. Weliswaar kan de schuldeiser, bij de uitoefening van een zekerheidsrecht, rechtsmisbruik plegen. Men denke b.v. aan de situatie, waarin hij over ruim voldoende hem door de schuldenaar verschaft zakelijke zekerheden beschikt, en niettemin, zonder dat daartoe enig bedrijfseconomisch argument voorhanden is, enkel en alleen de armlastige borg aanspreekt. In deze en analoge omstandigheden kan op de schuldeiser een inspanningsverbintenis rusten om eerst deze andere zekerheden te effectueren(62).

De schuldeiser kan eveneens rechtsmisbruik plegen, als hij, quasi-automatisch en overdreven voorzichtig, meer zekerheden eist dan redelijkerwijze verantwoord is, gelet op de hoogte van de te waarborgen schuld(en). Zo is een algemene borgtocht ongetwijfeld verantwoord in het kader van een duurzame zakenverhouding tussen een bankier en een cliënt. Hij is echter niet verantwoord bij occasionele kredietverleningen, en eigenlijk ook niet in het kader van een zakenrelatie, als er geen behoefte is aan een onmiddellijke beslissing voor bijkomende kredietverlening(63). De schuldeiser die meer zekerheden eist dan redelijk verantwoord is, zou eventueel rechtsmisbruik bij het sluiten van de zekerheidsovereenkomsten kunnen worden verweten.

Het is bovendien nog de vraag of men, om dit resultaat te bereiken, naar Belgisch recht op het rechtsmisbruik beroep moet doen. Een algemene borgtocht is immers slechts geldig, voor zover de erdoor gewaarborgde schuldvorderingen bepaald zijn of kunnen worden op het tijdstip van de zekerheidsstelling. Dit is het geval, indien de overeenkomst waarbij de zekerheid wordt gesteld, het mogelijk maakt de te waarborgen schuldvorderingen te bepalen, en indien, blijkens de gegevens van de zaak, de schuldvorderingen werkelijk die zijn welke de partijen hebben willen waarborgen(64). Een schuldvordering die de partijen bij de borgtocht niet bedoelden te waarborgen, die geheel buiten hun verwachtingen valt, zal door de borg derhalve niet moeten worden gewaarborgd, niet alleen of niet zozeer omdat de schuldeiser misbruik pleegde bij het bedingen van een te ruime borgtocht, maar omdat een zodanige schuldvordering niet onder het toepassingsgebied valt van een algemene borgtocht. Een zinnige interpretatie van de borgtocht leidt overigens reeds tot hetzelfde resultaat.

---

(62) H.R. 24 april 1992, *N.J.* 1993, nr. 463, met concl. Adv.-Gen. HARTKAMP; deze oplossing lijkt me zonder meer naar het Belgisch recht te kunnen getransponeerd worden.

(63) W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, XIII, *Handels- en economisch recht*, deel I, *Ondernemingsrecht*, 2e uitg., Antwerpen-Amsterdam, 1978, 500.

(64) Cass. 28 maart 1974, *Arr. Cass.* 1974, 833.

**32.** Wanneer de borgverbintenis echter verantwoord is, rekening houdend met de mogelijke omvang van de te waarborgen schuldvorderingen — hetgeen blijkbaar het geval was in het geschil dat leidde tot het *Macron*-arrest — zie ik niet goed in op welke basis men het bedingen van een zodanige borgtocht naar Belgisch recht als een misbruik van recht zou kunnen brandmerken.

Indien men het sluiten van een zodanige borgtocht niettemin als abusief zou bestempelen, louter en alleen op basis van de wanverhouding tussen het bedrag waarvoor de borg verbonden is en de hoogte van zijn inkomen en zijn vermogen, zou dit, behoudens vergissing van mijnentwege, naar Belgisch recht beslist een *novum* uitmaken.

Dit zou dan verder inhouden dat de kredietverschaffer die aan zijn schuldenaar een belangrijk krediet toekent, daarbij rekening moet houden niet alleen met de financiële draagkracht van de hoofdschuldenaar, maar ook met die van diens borg. Wanneer het bedrag van de te waarborgen schulden potentieel in een wanverhouding staat tot de financiële situatie van de borg, begaat hij ook jegens hem een fout. De schuldeiser zou dus ook de financiële situatie van de borg moeten onderzoeken.

Eén en ander geldt weliswaar inzake consumentenkrediet, in de verhouding tussen de kredietgever en de kredietnemer-consument. Maar kan men beweren dat art. 15 W.C.K. slechts het gemeen recht weergeeft, en dus eigenlijk overbodig is? Is dit art. 15 W.C.K. niet eerder een *lex specialis* die afwijkt van het gemeen recht?

**33.** Afgezien van haar moeilijke inpasbaarheid in de traditionele beginselen van het Belgisch contractenrecht, kan men zich ook vragen stellen naar de opportuniteit van de *Macron*-doctrine.

Zoals gezegd, legt ze een bijkomende onderzoeksplicht op de schuldeiser: die moet nagaan of het bedrag van de borgverbintenis de financiële mogelijkheden van de borg niet kennelijk overschrijdt. Kan men echter, in redelijkheid, een dergelijke onderzoeksplicht op de schuldeiser leggen?

Wanneer bestaat overigens een kennelijk onevenwicht tussen het bedrag van de borgschuld en de financiële draagkracht van de borg, als het gaat om een niet-geplafondeerde borgtocht „voor alle sommen”? Het bedrag waarvoor de borg moet instaan, kan, in die hypothese, pas bepaald worden, wanneer de schuldeiser de borg aanspreekt. Houdt de *Macron*-doctrine in dat de schuldeiser de te waarborgen schuldvorderingen in dat geval niet dermate hoog mag laten oplopen, dat ze buiten elke verhouding staan tot de financiële moge-

lijkheden van de borg (die nochtans, m.i., moeten worden beoordeeld op het ogenblik van het aangaan van de borgtocht)?

Het *praktisch belang* van de *Macron*-doctrine ontgaat me anderzijds enigszins. Welk nut verschaft een borg als de heer MACRON aan de schuldeiser? De schuldeiser wenst betaling op de vervaldag; maar, wegens zijn bescheiden financiële middelen, zal de borg zijn schuld slechts kunnen aflossen in zeer vele, in de tijd gespreide, termijnen. De schuldeiser is met zo een borg niet gediend, en zal dus spontaan, uit eigenbelang, nagaan of de borg voldoende draagkrachtig is om de hoofdschuld desnoods zelf te betalen. Het heeft toch niet veel zin om aan de schuldeiser plichten op te leggen die hij spontaan zal nakomen, en bij de nakoming waarvan hijzelf alle belang heeft.

Art. 2018 B.W. eist overigens bij verplichte borgtochten — waaronder ook contractueel verplichte borgtochten moeten worden gerekend<sup>(65)</sup> — een voldoende solvente borg, die aan de strikte criteria van de artikelen 2019 en 2020 B.W. moet voldoen.

**34.** Iets minder moeite heb ik met de stelling dat de schuldeiser, ook in ons recht, de borg niet meedogenloos, als een roofdier dat zijn prooi zoekt, mag te lijf gaan.

Zoals gezegd, verlenen de meeste banken aan personenvennootschappen die vaak over een beperkt kapitaal beschikken, slechts krediet, mits de bestuurder of zaakvoerder zich hoofdelijk borg stelt voor de terugbetaling van de schuld. Wanneer de vennootschap dan failliet gaat, worden de borgen vaak door talloze schuldeisers op de hielen gezeten, terwijl het faillissement nochtans ook voor de borgen persoonlijk pijnlijke financiële gevolgen kan hebben.

Indien de rechter aan de aldus langs vele kanten belaagde borgen termijnen van respijt heeft verleend, in de zin van art. 1244 B.W., omdat hij hen „ongelukkig en te goeder trouw” acht, en hun toegelaten heeft hun schulden te betalen in een aantal matig berekende maandelijkse afbetalingen, kan het, naar omstandigheden, tegen de goede trouw indruisen dat de bank zich deze beslissing verzet. „*Elle doit supporter tous les autres frais et dépenses qu’elle a supportés ou fait supporter en raison de ses refus fautifs (?) et de sa poursuite d’un avantage illégitime (?)*”. Het verzet van de bank getuigt immers van speculatie om zich te behoeden tegen een eventueel onvermogen van de borgen, ten nadele van de andere schuldeisers, en met het risico dat

---

(65) Zie hierover M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* in de reeks *A.P.R.*, 1999, nr. 774.

haar houding tot de volledige insolventie van de borggen leidt. Een zodanige houding „*est contraire au devoir de loyauté contractuelle qui s'impose en tout contrat, et notamment, et de manière encore plus impérative, dans les relations d'un banquier envers des cautions personnelles*”(66). Bovendien, zo zou ik geneigd zijn eraan toe te voegen, verbreken de kredietverleners die systematisch eisen dat de zaakvoerders van een personenvennootschap zich borg stellen voor de terugbetaling van een aan „hun” vennootschap verleend krediet, het scherm en de bescherming die de rechtspersoonlijkheid aan de vennoten biedt.

#### IV. NALATIGHEID BIJ DE VERVOLGINGEN TEGEN DE HOOFDSCHULDENAAR

**35.** De aanwezigheid van een borg mag voor de schuldeiser geen excuus vormen om zich tegenover de hoofdschuldenaar (of diens schuldeisers) overdreven en onredelijk lankmoedig op te stellen. De hoofdelijke borg (en, in vele gevallen, evenmin de eenvoudige borg) mag weliswaar niet eisen dat de schuldeiser de hoofdschuldenaar eerst in zijn goederen uitwint. Maar, indien de schuldeiser dit toch doet of van een hem door de hoofdschuldenaar aangeboden zekerheid onoordeelkundig gebruik maakt, kan dit, naar omstandigheden, *een fout jegens de borg* uitmaken. Enige voorbeelden ter verduidelijking.

Zo kan de borg de schuldeiser die tevens titularis is van een pandrecht, verwijten er zich niet te hebben tegen verzet dat de verpande goederen in slechte voorwaarden te gelde werden gemaakt, zodat de verkoop veel minder opbracht dan mocht worden verhoopt(67). En een op het handelsfonds van de hoofdschuldenaar bevoorrechte schuldeiser mag niet zo lang talmen met de tegeldemaking van zijn pand, dat de opbrengst veel minder bedraagt dan een tijdige uitoefening van het voorrecht zou hebben opgeleverd(68). Evenmin mag een leasinggever die, na het faillissement van de leasingnemer, terug in het bezit wordt gesteld van het geleasede voertuig, dit niet onder de prijs verkopen en geen onnodige stallingkosten aangaan. Hij heeft niet alleen ten opzichte van de hoofdschuldenaar, maar ook ten opzichte van de borg

(66) Luik 3 februari 1994, *J.L.M.B.* 1994, 602; vgl. E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, 1999, 272, nr. 412.

(67) Vgl. Rb. Brussel 25 november 1966, *J.T.* 1967, 389; Rb. Charleroi 8 maart 1990, *J.T.* 1991, 46, *R.R.D.* 1990, 481, *T.B.B.R.* 1990, 488; Kh. Charleroi 12 oktober 1993, *J.L.M.B.* 1995, 795; Kh. Charleroi 14 oktober 1995, *J.L.M.B.* 1997, 1665.

(68) Kh. Charleroi 23 oktober 1986, *R.R.D.* 1987, 27; vgl. Rb. Verviers 21 oktober 1930, *J.L.* 1930, 308.

een schadebeperkingsplicht(69). De schuldeiser die zelf een aan de schuldenaar toebehorend goed te gelde maakt (na daartoe door de schuldenaar te zijn gemachtigd) zou zelfs de schuldenaar en diens borg van te voren van de voorgenomen verkoopprijs op de hoogte moeten brengen; anders rust op hem de taak om aan te tonen dat de bekomen prijs redelijk was(70).

De schuldeiser moet derhalve de hem ter beschikking staande zekerheidsrechten met de passende diligentie en op een oordeelkundige manier uitoefenen.

**36.** Wanneer de borg het voorrecht van uitwinning met succes heeft ingeroepen — hetgeen hij, naar Belgisch recht, indien de daartoe gestelde voorwaarden vervuld zijn en behoudens (zeer frequent) andersluidend beding, kan doen — staat het aan de schuldeiser om de hoofdschuldenaar onverwijld te vervolgen.

Verzuimt de schuldeiser dit of talmt hij daarmee te lang, dan is dit op zijn risico; de borg kan daaronder niet lijden. De schuldeiser is ten belope van de door de borg aangewezen goederen (die de schuldeiser kan uitwinnen) ten opzichte van de borg aansprakelijk voor het onvermogen van de hoofdschuldenaar, dat door het nalaten van vervolgin- gen mocht ontstaan (art. 2024 B.W.).

Daarbij is evenwel vereist dat de schuldeiser op een foutieve wijze inactief blijft ten opzichte van de hoofdschuldenaar: hij is b.v. nalatig, omdat hij zijn vordering nu éénmaal beveiligd weet door een borg; eventueel kan hij met de hoofdschuldenaar zelfs bedrieglijk samen- spannen om de borg met de schuld op te zadelen. Als de schuldeiser daarentegen geen enkel verwijt treft, zal art. 2024 B.W. niet van toepassing zijn: de schuldeiser is voldoende attent, maar, kort nadat de borg het voorrecht van uitwinning heeft bekomen, gaat de hoofd- schuldenaar b.v. failliet, of gaan de door de borg ter uitwinning aangewezen goederen door toeval teniet. Voor dit risico moet de borg zelf instaan, ondanks zijn voorrecht van uitwinning.

De toepassing van art. 2024 B.W. onderstelt bovendien dat de fout van de schuldeiser aan de borg schade toebrengt (zie verder, nrs. 47 en 67).

De regeling van art. 2024 B.W. is een toepassing van het beginsel dat de ganse borgtocht beheerst, en volgens hetwelk geen van de erbij betrokken partijen de rechten die de wet aan de anderen verleent, in

---

(69) Vgl. Kh. Charleroi 12 oktober 1993, *J.L.M.B.* 1995, 795.

(70) Vred. Luik III, 15 december 1995, *T. Vred.* 1997, 366; zie ook A. ZENNER, *Dépistages, Faillites et Concordats*, Brussel, 1998, 421, nr. 571.

het gedrang mag brengen. Wanneer de schuldeiser, door zijn stilzitten of nonchalance, de situatie van de borg verzaamt — in die zin dat de hoofdschuldenaar intussen insolvent of althans minder solvent is geworden — mag hij de gevolgen daarvan niet op de borg afwentelen. Hij moet voldoende oppassend zijn om de borg voor een dergelijk — gemakkelijk vermijdbaar — risico te behoeden. Zonder de regeling van art. 2024 B.W. zou het voorrecht van uitwinning voor de borgen overigens grotendeels illusoir worden<sup>(71)</sup>.

#### V. DE SCHULDEISER MOET DE AAN DE SCHULDVORDERING KLEVENDE VOORRECHTEN BEWAREN

**37.** Deze verplichting volgt uit art. 2037 B.W. dat de zgn. *exceptie* (of *voorrecht*) van *subrogatie* invoert, en dat de duidelijkste wettelijke erkenning vormt van de zorgplicht, die de schuldeiser jegens de borg in acht moet nemen. Het is niet de bedoeling om de exceptie van subrogatie, in het kader van dit preadvies, volledig te behandelen. Wel zullen die aspecten ervan in het licht worden gesteld, die de zorgplicht van de schuldeiser illustreren.

##### A. Aard en grondslag

**38.** Ter herinnering en voor zover als nodig, vooreerst een korte schets van de exceptie van subrogatie. Men weet dat de borg die de schuldeiser betaalde, over een subrogatoir verhaal beschikt tegen de hoofdschuldenaar (art. 2029 B.W.). Hij betaalde immers niet zijn eigen schuld, maar die van de hoofdschuldenaar.

Wanneer de oorspronkelijke vordering van de schuldeiser nu gewaarborgd was door nog andere zekerheden, gaan deze zekerheden mee over op de betaald hebbende borg. Deze kan zich dus beroepen op alle voorrechten die aan de schuldvordering van de schuldeiser tegen de hoofdschuldenaar verbonden waren. Daardoor wordt zijn subrogatoir verhaal in aanzienlijke mate versterkt. Art. 2037 B.W. beveiligt de rechtspositie van de borg nog extra: hij is immers ontslagen, wanneer hij door toedoen van de schuldeiser niet meer in diens rechten, voorrechten en hypotheken kan treden.

**39.** De uitdoving van de borgtocht, op grond van artikel 2037 B.W., is duidelijk een sanctie. De schuldeiser mag niet geheel onverschillig

---

(71) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VI, nr. 913.

blijven voor het lot van de borg. Deze laatste heeft de schuldeiser, zonder van hem enige tegenprestatie te ontvangen, een persoonlijke zekerheid verschaft, en loopt daardoor een ernstig risico. Indien dit risico zich voordoet, hoopt hij tegen de hoofdschuldenaar een doeltreffend verhaal te kunnen uitoefenen. Maar de doeltreffendheid van zijn verhaal hangt mede af van de voorrechten en zekerheden die aan de door hem gewaarborgde schuldvordering kleven. Hij mag dan ook van de schuldeiser verwachten dat hij deze voorrechten niet verloren laat gaan. „*Tout contrat exige un esprit de collaboration qui impose à chacune des parties de s'abstenir de tout acte qui rendrait l'exécution plus lourde pour l'autre. La caution entend récupérer les sommes qu'elle pourrait être amenée à déboursier en faveur du créancier et, dans cette optique, les garanties attachées à la créance ont eu une influence non négligeable sur son consentement. Le créancier ne l'ignore point et doit s'abstenir de tout agissement qui entraînerait une aggravation des obligations consenties*” (72).

Vanuit die optiek past artikel 2037 B.W. enkel het *gemeen recht* toe op de borgtocht. Het verbindt met name aan de borgtocht verplichtingen die er, op grond van de goede trouw, uit voortvloeien; het vormt een typisch voorbeeld van de *aanvullende werking van de goede trouw*. Het onderstreept de solidariteit die tussen schuldeiser en borg moet bestaan, en de eerder uiteengezette zorgplicht die de schuldeiser jegens de borg aan de dag moet leggen. Art. 2037 B.W. vormt anderzijds een toepassing van het eerder vermelde algemeen beginsel inzake borgtocht dat geen van de bij de verrichting betrokken partijen de positie van de anderen mag aantasten noch verzwaren (73).

De wetgever vat de regeling van artikel 2037 B.W. echter niet altijd consequent op als een sanctie van de zorgplicht van de schuldeiser jegens de borg. In die zin maakt de bespreking ervan, in het kader van dit preadvies, in een zekere zin een „rationele reconstructie” uit van het vigerende recht.

---

(72) S. BÉTANT-ROBET, „La décharge de la caution par application de l'article 2037”, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1974, 313, nr. 9; vgl. H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 962; A. VAN OVERBROECK, „A propos d'un mode d'extinction du cautionnement: l'article 2037 du Code Civil”, *Bank Fin.* 1968, 424; P.A. FORIERS, „Les sûretés personnelles traditionnelles. Développements récents”, in A.M. STRANART (ed.), *Le droit des sûretés*, Brussel, 1992, 174, nr. 60; F. T'KINT, *Sûretés*, Brussel, 1991, nr. 790; *Enc. D., Dr. civ.*, v<sup>o</sup> cautionnement, nr. 275; Rb. Charleroi 8 maart 1990, *J.T.* 1991, 46; voor een toepassing van de goede trouw op de borgtocht in een andere context, zie Luik 4 februari 1994, *J.L.M.B.* 1994, 602.

(73) H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 961; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Gent, 1996, 248, nr. 423.

B. Wie kan art. 2037 B.W. inroepen?

**40.** Art. 2037 B.W. kan worden ingeroepen door alle borggen, eenvoudige zowel als hoofdelijke, door de achterborg en door de tegenborg, en ook door de zgn. zakelijke borg.

In België wordt vrij algemeen geleerd dat de *hoofdelijke medeschuldenaar* geen beroep kan doen op het voorrecht van subrogatie(74). Ofschoon deze kwestie de grenzen van dit preadvies enigszins overschrijdt, moge worden opgemerkt dat de traditionele oplossing voor betwisting vatbaar is.

Als verklaring roept men in dat artikel 2037 B.W. een uitzonderingsregeling is — hetgeen weinig overtuigt, vermits de *explicatio* een andere formulering vormt van het *explicandum*. Men zegt dus eigenlijk dat hoofdelijke schuldenaars artikel 2037 B.W. niet kunnen inroepen, omdat enkel de borg dit kan doen. Maar dit laatste moet juist worden bewezen. Sommige auteurs voeren ook nog aan dat de hoofdschuld de borg economisch niet aangaat, terwijl ze, in beginsel, alle hoofdelijke medeschuldenaars wel aangaat.

Dit laatste is echter slechts gedeeltelijk juist: in de mate waarin de hoofdelijke schuld het belang overtreft dat de hoofdelijke schuldenaar heeft in de zaak waarvoor de schuld werd aangegaan, is hij er, economisch gezien, evenmin in geïnteresseerd als de borg. De hoofdelijke schuldenaar is ook, deels, een garant(75).

De borg, ook de hoofdelijke borg, is verder weliswaar een subsidiaire schuldenaar, terwijl de hoofdelijke schuldenaar een hoofdschuldenaar is. Deze subsidiariteit betekent in de praktijk echter niet zo veel. Ze wijst op een chronologische hiërarchie, op een in acht te nemen volgorde bij de vervolgingen. Ze ligt ook aan de basis van het hoger vermelde voorrecht van uitwinning, dat in de praktijk echter meestal wordt wegbedongen en waarover de hoofdelijke borg in geen geval beschikt. Ze verklaart echter vooral dat de borg, na betaling van de schuldeiser, een regresvordering kan uitoefenen tegen de hoofdschuldenaar. Maar een zodanige regresvordering komt ook aan de hoofde-

---

(74) H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 966; *R.P.D.B.*, v<sup>o</sup> cautionnement, nr. 404; PLANIOL en RIPERT, *o.c.*, XI, 2e uitg., nr. 1558; Ph. SIMLER, *o.c.*, nr. 791, en de aldaar gecit. ref.; S. BÉTANT-ROBET, *l.c.*, nr. 14; Luik 16 oktober 1907, *J.L.* 1907, 277; Brussel 5 mei 1987, *T.B.H.* 1989, 780; Brussel 12 november 1990, *J.T.* 1991, 145 (147, nr. 13); Rb. Brussel 5 februari 1996, *T.B.B.R.* 1996, 348; Rb. Bergen 29 december 1937, *Rev. prat. not.* 1938, 138: bij bedrog zou wel de gemeenrechtelijke aansprakelijkheid spelen.

(75) M. CABRILLAC en Chr. MOULY, *Droit des sûretés*, Parijs, 1993, 2e uitg., nr. 382.



lijke schuldenaar toe, in de mate waarin hij meer dan zijn bijdragend deel betaalde.

Evenmin kan worden opgeworpen dat artikel 2037 B.W. het over een algehele bevrijding van de borg heeft, terwijl de hoofdelijke medeschuldenaar in elk geval slechts gedeeltelijk bevrijd zal kunnen zijn. Want ook als de borg zich op artikel 2037 B.W. beroept, leidt dit niet altijd tot zijn algehele bevrijding.

Het is dus veel logischer om de exceptie van subrogatie ook aan de hoofdelijke schuldenaar toe te kennen. „*Le bénéfice de subrogation est un corrolaire de la réserve de recours. Or, la réserve de recours n'est pas spéciale au cautionnement; elle est, pareillement, de l'essence de l'engagement du codébiteur solidaire*” (76).

Beschouwt men artikel 2037 B.W. als een uitvloeisel van het algemeen rechtsbeginsel van de goede trouw, dan valt overigens niet in te zien waarom de schuldeiser zich in die mate van het lot van de jegens hem hoofdelijk verbonden schuldenaars zou mogen distantiëren dat hij een voorrecht tegen één van hen zou mogen prijs geven.

**41.** Nemen we evenwel, ten behoeve van het betoog, aan dat artikel 2037 B.W. inderdaad niet toepasselijk is op de hoofdelijke schuldenaars in het algemeen. Zelfs dan bestaat er m.i. geen redelijke grond om een beroep op artikel 2037 B.W. te ontzeggen aan de *niet in de schuld geïnteresseerde hoofdelijke schuldenaar* (artikel 1216 B.W.). De door artikel 1216 B.W. bedoelde hoofdelijke schuldenaar is niet geïnteresseerd in de zaak waarvoor de hoofdelijke schuld werd aangegaan. Jegens de schuldeiser is hij weliswaar tot de gehele schuld gehouden, maar in de verhouding tussen de hoofdelijke schuldenaars onderling is hij slechts een borg, die de schuld van de economisch wel geïnteresseerden garandeert. Net zoals de borg, kan hij tegen de overige schuldenaars overigens integraal regres uitoefenen. Althans met het oog op de toepassing van de artikelen 224, § 1,4<sup>o</sup> en 1407

---

(76) Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2e uitg., XIII, *Les sûretés personnelles et réelles*, door P. VOIRIN, Parijs, 1948, 138, nr. 136; J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, Parijs, 1979, nrs. 626 e.v.

Stippen we overigens aan dat artikel 6:154 Nieuw Nederlands B.W. uitdrukkelijk bepaalt dat de schuldeiser jegens diegene die, zo hij de vordering voldoet, zal worden gesubrogeerd, verplicht is zich te onthouden van elke gedraging die ten koste van deze afbreuk doet aan de rechten waarin hij mag verwachten krachtens de subrogatie te zullen treden. Deze bepaling is o.m. van toepassing op de borgtocht, die in het Nieuw Nederlands B.W. als een vorm van hoofdelijkheid wordt behandeld (J.W.H. BLOMKWIST, *Borgtocht*, Mon. Nieuw B.W., B78, Deventer, 1993, 3-5, nr. 2). Ze geldt dus, a fortiori, voor de hoofdelijkheid. Als algemeen beginsel wordt immers geponeerd dat geen enkele subrogant het regres van de gesubrogeerde in het gedrang mag brengen door zekerheden prijs te geven.

B.W. assimileerde het Hof van Beroep van Luik(77) de niet-geïnteresseerde hoofdelijke schuldenaar met een borg.

Wie echter de hoofdelijke schuldenaars in het algemeen het beroep op artikel 2037 B.W. (of op de daaraan ten grondslag liggende idee) ontzegt, zou kunnen opwerpen dat het wel toekennen van de exceptie van subrogatie aan een economisch niet geïnteresseerde hoofdelijke schuldenaar de schuldeiser met onaangename verrassingen kan confronteren.

Bij het aangaan van het contract met een aantal medecontractanten die zich hoofdelijk verbinden, weet de schuldeiser niet dat dit contract, economisch gezien, niet alle medecontractanten aangaat. Hij mag er daarentegen van uitgaan dat het contract alle medecontractanten interesseert. Hij moet dus, althans in het thans aan de orde zijnde denkspoor, geen bijzondere zorgvuldigheid aan de dag leggen in verband met de aan zijn schuldvordering klevende zekerheden. Als hij echter één van de hoofdelijke schuldenaars voor het geheel aanspreekt, kan zijn vordering stranden op de exceptie van subrogatie, omdat de aangesproken schuldenaar geen belang blijkt te hebben in de zaak waarvoor de hoofdelijke schuld werd aangegaan.

Dit lijkt echter onaanvaardbaar. Ook indien men aan de economisch niet geïnteresseerde hoofdelijke schuldenaar de exceptie van subrogatie wil toekennen, zal men daarbij moeten preciseren dat beroep op de exceptie voor hem enkel open staat, voor zover de schuldeiser, bij het aangaan van de overeenkomst waaruit de hoofdelijke schuld voortvloeit, wist of moest weten dat bedoelde schuldenaar inderdaad niet geïnteresseerd was in de zaak.

### *C. Toepassingsvoorwaarden van artikel 2037 B.W.*

**42.** Een succesvol beroep op artikel 2037 B.W. onderstelt dat *cumulatief* aan een aantal vereisten is voldaan. Door het toedoen van de

---

(77) Luik 23 mei 1989, *Rev. prat. not. b.* 1990. In een interessant arrest van 10 november 1998 assimileerde het Hof van Beroep van Luik (Luik 10 november 1998, *R.R.D.* 1999, 31) eveneens de hoofdelijke mede-schuldenaar met een borg. Uit de omstandigheden van de zaak bleek immers overduidelijk dat de zgn. hoofdelijke medeschuldenaars zich enkel verbonden hadden om het aan de „hoofdschuldenaar” verleende krediet te waarborgen; hij bezat slechts één aandeel op een totaal van 2.300 aandelen, terwijl de andere zelfs geen enkel aandeel bezat. Ware het echter niet orthodoxer geweest om deze hoofdelijke medeschuldenaars als hoofdelijke schuldenaars, in de zin van art. 2016 B.W., op te vatten, en dienvolgens op hen een aantal regels toe te passen, die de borgen extra beschermen?

I. MOREAU-MARGRÈVE wijst, na enige aarzeling, de toepassing van artikel 2037 B.W. op de niet-geïnteresseerde hoofdelijke medeschuldenaar af („Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés”, in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Brussel, 1983, 89, noot 3).

schuldeiser (iii), moeten de aan diens schuldvordering verbonden voorrechten en zekerheden teniet gegaan zijn (i), waardoor het subrogatoir verhaal van de betalende borg ondoeltreffend wordt (ii). Aan deze verschillende vereisten zal een korte bespreking worden gewijd.

## 1°. Verlies van preferentiële rechten

**43.** De borg is bevrijd, indien hij niet meer in „de rechten, hypotheken en voorrechten” van de schuldeiser kan treden (artikel 2037 B.W.).

Vermits artikel 2037 B.W. ertoe strekt het subrogatoir verhaal van de borg zo doeltreffend mogelijk te maken, treedt de aldaar voorziene sanctie enkel op, wanneer de schuldeiser de aan zijn schuldvorderingen klevende voorrechten, in de ruime zin des woords, heeft prijs gegeven. Een met een voorrecht gewapende schuldeiser heeft immers veel meer kans om effectief te worden betaald dan een chirografaire.

Deze voorrechten omvatten niet enkel de voorrechten en hypotheken *stricto sensu*, maar elk recht op grond waarvan de inning van de schuldvordering wordt vergemakkelijkt, elke faciliteit waardoor de schuldeiser samenloop met andere schuldeisers kan vermijden, of anderszins zijn vordering vlugger en met minder moeilijkheden dan een gewone schuldeiser gehonoreerd zal zien. Het betreft „*tous les droits quelconques... qui, à quelque titre que ce soit, sont susceptibles de favoriser le recouvrement de la créance*”(78), „*tout droit susceptible de conférer à son titulaire une facilité plus grande dans la perception de sa créance*”(79). Artikel 2037 B.W. doelt op „alles wat de recuperatiemogelijkheden van de borg verflauwt”(80). Niet alleen de traditionele voorrechten, zekerheden en hypotheken komen dus in aanmerking, maar ook alle rechten, die, rechtstreeks of onrechtstreeks, de schuldeiser, bij wijze van gevolg, toelaten hetzij aan de samenloop te ontsnappen, hetzij, in geval van samenloop, een bevoorrechte positie in te nemen. In één woord, *alle preferentiële rechten*, in de ruimste zin des woords, vallen onder het toepassingsgebied van artikel 2037 B.W.

Slechts één voorbeeld ter illustratie: de schuldeiser geeft zijn retentierecht prijs, doordat hij het bezit van het betrokken goed uit handen geeft. Men denke aan een verkoper die de verkochte zaak reeds levert,

(78) H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 967, A.

(79) C. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Parijs, 1979, nr. 411.

(80) R. VANDEPUTTE, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, X, *Overeenkomsten*, deel 2, *Bijzondere overeenkomsten*, A, *Verkoop, bewaargeving, borgstelling*, Antwerpen, 1981, 293.

ofschoon de koper de koopsom nog niet heeft betaald, terwijl geen betalingstermijn is overeen gekomen(81).

**44.** De rechtspraak is, in de loop der jaren, in die zin geëvolueerd dat artikel 2037 B.W. niet alleen wordt toegepast, wanneer de schuldeiser het preferentieel recht *juridisch* heeft prijs gegeven (de titel), maar ook indien de *waarde* of de materiële omvang van het onderpand van het preferentieel recht (het *emolumentum*) door het toedoen van de schuldeiser deprecieerde. De borg kan dan weliswaar nog de preferentiële rechten van de schuldeiser tegen de schuldenaar uitoefenen; maar de subrogatie is minder nuttig of doeltreffend dan mocht worden verwacht(82).

Zo mag de borg het voorrecht van subrogatie invoeren, wanneer de schuldeiser over het voorrecht van artikel 20,5° Hyp.W. beschikt (bedrijfsuitrustingsmateriaal), maar wiens getalm en schuldige onverschilligheid tot gevolg hebben dat het onderpand van dit voorrecht, een dure automobiel, op het ogenblik dat hij wordt verkocht, fel in waarde is gedaald(83).

Deze rechtspraak gaat eigenlijk verder dan de letter van de wet; ze illustreert dat de in artikel 2037 B.W. vervatte plicht een toepassing is van de algemene zorgplicht die de schuldeiser jegens de borg aan de dag moet leggen.

**45.** De vraag naar de door artikel 2037 B.W. bedoelde rechten heeft daarenboven nog een *chronologisch* aspect.

Dat de schuldeiser geen preferentiële rechten mag prijsgeven die, ten tijde van het aangaan van de borgtocht, zijn schuldvordering waarborgden, ligt nogal voor de hand. Mede in functie van deze preferentiële rechten heeft de borg immers het aan de borgtocht verbonden risico ingeschat. De vraag is echter of de borg de exceptie van subrogatie ook mag invoeren, wanneer de schuldeiser een *na het aangaan* van de borgtocht ontstaan preferentieel recht prijs geeft. In dat geval kan hij immers niet invoeren dat zijn rechtmatige verwachtingen werden beschaamd, en dat een zekerheid waarop hij voor de uitoefening van zijn eventueel regres tegen de hoofdschuldenaar rekenende, verloren is gegaan.

---

(81) Luik 6 juli 1933, *J.L.* 1933, 265; Luik 16 mei 1936, *J.L.* 1937, 49.

(82) *R.P.D.B.*, v° Cautionnement, nr. 372; P. MALAURIE en L. AYNÈS, *o.c.*, nr. 286.

(83) Rb. Charleroi 8 maart 1990, *J.T.* 1991, 46, *T.B.B.R.* 1990, 488; vgl. Rb. Luik 4 april 1990, *J.L.M.B.* 1990, 1291.

De verplichting om de aan de schuldvordering klevende preferentiële rechten te behouden wordt hier evenwel opgevat als een bijzonder geval van de algemene zorgplicht die de schuldeiser jegens de borg in acht moet nemen en van het beginsel dat geen der bij de borgtocht betrokken partijen de andere een hem rechtens toekomend recht mag ontnemen. Derhalve hangt de toepassing van artikel 2037 B.W. niet af van het tijdstip waarop het preferentieel recht ontstond. Geeft de schuldeiser een zodanig recht prijs, dan is art. 2037 B.W. toepasselijk, ongeacht het feit of dit preferentieel recht reeds bestond toen de borg zich verbond (resp. samen met de verbintenis van de borg het leven zag), dan wel of het pas later ontstond(84).

Van rechtswege is de borg immers gesubrogeerd in *alle* preferentiële rechten van de schuldeiser tegen de hoofdschuldenaar. Het is moeilijk verenigbaar met de zorgplicht van de schuldeiser, dat hij enig preferentieel recht prijs geeft, ook indien de borg, bij het aangaan van zijn verbintenis, op dit recht niet had gerekend.

**46.** Men kan zich verder de vraag stellen of art. 2037 B.W. toepasselijk is, wanneer de *schuldeiser naliét een preferentieel recht te doen ontstaan*. Men denke aan een schuldeiser die, op basis van een hypotheekbelofte, een hypothecaire inschrijving kan nemen op één of meerdere goederen van de schuldenaar, maar nalaat dit te doen.

De rechtspraak is van oordeel dat de schuldeiser op discretionaire wijze mag beslissen om al dan niet de hypothecaire zekerheid te aanvaarden, en dat de borg derhalve niet kan klagen op basis van artikel 2037 B.W., wanneer de schuldeiser geen hypothecaire inschrijving heeft genomen. Het hypothecair mandaat verschaft aan de borg geen zekerheid dat er, hoe dan ook, een hypotheekrecht ten voordele van de schuldeiser zal ontstaan. Het verplicht de schuldeiser evenmin tot het effectief nemen van de hypothecaire inschrijving, om daarna, wanneer de hoofdschuldenaar in gebreke blijft, bij voorkeur op de zakelijke zekerheden in plaats van op de borg beroep te doen(85).

---

(84) H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 964; A. VAN OVERBROECK, *l.c.*, 429-430, nr. 12; R. DE RYKE, „Artikel 2037 B.W. inzake borgtocht. Enkele moeilijkheden”, in *Recht in Beweging. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Ridder R. Victor*, Antwerpen, 1967, 368; M. CABRILLAC en C. MOULY, *o.c.*, nr. 265; J. MESTRE, *La subrogation personnelle, o.c.*, 671, nr. 619; ASSER-KLEIJN, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Bijzondere overeenkomsten*, deel IV, 5e uitg., 132, nr. 4; PITLO, *Het Nederlands burgerlijk recht*, deel 6, *Bijzondere overeenkomsten*, 9e druk, door A.L. CROES e.a., Arnhem, 1995, 363, nr. 862.

(85) Kh. Brussel 12 mei 1932, *Jur. Comm. Brux.* 1932, 81; Brussel 5 mei 1987, *T.B.H.* 1989, 780; Kh. Bergen, 25 februari 1988, *T.B.H.* 1989, 538; Brussel 12 november 1990, *J.T.* 1991, 145; niet inschrijven van het pand op een handelsfonds.

Deze rechtspraak verliest echter uit het oog dat de beslissing van de schuldeiser niet alleen gevolgen heeft voor hemzelf, maar evenzeer de borg aangaat. In bepaalde gevallen is het zelfs waarschijnlijk dat de schuldeiser geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om een zakelijke zekerheid te bekomen, omdat hij zijn schuldvordering gedekt weet door een solvante borg. Wanneer de schuldeiser geen goede, economisch verantwoorde reden heeft om niet over te gaan tot de hypotheekvestiging, brengt de goede trouw mee dat hij het risico van de borg niet nodeloos mag verzwaren. Ofschoon men van de schuldeiser niet mag eisen dat hij zijn schuldvordering bij voorrang verhaalt op het vermogen van de hoofdschuldenaar, verwaarloost hij de belangen van de borg toch al te zeer, indien hij, zonder goede reden, zelfs nalaat het hem aangeboden hypotheekrecht te verkrijgen. Door dit hypotheekrecht zouden de terugvorderingsmogelijkheden van de borg immers aanzienlijk toenemen.

Artikel 2037 B.W. lijkt op dit geval echter niet van toepassing(86). De schuldeiser verhindert niet dat de borg zou worden gesubrogeerd in een hem (de schuldeiser) toebehorend preferentieel recht. Wel kan hij desgevallend aansprakelijk gesteld worden voor het niet doen ontstaan van dit preferentieel recht.

In deze context kan ook worden vermeld de schuldeiser die geen boedelscheiding vordert(87), waardoor nochtans kan worden vermeden dat samenloop ontstaat met de eigen schuldeisers van de erfgenaam.

Nog steeds in dit verband kan men zich de vraag stellen of de schuldeiser straffeloos kan nalaten de *Pauliaanse rechtsvordering* in te stellen. Deze vordering vormt juist een correctie op artikel 7 Hyp.W.; de schuldeiser moet zich, in de door artikel 1167 B.W. bedoelde situatie, niet neerleggen bij de vermindering van zijn algemeen onderpand. Bovendien werkt de *Pauliana* enkel ten voordele van de schuldeisers die ze hebben ingesteld; die hoeven derhalve geen samenloop te vrezen met de schuldeisers van de derde-medeplichtige tegen wie de vordering wordt gericht of met andere schuldeisers van de hoofdschuldenaar(88). Wegens de relatieve werking van de *Pau-*

---

(86) Vgl. MARTY, RAYNAUD en JESTAZ, *o.c.*, nr. 620; Ph. SIMLER, *o.c.*, nr. 830; C. MOULY, *o.c.*, nr. 401; Brussel 5 mei 1987, *T.B.H.* 1989, 780.

(87) Vgl. Luik 26 oktober 1898, *Pas.* 1899, II, 122 (motieven); *R.P.D.B.*, v<sup>o</sup> cautionnement, nr. 386 (*a contrario*); zie over de boedelscheiding in het algemeen: H. DE PAGE, *Traité*, IX, nr. 965.

(88) H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 246,b; E. DIRIX, „De vergoedende functie van de actio pauliana”, noot onder Cass. 25 mei 1992, *R.W.* 1992-93, 331-332.

*liana*, verschaft ze in feite een voorrecht aan de schuldeiser(s) die ze heeft (hebben) ingesteld.

Dit voorrecht ontstaat echter pas, indien de schuldeiser daadwerkelijk de *Pauliana* instelt. De schuldeiser die ze niet instelt, geeft dus geen voorrecht prijs, maar laat enkel na er één te doen ontstaan. Bovendien kan de *Pauliana* in elk geval slechts worden ingesteld op of na de vervaldag van de schuldvordering; ze strekt immers tot haar uitvoering(89). Wanneer de schuldenaar echter insolvent wordt, verliest hij het voordeel van de tijdsbepaling, en kan de schuldeiser de *Pauliana* instellen.

Vermits de *Pauliana* een uitvoeringsmaatregel is, kan enkel de borg met voorrecht van uitwinning van de schuldeiser eventueel verwachten dat deze de vordering instelt. Maar de borg die het voorrecht van uitwinning inroept, moet de uit te winnen goederen aanwijzen, en hij mag geen goederen aanwijzen, waarover geschil bestaat (artikel 2023 B.W.). Ook om die reden kan de borg artikel 2037 B.W. niet inroepen, wanneer de schuldeiser de *Pauliana* niet heeft ingesteld.

Afgezien daarvan, kan men trouwens ten zeerste betwijfelen dat de schuldeiser zo alert moet zijn voor de belangen van de borg dat hij ertoe gehouden is abnormale vervreemdingen van de hoofdschuldenaar te bestrijden(90). Wanneer de hoofdschuldenaar overigens insolvent is, kan de borg zelf de *Pauliana* instellen, op basis van artikel 2032 B.W.

## 2°. De schade

**47.** Volgens de tekst van art. 2037 B.W. is de borg ontslagen, wanneer de schuldeiser een aan zijn schuldvordering verbonden preferentieel recht prijs geeft. Deze redactie is evenwel onnauwkeurig, vermits de borg niet altijd ontslagen is. Dit feit illustreert het eerder betoogde dat de wetgever de exceptie van subrogatie niet consequent opvatte als een sanctie voor een op de schuldeiser wegende plicht.

De borg is slechts ontslagen, indien het verlies van een preferentieel recht hem schade toebrengt, d.w.z. wanneer zijn vordering tot terugbetaling tegen de hoofdschuldenaar minder succesvol is dan wanneer

---

(89) H. DE PAGE, *Traité*, III, nr. 229. De *Pauliana* zou echter ook preventief kunnen worden ingesteld tegen de borg, wanneer de schuldeiser aantoont dat de gewraakte vervreemding, ofschoon verricht vooraleer de borgschuld eisbaar werd, werd gesteld met het oogmerk de inning van de toekomstige, maar voorzienbare borgschuld te bemoeilijken of onmogelijk te maken. Zie Cass. 19 maart 1998, *T.B.H.* 1998, 531, noot C. VERBRUGGEN, *R.W.* 1998-99, 1177, noot K. VAN RAEMDONCK.

(90) Vgl. G. MARTY, P. RAYNAUD en Ph. JESTAZ, *o.c.*, nr. 620, a.

aan deze vordering het prijsgegeven preferentieel recht had gekleefd(91). De borg is derhalve enkel bevrijd, wanneer het prijsgegeven recht hem van nut zou zijn geweest bij de uitoefening van zijn terugvorderingsrecht tegen de hoofdschuldenaar.

Dit zal b.v. niet het geval zijn, als de schuldeiser een hypotheek in tweede rang prijs geeft, terwijl de schuldvordering tot zekerheid waarvan de hypotheek in eerste rang werd gevestigd, de waarde van het gehypothekeerde goed reeds overschrijdt. Er is evenmin aanleiding tot toepassing van artikel 2037 B.W., wanneer de schuldeiser een zekerheid prijs geeft, maar daarvoor een andere, minstens even goede zekerheid in de plaats krijgt.

**48.** De borg is verder slechts bevrijd (vgl. verder, nr. 50), in de mate waarin het verlies van een preferentieel recht het succes van zijn vordering ongunstig heeft beïnvloed, *ten belope van het door hem geleden nadeel derhalve*.

Vaak zal de bevrijding van de borg dan ook slechts gedeeltelijk zijn(92). Bij verlies van een hypotheekrecht b.v., zal de borg slechts ontslagen zijn ten belope van het bedrag dat de uitoefening van het hypotheekrecht tegen de hoofdschuldenaar effectief aan de borg zou hebben opgebracht. En wanneer de schuldeiser de waarde van het onderpand van zijn preferentieel recht tegen de hoofdschuldenaar laat verminderen, is de borg enkel bevrijd voor het bedrag van de minderbrengrst van de verkoop van dit onderpand.

Om die reden ook is de borg, bij kwijschelding van schuld verleend aan een medeborg, hoogstens bevrijd ten belope van het verhaal dat hij tegen deze medeborg had kunnen uitoefenen, i.e. ten belope van het bijdragend aandeel van deze laatste. Na betaling moet de borg-*solvens* zijn verhaal tegen de andere medeborgen immers verdelen (art. 2033 B.W.). Wanneer de schuldeiser daarentegen kwijschelding van schuld verleent aan een niet door de borgtocht gewaarborgde hoofdelijke medeschuldenaar, kan de borg worden bevrijd ten belope van het

---

(91) H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 963,2°; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *Le cautionnement*, Brussel, 1978 (zie noot 1), nr. 283; R. VANDEPUTTE, *o.c.*, 293; MALAURIE en AYNÈS, *o.c.*, nr. 287; Rb. Brussel 28 juni 1897, *Pas.* 1898, III, 10; Brussel 19 februari 1986, *Rev. Not. B.* 1986, 536; Rb. Brussel 28 februari 1995, *J.L.M.B.* 1997, 1219 (1221); *anders*: CABRILLAC en MOULY, *o.c.*, nr. 265, die in het schadevereiste slechts een nutteloze herhaling zien van het foutvereiste.

(92) H. DE PAGE, *l.c.*; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *o.c.*, nr. 284; AUBRY en RAU, *Droit civil français*, VI, 7e uitg., door PONSARD, nr. 240 en noot 38; PLANIOL en RIPERT, *o.c.*, XI, 2e uitg., nr. 1561; Luik 6 juli 1933, *J.L.* 1933, 265; Kh. Brussel 12 mei 1932, *Jur. Comm. Brux.* 1932, 81; Brussel 25 november 1966, *J.T.* 1967, 389.



bedrag waartoe deze schuldenaar jegens de schuldeiser gehouden was, i.e. het bedrag van de hoofdschuld. Na betaling kan de borg de hoofdelijke medeschuldenaars van de gewaarborgde schuldenaar immers voor het geheel aanspreken(93).

49. Overeenkomstig de algemene regels inzake bewijslastverdeling, is men geneigd de borg met het bewijs te belasten dat zijn verhaal, door het teloor gaan van de aan de schuldvordering klevende preferentiële rechten, minder succesvol zal zijn dan het zou zijn geweest, indien hij zich wél van deze preferentiële rechten had kunnen bedienen. Wie schade aanvoert, moet die immers bewijzen(94).

Volgens anderen echter(95) impliceert het verlies van een preferentieel recht in beginsel een nadeel. Bovendien gaat artikel 2037 B.W. uit van het volledig ontslag van de borg, door het louter prijsgeven van preferentiële rechten. De schuldeiser die aan dit volledig ontslag wil ontsnappen, zal derhalve moeten aantonen dat de borg, ondanks het feit dat hij niet meer kan treden in zijn (i.e. van de schuldeiser) preferentiële rechten, niet werd benadeeld, of in mindere mate werd benadeeld dan ten belope van het bedrag waarvoor de borg gehouden was.

Alles wel beschouwd, verdient de eerste opvatting de voorkeur. Artikel 2037 B.W. vormt immers slechts een speciale toepassing van de algemene zorgplicht die op de schuldeiser weegt. Zoals thans geïnterpreteerd, betreft het een nadere regeling van de hypothese, waarin de schuldeiser aan zijn zorgplicht tekort schoot door preferentiële rechten prijs te geven. Een afwijkende bewijslastverdeling laat zich dan ook moeilijk verdedigen. En, ofschoon een schuldvordering waaraan een voorrecht kleefte in beginsel inderdaad meer waard is dan een chirografaire schuldvordering, moet de schade toch in concreto worden beoordeeld en begroot. De borg zal dus, in concreto, moeten aantonen in welk opzicht en in welke mate hij werd benadeeld; hij kan er niet mee volstaan een theoretisch, abstract en juridisch verlies in te roepen, bestaande in het teloor gaan van een preferentieel recht. Wel kan worden aangenomen dat de rechter wellicht geneigd zal zijn zijn

---

(93) F. T'KINT, *o.c.*, nr. 783; BEUDANT en VOIRIN, *o.c.*, XIII, nr. 110; PLANIOL en RIPERT, *o.c.*, XI, 2e uitg., nr. 1541; MARTY, RAYNAUD en JESTAZ, *o.c.*, nr. 602; Ph. SIMLER, *o.c.*, nr. 556.

(94) A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *o.c.*, nr. 225 en de aldaar gecit. ref.; A. VAN OVERBROECK, *l.c.*, nr. 18; S. BÉTANT-ROBET, *l.c.*, nr. 86; ASSER-KLEIJN, *o.c.*, 133; G.J.S., noot onder H.R. 14 april 1972, *N.J.* 1972, nr. 295.

(95) MALAURIE en AYNÈS, *o.c.*, nr. 287; *Enc. D. Dr. civ.*, v<sup>o</sup> cautionnement, nr. 295; Cass. fr. 3 november 1975, *J.C.P.* 1978, II, 18891.

bewijsvoering met enige soepelheid te waarderen, juist wegens het verlies van een zodanig recht(96).

**50.** De gehele of gedeeltelijke bevrijding van de borg, op grond van artikel 2037 B.W., wordt doorgaans voorgesteld als een *soort schadevergoeding in specifieke vorm*(97).

Dit vergt toch enige nuancering. De borg die wordt geconfronteerd met verdwenen preferentiële rechten, beschikt in werkelijkheid op zijn beurt *over een vordering tegen de schuldeiser ten belope van de door hem geleden schade*(98). De vordering van de schuldeiser en de tegenvordering van de borg zullen elkaar derhalve *compenseren* ten belope van het kleinste bedrag. Wanneer het regresrecht van de borg tegen de hoofdschuldenaar, ten gevolge van de verhinderde subrogatie, volledig waardeloos is geworden, zal de borg geheel bevrijd zijn. Meteen wordt *voorkomen* dat de borg schade lijdt; artikel 2037 B.W., zoals thans geïnterpreteerd, bevat een *mechanisme ter voorkoming van schade* eerder dan schadeloosstelling in specifieke vorm.

### 3°. Het toedoen van de schuldeiser

**51.** Artikel 2037 B.W. heeft het enkel over het „toedoen” van de schuldeiser. Men is het er echter vrij algemeen over eens dat een *fout* wordt bedoeld. Deze fout kan overigens zowel bestaan in een positieve handeling als in een nalaten.

De schuldeiser is echter klaarblijkelijk niet in fout, wanneer hijzelf de hem ter beschikking staande zekerheden executeert, doch daarbij geen algehele voldoening bekommt, zodat hij de borg voor het saldo moet aanspreken — één en ander voor zover hij bij de executie geen slordigheid of nalatigheid begaat die het resultaat negatief beïnvloedt (zie hoger, nr. 35). Dan zal er trouwens ook meestal geen schade intreden in hoofde van de borg.

---

(96) Vgl. H.R. 18 januari 1980, *N.J.* 1980, nr. 229, noot G.J.S.: „De stelplicht en de bewijslast terzake van het voor de borg ontstane nadeel rusten in beginsel op deze, zij het dat uit de aard der wanprestatie (van de schuldeiser) of uit de omstandigheden van het geval kan voortvloeien dat het nadeel mag worden verondersteld”.

(97) H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 882; F. DUMON, noot (1) onder Cass. 24 februari 1967, *Arr. Cass.* 1967, 809; P.A. FORIERS, *l.c.*, in A.M. STRANART (ed.), *Le droit des sûretés*, Brussel, 1992, 174, nr. 60. Om die reden ook zou men de op de schuldeiser wegende plicht om de voorrechten te behouden, alsmede sommige informatieplichten kunnen kwalificeren als „lasten” („*Obligations*”) (vgl. A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten in het contractenrecht*, gecit., Besluit, nr. 35).

(98) Zie verder, nrs. 64 e.v. Ook in Nederland wordt, onder het nieuw B.W., onomwonden geleerd dat afbreuk aan de subrogatie van de borg (en van andere medeverbondenen) de schuldeiser schadeplichtig maakt (J. BLOMKWIST, *a.w.*, 48, nr. 21).

Artikel 2037 B.W. ontnemt aan de schuldeiser geenszins het recht zijn preferentiële rechten op normale wijze, overeenkomstig de wet, uit te oefenen, ook al brengt deze uitoefening een teniet gaan van het recht mee. De tegenovergestelde opvatting zou overigens moeilijk in overeenstemming te brengen zijn met het voorrecht van uitwinning waarover de borg, theoretisch, beschikt. De schuldeiser die, op vordering van de borg, eerst de goederen van de hoofdschuldenaar uitwint en daarbij uiteraard gebruik maakt van de voorhanden zijnde zekerheden, handelt klaarblijkelijk niet in strijd met artikel 2037 B.W. Welnu, dezelfde oplossing moet gelden, wanneer de schuldeiser zich op eigen initiatief vooreerst tot de hoofdschuldenaar wendt(99).

**52.** In deze context kan ook worden vermeld de schuldeiser wiens preferentieel recht door mede-schuldeisers van de hoofdschuldenaar wordt betwist, en die desbetreffend een dading treft: hij gaat er b.v. mee akkoord dat het in pand gegeven goed zal worden verkocht en dat de opbrengst van de verkoop voor 50 % aan de andere schuldeisers wordt overgelaten(100).

De in deze omstandigheden gesloten dading maakt niet noodzakelijk een fout uit: het is soms wijs een geschil mits wederzijdse toegevingen te beëindigen in plaats van het aan de rechter voor te leggen, met alle daarmee gepaard gaande risico's en tijdverlies.

Men leert evenwel dat een dading waardoor de rechtspositie van de borg wordt verslechterd, hem niet kan worden tegengeworpen(101). Men doelt daarmee echter in hoofdzaak, zo niet uitsluitend op een dading die een einde stelt aan een geschil tussen de schuldeiser en de hoofdschuldenaar, en niet (zozeer) op een dading tussen de schuldeiser en andere schuldeisers van de hoofdschuldenaar.

Toch lijken dezelfde beginselen me voor beide hypothesen te moeten gelden: het is niet oorbaar dat de borg in een minder gunstige positie verkeert door toedoen van de schuldeiser, zonder dat hij daarmee zijn akkoord heeft gegeven. De schuldeiser mag niet, in zijn plaats, beslissen of het opportuun is om het zekerheidsrecht geheel of gedeeltelijk prijs te geven. De fout van de schuldeiser bestaat erin dat hij een op zichzelf misschien verdedigbare dading heeft gesloten, zonder voldoende met de belangen van de borg rekening te houden, en zonder

(99) Vgl. H.R. 9 januari 1930, *N.J.* 1930, 906, noot E.M.M.

(100) Rb. Brussel 25 november 1966, *J.T.* 1967, 389; vgl. Kh. Luik 15 november 1983, *J.L.* 1984, 621 (motieven): de schuldeiser laat zijn voorrecht niet gelden bij de verdeling van de opbrengst van de door de curator benaasteerde verkoop van een verpand goed.

(101) H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 900; zie verder, nr. 725.

diens instemming te hebben bekomen. Hij moest de borg in elk geval op de hoogte brengen van de gerezen moeilijkheden: wanneer de borg denkt het voorrecht succesvol te kunnen aanwenden, zal hij de schuldeiser onmiddellijk betalen, en daarna zijn subrogatoir verhaal tegen de hoofdschuldenaar uitoefenen.

**53.** Er is duidelijk geen ruimte voor de exceptie van subrogatie, wanneer het teloorgaan van de preferentiële rechten aan de borg zelf te wijten is. Een meerderheidsaandeelhouder of bestuurder van een vennootschap staat b.v. borg voor haar schulden. Als meerderheidsaandeelhouder of bestuurder van de hoofdschuldenaar kan hij de economische waarde van het preferentieel recht van de schuldeiser beïnvloeden; hij kan ook verzuimen de nodige maatregelen te treffen om de waarde en/of de omvang van het onderpand van het preferentieel recht op peil te houden. Bij zodanige nalatigheid van de borg, is deze natuurlijk niet ontslagen(102).

De fout van de borg kan overigens gepaard gaan met een fout van de schuldeiser: door beider toedoen wordt een (nuttige) subrogatie van de borg in de rechten van de schuldeiser tegen de hoofdschuldenaar verhinderd. Normalerweise zou men geneigd zijn te denken dat de aansprakelijkheid dan zal worden verdeeld(103), en dat de borg de schuldeiser slechts gedeeltelijk aansprakelijk zal kunnen stellen, in functie van de ernst van zijn fout of van de mate waarin ze heeft bijgedragen tot de ondoeltreffende subrogatie. Een belangrijk deel van de doctrine leert nochtans dat de borg, in dit geval, geen aanspraak kan maken op de exceptie van subrogatie(104). Men interpreteert artikel 2037 B.W. letterlijk en strikt; en, vermits dit artikel geen gewag maakt van enige samenloop van fouten, acht men de toepassingsvoorwaarden van artikel 2037 B.W. niet verenigd, als deze samenloop zich voordoet.

Deze redenering overtuigt niet. De verdeling der aansprakelijkheid, bij samenloop van de fout van de benadeelde en van de schadeveroorzaker, steunt op een diep in ons rechtssysteem geworteld beginsel, dat b.v. ook toepassing vindt op het vlak van de aquilische aansprake-

---

(102) Vgl. Antwerpen 5 februari 1992, *Rev. Not. B.* 1994, 96; Rb. Brussel 25 november 1966, *J.T.* 1967, 389 (motieven); Cass. fr. 11 januari 1994, *Bull. civ.* 1994, IV, nr. 15.

(103) F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Brussel-Parijs, 1887, XXVIII, nr. 313; L. GUILLOUARD, *Traité du cautionnement et des transactions*, Parijs, 1895, 267, nr. 237.

(104) H. DE PAGE, *Traité*, VI, 934, noot (1); PLANIOL en RIPERT, *o.c.*, XI, 2e uitg., nr. 1560; AUBRY en RAU, *o.c.*, VI, 7e uitg., door PONSARD, nr. 240 en noot 28; Cass. fr. 11 januari 1994, *Bull. civ.* 1994, IV, nr. 15.

lijkheid, ofschoon het ook daar door geen enkele tekst wordt voorgeschreven.

**54.** Wanneer de waarde en/of de omvang van het onderpand van een voorrecht zonder buitenbezitstelling, door het uitsluitend toedoen van de hoofdschuldenaar, zijn verminderd of teniet gegaan, kan de borg zich niet beroepen op de exceptie van subrogatie. Meer in het algemeen is artikel 2037 B.W. niet van toepassing, indien de ondoeltreffendheid van de subrogatie aan de hoofdschuldenaar te wijten is(105).

Andermaal stelt zich een speciaal probleem, wanneer de onmogelijkheid van subrogatie voortvloeit uit de samenlopende fouten van de hoofdschuldenaar en de schuldeiser. Het lijkt redelijk de mate waarin de borg beroep kan doen op de exceptie te laten afhangen van de causale bijdrage, resp. de ernst van de fout van de schuldeiser.

**55.** Tenslotte kan de ondoeltreffendheid van de subrogatie voortvloeien uit het feit van een derde. Onbekenden hebben b.v. de in pand gegeven en op een stapelplaats opgeslagen goederen onvreemd, ofschoon de schuldeiser alle redelijke maatregelen trof ter beveiliging van zijn pand(106). Of een voor onbepaalde duur verbonden medeborg zegt de borgtocht op. Vermits deze feiten niet aan de schuldeiser kunnen worden toegerekend, is er geen aanleiding tot toepassing van artikel 2037 B.W.

Eventueel zou men kunnen aarzelen, wanneer de derde weliswaar juridisch onafhankelijk is van de schuldeiser, maar niet economisch: het betreft b.v. een dochteronderneming van de schuldeiser. Toch moet in beginsel de juridische „realiteit” het halen op de economische, tenzij de borg zou kunnen aantonen dat de derde in feite slechts een instrument was in handen van de schuldeiser(107).

#### *D. Uitoefeningswijze van de exceptie van subrogatie*

**56.** Meestal zal de borg artikel 2037 B.W. opwerpen, wanneer hij door de schuldeiser in betaling wordt aangesproken. Bedoeld artikel

(105) H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 963,1<sup>o</sup>; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *o.c.*, nr. 271; Brussel 13 december 1938, *P.P.* 1939, 239.

(106) S. BÉTANT-ROBET, *l.c.*, nr. 77.

(107) Ph. SIMLER, *o.c.*, nr. 844.

bevrijdt de borg immers niet van rechtswege; de borg moet de exceptie inroepen.

Hij kan dit overigens doen in elke stand van het geding. Hij kan artikel 2037 B.W. zelfs voor het eerst opwerpen in graad van hoger beroep; het betreft immers geen nieuwe vordering, maar een nieuw verweermiddel(108) — zo wordt althans traditioneel geleerd. In de hier verdedigde opvatting maakt de exceptie van subrogatie in wezen een tegeneis uit; deze tegeneis kan evenzeer voor het eerst in graad van hoger beroep worden ingesteld, vermits hij gerechtelijke compensatie nastreeft(109). Aangezien de exceptie, resp. de tegeneis de openbare orde echter niet raakt (zie verder, E), kan ze (hij) niet voor het eerst aan het Hof van cassatie worden voorgelegd.

Volgens sommigen hoeft de borg artikel 2037 B.W. echter niet noodzakelijk als een verweer, resp. onder de vorm van een tegeneis aan te wenden(110). Zodra hij meent dat de voorwaarden van artikel 2037 B.W. vervuld zijn, zou hij van de schuldeiser een verklaring kunnen vragen, waarin wordt bevestigd dat hij, op grond van artikel 2037 B.W., ontslagen is, of zou hij een gerechtelijke beslissing van die strekking kunnen uitlokken. Artikel 2037 B.W. verleent immers aan de borg een verweer wat de grond van de zaak betreft. Indien hij wenst dat met zekerheid zou vast staan dat zijn verbintenis als borg is uitgedoofd, zou hij daartoe zelf, *preventief*, het initiatief kunnen nemen.

Deze opvatting kan echter niet worden bijgetreden. De situatie kan immers nog evolueren: nadat het preferentieel recht werd prijsgegeven, maar vooraleer de borg in betaling wordt aangesproken, kan de schuldeiser een nieuwe zekerheid bekomen. Dan zal de borg, ondanks het tenietgaan van het preferentieel recht, per saldo, geen schade lijden.

Wel belet niets dat de borg eerst de schuldeiser betaalt, en achteraf terugbetaling vraagt van de betaalde sommen of van een deel ervan. Men denke aan de situatie waarin de borg pas achteraf verneemt dat de schuldeiser bepaalde preferentiële rechten teloor heeft laten gaan, of aan de hypothese waarin het onderzoek naar de door de borg aange-

---

(108) H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 965; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *o.c.*, nr. 282.

(109) Over de toelaatbaarheid van tegeneisen in hoger beroep, zie o.m. K. BROECKX, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van dubbele aanleg in het civiele geding*, Antwerpen-Apeldoorn, 1995, 293-299, nrs. 643-657.

(110) P. SIMLER, *o.c.*, nr. 782; C. MOULY, *o.c.*, nr. 488; *Enc. D., Dr. civ.*, v<sup>o</sup> Cautionnement, nr. 277; *anders*: S. BÉTANT-ROBET, *l.c.*, 309, nr. 56.

voerde schade de berechting van de vordering van de schuldeiser te zeer zou vertragen.

### *E. Afstand van de exceptie van subrogatie*

**57.** In de rechtsleer is men het erover eens dat artikel 2037 B.W. de openbare orde niet raakt noch van dwingend recht is. Partijen kunnen er dan ook rechtsgeldig van afwijken(111). Professionele kredietverleners die als zekerheid een borgtocht eisen, aanvaarden in de regel slechts borgen die afstand deden van het voorrecht van subrogatie.

Deze afstand gebeurt meestal bij het aangaan van de borgtocht. Hij kan echter ook nadien geschieden, op het ogenblik b.v. dat de borg door de schuldeiser in betaling wordt aangesproken. Ofschoon de afstand meestal uitdrukkelijk gebeurt, kan hij zelfs, op basis van het grondbeginsel van het consensualisme, stilzwijgend gebeuren — voor zover hij kan worden afgeleid uit feiten of gedragingen die voor geen andere interpretatie vatbaar zijn(112).

**58.** Afstand van het voorrecht van subrogatie verleent aan de schuldeiser echter nog geen vrijgeleide. De rechtsgeldigheid en de gevolgen ervan moeten worden beoordeeld op basis van de beginselen die de *exoneratiebedingen in het algemeen* beheersen(113). De toepassing van artikel 2037 B.W. onderstelt immers een fout van de schuldeiser; het buiten werking stellen van dit artikel komt dan ook neer op een regeling van de contractuele aansprakelijkheid(114).

Dit houdt in dat de borg niettemin op artikel 2037 B.W. beroep kan doen, ook al werd de toepassing ervan contractueel uitgesloten, wanneer het verlies van een preferentieel recht aan een opzettelijke fout van de schuldeiser te wijten is, aan diens *dolus. Fraus omnia corrumpit*. Normalerweise kan de schuldeiser zijn aansprakelijkheid wel uitsluiten in geval van zware fout, mits hij zijn verbintenis niet

---

(111) H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 965; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, *o.c.*, nr. 285 en de gecit. ref.; R. DE RYKE, *l.c.*, 365; PLANIOL en RIPERT, *o.c.*, XI, 2e uitg., nr. 1560; P. SIMLER, „La renonciation par la caution au bénéfice de l'article 2037 du Code civil”, *J.C.P.* 1975, I, 2711; zie b.v. Kh. Luik 15 november 1983, *J.L.* 1984, 621; Luik 10 maart 1992, *J.L.M.B.* 1993, 1085, noot B. HANOTIAU.

(112) B.v. H.R. 10 februari 1967, *N.J.*, 1967, nr. 212: de professionele borg blijft de door de hoofdschuldenaar verschuldigde aflossingen doorbetalen, nadat hij in kennis werd gebracht van het feit dat de schuldeiser ermee instemde dat zijn hypotheek van 2de rang slechts de 3de rang zou innemen. Vgl. Cass. fr. 5 oktober 1966, *J.C.P.* 1967, II, 15301, noot P. LESCOT.

(113) Zie daarover o.m. E. DIRIX, „Exoneratiebedingen”, *T.P.R.* 1988, 1173 e.v.; R. KRUIHOF, „Contractuele aansprakelijkheidsregelingen”, *T.P.R.* 1984, 235 e.v.

(114) Vgl. S. BÉTANT-ROBET, *l.c.*, 323, nr. 34.

volledig uitholt en mits de zware fout uitdrukkelijk door het exonera-tiebeding wordt bedoeld. Anders zal het beding in die zin worden geïnterpreteerd dat enkel de aansprakelijkheid voor lichte fout wordt uitgesloten(115).

Inzake borgtocht zal de schuldeiser echter zelden of nooit zijn eigen aansprakelijkheid uitsluiten; letterlijk geïnterpreteerd, is het daarente-gen de borg die, zonder meer, afstand doet van de exceptie van subrogatie. Deze afstand komt evenwel neer op een niet nader ge-preciseerde exoneratie met betrekking tot de plicht de aan de gewaarborgde schuldvordering klevende preferentiële rechten te behouden. Afstand van het beroep op artikel 2037 B.W. zal de schuldeiser dan ook in de regel slechts bevrijden van zijn lichte fout — des te meer daar het beding moet worden uitgelegd ten nadele van hem die bedongen heeft(116).

Nogal vaak past de rechtspraak dan ook terecht, zij het om nogal uiteenlopende en soms bekritiseerbare redenen, artikel 2037 B.W. toe, ondanks de afstand van de borg van het voordeel van genoemd artikel(117).

De schuldeiser kan echter ook *expliciet bedingen dat hij wijzigingen mag aanbrengen* aan oude zekerheden die de schuldvordering mee waarborgen, en/of aan toekomstige zekerheden die de gewaarborgde vordering bijkomend zullen garanderen(118). Een dermate expliciet beding zal de borg wellicht moeten ondergaan, behoudens opzettelijke fout van de schuldeiser of gekwalificeerde benadeling, resp. misbruik van recht.

**59.** Bovendien moet benadrukt worden dat de afstand van het voorrecht van subrogatie de schuldeiser geenszins bevrijdt van zijn *algemene zorgplicht* jegens de borg. Wanneer hij b.v., ten onrechte, nagelaten heeft de borg op de hoogte te brengen van een aan de hoofdschuldenaar toegestane termijnverlenging, of wanneer hij zelf zijn zekerheden heeft gerealiseerd op een bekritiseerbare manier en met een te laag resultaat, kan de borg, ondanks een eventuele afstand van

---

(115) Vgl. R. HAYOIT DE TERMICOURT, „Dol et faute lourde en matière d'inexécution des contrats”, *J.T.* 1957, 605; P. VAN OMMESLAGHE, „Examen de jurisprudence. Les obligations”, *R.C.J.B.* 1986, 222, nr. 109. Zie evenwel art. 32, 11<sup>o</sup> Wet Handelspraktijken (in koop- en dienstverleningscontracten aan consumenten).

(116) Vgl. Kh. Charleroi 14 oktober 1995, *J.L.M.B.* 1997, 1665.

(117) Kh. Luik 10 november 1983, *T.B.H.* 1985, 50; Kh. Luik 15 november 1983, *J.L.* 1984, 621. Vgl. Brussel 13 juni 1986, *Bank Fin.* 1987, 9/47, noot A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS.

(118) A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, „Le cautionnement dénaturé”, in *Les sûretés issues de la pratique*, Brussel, 1983, 12, nr. 17.



het voordeel van artikel 2037 B.W., niettemin de aansprakelijkheid van de schuldeiser invoeren.

Vanuit deze optiek is het van belang een nauwkeurig onderscheid te maken tussen de uit artikel 2037 B.W. voor de schuldeiser voortvloeiende verplichtingen enerzijds en zijn algemene zorgplicht ten opzichte van de belangen van de borg anderzijds.

**60.** Door het systematisch wegbedingen van artikel 2037 B.W. wordt de rechtspositie van de borg nog veel kwetsbaarder dan ze normalerwijze reeds is. Daarom hebben bepaalde wetgevers ingegrepen. In Frankrijk werd, door de Wet van 1 maart 1984, artikel 2037 van de *Code civil* in die zin vervolledigd dat „*Toute clause contraire est réputée non écrite*”. En in het Nederlands Nieuw Burgerlijk Wetboek mag niet worden afgeweken van de exceptie van subrogatie ten nadele van de particuliere borg(119).

Een regeling zoals de Nederlandse zou ongetwijfeld welkom zijn in ons recht. Ook de Franse verdient aandacht, al beschermt ze, in haar algemeenheid, een aantal „professionele” borgen, die aan een dergelijke bescherming eigenlijk geen behoefte hebben. De Franse regeling heeft echter het voordeel dat ze ook door de *rechtspraak* zou kunnen worden ingevoerd; de Nederlandse is daarvoor allicht te genuanceerd. De rechter zou kunnen beslissen dat afstand van artikel 2037 B.W. van dwingend recht is, omdat een zodanige afstand het terugvorderingsrecht van de borg te zeer in het gedrang brengt, terwijl dit terugvorderingsrecht inherent en „essentieel” verbonden is aan de borgtocht. De verbintenis van de borg is immers essentieel subsidiair; de borg is niet de economische schuldenaar, en moet derhalve over een effectief verhaal tegen de hoofdschuldenaar kunnen beschikken(120).

## VI. AARD EN GEVOLGEN VAN DE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE SCHULDEISER

**61.** Wanneer de schuldeiser aan zijn plichten tekort schiet tijdens de duur van de reeds tot stand gekomen borgtocht, begaat hij duidelijk een *contractuele fout*. Dit zal b.v. het geval zijn, indien hij een aan zijn schuldvordering klevend preferentieel recht prijs geeft of indien hij,

(119) Art. 7:862. Voor meer details, zie J. BLOMKWIST, *o.c.*, 50, nr. 21; PITLO, *Het Nederlands burgerlijk recht*, deel 6, *Bijzondere overeenkomsten*, Arnhem, 1995, 363.

(120) Zie b.v. reeds R. KORTHALS ALTES, *Borgtocht naar hedendaags Nederlands recht*, Amsterdam, 1933, 119 e.v.

tijdens de looptijd van de borgverbintenis, verzuimt de borg de nodige informatie te verschaffen: hij brengt hem b.v. niet op de hoogte van een aan de hoofdschuldenaar toegekende termijnverlenging(121). Hetzelfde geldt, wanneer hij, bij de vervolging van de hoofdschuldenaar, niet de vereiste oplettendheid en diligentie aan de dag legt, of als hij, nog steeds tijdens de duur van de borgtocht, het te waarborgen passief een bedrijfseconomisch onverantwoorde hoogte laat bereiken of het gewaarborgde krediet ontijdig en geheel ongepast opzegt. Door op een onvoorzichtige en lichtzinnige manier een krediet toe te staan, vermindert de bankier de kansen van de borgsteller om niet te worden aangesproken(122).

Weliswaar zal de fout van de schuldeiser vaak ook een extra-contractueel aspect vertonen ten opzichte van de andere schuldeisers van de hoofdschuldenaar. Wegens het samenloopverbod kan de borg, in de thans bedoelde gevallen, de schuldeiser echter enkel op contractuele basis aanspreken.

Anderzijds kan hij evenwel, juist omdat hij een contractuele relatie heeft met de schuldeiser, van hem individueel schadevergoeding vorderen, terwijl het verhaal van de overige schuldeisers tegen de te nonchalante kredietverlener wordt gecollectiviseerd, en uitsluitend toekomt aan de curator(123).

In de andere gevallen, wanneer de fout van de schuldeiser zich situeert voor het aangaan van de borgtocht, is de aansprakelijkheid van de schuldeiser pre- en dus *extra-contractueel*. Men denke aan een onverantwoorde kredietverlening of -handhaving, waarvoor achteraf een borg wordt gezocht die de eventuele faliekante afloop van de onderneming zal moeten dragen. Vormt de door de schuldeiser verstrekte of ten onrechte achtergehouden informatie bedrog, terwijl de borg, zonder dit bedrog, niet eens gecontracteerd zou hebben, dan kan hij zelfs de borgtocht laten vernietigen.

Voor zover men de leer van het Franse *Macron*-arrest aanneemt (zie hoger nr. 26), lijkt de fout van de schuldeiser die de borg financieel overbelast, eveneens precontractueel te zijn. Deze fout vloeit immers niet voort uit een contractuele wanprestatie en, ofschoon haar gevolgen zich manifesteren tijdens de uitvoering van de overeenkomst, situeert de fout zich niet in een foutieve uitvoering ervan, maar in

---

(121) Volgens F.D. (noot onder Cass. 24 februari 1967, *Pas.* 1967, I, 792) zou deze fout van quasi-delictuele aard zijn. Deze noot dateert echter van voor de arresten, waarin het Hof zich tegen de samenloop van de contractuele en quasi-delictuele aansprakelijkheid uitsprak.

(122) Bergen 12 januari 1998, *J.L.M.B.* 1998, 1430.

(123) F. TINT, *Sûretés*, Brussel, 2000, 384, nr. 774.

het onderhandelingsproces dat de contractsluiting voorafgaat. Het lijkt dus wel degelijk om een *culpa in contrahendo* te gaan(124).

**62.** Conform de algemene beginselen inzake de verdeling van de bewijslast, zal de borg die een fout van de schuldeiser aanvoert, deze fout moeten aantonen.

Zo zal de borg moeten bewijzen dat de schuldeiser hem niet de vereiste informatie heeft verschaft, dat het preferentieel recht dat aan de gewaarborgde schuldvordering kleefde, door toedoen van de schuldeiser feitelijk is gedeprimeerd, of dat de schuldeiser die zelf de hoofdschuldenaar heeft vervolgd, van een voorrecht onoordeelkundig gebruik heeft gemaakt. In al deze gevallen zal hij dus moeten aantonen dat een normaal oplettend schuldeiser zich, mede gelet op de belangen van de borg, anders zou hebben gedragen dan de schuldeiser in kwestie.

Wanneer de schuldeiser daarentegen een preferentieel recht juridisch heeft prijsgegeven, wordt hij geacht een fout te hebben bedreven. Het prijsgeven van een aan de gewaarborgde schuldvordering klevend preferentieel recht maakt, in beginsel, op zichzelf een fout uit, vermits het een flagrante inbreuk betekent op de loyaleit die de schuldeiser jegens de borg aan de dag moet leggen.

**63.** De schuldeiser op wie, in toepassing van het voorgaande, een vermoeden van fout rust, zal moeten bewijzen dat het verlies der preferentiële rechten hem niet kan worden verweten. Men denke aan zekerheden die, in toepassing van de faillissementswetgeving, niet tegenwerpelijk zijn aan de failliete boedel, omdat ze gevestigd werden tijdens de verdachte periode, en de schuldeiser de hem toegekende hypotheek of andere voorrechten binnen een redelijke termijn na hun vestiging heeft laten inschrijven. Men kan ook denken aan het pand op een handelszaak, dat, ten gevolge van het faillissement van de hoofdschuldenaar en het daaruit volgend faillissementsbewind, door de schuldeiser niet meer (in goede omstandigheden) kan worden geëffectueerd(125).

---

(124) J. CASEY, gecit. noot, *D.* 1998, 212, nr. 8.

(125) Vgl. Cass. 10 maart 1967, *Arr. Cass.* 1967, 866, *Pas.* 1967, I, 848. Over de resp. rechten van de pandhoudende schuldeiser en de curator bij het faillissement van de schuldenaar, zie M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Brussel, 1992, 86-92, nrs. 151-157; A. CUYPERS, *Kredieten en zekerheden bij faillissement en gerechtelijk akkoord*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 72-74, nrs. 70-71.

**64.** Wanneer de borg een fout in hoofde van de schuldeiser heeft aangetoond, kan hij deze in beginsel in schadevergoeding aanspreken. De schade bestaat hierin dat de borg de hoofdschuld moet betalen, en is dus gelijk aan het bedrag van deze schuld.

Zoals reeds vermeld n.a.v. de bespreking van de exceptie van subrogatie (nr. 50), kunnen beide schuldvorderingen — die van de schuldeiser tegen de borg, en de vordering van de borg tegen de schuldeiser — elkaar dan ook geheel of gedeeltelijk (ten belope van het kleinste bedrag) compenseren — al zal die compensatie in bepaalde gevallen wellicht door de rechter moeten worden uitgesproken (gerechtelijke compensatie). Dit kan ertoe leiden dat de borgschuld gedeeltelijk of geheel teniet gaat. De borgschuld wordt verminderd met het bedrag van de schuldvordering dat de borg van de schuldeiser kan vorderen.

**65.** Het feit dat de borg de hoofdschuld moet betalen, maakt evenwel niet noodzakelijk schade uit. Na betaling van de hoofdschuld, beschikt de borg immers over een (subrogatoir) verhaal tegen de hoofdschuldenaar. Er is dus slechts schade, wanneer deze regresvordering theoretisch is, en aan de borg geen reëel voordeel verschaft.

De insolventie van de schuldenaar kan immers tijdelijk zijn, en er kunnen redelijke gronden bestaan om te geloven in zijn financieel herstel. Wanneer de kansen op financieel herstel van de hoofdschuldenaar reëel zijn en waarschijnlijk, en niet enkel tot het rijk der mogelijkheden behoren, zou eventueel kunnen worden bepleit om de schadevergoedingseis van de borg af te wijzen; de door hem aangevoerde schade is onvoldoende zeker. In die optiek zou de borg slechts voorbehoud kunnen vorderen voor toekomstige schade; wel zou hem een provisionele schadevergoeding kunnen worden toegekend voor de interesten.

Deze — nogal gewaagde — oplossing kan echter enkel worden verdedigd, wanneer de waarschijnlijkheid van financieel beterschap van de hoofdschuldenaar reëel is, voldoende groot, en zich niet te ver in de toekomst situeert. In het andere geval mag de borg de schuldeiser in schadevergoeding aanspreken. Bij onderstelling ligt immers een fout van de schuldeiser aan de oorsprong van de schade van de borg. Normalerweise moet de schuldeiser de gehele of gedeeltelijke bevrijding van de borg dan maar voor lief nemen. Blijkt de hoofdschuldenaar achteraf toch in beteren doen te verkeren, dan kan de schuldeiser hem nog altijd in betaling van de nog niet betaalde hoofdschuld aanspreken.

Anderzijds zij erop gewezen dat de schade van de borg wel definitief is, indien de gefailleerde schuldenaar verschoonbaar is (art. 82, lid 1 Faill. W.), en bij in het kader van een gerechtelijk akkoord toegestane schuldverminderingen (art. 35 Wet Ger. Akk.).

**66.** Ofschoon dit probleem zelden als dusdanig wordt behandeld, zou een andere oplossing moeten worden aangenomen, wanneer de borg het voorrecht van subrogatie inroept. Als vaststaat dat de borg, op het ogenblik dat hij door de schuldeiser wordt vervolgd, wegens het feit dat deze een preferentieel recht heeft prijs gegeven, geen doeltreffend verhaal tegen de hoofdschuldenaar zal kunnen uitoefenen, mag hij, de borg, het voorrecht van subrogatie inroepen<sup>(126)</sup> — ook indien de insolventie van de hoofdschuldenaar op dat ogenblik niet definitief vaststaat.

Op het eerste gezicht lijkt deze afwijkende regeling moeilijk te rechtvaardigen. De exceptie van subrogatie werd hier immers opgevat als een sanctie voor de schending, door de schuldeiser, van diens algemene zorgplicht jegens de borg. De afwijkende regeling kan hoogstens worden verklaard door de tekst van artikel 2037 B.W., dat het verval van de borgtocht als een quasi-automatisme beschrijft.

Het praktisch belang van één en ander is echter gering. Indien er al een verschil kan worden aangenomen met betrekking tot de vereiste schade, al naar gelang de schuldeiser aan zijn algemene zorgplicht jegens de borg tekort schoot dan wel wanneer hij, meer specifiek, een preferentieel recht prijs gaf, zal dit verschil toch miniem zijn.

Want ook bij schending van de algemene zorgplicht, zal de schuldeiser in de regel een korting of zelfs een volledig tenietgaan van de borgschuld moeten dulden — behoudens de eerder onwaarschijnlijke hypothese, waarin het onvermogen van de hoofdschuldenaar klaarblijkelijk slechts tijdelijk en van voorbijgaande aard is.

Eén en ander leidt er m.i. toe om ook het beroep van de borg op de exceptie van subrogatie, in dit geval, aan banden te leggen. Als het onvermogen van de hoofdschuldenaar duidelijk slechts van voorbijgaande aard is, zou de schade van de borg niet voldoende zeker zijn, en kan het beroep op de exceptie niet worden ingewilligd. Als men er anders over denkt, vat men artikel 2037 B.W. in feite als een *lex specialis* op, die afwijkt van het gemeen recht. Het ligt echter meer voor de hand dit artikel als een „vooruitgeschoven brugghoofd” te

---

(126) Cass. fr. 9 mei 1994, *Bull. civ.* 1994, IV, nr. 69.

beschouwen van het leerstuk van de goede trouw inzake borgtocht. Wat ook de specifieke inbreuk op de zorgplicht van de schuldeiser jegens de borg moge zijn, het heeft weinig zin verschillende maatstaven te hanteren met betrekking tot de aard van de schade.

**67.** De schade van de borg bestaat echter niet altijd in het feit dat hij de hoofdschuld moet betalen. Wanneer de schuldeiser nalaat hem op de hoogte te brengen van een vruchteloze ingebrekestelling van de hoofdschuldenaar, moet de borg in elk geval niet meer instaan voor de na deze ingebrekestelling ontstane gerechtskosten (art. 2016 B.W.; zie hoger, nr. 6). In dit opzicht voorkomt ook bedoeld artikel dat schade ontstaat, eerder dan dat het schade vergoedt. Dit belet overigens niet dat de borg op schadeloosstelling aanspraak kan maken, indien het verzuim van de schuldeiser voor hem nog andere schade meebrengt.

Ook de regeling van art. 2024 B.W., die de schuldeiser ertoe verplicht, nadat de borg het voorrecht van uitwinning heeft bekomen, de goederen van de schuldenaar onverwijld uit te winnen, voorkomt dat de borg schade lijdt.

**68.** Tenslotte zal de borg het oorzakelijk verband tussen de beweerde fout van de schuldeiser en zijn schade moeten aantonen (behoudens de hypothese, waarin de schuldeiser aan de schuldvordering klevende preferentiële rechten juridisch prijs gaf; zie hoger nr. 62). Wanneer de fout van de schuldeiser in een nalaten bestaat, kan dit bewijs tot bepaalde moeilijkheden aanleiding geven.

Zo zal de borg die aanvoert dat de schuldeiser hem niet op de hoogte bracht van een aan de hoofdschuldenaar toegekende termijnverlenging, moeten aantonen dat hij (de borg), de schuldeiser niets of minder had moeten betalen, resp. dat hij zijn verhaal tegen de hoofdschuldenaar geheel of gedeeltelijk veilig had kunnen stellen, wanneer hij wél tijdig op de hoogte was gebracht van de toegekende termijnverlenging. In een geval als dit, zal de algehele bevrijding van de borg zelden kunnen worden aangenomen. Realistischer is de hypothese waarin de borg kan aantonen dat zijn verlies, bij correcte informatie vanwege de schuldeiser, kleiner zou zijn geweest. Dit kan dan uiteindelijk resulteren in een gedeeltelijke bevrijding van de borg, na gedeeltelijke compensatie.

Van zijn kant kan de schuldeiser aan wie de borg verwijt dat hij aan een vennootschap-hoofdschuldenaar op lichtvaardige wijze kredieten toestond, opwerpen dat deze borg, als aandeelhouder of bestuurder van de hoofdschuldenaar, met de kredietverlening akkoord ging.

Normalerwijze zou dit tot een gedeelde aansprakelijkheid moeten leiden; volgens de rechter verviel de aansprakelijkheid van de schuldeiser echter volledig(127).

## VII. KAN DE SCHULDEISER ZIJN PLICHTEN WEGBEDINGEN?

**69.** De schuldeiser kan de meeste van de op hem wegende plichten wegbedingen. Zo werd aangestipt dat art. 2037 B.W. met de regelmaat van een klok contractueel ter zijde wordt geschoven. Ook zijn informatieplichten kan de schuldeiser wegbedingen, behalve wanneer de borgtocht betrekking heeft op een consumentenkrediet. In de praktijk stipuleren de bankiers in de borgtochtakte vaak dat zij niet gehouden zijn de borg op de hoogte te houden omtrent hun relatie met de hoofdschuldenaar, en in de kredietovereenkomst met deze laatste dat zij op elk moment het recht hebben de stand van de verbintenissen van de schuldenaar aan de borg mee te delen (dit laatste om een eventuele aansprakelijkheid wegens schending van de discretieplicht te ontlopen)(128).

Meestal bieden deze exoneratiebedingen aan de schuldeiser een efficiënte bescherming. De borg kan ze enkel aanvechten, indien ze kunnen worden opgevat als misbruik van recht om te contracteren(129), of indien de wet die de schuldeiser met een bepaalde plicht belast, imperatief is — hetgeen het geval is voor de Wet op het Consumentenkrediet. In dit verband werd ook betoogd om aan artikel 2037 B.W. een imperatief statuut te verlenen.

Er werd evenwel aan herinnerd dat de exoneratiebedingen aan de schuldeiser nog geen vrijgeleide verlenen, en dat ze meestal slechts betrekking hebben op punctuele plichten van de schuldeiser, zonder zijn algemene zorgplicht als dusdanig aan te tasten. De borg moet derhalve niet alle hoop laten varen.

---

(127) Antwerpen 14 april 1998, *T.B.H.* 1999, 565.

(128) Vgl. L. LANOYE, noot in *R.W.* 1992-93, 1032, nr. 3; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, „Le cautionnement dénaturé”, in *Les sûretés issues de la pratique*, Brussel, 1983, F.12, nr. 16; Vred. St. Niklaas 26 oktober 1992, *T. Vred.* 1994, 299 (i.z. huurwaarborg). Over de geldigheid van dergelijke exoneratiebedingen, zie A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten in het contractenrecht. Een onderzoek naar grondslag, draagwijdte en sancties*, acad. proefschrift (nog niet gepubliceerd), Antwerpen, 2000, III, nrs. 70 e.v.

(129) Vgl. W. DE BONDT, *De leer van de gekwalificeerde benadeling*, Antwerpen, 1985, passim.