

INHOUD

Praeadvies van Mr. L. D. Pels Rijcken

Inleiding.	87
I. Begrip borgtocht	88
II. Verplichtingen van den borg	94
III. Vorm van borgtocht	99
IV. Subsidiaire karakter van borgtocht	102
V. Accessoire karakter van borgtocht	105
VI. Borgtocht en passieve hoofdelijkheid.	122
VII. Zorgverplichtingen van den schuldeiser.	130
VIII. Borgtocht voor toekomstige schulden	138
IX. Het regres van den borg	141
X. Medeborgen	162
XI. Slothoofdstuk	167

INHOUD

Praeadvies van Mr. W. F. de Gaay Fortman

Hoofdstuk I. Inleiding	175
Hoofdstuk II. Kernpunten en knelpunten van het huidige recht	178
§ 1. De inhoud van de borgtocht	178
§ 2. Borgtocht is subsidiair en accessori	180
§ 3. Ontstaan en uitlegging van de borgtocht	181
§ 4. Krediet- en bankborgtocht	183
§ 5. De verhouding schuldeiser-borg	185
§ 6. De verhouding borg-hoofdschuldenaar	188
§ 7. De verhouding van borgen onderling	189
§ 8. Het einde van de borgtocht	191
§ 9. Mengelwerk.	192
Hoofdstuk III. Buitenlandsrecht	193
§ 1. Frankrijk	193
§ 2. Duitsland	195
§ 3. Oostenrijk	198
§ 4. Zwitserland	201
§ 5. Italie	206
Hoofdstuk IV. Het recht der toekomst	206

Op welke wijze dient de wet de overeenkomst van borgtocht te regelen?

Praeadvies van Mr L. D. Pels Rijcken

De risico's, waaraan borgen zich — veelal zonder tegenprestatie — bloot stellen en de lichtvaardigheid, waarmee dit in vele gevallen geschiedt, hebben van oudsher geleid tot het stellen van regels, die het lot van borgen trachten te verzachten. In onze tijd komt dit streven het duidelijkst tot uiting in de Zwitserse wet van 10 december 1941 (in werking getreden op 1 juli 1942), waarbij een nieuwe Titel van borgtocht in het Obligationenrecht is ingevoerd. Deze wet bevat veel dwingende bepalingen tot bescherming van borgen en tracht ook het aangaan van borgtocht te bemoeilijken.

Andere wetboeken hebben zich van een zo ingrijpende reglementering onthouden. Men vindt ook daarin wel bepalingen ten gunste van den borg, doch deze hebben meestal geen dwingend karakter.

De ervaring heeft echter geleerd, dat een wetgever met voorschriften van regelend recht slechts weinig bescherming aan borgen kan verlenen, omdat daarvan in de praktijk gewoonlijk wordt afgeweken. Een crediteur, die zekerheid in den vorm van borgtocht verlangt, bepaalt in den regel de voorwaarden waaronder de borg zich verbindt. Het ligt daarom voor de hand, dat in de meeste borgtochtakten de rechten van den crediteur zoveel mogelijk ten koste van den borg worden versterkt.

Wil een wetgever borgen doeltreffend beschermen, dan zijn daartoe dus dwingende regels vereist. Bij het stellen hiervan is echter voorzichtigheid geboden. Borgtocht vervult een onmisbare functie in het economische leven, zeker in ons land waar banken en andere financieringsinstellingen veelvuldig van dit credietmiddel gebruik maken. Het is m.i. een algemeen belang, dat die functie behouden blijft. De wettelijke bescherming van borgen behoort daarom niet zó ver te gaan, dat borgtocht zijn bruikbaarheid als zekerheid zou verliezen.

De ontwerper van een Titel van borgtocht in het nieuwe B.W. zal zich derhalve moeten afvragen in hoeverre hij de rechtspositie van borgen kan verbeteren, zonder wezenlijk

afbreuk te doen aan de betekenis van borgtocht als crediet-middel.

Behalve voor deze vraag van rechtspolitiek ziet de wetgever zich bij de regeling van borgtocht ook voor een aantal technisch-juridische problemen gesteld. Voor zover deze verband houden met het algemene deel van het verbintenissenrecht, behoren ze uiteraard in overeenstemming daarmee te worden opgelost. In zoverre is het verheugend, dat tijdens de voorbereiding van dit praeadvies het Ontwerp 6e Boek van het nieuwe B.W. is verschenen. Zonder kennismaking van dit Ontwerp zou het schrijven van dit praeadvies een weinig vruchtbare arbeid zijn geweest.

Anderzijds heeft de publicatie van dit Ontwerp met zijn lijvige Toelichting de taak van praeadviseurs niet weinig verzaagd. Bij beantwoording van de hun gestelde vraag behoren zij uiteraard zoveel mogelijk op dit indrukwekkende werkstuk aan te sluiten. De tijd van bestudering is echter te kort geweest om daarmee volledig vertrouwd te raken. Dit moge derhalve als verontschuldiging gelden, indien dit praeadvies niet het volle profijt trekt van hetgeen het driemanschap heeft gewrocht of daarmee in enig onderdeel niet voldoende mocht rekening houden.

I. Begrip borgtocht.

Art. 1857 B.W. definieert borgtocht als een overeenkomst, waarbij men zich jegens een schuldeiser verbindt „om aan de verbintenis van den schuldenaar te voldoen”. Volgens deze definitie wordt borgtocht hierdoor gekenmerkt, dat de borg zich verplicht tot een prestatie, waartoe de hoofdschuldenaar eveneens is gehouden.

Uiteraard kan men ook garanderen, dat iemand een prestatie zal verrichten, welke *niet* verschuldigd is. Dit is het „zich sterk maken”, waarover art. 1352 B.W. spreekt. Deze figuur onderscheidt zich van borgtocht door het ontbreken van een hoofdverbintenis¹. Borgtocht veronderstelt daaren-

¹ Vgl. voor de verschillen tussen borgtocht en „zich sterk maken” in den zin van art. 1352 B.W.: SCHOLTEN W.P.N.R. nos. 2470-2473, VAN NIEROP W.P.N.R. no. 3208, ASSER-KAMPHUISEN p. 755, SUYLING II, 1 no. 117. Zie voorts over verschillen tussen borgtocht en cumulatieve schuldoverneming (z.g. „Schuldbeitritt”) KORTHALS ALTES p. 127 e.v.

tegen het bestaan van een hoofdverbintenis, voor welke nakoming de borg instaat.

Men kan op zeer verschillende wijzen de nakoming van eens anders verbintenis garanderen. Men denke b.v. aan creditverzekering of overeenkomsten tot vrijwaring tegen gevolgen van wanprestatie van een derde. Dergelijke overeenkomsten verschillen van borgtocht doordat daaruit *zelfstandige* verbintenissen tot schadevergoeding voortvloeien, welke zich niet, althans niet noodzakelijk richten naar de gegarandeerde verbintenis. Wie *anders dan als borg* verplicht is een schuldeiser schadeloos te stellen wegens wanprestatie van diens schuldenaar, is gewoonlijk slechts gehouden tot vergoeding van schade, welke de schuldeiser lijdt door *onverhaalbaarheid* van zijn vordering. Deze verplichting is naar haar aard subsidiair, en wel in sterkere mate dan die van een borg met voorrecht van uitwinning. De debiteur zal in den regel beroep kunnen doen op de omstandigheid, dat de schuldeiser zijn schade geheel of gedeeltelijk aan zich zelf heeft te wijten doordat hij niet tijdig, toen dit nog mogelijk was, zijn vordering heeft geldend gemaakt en verhaald. Een dergelijk beroep op „culpa in exigendo” komt den borg in beginsel niet toe, juist omdat hij zich tot voldoening van de hoofdschuld heeft verbonden ².

Bij het ontwerpen van een nieuwe regeling van borgtocht zal de wetgever m.i. van het bestaande borgtochtbegrip moeten uitgaan. Ook al zou hij geheel vrij staan t.o.v. de rechtsgeschiedenis en de bestaande rechtsdogmatiek, zo is hij toch gebonden aan hetgeen *naar verkeersopvatting* onder borgtocht wordt verstaan.

Wie zich als borg verbindt, bedoelt voor niets meer of anders in te staan dan voor een bestaande hoofdschuld. De wettelijke regeling behoort hierop aan te sluiten. Daaruit volgt, dat de verplichting van een borg noodzakelijk van het bestaan van een hoofdverbintenis afhankelijk moet zijn en dus haar accessoire karakter moet behouden.

Het zou ook niet mogelijk zijn een wettelijke regeling van

² Dit neemt intussen niet weg, dat een borg zijn aansprakelijkheid in een bepaald geval zodanig kan beperken, dat hij in feite slechts gehouden is tot vergoeding van schade, welke de hoofdschuldenaar door *onverhaalbaarheid* van de hoofdschuld lijdt. Deze figuur — door de Duitse doctrine „Ausfallbürgschaft” genoemd — zal praktisch nauwelijks van een overeenkomst tot vrijwaring tegen wanprestatie van een derde te onderscheiden zijn.

borgtocht te ontwerpen, welke mede voor andere garantie-overeenkomsten bruikbaar zou zijn. Hiervoor zijn de rechtsgevolgen dier andere overeenkomsten te zeer verschillend.

Het begrip borgtocht van het nieuwe B.W. zal dus, evenals in het bestaande recht, hierdoor gekenmerkt moeten worden, dat op den borg een verbintenis rust, welker inhoud wordt bepaald door die van den hoofdschuldenaar.

Volgt hieruit nu, dat beide verbintenissen noodzakelijk gericht moeten zijn op één en dezelfde prestatie en dus naar haar *inhoud* (zij het wellicht niet naar haar omvang) noodzakelijk identiek moeten zijn? Op grond van de wettelijke omschrijving van borgtocht in art. 1857 B.W. heeft de doctrine dit langen tijd eenstemmig gelcerd³. Deze opvatting is echter niet onbestreden gebleven⁴. Haar bestrijders wijzen erop, dat men zich ook kan borg stellen voor een verbintenis, die alleen door den hoofdschuldenaar kan worden nagekomen. Hoe kan de borg dan tot nakoming verplicht zijn? Men behoeft in dit verband niet eens uitsluitend te denken aan verbintenissen van hoogst persoonlijk aard, zoals het maken van een schilderij. In het algemeen zal het bij verbintenissen om te doen of niet te doen geenszins onverschillig zijn door wien de verbintenis wordt nagekomen. Indien een hoofdschuldenaar gehouden is tot het verrichten van arbeid of zich bij een concurrentiebeding heeft verplicht niet voor anderen werkzaam te zijn, zal degene die zich voor hem borg heeft gesteld *deze* verplichtingen onmogelijk kunnen nakomen. Hetzelfde geldt trouwens ook voor verbintenissen om te geven, voor zover die op een onvervangbare prestatie zijn gericht, zoals levering van een specieszaak. Voor een dergelijk geval kan men in theorie nog volhouden, dat ook de borg primair tot levering van de zaak is verbonden, doch indien niet de borg doch enkel de hoofdschuldenaar daarover de beschikking heeft, kan dit bezwaarlijk de bedoeling van partijen zijn geweest.

Toch houden de meeste schrijvers ook voor dergelijke gevallen vast aan het beginsel, dat de borg in de eerste plaats tot nakoming van de hoofdschuld verplicht is, al geven zij

³ Aldus DIEPHUIS XIII p. 277, LAND V p. 701, ASSER-LIMBURG II p. 49; ASSER-KAMPHUISEN p. 751 e.v. en KORTHALS ALTES p. 10 e.v.

⁴ HENDRIX, Bouwborgtocht (diss. 1919) p. 185, e.v., HOFMANN p. 471 e.v.

toe dat hij in feite alleen tot schadevergoeding zal kunnen worden aangesproken. Dit laatste wordt op verschillende wijzen gemotiveerd. Volgens Korthals Altes lost een borgtochtverbintenis, die betrekking heeft op een onvervangbare prestatie van den hoofdschuldenaar, zich vanzelf op in schadevergoeding omdat de borg, zo hij tot nakoming van de hoofdschuld werd aangesproken, beroep zou kunnen doen op den regel „*impossibilium nulla obligatio*”. Kamphuisen vindt het vanzelfsprekend, dat de schuldeiser van een onvervangbare prestatie t.o.v. den borg genoeg moet nemen met schadevergoeding, omdat ook de hoofdschuldenaar niet tot de prestatie zelve kan worden gedwongen.

Geen van beide redeneringen houdt een werkelijke verklaring in. De regel „*impossibilium nulla obligatio*” bestaat in ons recht niet. Een borg, die verbonden zou zijn tot een prestatie, welke hij niet zelf kan verrichten, kan daarom een vordering tot nakoming nog niet met een beroep op overmacht afweren. En indien hij wel beroep op overmacht kan doen, zou hij volgens art. 1280 B.W. ook niet tot schadevergoeding aansprakelijk zijn.

Evenmin overtuigend is de opmerking van Kamphuisen. Bij een verbintenis strekkende tot een onvervangbare prestatie is een veroordeling tot nakoming — desnoods gesanctioneerd door een dwangsom — wel degelijk mogelijk. Waarom zou een dergelijke veroordeling dan niet mogelijk zijn tegen een borg, gesteld dat diens verplichting werkelijk denzelfden inhoud zou hebben als die van den hoofdschuldenaar?

Om tot een oplossing van de geschetste moeilijkheid te komen, dient men m.i. twee vragen te onderscheiden.

De eerste is, of een borg *in het algemeen* tot nakoming van de hoofdschuld verplicht is. Deze vraag kan men m.i. naar positief recht slechts bevestigend beantwoorden. De opvatting van Hendrix, die op grond van een historisch onderzoek heeft betoogd dat een borg *uitsluitend* tot schadevergoeding verplicht is, kan m.i. onmogelijk worden aangevaard. Hiertegen verzet zich niet alleen de tekst van art. 1857 B.W., doch ook de rechtsgeschiedenis sedert Pothier, aan wiens *Traité des Obligations* de Titel van borgtocht via de Code is ontleend ⁵.

⁵ POTHIER, *Traité des Obligations* no. 366, zegt uitdrukkelijk, dat een borg den schuldeiser moet betalen: „ce que le débiteur lui doit,

Een andere vraag is evenwel, of tot het *wezen* van borgtocht behoort, dat de borg zich tot nakoming van den primaireren prestatieplicht van den hoofdschuldenaar verbindt. Een overeenkomst, waarbij men zich slechts verplicht tot schadevergoeding voor het geval de hoofdverbintenis niet wordt nagekomen, zou dan geen borgtocht zijn, doch een garantie-overeenkomst van anderen aard, waarop de bepalingen van borgtocht niet rechtstreeks toepasselijk zijn.

Voor deze opvatting bestaat m.i. geen grond. Voor zover niet het tegendeel is overeengekomen, is een borg aansprakelijk voor alle gevolgen van de hoofdschuld, dus ook voor de schadevergoeding, welke de in gebreke zijnde hoofdschuldenaar verschuldigd wordt ⁶. Waarom zou een borg zich dan niet *uitsluitend* voor die schadevergoeding aansprakelijk kunnen stellen? Dat een overeenkomst van dezen inhoud wel degelijk een borgtocht is, volgt m.i. uit art. 1859 B.W., hetwelk toelaat dat borgtocht onder minder bezwarende voorwaarden dan de hoofdschuld wordt aangegaan ⁷. Van den regel, dat een borg primair tot nakoming van de hoofdschuld verplicht is, kan dus naar geldend recht worden afgeweken zonder dat de overeenkomst daardoor het karakter van borgtocht verliest. Bij borgtocht voor verbintenissen, die een onvervangbare prestatie van den hoofdschuldenaar tot voorwerp hebben, moet men zulk een afwijking aannemen, omdat partijen kennelijk hebben bedoeld, dat de borg zich uitsluitend garant stelde voor schadevergoeding, welke bij niet-nakoming van de hoofdschuld verschuldigd zou worden.

Evenals voor het geldende recht zal men zich ook bij het ontwerpen van een nieuwe wettelijke regeling achtereenvolgens moeten afvragen:

1. of een borgtochtverbintenis *in het algemeen* behoort te strekken tot nakoming van de hoofdschuld, dan wel enkel tot schadevergoeding;
2. of het wettelijk begrip borgtocht ook laatstgenoemde figuur moet omvatten, zodat de bepalingen van borgtocht ook daarop toepasselijk zijn.

en accédant à son obligation". In gelijken zin art. 2011 C. en de artt. 2909 Ontwerp 1820 en 1867 Ontwerp 1830.

⁶ Vgl. H. R. 17 februari 1905 - W. 8184.

⁷ Aldus ook VAN BRAKEL p. 399. Vgl. ook LOSECAAT VERMEER bij LAND V p. 702.

Wat de eerste vraag betreft, zie ik geen reden een ander stelsel te kiezen dan voor het bestaande recht uit art. 1857 B.W. voortvloeit. Ook wanneer men zich losmaakt van het positieve recht en van de traditie, zoals deze in elk geval sedert Pothier heeft bestaan, kan m.i. niet worden aanbevolen als hoofdregel te stellen, dat een borg slechts gehouden is den schuldeiser *schadeloos* te stellen.

Hendrix, die dit voor het bestaande recht en voor het jus constituendum heeft verdedigd⁸, ziet m.i. over het hoofd dat een schuldeiser, die van een borg slechts schadevergoeding kan eisen, in beginsel schade zal moeten bewijzen. Bij geldschulden zal dit schadebewijs niet moeilijk te leveren zijn, doch in andere gevallen kan het toch voor den schuldeiser een complicatie opleveren, welke aan borgtocht een deel van zijn betekenis als zekerheid ontnemt.

Een verbintenis tot *nakoming* van eens anders schuld behoef echter niet de *enig* mogelijke vorm van een borgtocht te zijn. Een nieuwe wettelijke regeling van borgtocht behoort m.i. evenzeer toepasselijk te zijn op overeenkomsten, waarbij iemand een hoofdverbintenis garandeert door zich enkel te verplichten tot de schadevergoeding, welke de hoofdschuldenaar bij wanprestatie verschuldigd wordt. Het is gewenst, dat de wet deze beperking uitdrukkelijk veronderstelt, indien de borgtocht is aangegaan voor een hoofdverbintenis, welke een onvervangbare prestatie van den hoofdschuldenaar tot voorwerp heeft. De moeilijkheid, welke t.a.v. deze gevallen in de doctrine is gerezen, vindt dan vanzelf een oplossing.

Volgt hieruit nu, dat de wetgever borgtocht niet — zoals in art. 1857 — behoort te omschrijven als een overeenkomst, waarbij een derde zich jegens een schuldeiser verbindt aan de verbintenis van diens schuldenaar te *voldoen*? M.i. past deze definitie ook op den enkel tot schadevergoeding gehouden borg⁹. Deze verbindt zich wel degelijk tot *voldoening* van een verplichting van den hoofdschuldenaar, zij het niet van diens primaireren prestatieplicht doch enkel van de verplichting tot schadevergoeding, waartoe de hoofdschuldenaar bij niet-nakoming gehouden is.

⁸ a.w., p. 185 e.v.

⁹ Anders HOFMANN p. 472/3.

II. Verplichtingen van den borg.

In aansluiting op de definitie van borgtocht in art. 1857 B.W. geeft art. 1862 nader aan, waartoe een borg gehouden is. Volgens laatstgenoemd artikel strekt „onbepaalde borgtocht” zich uit tot alle gevolgen van de hoofverbintenis. De term „onbepaalde borgtocht” heeft tot verschil van mening aanleiding gegeven¹⁰. Men kan de vermoedelijke betekenis van het artikel m.i. duidelijker uitdrukken door te bepalen, dat een borg aansprakelijk is voor alle uit de hoofverbintenis voortvloeiende verplichtingen, voor zover uit den borgtocht niet het tegendeel blijkt.

De aansprakelijkheid van een borg kan op verschillende wijzen contractueel worden beperkt. Vooreerst kan een bepaald maximum worden overeengekomen¹¹. Ook kan de borg zich slechts voor bepaalde verplichtingen van den hoofdschuldenaar aansprakelijk stellen, b.v. uitsluitend tot nakoming van diens hoofdverplichting of uitsluitend tot de schadevergoeding, welke de hoofdschuldenaar bij niet-nakoming verschuldigd zal worden.

Zoals hierboven (blz. 90, 93) reeds is opgemerkt, behoort de wet laatstgenoemde beperking te veronderstellen, in geval de hoofdverbintenis strekt tot een doen of niet-doen of tot het geven van een bepaalde species-zaak. Een desbetreffende bepaling zal echter niet van dwingend recht moeten zijn, doch de betekenis moeten hebben van een wettelijk vermoeden. Een bouwborg, die instaat voor de verplichtingen van een aannemer uit een aannemingsovereenkomst, kan behoudens duidelijk blijk van het tegendeel geacht worden zich alleen aansprakelijk te stellen voor de schadevergoeding, welke de aannemer bij niet-nakoming van zijn verplichtingen verschuldigd wordt. Hij kan zich echter ook uitdrukkelijk verbinden het werk verder uit te voeren, zo de aannemer daarmee in gebreke mocht blijven¹². Er bestaat m.i. geen

¹⁰ Verschillende opvattingen hierover bij: ASSER-LIMBURG II p. 56/7, HOFMANN p. 480/1 en ASSER-KAMPHUIZEN p. 762.

¹¹ Hieronder (blz. 100 e.v.) zal worden betoogd, dat het stellen van een maximum dwingend moet worden voorgeschreven, behalve bij borgtocht voor een verbintenis tot betaling van een bepaalde geldsom.

¹² Een dergelijke verbintenis werd bouwborgen opgelegd in een vroegeren tekst van de A.V. van Waterstaat en van de A.A.V. van den Bond van Ned. Architecten. Vgl. HENDRIX a.w. p. 204.

reden om aan deze overeenkomst het karakter van borgtocht te ontzeggen.

Behoudens overeengekomen beperkingen strekt borgtocht zich ook uit tot gevolgen, welke de wet of de overeenkomst aan niet-nakoming van de hoofdvbintenis verbindt. T.a.v. geldschulden bestaan die gevolgen in moratoire interessen, welke volgens art. 6.1.8.9 van het Ontwerp niet eerst vanaf den dag der dagvaarding verschuldigd worden, doch reeds zodra de schuldenaar in verzuim is. Tot de gevolgen van niet-nakoming behoort ook schadevergoeding ter zake van ontbinding ener wederkerige overeenkomst¹³. Een dwangsom, welke den hoofdschuldenaar bij rechterlijk vonnis wordt opgelegd ter verzekering van de nakoming van de hoofdvbintenis, vloeit echter niet uit die vbintenis zelve voort, doch vindt haar schuldorzaak in het vonnis. Daarentegen is een borg m.i. in beginsel wel aansprakelijk voor een contractuele boete, welke de hoofdschuldenaar bij niet-nakoming verschuldigd wordt.

De gevolgen, welke de wet of een overeenkomst aan niet-nakoming van de hoofdschuld verbindt, kunnen voor een borg een aanmerkelijke verzwaring van zijn verplichtingen medebrengen. Het is daarom redelijk, dat hij voor deze gevolgen niet eerder kan worden aangesproken dan nadat hem door schriftelijke aanmaning gelegenheid is gegeven de hoofdvbintenis zelve na te komen.

In een recent arrest heeft de Hoge Raad beslist, dat een voorafgaande ingebrekestelling van een borg in het voorliggende geval niet was vereist voor zijn aansprakelijkheid tot schadevergoeding, welke de hoofdschuldenaar door niet-nakoming verschuldigd was geworden¹⁴. M.i. behoort de wet voor deze aansprakelijkheid van den borg te verlangen, dat

¹³ Vgl. H.R. 17 februari 1905 - W 8184, W.P.N.R. 1850.

Het Ontwerp vermeldt schadevergoeding ter zake van ontbinding ener wederkerige overeenkomst niet in Afdeling 6.1.8 betreffende „De gevolgen van het niet nakomen van een vbintenis”, doch in art. 6.5.4.20. Hieruit mag uiteraard niet worden geconcludeerd, dat *deze* schadevergoeding geen gevolg van niet-nakoming ener vbintenis zou zijn.

¹⁴ H.R. 13 januari 1961 - N.J. 1961 no. 364. Blijkens de overwegingen berust dit arrest op de uitlegging, die de feitelijke rechter aan de borgtochtovereenkomst had gegeven. Uit het arrest volgt dus niet meer dan dat een voorafgaande aanmaning van den borg niet een vereiste van dwingend recht is voor zijn aansprakelijkheid voor door den hoofdschuldenaar verschuldigde schadevergoeding.

hij *zelf* met de nakoming van de hoofdschuld in gebreke is. Dit is in overeenstemming met art. 1862 B.W. voor zover dit de aansprakelijkheid van borgen voor gemaakte *kosten* eerst na aanmaning doet intreden. Ook op de regeling van het Ontwerp t.a.v. hoofdelijke verbintenissen kan in dit verband een beroep worden gedaan. Volgens het Ontwerp behoeft een hoofdelijke schuldenaar niet zonder meer de gevolgen te dragen van het verzuim van andere hoofdelijke schuldenaren. Art. 1322 B.W., hetwelk een ander stelsel huldigt, is door de ontwerpers niet overgenomen, hetgeen in de Toelichting (p. 471/2) als volgt wordt gemotiveerd:

„Het is immers een redelijke eis dat een schuldeiser in de gevallen waarin voor het intreden van het verzuim een aanmaning noodzakelijk is en de schuldenaren elkander op dit punt niet vertegenwoordigen, aan ieder der schuldenaren ten aanzien van wie hij de rechtsgevolgen van het verzuim wenst te doen intreden, een aanmaning doet toekomen. Het andere stelsel ware slechts te verdedigen, indien er voor de schuldenaar die een aanmaning ontving, steeds een verplichting zou bestaan om de andere schuldenaren van dit feit op de hoogte te stellen.”

Blijkens deze toelichting treden de gevolgen van verzuim voor een hoofdelijken schuldenaar eerst in, indien hij *zelf* in verzuim is.

T.a.v. borgen zou ik nog een stap verder willen gaan. Volgens art. 6.1.8.8 sub *a* van het Ontwerp komt een schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim „indien een bepaalde termijn voor de nakoming is aangewezen, tenzij van een andere bedoeling blijkt”. Toepassing van deze bepaling op borgen zou tengevolge hebben, dat zij door enkel verloop van tijd in verzuim kunnen geraken. Zo zij al niet zonder ingebrekestelling aansprakelijk zouden zijn voor de gevolgen van het verzuim van den hoofdschuldenaar, zouden zij dan toch de gevolgen van hun *eigen* verzuim moeten dragen. Dit is m.i. niet gerechtvaardigd. Men kan van een borg niet verlangen, dat hij zich op de hoogte stelt, of de hoofdschuldenaar tijdig zijn verplichtingen nakomt en bij gebreke hiervan eigener beweging tot betaling overgaat. Zolang hij niet in gebreke is gesteld behoort hij evenmin zelf door enkel tijdsverloop in verzuim te geraken en uit dien

hoofde voor de gevolgen van niet-nakoming van de hoofdschuld aansprakelijk te zijn.

Art. 6.1.8.8 van het Ontwerp noemt nog vier andere gevallen, waarin een schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim komt. Hiervan is voor borgtocht van praktisch belang het in het artikel sub *b* genoemde geval, dat „de schuldeiser uit een desbetreffende mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming zal tekortschieten.” In dit geval kan een ingebrekestelling ook ten aanzien van een borg achterwege blijven. Men kan immers niet verlangen, dat een borg in gebreke wordt gesteld, indien hij aan den schuldeiser heeft te kennen gegeven, dat hij niet van zins is zijn verplichtingen na te komen ¹⁵.

De wetgever, die door het vereiste van ingebrekestelling borgen tegen onnodige verzwaring van hun verplichtingen wil beschermen, behoort dit vereiste dwingend te stellen. Zou hij te dien aanzien volstaan met een bepaling van regelend recht, dan zou hij zijn doel niet bereiken, omdat daarvan in de meeste borgtochtakten zou worden afgeweken.

De ingebrekestelling heeft ten doel den borg gelegenheid te geven de hoofdschuld zelve te voldoen vóórdat hij kan worden aangesproken voor de gevolgen van niet-nakoming, zoals moratoire interessen of contractuele boete. Indien hij van deze gelegenheid geen gebruik maakt en dus na ingebrekestelling in verzuim geraakt, behoort hij echter voor deze gevolgen ten volle ¹⁶ aansprakelijk te zijn, ook voor zover ze voor den hoofdschuldenaar reeds eerder waren ingetreden. In dat geval mag immers worden aangenomen, dat ook een eerdere ingebrekestelling niet tot resultaat had gehad, dat de borg door tijdige voldoening der hoofdschuld het verzuim van den hoofdschuldenaar en de daaruit voortvloeiende verzwaring van verplichtingen zou hebben voorkomen ¹⁷.

¹⁵ Het Ontwerp onderscheidt tussen ingebrekestelling en aanmaning. Uit art. 6.1.8.7 blijkt, dat in gevallen waarin voor verzuim van een schuldenaar een ingebrekestelling is vereist, deze niet altijd behoeft te geschieden in den vorm van een aanmaning tot nakoming binnen een bepaalden termijn. Vgl. hierover de Toelichting p. 546/7. Voor de regeling van borgtocht heeft voormeld onderscheid m.i. nauwelijks belang. Terwille van de eenheid van terminologie wordt in den tekst van „ingebrekestelling” gesproken.

¹⁶ Uiteraard behoudens contractuele beperking van den borgtocht.

¹⁷ De hier gevolgde gedachtengang wijkt af van dien, welke ten

Het tot dusver in dit hoofdstuk betoogde kan in de volgende regels van *jus constituendum* worden samengevat:

1. Voor zover uit een borgtocht niet het tegendeel volgt, strekt deze zich uit tot alle uit de hoofdschuld voortvloeiende verplichtingen.
2. Voor gevolgen van niet-nakoming van de hoofdschuld is een borg echter eerst aansprakelijk, indien hij zelf in verzuim is.
3. Een borg raakt niet door enkel verloop van een voor nakoming aangewezen termijn in verzuim.
4. Van de sub 2 en 3 vermelde regels kan niet geldig bij overeenkomst worden afgeweken.
5. Indien een borg de hoofdschuld niet voldoet na deswege in gebreke te zijn gesteld, is hij — behoudens beperkingen van den borgtocht — aansprakelijk voor alle gevolgen van niet-nakoming, ook voor zover deze voor den hoofdschuldenaar waren ingetreden vóórdat de borg in verzuim was.

Een nieuwe wettelijke regeling behoort, evenals het B.W., den borg ook aansprakelijk te stellen voor door den hoofdschuldenaar verschuldigde kosten van rechtsvervolgning. Art. 1862 B.W. onderscheidt te dien aanzien tussen kosten van de „gedane *rechtsvordering*” en verdere (proces- of executie-) kosten. Voor deze laatste is de borg slechts aansprakelijk, voor zover ze zijn gemaakt nadat hij is aangemaand¹⁸.

Dit onderscheid dient te vervallen. Een borg, die niet is aangemaand, behoort ook niet aansprakelijk te zijn voor kosten van de „rechtsvordering”, d.w.z. van een dagvaarding of introductief request tegen den hoofdschuldenaar. Het ver-eiste van aanmaning zal ook in dit verband dwingend gesteld moeten worden, zodat daarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken.

grondslag ligt aan H.R. 1 februari 1957 - N.J. 1957 no. 136 (L.E.H.R.), waarbij is beslist dat ingebrekestelling niet overbodig is, indien de schuldenaar later ten processe het bestaan van zijn verplichting betwist.

¹⁸ Vgl. H.R. 27 november 1891 - W. 6115.

III. Vorm van borgtocht.

Volgens het huidige B.W. is borgtocht een vormloze overeenkomst, die ook mondeling kan worden gesloten¹⁹. Art. 1861 stelt slechts den eis, dat borgtocht „uitdrukkelijk” moet worden aangegaan, welke eis nog veelal wordt verzwakt doordat „uitdrukkelijk” wordt gelezen als synoniem van „ondubbelzinnig”²⁰. Terecht merkt Kamphuisen op, dat geen enkele overeenkomst door den rechter kan worden aangenomen, zolang haar bestaan niet ondubbelzinnig is gebleken. Wil het uitdrukkelijkheids-vereiste bij borgtocht enigen zin hebben, dan moet het betekenen dat de verklaring, waarbij men zich borg stelt, in woorden moet worden uitgedrukt en niet stilzwijgend kan geschieden²¹.

Voor zover mij bekend, komen mondelinge borgtochten hoogst zelden voor. De praktijk werkt vrijwel steeds met door den borg ondertekende akten.

M.i. behoort de wetgever zich bij deze praktijk aan te sluiten. Een rechtshandeling met zó ernstige gevolgen als borgtocht, die veelal om niet wordt verricht, behoort niet geheel vormvrij tot stand te kunnen komen. Het minste wat de wet kan verlangen om lichtvaardigheid tegen te gaan, is dat de borg zich schriftelijk verbindt²². De eis, dat de verbintenissen bij akte moet worden aangegaan, gaat m.i. te ver, omdat de praktijk behoefte kan hebben aan borgtochtverklaringen, die per brief worden afgelegd, zoals b.v. in correspondentie tussen advocaten wel voorkomt. Weliswaar zal een dergelijke brief het karakter hebben van een onderhandse akte, indien hij bestemd is tot bewijs te dienen²³,

¹⁹ Vgl. ASSER-KAMPHUISEN p. 760, VAN BRAKEL p. 384.

²⁰ Aldus: LOSECAAT VERMEER N.J.B. 1932 p. 321 e.v., dezelfde bij LAND p. 715/6, HOPMANN p. 477, VAN BRAKEL p. 384 en STUYLING I 1 no. 213.

²¹ Aldus ASSER-KAMPHUISEN p. 761, KORTHALS ALTES p. 86. Anders Hof Amsterdam 19 maart 1931 - W. 12310 en Hof Arnhem 7 juni 1933 - N.J. 1933, 1353, die een borgtocht van een notaris afleiden uit het gebruik.

²² Aldus ook KORTHALS ALTES, p. 86 alsmede § 766 B.G.B. en art. 849 Griekenland. Art. 493 Zwitserland verlangt voor borgtocht van natuurlijke personen zelfs in den regel „öffentliche Beurkundung”.

²³ Vgl. H.R. 14 april 1961 - N.J. 1961 no. 446, beslissende dat aan het in art. 22 K. gestelde vereiste van een akte kan zijn voldaan, indien een vennootschap onder firma bij briefwisseling is aangegaan.

doch omtrent deze bestemming kan licht twijfel bestaan.

Voor aanvaarding van een borgtochtverklaring zou ik geen enkel vormvereiste willen stellen. Deze moet mondeling en zelfs stilzwijgend kunnen geschieden, b.v. door het enkele aannemen van een eenzijdige door den borg ondertekende akte.

Ook § 766 B.G.B. verlangt „schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung“, doch voegt hieraan toe: „soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Mangel der Form geheilt“²⁴. Indien onze wetgever een vormvereiste stelt, zal hij een dergelijke toevoeging niet achterwege kunnen laten, omdat anders de borg, die zich slechts mondeling had verbonden, een gedane betaling als onverschuldigd zou kunnen terugvorderen, waardoor onzekerheid zou ontstaan, zowel in de verhouding tussen hoofdschuldenaar en crediteur als in die tussen hoofdschuldenaar en borg. Na betaling door den borg, ook al had deze zich slechts mondeling verbonden, behoort de hoofdschuldenaar jegens den schuldeiser te zijn bevrijd en moet hij tegen een regres-aanspraak van den borg niet kunnen tegenwerpen, dat de borgtocht niet in den vereisten vorm was aangegaan²⁵.

Wanneer de wetgever zou bepalen, dat men zich slechts schriftelijk als borg kan verbinden, heeft dit uiteraard ten doel te bevorderen, dat degene die een borgtochtverbintenis aangaat, zich rekenschap geeft van de verplichtingen welke hij op zich neemt.

Tot dit doel zou ik nog een verderen eis willen stellen. Het is gewenst dat degene, die een borgtocht aangaat, zich ook van den omvang van het aanvaarde risico bewust is. De wetgever kan dit bevorderen door voor te schrijven, dat men zich slechts als borg kan verbinden tot een in de borgtochtverklaring uit te drukken maximum²⁶. Een uitzondering op dezen regel kan worden toegestaan t.a.v. borgtocht voor verbintenissen tot betaling van een *bepaalde* geldsom, met dien

²⁴ Aldus ook art. 849 Griekenland.

²⁵ Vgl. art. 3.2.6 Ontw., dat rechtshandelingen, die niet in den voorgeschreven vorm zijn verricht, nietig verklaart „tenzij de wet anders bepaalt“.

²⁶ Aldus ook art. 493, lid 1 Zwitserland. Men vergelijke ook art. 1915 B.W., dat voor eenzijdige schuldbekentenissen eenzelfde doel nastreeft en mede van toepassing wordt geacht op eenzijdige borgtochtakten. Aldus H.R. 1 mei 1930 - N.J. 1930, 1368 (E.M.M.), W. 12152.

verstande dat deze geldsom dan moet gelden als maximum voor de aansprakelijkheid van den borg, indien niet een ander maximum is uitgedrukt. Het stellen van een hoger maximum kan in dit geval van belang zijn, omdat een verbintenis tot betaling van een bepaalde geldsom bij verzuim van den schuldenaar tot een onbepaald bedrag wordt vermeerderd met moratoire interessen ²⁷ (en eventueel ook met kosten), waarvoor een borg in beginsel mede aansprakelijk is.

Het maximum moet m.i. in een bepaald geldsbedrag worden uitgedrukt. Indien de borgtocht is aangegaan voor andere dan geldschulden, zal de borg gewoonlijk toch slechts tot schadevergoeding in geld aansprakelijk zijn. Strekt de hoofdverbintenis tot een vervangbare prestatie niet bestaande in betaling van geld, dan kan de borg weliswaar tot die prestatie zelf gehouden zijn. Hij zal dan echter niet kunnen worden aangesproken, voor zover de waarde der prestatie hoger is dan het in geld uitgedrukte maximum tot hetwelk hij zich verbonden heeft.

Het maximum geeft de grens aan van de aansprakelijkheid van den borg voor verplichtingen *van den hoofdschuldenaar*. Voor het bestaande recht wordt daarom aangenomen, dat een borg voor de gevolgen van *eigen* wanprestatie, zoals moratoire interessen, ook boven het maximum van den borgtocht kan worden aangesproken ²⁸.

Ik ben er niet zeker van, dat dit verschil in gevolgen tussen eigen wanprestatie van den borg en wanprestatie van den hoofdschuldenaar ook steeds in het systeem van het Ontwerp kan worden gemaakt. Naar bestaand recht kan een borg tot moratoire interessen worden aangesproken, ook indien deze niet door den hoofdschuldenaar verschuldigd zijn. Dit is het geval, wanneer alleen de borg en niet tegelijkertijd de hoofdschuldenaar tot betaling van een door borgtocht verzekerde geldschuld wordt gedagvaard. Waar echter volgens art. 6.1.8.9 van het Ontwerp moratoire interessen reeds bij verzuim van den schuldenaar verschuldigd worden, zal het zich in het systeem van het Ontwerp niet licht kunnen voordoen, dat *wel* de borg doch *niet* tevens de hoofdschuldenaar tot betaling daarvan is gehouden. Bij verzuim van

²⁷ Vgl. art. 6.1.8.9 Ontwerp.

²⁸ Aldus ASSER-KAMPHUISEN p. 769.

den borg zal immers ook de hoofdschuldenaar welhaast steeds in verzuim zijn.

Wanneer nu een borgtocht is aangegaan tot een zodanig maximum, dat de borg *niet* kan worden aangesproken voor door den hoofdschuldenaar verschuldigde interessen (of een deel daarvan), lijkt het weinig aannemelijk, dat hij diezelfde interessen toch verschuldigd zou zijn, maar dan ingevolge zijn eigen verzuim.

Hoe dit ook zij, in elk geval is het antwoord op de hier besproken vraag afhankelijk van de betekenis, welke partijen bij een borgtocht aan het daarin opgenomen maximum hebben toegekend. De rechter moet die betekenis door interpretatie van den borgtocht vaststellen. M.i. behoort de wetgever hiervoor geen regel te stellen.

IV. Subsidiare karakter van borgtocht.

Art. 1857 B.W. definieert borgtocht als „een overeenkomst, waarbij een derde zich, ten behoeve van den schuldeiser, verbindt om aan de verbintenis van den schuldenaar te voldoen, *indien deze niet zelf daaraan voldoet*”. De laatste zes woorden pogen tot uiting te brengen, dat een borg niet op gelijken voet met den hoofdschuldenaar is verbonden. Art. 1868 drukt dit nog sterker uit door te bepalen, dat de borg niet tot betaling is gehouden „dan bij gebreke van den schuldenaar, wiens goederen vooraf moeten uitgewonnen worden”.

Wie alleen deze bepalingen leest, moet tot de conclusie komen, dat een borg uitsluitend kan worden aangesproken, voor zover de schuldeiser bij voorafgaande uitwinning van de goederen van den hoofdschuldenaar geen verhaal van zijn vordering heeft kunnen vinden. Verdere lezing van den titel van borgtocht leert echter dat dit slechts schijn is. Uit de artt. 1869 en 1870 blijkt, dat de borg een voorafgaande uitwinning van des schuldenaars goederen uitdrukkelijk moet „vorderen” en dat dit dient te geschieden op de „eerste geregtelijke tegen hem gerichte aanspraak”, dus bij conclusie van antwoord. Ook zonder voorafgaande uitwinning kan hij dus worden aangesproken en indien hij dan op het „voorecht” beroep doet, zal hij tevens de voor uitwinning vatbare goederen van den hoofdschuldenaar moeten aanwijzen. Op den crediteur rust dus, althans voorlopig, niet de bewijs-

last dat hij bij den hoofdschuldenaar geen verhaal heeft kunnen vinden. Het subsidiaire karakter van borgtocht, zoals dat door de wet is uitgewerkt, blijkt dan ook veel minder betekenis te hebben dan de artt. 1857 en 1868 doen vermoeden.

Bovendien kan de borg bij voorbaat van het voorrecht afstand doen (art. 1869 sub 1^o) en — zoals bekend — geschiedt dit vrijwel in iedere borgtochtakte. In de praktijk blijft dus van het subsidiaire karakter niets over²⁹. Voor aansprakelijkheid van den borg wordt zelfs niet verlangd dat de hoofdschuldenaar tevoren in gebreke is³⁰, ondanks art. 1868, hetwelk voor het stellen van dit vereiste toch wel enige aanleiding geeft. De borg van de praktijk is dus naar geldend recht niet subsidiair verbonden. Weliswaar staan hem enkele verweermiddelen ten dienste, die aan den hoofdschuldenaar niet toekomen, doch deze hebben met het subsidiaire karakter van zijn verbintenis niet te maken.

Behoort nu het nieuwe B.W. het subsidiariteitsbeginsel in ere te herstellen? Indien dit zou geschieden door bepalingen van regelend recht, zou dit geen enkelen zin hebben, omdat daarvan ook onder een nieuwe wettelijke regeling zou worden afgeweken. De wetgever kan de verbintenis van een borg alleen werkelijk subsidiair maken door dwingende voorschriften.

Dergelijke bepalingen zouden echter m.i. ongewenst zijn, omdat zij aan borgtocht een groot deel van zijn betekenis als credietmiddel zouden ontnemen. Een schuldeiser die, alvorens een borg aan te spreken, genoodzaakt zou zijn tot omslachtige en kostbare rechtsmaatregelen tegen den hoofdschuldenaar, vaak zonder kans op gunstig resultaat, vindt in borgtocht slechts een hoogst twijfelachtige zekerheid.

²⁹ ASSER-KAMPHUISEN p. 756 en KORTHALS ALTES p. 22 en 126 noemen als laatste overblijfsel van het subsidiaire karakter van borgtocht, dat op den crediteur een *fatsoensplicht* rust om den borg niet aan te spreken zolang hij niet eerst getracht heeft voldoening van den hoofdschuldenaar te verkrijgen. Aangezien aan dezen fatsoensplicht geen rechtsgevolgen zijn verbonden, kan hij m.i. in een beschrijving van het geldende recht buiten beschouwing blijven.

³⁰ Aldus reeds H.R. 29 nov. 1844 - W. 565. Vgl. ook H.R. 9 januari 1931 - W. 12256 (S.B.), N.J. 1931, 378 (E.M.M.), volgens welk arrest op den borg een *eigen* verbintenis rust, welke hem tot de prestatie verplicht zodra de hoofdschuldenaar kan worden aangesproken.

En als hij vervolgens zou moeten aantonen, dat volledig verhaal op den hoofdschuldenaar niet mogelijk is gebleken, zou dit in vele gevallen een bron van chicanes opleveren.

Zelfs de Zwitserse wet, die toch meer dan enige andere het subsidiaire karakter van borgtocht t.a.v. den „einfachen Bürgen” tracht te handhaven³¹, laat toe dat een borg zich „solidarisch” verbindt en dan reeds na vergeefse aanmaning van den hoofdschuldenaar kan worden aangesproken (art. 496 O.R.).

Indien de wet niets omtrent het voorrecht van uitwinning bepaalt, kunnen partijen uiteraard toch overeenkomen dat de borg eerst na uitwinning van den hoofdschuldenaar kan worden aangesproken. De gevolgen van een dergelijk beding zouden dan door partijen geregeld moeten worden. Overeenkomstig het huidige art. 1871 B.W. zou de wetgever kunnen bepalen, dat de borg die het uitwinningsbeding heeft gemaakt, zich daarop alleen kan beroepen, wanneer hij de uit te winnen goederen van den hoofdschuldenaar aanwijst en de kosten van uitwinning voorschiet. Ik meen echter, dat aan een dergelijke bepaling geen behoefte bestaat, omdat een bedongen „voorrecht van uitwinning” zelden zal voorkomen en partijen, zo zij dit willen bedingen, toch een meer gedetailleerde regeling van de gevolgen zullen moeten treffen dan in de wet kan worden neergelegd.

Behoort de Nederlandse wetgever, in navolging van art. 496 van de Zwitserse wet, voor aansprakelijkheid van den borg den dwingenden eis te stellen, dat de hoofdschuldenaar in verzuim is?

Een dergelijk voorschrift zou reeds daarom weinig betekenis hebben, omdat een schuldenaar volgens het Ontwerp vaak zonder ingebrekestelling in „verzuim” raakt. Zo treedt verzuim o.a. van rechtswege in, „indien een bepaalde termijn voor de nakoming is aangewezen, tenzij van een andere bedoeling blijkt” (art. 6.1.8.8 sub *a* Ontw.).

Wil men derhalve verhinderen, dat een borg kan worden aangesproken zonder dat de schuldeiser eerst een poging heeft gedaan om voldoening van den hoofdschuldenaar te verkrijgen, dan zou diens „verzuim” niet voldoende zijn. Men dient dan den dwingenden eis te stellen, dat de hoofdschuldenaar eerst schriftelijk moet zijn aangemaand³².

³¹ Vgl. art. 495 Zwitserland.

³² Van den schuldeiser kan natuurlijk in geen geval het nega-

Deze eis lijkt mij echter niet gerechtvaardigd. Weliswaar kan het als een fatsoensplicht van den schuldeiser worden aangemerkt, dat hij zich in de eerste plaats tot den hoofdschuldenaar wendt vóórdat hij een borg aanspreekt³³. Een wettelijke sanctie op dezen fatsoensplicht zou den borg echter nauwelijks bescherming verlenen. Een hoofdschuldenaar, die voldoende solvent is om op een eerste schriftelijke aanmaning van den schuldeiser te betalen, zal gewoonlijk eveneens tot onmiddellijke betaling in staat en bereid zijn op verzoek van den borg, zo deze als eerste wordt aangesproken. De borg heeft dan bij voorafgaande aanmaning van den hoofdschuldenaar geen belang. De aanmaning heeft echter evenmin zin in het tegenovergestelde geval, dat de hoofdschuldenaar daaraan *niet* onmiddellijk kan of wil voldoen. Het vereiste van een voorafgaande ingebrekestelling zou derhalve een nodeloze formaliteit zijn, welke in sommige gevallen (b.v. bij periodieke verplichtingen) tot moeilijkheden aanleiding kan geven, zonder dat borgen daarmee werkelijk worden gebaat.

V. Accessoire karakter van borgtocht.

Algemeen.

In het eerste hoofdstuk van dit practadvies is betoogd, dat een nieuwe wettelijke regeling van het bestaande borgtochtbegrip behoort uit te gaan, omdat de wetgever zich moet richten naar de verkeersopvatting, volgens welke een borg zich niet tot meer of anders verbindt dan voor een door den hoofdschuldenaar verschuldigde prestatie.

Borgtocht veronderstelt dus noodzakelijk een hoofdverbintenis, waaraan de verbintenis van den borg accessoir is.

In het B.W. ligt het accessoire karakter van borgtocht ten grondslag aan de volgende bepalingen:

- a. art. 1858, lid 1: „Geen borgtocht kan bestaan of er moet eene wettige hoofdverbintenis zijn”.
- b. art. 1859, lid 1: „Een borg kan zich tot niets meerder, noch onder meer bezwarende omstandigheden verbinden, dan waartoe de hoofdschuldenaar verbonden is”.

tieve bewijs worden verlangd, dat de hoofdschuldenaar ondanks aanmaning niet heeft voldaan.

³³ Vgl. ASSER-KAMPHUISEN p. 756, KORTHALS ALTES p. 22.

- c. art. 1884: „De borg kan zich tegen den schuldeiser van alle exceptiën bedienen, die aan den hoofdschuldenaar toekomen en tot de schuld zelve behooren”.
- d. verspreide bepalingen, welke aan het teniet gaan der hoofdschuld het gevolg verbinden, dat ook de borg is bevrijd (vgl. artt. 1446, 1460 lid 2, 1466 lid 1, 1473 lid 1 en 1478 lid 1).

M.i. is het beginsel, waarvan deze bepalingen uitgaan, van zó fundamenteel belang, dat het verdient explicite in de wet te worden uitgedrukt. Door te bepalen, dat de verbintenis van een borg afhankelijk is van het bestaan van een hoofdverbintenis, kan de wetgever de hierboven sub *a* en *d* genoemde bepalingen in een eenvoudige formule samenvatten ³⁴.

Deze formulering is juistere dan die van art. 1858, lid 1 ³⁵. Niet het bestaan van de overeenkomst van borgtocht is afhankelijk van het bestaan van een hoofdverbintenis. De overeenkomst kan voor toekomstige schulden worden aangegaan en is dus zeer wel bestaanbaar zolang er nog geen hoofdverbintenis is. Ook bij borgtocht voor toekomstige schulden geldt echter, dat de *verbintenis* van den borg van het bestaan van een hoofdschuld afhankelijk is, zij het dat deze afhankelijkheid in dit geval enkel haar werking betreft. De borg verbindt zich dan onder de voorwaarde, dat een of meer hoofdverbintenissen zullen ontstaan.

Borgtocht voor natuurlijke verbintenissen.

Naar geldend recht bestaat verschil van mening over de vraag, of het accessoire karakter van borgtocht uitsluit, dat men zich voor een natuurlijke verbintenis borg stelt ³⁶. Deze vraag wordt reeds in het Ontwerp van het 6e Boek beantwoord. Art. 6.1.1.4 bepaalt, dat op natuurlijke verbintenissen de wettelijke bepalingen van het verbintenissenrecht van overeenkomstige toepassing zijn, tenzij uit de wet of haar

³⁴ De formule sluit aan op art. 3.1.1.6 Ontw., dat een definitie bevat van „afhankelijke rechten”, waaronder blijkens de toelichting ook het recht uit borgtocht is begrepen.

³⁵ Vgl. § 767, lid 1 B.G.B.: „Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend”.

³⁶ Bevestigend: DIEPHUIS XIII p. 282 n.l., LAND V p. 709 en KORTHALS ALTES p. 25 e.v. Anders: LOSECAAT VERMEER bij LAND V p. 709 e.v., HOFMANN p. 476 e.v., VAN BRAKEL p. 393 e.v. (onder zeker voorbehoud) en ASSER-KAMPHUISEN p. 757.

strekking het tegendeel volgt. De toelichting op dit artikel vermeldt uitdrukkelijk, dat borgtocht voor een natuurlijke verbintenis mogelijk is³⁷.

Hiervan uitgaande zal de wetgever enkele gevolgen van een dergelijken borgtocht moeten regelen. Daarbij dient allereerst de vraag te worden beantwoord, of een borg voor een natuurlijke verbintenis zich tot zijn verweer kan beroepen op het ontbreken van een rechtsvordering tegen den hoofdschuldenaar. M.i. behoort dit verweer te worden uitgesloten, daar anders de mogelijkheid van borgtocht voor natuurlijke verbintenissen weinig zin zou hebben³⁸.

Een andere vraag is, in hoeverre een borg na voldoening van een natuurlijke verbintenis regres heeft jegens den schuldenaar van die verbintenis. Voorzover het verhaalsrecht van den borg berust op subrogatie in de rechten van den schuldeiser, vindt deze vraag vanzelf beantwoording. Ook tegenover den borg, die betaald heeft, heeft de schuldenaar dan slechts een natuurlijke verbintenis. Hetzelfde behoort echter eveneens te gelden indien de wet, zoals in art. 1876 B.W., een zelfstandig, niet van den schuldeiser afgeleid regresrecht aan den borg toekent.

Nietigheid en vernietigbaarheid van de hoofdverbintenis.

Indien de wet de verplichting van een borg afhankelijk stelt van het bestaan van een hoofdverbintenis, volgt hieruit dat borgtocht voor een nietige hoofdschuld geen enkel gevolg heeft.

Is de hoofdverbintenis niet nietig, doch vernietigbaar, dan „bestaat” zij zolang ze niet is vernietigd. In beginsel behoort dan ook de borg verbonden te zijn. Door vernietiging van de hoofdschuld wordt echter ook de borg bevrijd³⁹.

³⁷ Vgl. de Toelichting p. 466. Indien volgens het Ontwerp uit spel en weddenschap een natuurlijke verbintenis voortvloeit, zal borgtocht voor deze verbintenis toch zijn uitgesloten, evenals zulks voor het bestaande recht wordt aangenomen. Vgl. HOFMANN p. 477, VAN BRAKEL p. 395 en ASSER-KAMPHUISEN p. 757/8.

³⁸ Een uitdrukkelijke bepaling dienaangaande is echter onnodig, indien de wet in het algemeen aan een borg de verweermiddelen van den hoofdschuldenaar onthoudt, voor zover deze uitsluitend betrekking hebben op de rechtsvordering van den schuldeiser. Zie hieronder blz. 114.

³⁹ De vraag, of een borg die vernietiging onafhankelijk van den hoofdschuldenaar moet kunnen uitlokken, zal hieronder op blz. 119 e.v. worden besproken.

Onbekwaamheid van den hoofdschuldenaar.

Art. 1858, lid 2 maakt op dezen regel een uitzondering voor het geval de hoofdschuld vernietigd wordt op grond van een exceptie, welke alleen den verbondene in persoon betreft, bijvoorbeeld in geval van minderjarigheid. De borg blijft dan voor de vernietigde hoofdvverbintenis verbonden ⁴⁰.

Blijkens de geschiedenis heeft art. 1858, lid 2 i.h.b. betrekking op vernietiging wegens onbekwaamheid van den hoofdschuldenaar ⁴¹. Onzeker is, of de bepaling daarnaast nog andere gevallen van vernietigbaarheid op het oog heeft.

De wet veronderstelt blijkbaar, dat iemand die zich borg stelt voor een onbekwame, ook het uitblijven van betaling als gevolg van onbekwaamheid wil dekken. Deze veronderstelling kan echter alleen gerechtvaardigd zijn, indien de borg het gebrek van de hoofdvverbintenis bij het aangaan van den borgtocht heeft gekend. Sommige schrijvers stellen deze bekendheid dan ook uitdrukkelijk als vereiste voor de toepasselijkheid van het voorschrift ⁴².

Aldus opgevat behoeft art. 1858, lid 2 niet beperkt te worden tot het geval van onbekwaamheid van een hoofdschuldenaar. Ook met andere gebreken van de hoofdvverbintenis kan een borg bij het sluiten van den borgtocht bekend zijn geweest. Of hieruit moet worden afgeleid, dat hij mede de geldigheid van de hoofdschuld heeft willen garanderen, is echter een vraag van interpretatie, welke m.i. niet door de wet doch door den rechter moet worden beslist.

Acht men hiervoor een wettelijke bepaling gewenst, dan zou deze m.i. niet behoeven te worden beperkt tot het geval van onbekwaamheid van den hoofdschuldenaar. Hetzelfde zou dan bepaald kunnen worden voor het geval een borg bij

⁴⁰ Dat dit de betekenis is van art. 1858, lid 2, wordt thans algemeen aangenomen. Vgl. ASSER-KAMPHUISEN p. 758, LAND-LOSECAAT VERMEER p. 708, HOFMANN p. 476, 508, VAN BRAKEL p. 393.

⁴¹ Dat een borg die vernietiging naar geldend recht niet kan uitlokken, volgt mede uit art. 1884.

⁴² Vgl. ASSER-KAMPHUISEN p. 758, LAND-LOSECAAT VERMEER p. 708, VAN BRAKEL p. 393. Anders KORTHALS ALTES p. 38. Ook de artt. 492 Zwitserland en 850 Griekenland stellen den borg voor een onbekwame slechts aansprakelijk, indien hij het gebrek van de hoofdschuld bij het aangaan van den borgtocht heeft gekend.

het aangaan van zijn verplichtingen andere gebreken van de hoofdschuld heeft gekend, zoals dwaling van den hoofdschuldenaar ⁴³ en onbevoegdheid van dengene, die de hoofdschuld voor zich of namens een ander heeft aangegaan ⁴⁴.

Men dient echter in het oog te houden, dat aansprakelijkheid van den borg in deze gevallen berust op een verder gaande garantie dan uit borgtocht voortvloeit. De bepalingen van borgtocht kunnen daarop dan ook niet zonder meer worden toegepast. Zo zal de borg geen regres kunnen uitoefenen op den hoofdschuldenaar, die wegens een gebrek van de hoofdschuld jegens den schuldeiser niet verbonden was ⁴⁵.

Verdere uitzonderingen op afhankelijkheid van de borgtochtverbintenis.

Op den regel, dat een borg door tenietgaan van de hoofdschuld wordt bevrijd, maakt de wet nog een tweede uitzondering; geheel of gedeeltelijk te niet gaan tengevolge van een dwangaccoord bij faillissement of surséance van den hoofdschuldenaar heeft geen gevolg t.a.v. borgen. Vgl. de artt. 160 en 272 (slot) Fw.. Deze uitzondering is in overeenstemming met de strekking van borgtocht als zekerheid tegen insolventie van den hoofdschuldenaar ⁴⁶.

Behoort de wet daarom eveneens van het accessoire karakter af te wijken ingeval een hoofdschuldenaar door een *onderhands* accoord van een deel van zijn schulden wordt bevrijd? M.i. staat een onderhands accoord in dit opzicht niet met een dwangaccoord gelijk. Voor zover het een kwijtschelding inhoudt, wordt deze vrijwillig door schuldeisers verleend. Een schuldeiser die daarin toestemt, behoort te be-

⁴³ Aldus art. 492 Zwitserland.

⁴⁴ ASSER-KAMPHUISEN p. 758 acht art. 1858, lid 2 reeds toepasselijk op gevallen van onbevoegdheid van voogden, bewindvoerders, rechters, notarissen enz. Vgl. art. 850 Griekenland, dat volgens de Franse vertaling niet alleen „incapacité” doch ook „capacité limitée” vermeldt.

⁴⁵ Vgl. KORTHALS ALTES p. 39.

⁴⁶ Zij volgt ook uit geldigheid van borgtocht voor natuurlijke verbintenissen. Gewoonlijk neemt men immers aan, dat na homologatie van een dwangaccoord een natuurlijke verbintenis op den schuldenaar blijft rusten. Vgl. laatstelijk ZEYLEMAKER W.P.N.R. no. 4701 p. 589.

seffen, dat hij zijn rechten niet alleen tegen den schuldenaar, doch ook tegen den borg verspeelt ⁴⁷.

Verminderde draagkracht van den schuldenaar kan ook tegen den wil van een schuldeiser den omvang van een schuld beïnvloeden. Dit is het geval bij alimentatieverplichtingen. Wordt een dergelijke verplichting op grond van betalingsonmacht van den alimentatieplichtige verlaagd of te niet gedaan, dan behoort dit m.i. aan den borg ten goede te komen ⁴⁸. Omgekeerd zal de borg ook voor een verhoging der alimentatie verbonden zijn, voor zover niet het tegendeel uit den borgtocht blijkt.

Voor schulden, die niet — zoals alimentatieverplichtingen — reeds naar haar aard afhankelijk zijn van draagkracht, geeft de wet slechts bij hoge uitzondering ⁴⁹ een mogelijkheid tot bevrijding van den schuldenaar op grond van zijn betalingsonmacht. In het Ontwerp van het 6e Boek wordt die mogelijkheid niet geopend ⁵⁰. Ik zie dan ook geen aanleiding om m.h.o. op dit vrijwel theoretische geval een afwijking van het accessoire karakter van borgtocht voor te stellen.

In het algemeen behoren persoonlijke omstandigheden, welke vermindering of teniet gaan van een hoofdschuld tengevolge hebben, m.i. aan den borg ten goede te komen. In enkele gevallen is hierover wel anders gedacht ⁵¹. Een dier

⁴⁷ Na een *onderhands* accoord blijven m.i. ook geen natuurlijke verbintenissen voor den schuldenaar bestaan, tenzij duidelijk blijkt dat de crediteuren slechts afstand hebben gedaan van het recht tot invordering en niet van hun vorderingen zelf.

⁴⁸ Aldus voor het Duitse recht: LARENZ II p. 273.

⁴⁹ Een dergelijke uitzondering is gelegen in de „Wet op de vergadering van houders van schuldbrieven aan toonder” (Fruin 1959 blz. 2638).

⁵⁰ Weliswaar bepaalt art. 6.5.3.11, dat de rechter een overeenkomst kan wijzigen of geheel of gedeeltelijk kan ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden van dien aard, dat de wederpartij naar redelijkheid en billijkheid geen ongewijzigde instandhouding mag verwachten. Het tweede lid voegt hieraan echter toe, dat een desbetreffende vordering wordt afgewezen, voor zover zij is gegrond op omstandigheden, welke naar verkeersopvatting voor rekening van den eiser komen. Volgens huidige verkeersopvatting komt betalingsonmacht „voor rekening” van een debiteur. Aldus ook de Toelichting op art. 6.1.3.2 blz. 541.

⁵¹ Vgl. MEIJES „De accessoire aard van den borgtocht in verband met huurborgtocht en den ondergang van rechtspersonen door liquidatie” in Themis 1930 p. 55 e.v.

gevallen is beslist door H.R. 28 november 1929 (N.J. 1930, 668 m.o. E.M.M., W. 12071 m.o. Mff). Het betrof borgtocht voor een huurder, die in staat van faillissement was verklaard. Nadat de curator krachtens art. 39 Fw. de huur tussentijds had beëindigd, werd de borg door den verhuurder aangesproken tot schadevergoeding wegens voortijdige beëindiging. Dat deze beëindiging verband hield met faillietverklaring van den hoofdschuldenaar was echter voor den Hogen Raad geen grond om den borg bij ontbreken van een hoofdschuld aansprakelijk te achten⁵². Dit resultaat komt mij bevredigend voor. De wetgever behoort m.i. voor dit geval niet van het accessoire karakter van borgtocht af te wijken.

Zodanige afwijking is eveneens bepleit voor het geval de hoofdschuldenaar komt te ontbreken. Ook volgens den Hogen Raad blijft een borg dan verbonden⁵³. Men behoeft hierin echter niet een inbreuk op het accessoire karakter van borgtocht te zien. Door het wegvallen van den schuldenaar en het ontbreken van rechtsopvolgers gaat een schuldvordering, althans het daarin opgesloten verhaalsrecht, niet teniet⁵⁴.

Enige schrijvers zijn van mening, dat de verplichting van een borg in stand behoort te blijven, hoewel de hoofdschuldenaar door overmacht is bevrijd⁵⁵. Volgens art. 6.1.10.3 van het Ontwerp gaat een verbintenis door overmacht te niet, voor zover de schuldenaar door een hem niet toe te rekenen oorzaak blijvend verhinderd is haar na te komen. Het tweede lid voegt hieraan echter toe, dat de verbintenis in stand blijft, voor zover de schuldciser ondanks verhindering van den schuldenaar in staat is zichzelf door executie of

⁵² Vgl. hierover KORTHALS ALTES p. 48 e.v. met opgave van verdere litteratuur en rechtspraak.

⁵³ H.R. 14 juni 1929 - W. 12010 m.o. S.B., N.J. 1929, 1483 m.o. E.M.M. In anderen zin KORTHALS ALTES p. 54 e.v.

⁵⁴ Vgl. de annotatie van MEIJERS onder voormeld arrest. Of men in dit geval moet spreken van een verhaalsrecht (resp. verhaalsaansprakelijkheid) zonder schuld(vordering), dan wel van een schuld zonder schuldenaar kan hier in het midden blijven. Volgens ASSER-LOSECAAT VERMEER-RUTTEN p. 26 is laatstgenoemde terminologie de juiste.

⁵⁵ Vgl. MEIJERS in zijn onderschrift in W.P.N.R. no. 2500 onder H.R. 2 november 1917. Ook ASSER-KAMPHUISEN p. 774 en HOFMANN p. 508 ontzeggen den borg een beroep op „subjectieve” overmacht van den hoofdschuldenaar.

verrekening het verschuldigde te verschaffen. Op grond van de ratio van dit voorschrift zou men kunnen concluderen, dat blijvende overmacht t.a.v. de hoofdverbintenis voor den borg geen bevrijdende werking behoort te hebben, ook indien executie of verrekening t.o.v. den hoofdschuldenaar onmogelijk is. Men dient dan echter verder te gaan. Het zou inconsequent zijn als een borg, die door blijvende overmacht van den hoofdschuldenaar niet wordt bevrijd, wèl beroep zou kunnen doen op tijdelijke overmacht, welke de verplichting tot nakoming van de hoofdverbintenis slechts opschort. Ook andere inbreuken op het accessoire karakter van borgtocht zouden dan noodzakelijk zijn. Ik denk b.v. aan art. 6.5.3.11 van het Ontwerp, dat een aan overmacht verwante situatie regelt doordat het den rechter de bevoegdheid geeft een overeenkomst op grond van onvoorziene omstandigheden te wijzigen of geheel of gedeeltelijk te ontbinden. Toepassing van deze bepaling, waardoor de hoofdschuld geheel of gedeeltelijk teniet gaat, zou evenmin aan den borg ten goede mogen komen. Het zou immers inconsequent zijn hem een beroep op voor den hoofdschuldenaar bestaande overmacht te onthouden, doch hem wèl te laten profiteren van het teniet gaan van de hoofdverbintenis op grond van onvoorziene omstandigheden, welke geen overmacht opleveren.

Al dergelijke afwijkingen van het accessoire karakter van borgtocht lijken mij echter ongewenst, omdat zij in strijd zijn met de verkeersopvatting, dat een borg slechts instaat voor de gevolgen van wanbetaling en insolventie van den schuldenaar⁵⁶. Met deze verkeersopvatting is in overeenstemming, dat een borg verbonden blijft, voor zover de wet een hoofdschuld doet teniet gaan juist als gevolg van insolventie, zoals bij dwangaccoord. In andere gevallen van teniet gaan der hoofdverbintenis behoort echter ook een borg te zijn bevrijd.

Geen borgtocht onder bezwarender voorwaarden.

In overeenstemming met het accessoire karakter van borgtocht bepaalt art. 1859, lid 1 B.W., dat een borg zich niet tot meer of onder bezwarender voorwaarden kan verbinden dan de hoofdschuldenaar. Een dergelijke bepaling lijkt ook

⁵⁶ Vgl. H.R. 14 juni 1929 - N.J. 1929, 1483 (E.M.M.), W. 12010 (S.B.), overwegende dat „borgtocht dient om den schuldeischer te bevciligen tegen de gevolgen van insolventie of wanbetaling van den schuldenaar”.

voor het nieuwe B.W. gewenst. Zij behoort echter anders te worden geformuleerd. Waarom zou een borg niet uitdrukkelijk kunnen instaan voor meer dan alleen nakoming van een bepaalde schuld? Een verder gaande garantie b.v. voor de geldigheid der hoofdbintenis behoeft niet zonder gevolg te blijven. De borg, die zich bewust verbindt tot meer dan de hoofdschuldenaar, doet dit echter niet *als borg*. Hij maakt zich voor het meerdere sterk; de overeenkomst heeft dan in zoverre een ander karakter dan borgtocht. De rechter zal door interpretatie moeten uitmaken, of partijen inderdaad een verder strekkende garantie hebben bedoeld.

Hieruit volgt, dat de wetgever slechts behoort te bepalen, dat men zich niet „*als borg*” onder bezwarender voorwaarden dan de hoofdschuldenaar kan verbinden. De verbintenis van een borg behoeft ook niet steeds nietig te zijn, voor zover hij zich onder bezwarender voorwaarden heeft verbonden. Partiële nietigheid, zoals art. 1859, lid 2 voorschrijft, kan gerechtvaardigd zijn, maar alleen indien de borg uitsluitend een borgtocht heeft willen aangaan, doch uit onbekendheid met de voorwaarden van de hoofdschuld bezwarender voorwaarden heeft aanvaard. Ter verlichting van den bewijslast van den borg kan de wet deze onbekendheid praesumeren. De sanctie van partiële nietigheid zou dan in zódanigen vorm gesteld moeten worden, dat de rechter deze niet behoeft toe te passen, indien de borg kennelijk heeft bedoeld verder gaande verplichtingen aan te gaan dan uit de hoofdschuld voortvloeien ⁵⁷.

Het in art. 1859 gegeven verbod van borgtocht onder bezwarender voorwaarden heeft volgens rechtspraak en schrijvers niet betrekking op voorwaarden welke de prestatie zelf niet beïnvloeden ⁵⁸. M.i. behoort de wetgever deze uitzondering uitdrukkelijk toe te laten voor bedingen, welke de rechtsovereenkomst tegen den borg betreffen, zoals arbitrale bedingen, regelingen over rechterlijke competentie en be-

⁵⁷ Ondanks de dwingende bepaling van art. 1859, lid 2 wordt ook voor het huidige recht verdedigd, dat de verbintenis van een borg, voor zover zij verder gaat dan de hoofdbintenis, geldig is omdat de overeenkomst in zóverre moet worden beschouwd als een garantie-overeenkomst van anderen aard. Vgl. VAN BRAKEL p. 396 e.v., ASSER-KAMPHUISEN p. 760, KORTHAUS ALTES p. 30 en HOFMANN p. 478/9. Zie ook H.R. 31 maart 1921 - W. 10766, N.J. 1921, 978 en 17 april 1924 - W. 11232, N.J. 1924, 722.

⁵⁸ Vgl. ASSER-KAMPHUISEN p. 759, VAN BRAKEL p. 396.

palingen betreffende de wijze, waarop bewijs van de hoofdschuld tegenover den borg kan worden geleverd⁵⁹.

Beroep op verweermiddelen van den hoofdschuldenaar.

Doordat de verplichting van een borg afhankelijk is van de hoofdschuld, rijst de vraag, in hoeverre hij zich kan bedienen van verweren, welke den hoofdschuldenaar toekomen. Art. 1884 onderscheidt te dien aanzien tussen verweren, welke tot de schuld zelve behoren, en verweren, die alleen den persoon van den schuldenaar betreffen. Alleen op de eerstgenoemde kan de borg zich beroepen. Deze onderscheiding is allermint duidelijk. Zeker is, dat een beroep op onbekwaamheid van den hoofdschuldenaar naar geldend recht niet aan den borg toekomt. Dit volgt ook reeds uit art. 1858, lid 2. Als verdere verweren van den hoofdschuldenaar, waarop een borg zich niet kan beroepen, noemen de schrijvers⁶⁰ de omstandigheid, dat de hoofdschuldenaar in surséance van betaling (zie art. 241 Fw.) of in staat van faillissement verkeert, dat hem een terme de gr^âce is verleend (krachtens art. 1302 of 1797 B.W.), dat hij in termen van beraad is (art. 1070 e.v.) of een erfenis onder voorrecht van boedelbeschrijving heeft aanvaard; voorts het geval van een arbitraal beding in de hoofdovereenkomst⁶¹. In al deze gevallen betreft het verweer niet de hoofdverbintenis zelve, doch enkel de mogelijkheid daarvan nakoming af te dwingen en de wijze waarop dit dient te geschieden. De wetgever kan deze gevallen samenvatten door in het algemeen aan den borg die verweren van den hoofdschuldenaar te onthouden, welke niet de schuld zelve doch uitsluitend de rechtsvordering betreffen⁶². Deze uitzondering zal mede tot gevolg hebben, dat een borg geen beroep kan doen op verjaring van de hoofdschuld. Volgens het Ontwerp doet bevrijdende verjaring immers alleen de rechtsvordering, doch niet het

⁵⁹ Aldus: H.R. 21 februari 1913 - N.J. 1913, 577, W. 9492.

⁶⁰ Vgl. ASSER-KAMPHUISEN p. 774/5. KORTHALS ALTES p. 35 e.v. HOFMANN p. 508, VAN BRAKEL p. 402/3.

⁶¹ Aldus Hof Amsterdam 27 november 1931 - W. 12485.

⁶² Een rechtsvordering tegen een borg is ook t.a.v. de rechterlijke competentie niet afhankelijk van den aard van de hoofdschuld. Zo kan de borg voor een huurkoopschuld van meer dan f 500,— niet voor den Kantonrechter worden gedagvaard. Vgl. H.R. 17 maart 1961 - N.J. 1961 no. 239 en n.a.v. dit arrest PERQUIN N.J.B. 1961 p. 796 e.v.

recht zelf te niet gaan⁶³. Er rest dan een natuurlijke verbintenis, waarvoor de borg verbonden blijft⁶⁴, uiteraard zolang zijn eigen verplichting niet is verjaard.

Art. 1887 B.W. bepaalt, dat een borg niet wordt bevrijd door een „eenvoudig” uitstel van betaling, dat aan den hoofdschuldenaar is verleend. Dit spreekt wel vanzelf. Een andere vraag is echter, of de borg van een dergelijke gunst aan den hoofdschuldenaar behoort te profiteren doordat ook zijn verplichting daardoor wordt opgeschort. Indien het uitstel het karakter heeft van een achteraf aan de hoofdverbintenis toegevoegde tijdsbepaling, zou ik deze vraag in overeenstemming met het bestaande recht⁶⁵ bevestigend willen beantwoorden. Indien echter het uitstel geen andere betekenis heeft dan een voorlopig opschorten van rechtsmaatregelen, waarin een schuldeiser met behoud van de opeisbaarheid van zijn vordering heeft toegestemd, behoort een borg daaraan geen verweer te kunnen ontleenen. Dit behoeft niet afzonderlijk te worden bepaald, omdat een dergelijk verweer niet de hoofdschuld, doch uitsluitend de rechtsvordering tegen den hoofdschuldenaar zou betreffen.

Beroep op tegenvordering van den hoofdschuldenaar.

Speciale aandacht verdient de vraag, of een borg beroep kan doen op een tegenvordering van den hoofdschuldenaar. Art. 1466, lid 1 B.W. staat uitdrukkelijk toe, dat een borg in vergelijking kan brengen hetgeen de schuldeiser aan den hoofdschuldenaar verschuldigd is. Deze regel kan in het nieuwe B.W. niet zonder meer worden overgenomen. Het Ontwerp laat compensatie (daarin „verrekening” genoemd) niet van rechtswege intreden, doch onderscheidt tussen de bevoegdheid tot verrekening en de verrekening zelve. Volgens art. 6.1.10.4, lid 1 gaat een schuld eerst teniet door een verklaring van den schuldenaar, dat hij van zijn bevoegdheid tot verrekening gebruik maakt. Deze wijze van teniet gaan van de hoofdverbintenis bevrijdt uiteraard ook den borg.

Het Ontwerp bevat tevens een regeling van de aansprakelijkheid van den borg ingeval een bevoegdheid tot verrekening van de hoofdschuld bestaat, doch de verrekening

⁶³ Vgl. de Toelichting op art. 3.11.10 Ontw. p. 302.

⁶⁴ Vgl. hierboven pag. 106/7.

⁶⁵ Vgl. H.R. 2 mei 1890 - W. 5871.

zelve nog niet heeft plaats gehad. Art. 6.1.10.17 geeft den borg in dat geval slechts het recht opschorting van zijn aansprakelijkheid in te roepen, voor zover de schuldeiser bevoegd is zijn vordering met een opeisbare schuld aan den schuldenaar te verrekenen. Volgens het tweede lid kan de borg zich evenwel bevrijden, voor zover de schuldeiser een bevoegdheid tot verrekening met een schuld aan den schuldenaar zonder redelijken grond en door zijn schuld heeft doen verloren gaan⁶⁶. Tot goed begrip van het artikel is enig commentaar vereist⁶⁷.

In den regel zal een voor den hoofdschuldenaar bestaande bevoegdheid tot verrekening tegelijkertijd ook aan den schuldeiser toekomen. Dit is echter niet het geval indien de schuldeiser jegens den hoofdschuldenaar een schuld heeft, ten aanzien waarvan de bevoegdheid tot verrekening is uitgesloten. Art. 6.1.10.12 noemt hiervan enige voorbeelden. Zo bestaat geen bevoegdheid tot verrekening, voor zover op de vordering van de wederpartij geen beslag is toegelaten. Men denke hierbij o.a. aan vorderingen tot levensonderhoud, waartegen ook art. 1465 sub 3° B.W. een beroep op compensatie uitsluit. Terecht acht het Ontwerp het onjuist, dat een borg beroep zou kunnen doen op een bevoegdheid van den hoofdschuldenaar tot verrekening in geval zodanige bevoegdheid niet toekomt aan den schuldeiser in zijn kwaliteit van debiteur uit een andere rechtsverhouding. Het onaanvaardbare gevolg hiervan zou immers zijn, dat de tegenvordering van den hoofdschuldenaar (b.v. tot levensonderhoud), welke niet voor verrekening vatbaar was, niettemin door beroep van den borg op verrekening zou teniet

⁶⁶ De tekst van art. 6.1.10.17 luidt:

- „1. De borg en degene wiens goed voor de schuld van een ander verbonden is, kunnen de opschorting van hun aansprakelijkheid inroepen, voor zover de schuldeiser bevoegd is zijn vordering met een opeisbare schuld aan den schuldenaar te verrekenen.
2. Zij kunnen de bevrijding van hun aansprakelijkheid inroepen voor zover de schuldeiser een bevoegdheid tot verrekening met een schuld aan de schuldenaar zonder redelijke grond en door zijn schuld heeft doen verloren gaan”.

Het eerste lid is ontleend aan § 770, lid 2 B.G.B., dat eveneens niet toelaat dat een borg beroep kan doen op een aan den *hoofdschuldenaar* toekomend recht op verrekening, doch hem slechts een dilatoire exceptie geeft voor zover de *schuldeiser* zich door verrekening met een opeisbare vordering van den hoofdschuldenaar bevredigen kan.

⁶⁷ Men zie ook de Toelichting p. 596/7.

gaan. De wetgever kan deze consequentie weliswaar voorkomen door aan het beroep van den borg op verrekening geen werking toe te kennen voor de verhouding hoofdschuldenaar-schuldeiser. Hij zou dan echter in een andere onbillijkheid vervallen, ditmaal tegenover den schuldeiser, die immers volledig aansprakelijk zou blijven jegens een wellicht insolventen hoofdschuldenaar doch voor zijn door borgtocht verzekerde vordering geen verhaal meer zou hebben op den borg.

Ik kan mij dus met art. 6.1.10.17 van het Ontwerp verenigen, voor zover dit aan een borg alleen beroep toekent op de bevoegdheid van den schuldeiser tot verrekening. Het artikel geeft dit beroep slechts in den vorm van een dilatoire exceptie, zulks in navolging van § 770, lid 2 B.G.B. Zolang de schuldeiser van zijn bevoegdheid tot verrekening geen gebruik maakt, blijft de borg dus verbonden. Hij kan echter betaling weigeren, zolang die bevoegdheid van den schuldeiser blijft bestaan.

Het B.G.B. bevat geen regeling voor het geval de schuldeiser zijn bevoegdheid tot verrekening heeft doen verloren gaan en hiermede een gemakkelijke mogelijkheid tot verhaal op den hoofdschuldenaar heeft prijs gegeven. Volgens het Ontwerp kan de borg dan bevrijding van zijn aansprakelijkheid inroepen, doch alleen voor zover aan twee vereisten is voldaan: de schuldeiser moet zijn bevoegdheid tot verrekening hebben doen verloren gaan 1° zonder redelijken grond en 2° door zijn schuld. Ik vraag mij af, of het ontbreken van een redelijken grond niet steeds „schuld” veronderstelt. Nu het Ontwerp beide vereisten naast elkaar noemt, kan het woord „schuld” niet betrekking hebben op de beweegredenen van den schuldeiser. Gemis aan „schuld” in den zin van het artikel kan zich dan — voor zover ik zie — alleen voordoen in geval de schuldeiser zijn bevoegdheid tot verrekening heeft verloren doen gaan zonder dat hij het bestaan ervan kende of behoorde te kennen. Ook art. 1471 B.W. maakt een uitzondering op den regel van art. 1466, lid 1, indien een schuldeiser, die een compensabele schuld betaald heeft „een wettige reden van onkunde mocht gehad hebben omtrent het bestaan der inschuld, met welke zijn schuld had moeten worden in vergelijking gebracht”. Dit is echter een zó uitzonderlijk geval dat het m.i. nauwelijks wettelijke regeling verdient.

Belangrijker is, dat een borg volgens het tweede lid van art. 6.1.10.17 evenmin bevrijding van aansprakelijkheid kan inroepen, indien de schuldeiser een redelijken grond had zijn bevoegdheid tot verrekening te doen verloren gaan. De Toelichting (blz. 597) noemt als voorbeeld het geval, dat een schuldeiser, behalve de door borgtocht verzekerde vordering, nog een ongedekte vordering op denzelfden schuldenaar had. Hij heeft er dan een gerechtvaardigd belang bij, in de eerste plaats zijn *ongedekte* vordering met een schuld aan den schuldenaar te verrekenen en het is redelijk dat de borg voor de onverrekenende vordering verbonden blijft.

Afgezien van de tot dusver besproken gevallen zal een schuldeiser zich zelden op een redelijken grond of op gemis aan „schuld” kunnen beroepen, wanneer hij zijn bevoegdheid tot verrekening doet verloren gaan. Na een zó voor de hand liggende mogelijkheid tot verhaal op den hoofdschuldenaar vrijwillig te hebben prijs gegeven behoort hij m.i. in het algemeen zijn aanspraken jegens een borg niet te behouden.

Het zal grotendeels van de toepassing van het artikel in de rechtspraak afhangen of de belangen van borg en schuldeiser billijk tot hun recht komen. In één opzicht worden borgen m.i. onvoldoende door de regeling van het Ontwerp beschermd. Art. 6.1.10.17 is zó geredigeerd, dat een borg, die volgens het tweede lid bevrijding van zijn aansprakelijkheid wil inroepen, zal moeten bewijzen, dat de schuldeiser zonder redelijken grond en door zijn schuld een hem toekomende bevoegdheid tot verrekening heeft doen verloren gaan. Dit bewijs zal voor een borg, die buiten de verhouding schuldenaar-hoofdschuldenaar staat, slechts zelden te leveren zijn.

Billijker lijkt mij dan ook, dat een schuldeiser, die zijn bevoegdheid tot verrekening doet verloren gaan, zelf moet aantonen dat dit op redelijken grond en zonder zijn schuld is geschied. Tevens vraag ik mij af, of de wel zeer gecompliceerde regeling van het Ontwerp niet vereenvoudigd kan worden. De regeling zou aan eenvoud winnen, indien de borg in het algemeen het recht zou hebben bevrijding van zijn aansprakelijkheid in te roepen indien de schuldeiser de bevoegdheid heeft of heeft gehad zijn door borgtocht verzekerde vordering met een opeisbare schuld aan den hoofdschuldenaar te verrekenen. Op dezen regel zou dan uitzon-

dering gemaakt moeten worden voor het geval de *schuld-eiser* kan aantonen, dat hij op redelijken grond (en zonder zijn schuld) deze bevoegdheid ongebruikt laat of heeft doen verloren gaan. Deze regeling verdient m.i. door haar eenvoud de voorkeur boven die van het Ontwerp, terwijl zij door een juistere verdeling van stelplicht en bewijslast ook tot billijker resultaten kan leiden.

Aan hoofdschuldenaar toekomende bevoegdheid tot vernietiging van de hoofdschuld.

Voor het bestaande recht wordt aangenomen, dat een aan den hoofdschuldenaar toekomende bevoegdheid tot vernietiging van de hoofdschuld wegens dwang, dwaling of bedrog moet worden gerekend onder de „tot de schuld zelve behorende exceptiën”, waarvan een borg zich volgens art. 1884 B.W. kan bedienen⁶⁸. Daarentegen kan een borg zich niet beroepen op onbekwaamheid van den hoofdschuldenaar, omdat dit verweer — zoals het tweede lid van dit artikel het uitdrukt — alleen den persoon van den hoofdschuldenaar betreft.

Het B.G.B. kent deze onderscheiding niet, doch geeft in § 770, lid 1 bevoegdheid betaling te weigeren, zolang den hoofdschuldenaar een recht tot „Anfechtung” van de aan zijn verbintenis ten grondslag liggende rechtshandeling toekomt. De borg kan derhalve het recht tot „Anfechtung” niet zelfstandig uitoefenen, doch verkrijgt zolang het bestaat en de hoofdschuld nog niet is vernietigd, slechts een dilatoire exceptie.

Deze regeling gaat ervan uit, dat het recht tot „Anfechtung” een hoogst persoonlijk recht is⁶⁹. Slechts degene aan wien het is toegekend behoort te beslissen, of hij van dit recht gebruik wenst te maken.

Ook volgens de artt. 3.2.14 en 3.2.15 van het Ontwerp kan een vernietigbare rechtshandeling alleen vernietigd worden door dengene „in wiens belang de vernietigbaarheid is vastgesteld”.

De vernietiging geschiedt hetzij door een buitengerechtelijke verklaring van den rechthebbende, hetzij door een vonnis (art. 3.2.13). Zodra de hoofdschuld op deze wijze is

⁶⁸ Vgl. ASSER-KAMPHUISEN p. 759; HOFMANN p. 508; VAN BRAKEL p. 392.

⁶⁹ Vgl. LARENZ II p. 273.

teniet gegaan, zal een borg uiteraard zijn bevrijd. In hoeverre moet echter een aan den hoofdschuldenaar toekomend recht tot vernietiging aan den borg ten goede komen, zolang de hoofdschuldenaar zelf daarvan geen gebruik heeft gemaakt?

Deze vraag is in het systeem van het Ontwerp van veel groter belang dan voor het bestaande recht, omdat het Ontwerp, behalve dwang, dwaling, bedrog en onbekwaamheid, nog verscheidene andere gronden van vernietigbaarheid kent. Zo bepaalt art. 3.2.7, dat meerzijdige rechtshandelingen, welke in strijd zijn met een dwingende wetsbepaling, niet nietig doch vernietigbaar zijn indien bedoelde wetsbepaling uitsluitend strekt ter bescherming van één der partijen. Verdere gronden voor vernietigbaarheid van meerzijdige rechtshandelingen zijn in het Ontwerp o.a.: gemis aan wil (b.v. wegens geestesstoornis, art. 3.2.2, lid 3) en misbruik van omstandigheden (art. 3.2.10, leden 1 en 4). Al deze gevallen beogen uitsluitend bescherming van den gene, die zich op het gebrek kan beroepen.

Op zichzelf sluit dit nog niet volstrekt uit, dat een aan den hoofdschuldenaar toekomend recht tot vernietiging ook aan den borg wordt toegekend, zoals voor het bestaande recht t.a.v. dwang, dwaling en bedrog wordt aangenomen. Het verweer, dat de hoofdschuldenaar aan dergelijke vernietigingsgronden kan ontleen, behoeft niet noodzakelijk van meer persoonlijke aard te worden geacht dan andere verweeren, waarvan een borg zich eveneens kan bedienen.

In dit systeem ontstaat echter een moeilijkheid. Het zou m.i. niet aanvaardbaar zijn, dat een borg, die zelf geen partij is bij de hoofdovereenkomst, de vernietiging van die overeenkomst zou kunnen bewerkstelligen. Aan een hoofdschuldenaar, die ondanks zijn recht tot vernietiging verkiest de overeenkomst in stand te houden, behoort de vernietiging niet door een borg te worden opgedrongen.

Het beroep van den borg op vernietigbaarheid behoort dus niet van invloed te zijn op de verhouding tussen schuldeiser en hoofdschuldenaar. Het in stand blijven van de vernietigbare hoofdovereenkomst zou echter weer een andere onbillijkheid, ditmaal jegens schuldeiser, tot gevolg hebben, indien de borg door beroep te doen op de vernietigbaarheid zou worden bevrijd. Het gevolg hiervan zou immers zijn, dat de schuldeiser aan de overeenkomst met den hoofdschulde-

naar gebonden blijft, hoewel de in den borgtocht gelegen zekerheid voor hem verloren gaat. Ook dit lijkt mij onaanvaardbaar.

Moet een borg dan geen enkel beroep kunnen doen op een aan de hoofdschuldenaar toekomende bevoegdheid tot vernietiging van de hoofdschuld? Zolang de hoofdschuldenaar die bevoegdheid niet heeft uitgeoefend, zou de borg dan ondanks vernietigbaarheid van de hoofdschuld moeten betalen.

Na die betaling zou de hoofdschuldenaar echter nog altijd tot vernietiging kunnen overgaan, doch dan ter afwering van de regres-aanspraak van den borg. De borg zou derhalve in een ongunstiger positie verkeren dan in gevallen waarin de hoofdschuld geen gebrek vertoont. Bovendien zou dit systeem de deur wagenwijd openzetten voor spanningen tussen schuldeiser en hoofdschuldenaar ten nadele van den borg.

De enige oplossing, welke aan alle geschetste bezwaren tegemoet komt, is m.i. gelegen in een regeling, zoals § 770, lid 1 B.G.B. bevat, welke den borg een dilatoire exceptie geeft, zolang de hoofdschuldenaar het recht heeft de hoofdschuld te vernietigen.

Evenmin als het B.G.B. zou ik op dezen regel een uitzondering willen toelaten voor het geval van onbekwaamheid van den hoofdschuldenaar, zolang de hoofdschuld op dezen grond nog vernietigbaar is. Ook hier geldt, dat een borg, die in deze zwevende situatie zou moeten betalen, slechter af zou zijn dan in een normaal geval, omdat de hoofdschuldenaar jegens hem nog altijd gebruik zou kunnen maken van het recht op vernietiging.

Afstand van aan den hoofdschuldenaar toekomende verweren.

Wanneer de hoofdschuldenaar een vernietigbare overeenkomst „bevestigt” en daardoor onaantastbaar maakt (art. 3.2.18 Ontw.) behoort ook een borg zich niet langer op het gebrek te kunnen beroepen. De dilatoire exceptie moet hem dan ontvallen ⁷⁰.

⁷⁰ Vgl. ASSER-KAMPHUISEN p. 757 en VAN BRAKEL p. 392, die het beroep van den borg op vernietigbaarheid der hoofdovereenkomst wegens dwang, dwaling en bedrog doen verloren gaan, zodra de overeenkomst door den hoofdschuldenaar is bekrachtigd.

Met betrekking tot andere verweren van den hoofdschuldenaar waarvan een borg zich kan bedienen, neemt men voor het bestaande recht gewoonlijk aan, dat ze ook na afstand door den hoofdschuldenaar, nog altijd ter beschikking van den borg staan⁷¹. Aldus uitdrukkelijk § 768, lid 2 B.G.B., art. 502, lid 2 Zwitserland en 853 Griekenland.

Dergelijke bepalingen komen mij echter ongerechtvaardigd voor.

De bevoegdheid van den borg om zich op enig verweer van den hoofdschuldenaar te beroepen, is een *afgeleide* bevoegdheid, welke voortvloeit uit het beginsel, dat de verbintenis van den borg van de hoofdschuld afhangt. Dit beginsel brengt mede, dat enig verweer van den hoofdschuldenaar niet langer aan den borg ten goede kan komen, zodra het den hoofdschuldenaar zelf is ontvallen doordat hij daarvan afstand heeft gedaan.

Een tegenovergestelde oplossing zou ook tot ongewenste resultaten leiden. Indien b.v. de borgtocht strekt ter verzekering van een hoofdschuld, welke door een onbevoegden vertegenwoordiger van den hoofdschuldenaar is aangegaan, behoort een borg zich niet op dit gebrek te kunnen beroepen, nadat de hoofdschuldenaar de verbintenis heeft bekrachtigd en daardoor zelf verbonden is (art. 3.3.8 Ontw.).

VI. Borgtocht en passieve hoofdelijkheid.

Hoewel de verbintenis van een borg, die afstand van het voorrecht van uitwinning heeft gedaan, geen subsidiair karakter draagt, is hij naar het bestaande recht toch niet hoofdelijk met den hoofdschuldenaar verbonden⁷². De wet maakt in verscheidene artikelen duidelijk onderscheid tussen borgtocht en hoofdelijkheid en verbindt aan beide figuren verschillende rechtsgevolgen. Men zie b.v. de artt. 1460 (schuldvernieuwing), 1466 (compensatie), 1473 (schuldvermenging) en 1476 en 1478 (kijwitschelding).

De borg zonder voorrecht van uitwinning heeft dus tegenover den crediteur niet dezelfde rechtspositie als een

⁷¹ Vgl. ASSER-KAMPHUISEN p. 775. Aldus ook voor verweren van den hoofdschuldenaar in het algemeen: LAND-LOSECAAT VERMEER p. 757 en HOFMANN p. 509.

⁷² Vgl. ASSER-KAMPHUISEN p. 799, HOFMANN-VAN OPSTALL, p. 209, KORTHALS ALTES p. 126.

hoofdelijke schuldenaar. Dit geldt zelfs voor de dubbelzinnige, in de praktijk veelvuldig voorkomende figuur, dat iemand zich tegelijkertijd als borg en als hoofdelijk schuldenaar verbindt. Jurisprudentie en doctrine achten hierop alleen de bepalingen van borgtocht toepasselijk, met dien verstande dat de „hoofdelijke borg” geen beroep kan doen op de voorrechten van uitwinning en schuldsplitsing, ook al heeft hij daarvan niet uitdrukkelijk afstand gedaan⁷⁸.

Hoewel in theorie een scherp onderscheid tussen borgtocht en passieve hoofdelijkheid wordt gemaakt, bestaat tussen beide toch grote verwantschap.

Evenals bij borgtocht kan ook tussen hen, die zich hoofdelijk voor dezelfde schuld hebben verbonden, sprake zijn van een „hoofdschuldenaar”, enerzijds, en van een of meer medeschuldenaren wier verbintenis uitsluitend strekt tot zekerheid van de hoofdschuld, anderzijds.

De wet noemt deze figuur in art. 1331, door te stellen dat „de zaak, waarvoor verscheidene personen zich als hoofdelijke medeschuldenaren hebben verbonden, slechts een van hen aangaat”. In dit geval worden de overige hoofdelijke schuldenaren t.o.v. dengene, „wien de zaak aangaat”, beschouwd als borgen. Dit betreft echter alleen de onderlinge verhouding. T.o.v. den schuldeiser wordt tussen hoofdelijke schuldenaren, ook indien „de zaak” slechts één van hen aangaat, geen onderscheid gemaakt en gelden uitsluitend de bepalingen van hoofdelijkheid.

Welke verschillen met borgtocht vloeien hieruit voort?

Volgens art. 1316 zijn hoofdelijke schuldenaren „tot een en dezelfde zaak”, dus tot dezelfde prestatie jegens den schuldeiser verbonden. Wat dit betreft, is er geen verschil met den borg die afstand van het voorrecht van uitwinning heeft gedaan. Weliswaar kan een borg zich slechts voor een deel van de hoofdschuld of onder minder bezwarende voorwaarden verbinden (art. 1859), doch deze beperkingen zijn evenzeer mogelijk bij hoofdelijkheid (art. 1317).

⁷⁸ Aldus: H.R. 21 febr. 1913 - W. 9492 (E.M.M.), N.J. 1913, 577; ASSER-KAMPHUISEN p. 802 en de daar geciteerde verdere schrijvers en rechtspraak. ASSER-RUTTEN III, 2 p. 193/4 noemt „hoofdelijke borgtocht” een overeenkomst zonder oorzaak, hoewel deze hybride figuur door de wet zelf wordt genoemd in art. 1869 sub 2°. Vgl. ook SCHOLTEN in W.P.N.R. 2470 - 2473 en DE KAT in Themis 1924 p. 319 e.v.

Gelijkenis tussen hoofdelijkheid en borgtocht bestaat ook in zóverre dat betaling zowel alle hoofdelijke debiteuren als hoofdschuldenaar en borg jegens den schuldeiser bevrijdt, onverschillig door wien de betaling geschiedt (art. 1316, 1418 en 1479) ⁷⁴.

Dat betaling door een hoofdschuldenaar ook den borg bevrijdt, wordt door de wet nergens met zoveel woorden gezegd, doch volgt uit het accessoire karakter van borgtocht. Dezelfde gevolgen, welke voor hoofdelijkheid en borgtocht gelijkelijk aan betaling zijn verbonden, worden ook aangenomen voor inbetalinggeving ⁷⁵.

Vrijwel alle verschillen tussen hoofdelijkheid en borgtocht zijn terug te voeren tot het accessoire karakter van de borgtochtverbintenis. Dit karakter ontbreekt bij passieve hoofdelijkheid, ook indien de schuld slechts één der hoofdelijke debiteuren „aangaat”.

Welke zijn die verschillen? Ik noem slechts de voornaamste.

- a. Uit het accessoire karakter van borgtocht vloeit allereerst voort, dat geen borgtocht kan bestaan zonder geldige hoofdschuld (art. 1858, lid 1) en dat een borg niet tot meer of onder bezwarender voorwaarden verbonden kan zijn dan de hoofdschuldenaar (art. 1859, lid 1). Dergelijke bepalingen gelden niet bij hoofdelijkheid, omdat een hoofdelijke verbintenis een zelfstandig karakter draagt en in beginsel niet afhankelijk is van het geldig bestaan van de verbintenissen der andere hoofdelijke debiteuren.
- b. Doordat een borg accessoir is verbonden kan hij zich jegens den schuldeiser bedienen van alle tot de schuld zelve behorende verweermiddelen welke den hoofdschuldenaar toekomen, doch niet op verweren, welke alleen

⁷⁴ Volgens H.R. 9 januari 1931 - N.J. 1931, 378 (E.M.M.) W. 12256 (S.B.) is de schuldeiser niet bevoegd de betaling van één van zijn hoofdelijke schuldenaren af te wijzen om de overigen te kunnen aanspreken. Ook bij borgtocht heeft de crediteur niet een keuze, of hij de prestatie van den borg dan wel van den hoofdschuldenaar zal aanvaarden.

⁷⁵ Aldus ASSER-LOSECAAT VERMEER-RUTTEN p. 113, HOFMANN-VAN OPSTALL p. 228 n.l. Het B.W. noemt bij borgtocht inbetalinggeving door den hoofdschuldenaar (art. 1886) en verbindt daaraan ontslag van den borg.

den persoon van den hoofdschuldenaar betreffen (art. 1884 B.W.). Volgens art. 1323 kan een hoofdelijke schuldenaar zich beroepen op alle excepties, „die uit den aard der verbintenis voortvloeien”, zulks in tegenstelling tot die welke „enkel aan de personen van sommige der overige schuldenaren eigen zijn”. Hoewel de bewoordingen van de artikelen 1884, 1e lid en 1323 grote gelijkenis vertonen, zal men toch dit verschil moeten maken, dat een hoofdelijk schuldenaar uitsluitend beroep kan doen op nietigheid of vernietigbaarheid van zijn eigen verbintenis, terwijl dit beroep aan een borg ook toekomt wanneer het de hoofdschuld betreft behalve ingeval van onbekwaamheid van den hoofdschuldenaar; omgekeerd kan de hoofdschuldenaar zich uiteraard niet op nietigheid of vernietigbaarheid van den borgtocht beroepen.

- c. Indien de hoofdschuld teniet gaat is de borg — behoudens enkele uitzonderingen⁷⁶ — steeds bevrijd. Bij hoofdelijkheid is dit niet steeds het geval. Behalve betaling en inbetalinggeving veroorzaken alleen kwijtschelding zonder voorbehoud en schuldvernieuwing volledige bevrijding van alle hoofdelijke schuldenaren, indien ze t.a.v. één van hen plaats vinden (1476, lid 1 en 1460, lid 1). Schuldvermenging in de persoon van één der hoofdelijke schuldenaren heeft t.a.v. de overigen slechts bevrijdende werking voor een aandeel in de schuld, (1473, lid 3). Ook bij compensatie is de regeling voor borgtocht en hoofdelijkheid verschillend. De borg kan in vergelijking brengen, wat de crediteur aan den hoofdschuldenaar verschuldigd is. Een hoofdelijk schuldenaar kan zich daarentegen niet op compensatie beroepen t.a.v. een schuld van den schuldeiser aan een hoofdelijk mededebiteur (art. 1466, lid 1 en 2).
- d. Een verder verschil tussen borgtocht en hoofdelijkheid is gelegen in art. 1885, hetwelk betrekking heeft op het geval dat de borg door toedoen van den schuldeiser niet in diens rechten kan treden. Een overeenkomstige regeling ontbreekt bij hoofdelijkheid. Ook art. 1886 is daarop niet toepasselijk.

⁷⁶ Vgl. hierboven blz. 108/9.

Afgezien van de verschillende rechtsgevolgen welke de wet aan borgtocht en hoofdelijkheid verbindt, bestaat volgens sommige schrijvers ook een wezensverschil tussen beide figuren, omdat een kenmerk van hoofdelijkheid zou zijn, dat alle hoofdelijke verbintenissen uit één en hetzelfde rechtsfeit voortvloeien, terwijl de verbintenis van een borg haar grond vindt in een ander rechtsfeit dan dat, waaruit de hoofdschuld is ontstaan ⁷⁷.

Of dit verschil naar geldend recht valt te maken, kan hier in het midden blijven, omdat het in elk geval niet door het Ontwerp wordt gehandhaafd. Art. 6.1.2.1 neemt hoofdelijkheid aan, indien deze uit wet, gewoonte, overeenkomst of uiterste wil voortvloeit, en uit de Toelichting (blz. 469) blijkt, dat zulks ook het geval kan zijn, indien de hoofdelijke debiteuren krachtens verschillende rechtsfeiten zijn verbonden. In dit opzicht is het dus niet bij voorbaat uitgesloten, de verbintenis van den borg in het nieuwe B.W. tot een hoofdelijke te maken.

Het is echter de vraag of dit wenselijk zou zijn. Deze vraag verdient daarom bijzondere aandacht, omdat de ontwerpers van het 6e Boek, blijkens enkele uitlatingen in de Toelichting, borgtocht klaarblijkelijk hebben gezien als een bijzonderen vorm van hoofdelijkheid ⁷⁸.

Nu behoeft het m.i. geen betoog, dat borgtocht een afzonderlijke rechtsfiguur behoort te blijven, welke in verscheidene opzichten verschillen met passieve hoofdelijkheid vertoont. Ware het anders, dan zou het niet nodig zijn de overeenkomst van borgtocht afzonderlijk te regelen. De rechtspositie van een borg zal dus, evenals in het huidige wetboek, in de eerste plaats worden beheerst door bijzondere, daarvoor geschreven voorschriften, waarvan een enkele in het 6e

⁷⁷ Aldus ASSER-KAMPHUISEN p. 799, SCHOLTEN noot N.J. 1940, no. 76, DIEPHUIS X p. 150 e.v. Anders H.R. 11 januari 1907 - W. 8481 beslissende dat hoofdelijkheid kan ontstaan uit een afzonderlijke overeenkomst, waarbij iemand zich verbindt voor een reeds eerder bestaande schuld („Schuldbeitritt“). Aldus ook ASSER-LOSECAAT VERMEER-RUITEN blz. 97 en HOFMANN-VAN OPSTALL p. 207, die echter onderscheid maken al naar gelang de oorspronkelijke debiteur in de „Schuldbeitritt“ heeft toegestemd en alleen in dat geval de bepalingen van hoofdelijkheid toepasselijk achten op de *onderlinge* verhouding tussen de hoofdelijke debiteuren.

⁷⁸ Vgl. de Toelichting op de artt. 6.2.7 (blz. 616) en 6.2.8 (blz. 621), beide besproken op blz. 149 (tekst en noot 126) van dit praecadvies.

Boek is opgenomen ⁷⁹, doch die voornamelijk een plaats moeten vinden in een Titel van borgtocht in Boek 7.

In dezen Titel kan de wetgever uiteraard bepalen, dat een borg *hoofdelijk* met den hoofdschuldenaar tot voldoening van het geheel of een deel van de hoofdschuld is verbonden.

Een dergelijke bepaling zou echter alleen dan redelijken zin hebben, indien men daarmee wil bereiken, dat voorschriften betreffende hoofdelijkheid mede op borgtocht toepassing zullen vinden, voor zover de regeling van borgtocht daarvan niet uitdrukkelijk afwijkt.

Gaat men nu na, welke voorschriften het Ontwerp over hoofdelijkheid bevat, dan blijken slechts enkele daarvan zich voor rechtstreekse toepassing op borgtocht te lenen.

Hiervoor komt m.i. nog het meest in aanmerking art. 6.1.2.2, dat den samenhang tussen de verplichtingen van hoofdelijke schuldenaren als volgt regelt:

- „1. Indien twee of meer schuldenaren hoofdelijk verbonden zijn, heeft de schuldeiser tegenover ieder van hen recht op nakoming voor het geheel. Nakoming door een der schuldenaren bevrijdt ook zijn medeschuldenaren tegenover de schuldeiser.
2. Onder nakoming zijn begrepen inbetalinggeving, verrekening en bevrijding ten gevolge van verzuim van de schuldeiser.”

Aan toepasselijkheid van dit artikel op borgtocht bestaat echter geen behoefte. Indien de wet aan borgtocht een accessoir karakter verleent door uitdrukkelijk te bepalen, dat de verbintenis van een borg afhankelijk is van het bestaan van een hoofdschuld ⁸⁰, zal reeds hieruit volgen, dat een borg door tenietgaan van de hoofdschuld wordt bevrijd. Anderzijds behoeft ook niet uitdrukkelijk bepaald te worden, dat nakoming door een borg den hoofdschuldenaar jegens den schuldeiser bevrijdt, omdat dit rechtsgevolg ligt opgesloten in den regel, dat de vordering van den schuldeiser door subrogatie op den borg overgaat, voor zover deze den schuldeiser bevredigt ⁸¹.

⁷⁹ Vgl. art. 6.1.10.17 Ontw. (waarover hierboven blz. 116 e.v.). Voor borgtocht zijn ook van belang de artt. 6.2.8 en 6.2.9 Ontw. (waarover hieronder blz. 150 e.v.).

⁸⁰ Zie hiervoor blz. 106 van dit praeadvies.

⁸¹ Zie hiervoor blz. 148 e.v. van dit praeadvies.

Het volgende art. 6.1.2.3 luidt als volgt:

- „1. Iedere hoofdelijke schuldenaar is bevoegd namens de overige schuldenaren een aanbod van de schuldeiser tot afstand van het vorderingsrecht te aanvaarden, voor zover het aanbod ook de andere schuldenaren betreft.
2. Uitstel van betaling, aan een der hoofdelijke schuldenaren verleend, werkt ook ten aanzien van zijn medeschuldenaren, voor zover blijkt dat dit de bedoeling van de schuldeiser is.”

Blijkens de Toelichting (blz. 477 e.v.) beoogt het eerste lid van dit artikel een regeling te geven voor het geval dat schuldvernieuwing („afstand om baat”) of kwijtschelding („afstand om niet”) plaats vind t.a.v. één van de hoofdelijke schuldenaren. Deze regeling zou m.i. slechts verwarring stichten, indien zij op borgtocht toepasselijk zou zijn. Voor zover een door borgtocht verzekerde vordering op één van genoemde wijzen teniet gaat, behoort de borg krachtens het accessoire karakter van zijn verbintenis *steeds* te zijn bevrijd. Omgekeerd kunnen schuldvernieuwing en kwijtschelding, welke tussen schuldeiser en borg tot stand komen, *nimmer* bevrijding van den hoofdschuldenaar medebrengen.

Ook de regeling, welke het tweede lid van het artikel bevat voor uitstel van betaling aan een der hoofdelijke schuldenaren, leent zich m.i. niet voor toepassing op borgtocht. Een hoofdschuldenaar behoort *nimmer* beroep te kunnen doen op een uitstel, dat de schuldeiser aan den borg heeft verleend ⁸².

De overige bepalingen, welke het Ontwerp in de Afdeling over hoofdelijke verbintenissen bevat (de artt. 6.1.2.4 t./m. 6.1.2.7) regelen het regres tussen hoofdelijke schuldenaren onderling. Het is niet noodzakelijk deze artikelen hier te bespreken, omdat in hoofdstuk IX van dit praeadvies uitvoerig zal worden betoogd, dat het regresrecht van den borg afzonderlijke regeling behoeft, welke in verscheidene opzichten zal moeten afwijken van overeenkomstige bepalingen betreffende de verhouding tussen hoofdelijke schuldenaren.

Met betrekking tot alle bepalingen van het Ontwerp over hoofdelijkheid kom ik derhalve tot de conclusie, dat toepas-

⁸² Over het omgekeerde geval van uitstel van betaling, verleend aan een hoofdschuldenaar, zie men blz. 115 van dit praeadvies.

sing daarvan op borgtocht hetzij ongewenst, hetzij overbodig zou zijn. Uit een oogpunt van wetstechniek kan het dan ook geen aanbeveling verdienen den borg tot hoofdelijk schuldenaar te maken. Enerzijds zou dit de wettelijke regeling van borgtocht niet vereenvoudigen. Anderzijds zou de wetstoepasser gedwongen worden bepalingen van hoofdelijkheid op kwesties van borgtocht toe te passen, voor zover de wettelijke regeling van borgtocht hiervoor geen afwijkend voorschrift bevat. Blijkens het bovenstaande valt ernstig te betwijfelen, dat dit tot gewenste resultaten zou leiden. In elk geval kan gemakkelijk verwarring en onzekerheid ontstaan, indien twee groepen van bepalingen, die zich verhouden als *lex specialis* tot *lex generalis*, in beginsel voor toepassing in aanmerking kunnen komen ⁸³.

Hoe dit alles ook zij, in elk geval behoort de wet een criterium te bevatten, waarmede kan worden vastgesteld, of de bepalingen van borgtocht, dan wel die van hoofdelijkheid toepassing moeten vinden. Aan een dergelijk criterium zou ook dan behoefte bestaan, indien borgtocht als een bijzondere vorm van hoofdelijkheid zou worden aangemerkt. Ook dan dient immers vast te staan, of men in een bepaald geval met deze gekwalificeerde, dan wel met „gewone” hoofdelijkheid te doen heeft.

Het bestaande recht kent geen duidelijke grenslijn tussen borgtocht en contractuele hoofdelijkheid. Op de hybridische figuur van den „hoofdelijken borg” acht de rechtspraak de bepalingen van borgtocht toepasselijk. Hoe echter te oordelen, indien twee personen zich ieder voor het geheel van een schuld hebben verbonden zonder dat hetzij van „hoofdelijkheid” hetzij van „borgtocht” is gesproken? ⁸⁴.

Een duidelijke afbakening van beide figuren is niet alleen van belang voor dergelijke twijfelgevallen. Indien iemand zich tot zekerheid van cens anders schuld verbindt, behoort het m.i. niet van de gebruikte bewoordingen af te hangen,

⁸³ Vgl. over de verhouding van een *lex specialis* tot een *lex generalis*: KAMPHUISEN R.M. Themis 1942 p. 309 e.v.

⁸⁴ Enerzijds wordt hoofdelijkheid mogelijk geacht zonder dat het woord „hoofdelijk” is gebruikt. Vgl. ASSER-LOSECAAT VERMEER-RUITEN p. 96 en HOFMANN-VAN OPSTALL p. 206. Anderzijds is het gebruik van de woorden „borg” en borgtocht” evenmin vereist voor de toepasselijkheid van de bepalingen van borgtocht. Vgl. ASSER-KAMPHUISEN p. 760.

of de bepalingen betreffende borgtocht toepassing moeten vinden. Zouden de bewoordingen hiervoor reeds beslissend zijn, dan zouden dwingende bepalingen van borgtocht, welke een nieuwe wettelijke regeling ongetwijfeld zal moeten bevatten, al te gemakkelijk ontgaan kunnen worden. Door de woorden „borg” of „borgtocht” te vermijden en uitsluitend over een „hoofdelijke” verbintenis te spreken, zouden partijen de toepasselijkheid van den Titel van borgtocht reeds kunnen uitsluiten. Een wetgever, die in dezen Titel dwingende voorschriften opneemt, behoort aan partijen niet de vrije keuze tussen borgtocht en contractuele hoofdelijkheid te laten, doch een *objectieven* maatstaf te geven ter beantwoording van de vraag, welke van beide figuren in een gegeven geval aanwezig is. Het criterium kan niet liggen in de interne verhouding van de schuldenaren onderling. Evenals het huidige recht acht het Ontwerp immers hoofdelijkheid mogelijk, indien de schuld tussen de schuldenaren onderling slechts één van hen „aangaat”. Beslissend kan dan m.i. slechts zijn, of de schuldeiser *weet*, dat één van hen, die zich elk voor het geheel van een schuld jegens hem hebben verbonden, degene is wien de schuld „aangaat”, dus *hoofdschuldenaar* is. Andere schuldenaren, van wien de schuldeiser bij het aangaan van hun verbintenis bekend is dat de schuld hun in hun verhouding tot de hoofdschuldenaar niet „aangaat”, behoren als borgen te worden aangemerkt. Op hen moeten derhalve de bepalingen van borgtocht toepassing vinden, ook al zouden zij zich als „hoofdelijke medeschuldenaren” hebben verbonden.

In dit systeem is derhalve niet beslissend, in welke bewoordingen een verbintenis is ingekleed, doch uitsluitend wat den schuldeiser bij het aangaan der verbintenis omtrent de interne verhouding der schuldenaren is gebleken. De problematische figuur van den „hoofdelijken borg” verliest daardoor iederen redelijken zin. Wie zich als borg aandient kan onmogelijk als hoofdelijk schuldenaar zijn verbonden.

VII. Zorgverplichtingen van den schuldeiser.

Algemeen.

Het B.W. bevat in den titel van borgtocht geen bepaling, welke den schuldeiser in het algemeen verplicht tot zorg voor de belangen van den borg. Op grond van de artt.

1374, lid 3 en 1375 zal men echter reeds voor het bestaande recht moeten aannemen, dat een schuldeiser de overeenkomst van borgtocht te goeder trouw behoort uit te voeren en jegens den borg gehouden is tot datgene, wat naar den aard van de overeenkomst door de billijkheid wordt gevorderd⁸⁵. Hoever deze verplichtingen gaan, valt evenwel niet in het algemeen te zeggen. Volgens de jurisprudentie hebben goede trouw en billijkheid in den regel slechts aanvullende werking. Slechts onder zeer bijzondere omstandigheden wordt een schuldenaar tijdelijk of voorgoed van zijn verplichtingen ontheven omdat het in strijd met de goede trouw wordt geacht daarvan nakoming te verlangen. Bij enige arresten van den Hogen Raad is dit aangenomen in gevallen, waarin een contractspartij door eigen gedragingen de verplichtingen van haar wederpartij onredelijk had verzwaaard⁸⁶. Voor borgtocht heeft dit evenwel weinig betekenis. Zo zal een borg, die van het voorrecht van uitwinning afstand heeft gedaan, zich naar geldend recht slechts onder zeer bijzondere omstandigheden kunnen beroepen op de omstandigheid, dat de schuldeiser zijn rechten jegens den hoofdschuldenaar niet of niet tijdig heeft uitgeoefend.

Omtrent de billijkheid als aanvullende bron van verplichtingen uit overeenkomst bevat art. 6.5.3.1 Ontwerp een bepaling, welke met art. 1375 B.W. overeenstemt. Daarnaast geeft echter art. 6.1.1.2 voorschriften omtrent den invloed van ongeschreven regels op verbintenissen in het algemeen⁸⁷.

Het eerste lid van dit artikel bepaalt, dat partijen bij een verbintenis jegens elkander verplicht zijn zich als schuldenaar en als schuldeiser overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid te gedragen. Het tweede lid voegt hieraan toe, dat een schuldeiser zijn recht niet kan uitoefenen, voor zover hij in de gegeven omstandigheden onbetamelijk zou handelen, door den schuldenaar aan diens verplichting te houden. Zoals ook uit de toelichting blijkt onderscheidt het artikel tussen de aanvullende en de derogerende werking van de goede trouw. Overeenkomstig de conclusie van Regering en Tweede Kamer op Vraagpunt 21 verwerpt

⁸⁵ Vgl. ASSER-KAMPHUISEN p. 776; VAN BRAKEL p. 411; H.R. 16 januari 1941 - N.J. 1941 no. 508.

⁸⁶ Vgl. de arresten van den H.R., besproken bij HOFMANN-VAN OPSTALL p. 442-445.

⁸⁷ Vgl. over deze bepalingen: J. C. VAN OVEN W.P.N.R. no. 4718.

het Ontwerp den regel dat een schuldenaar zijn verbintenis slechts behoeft na te komen voor zover dit in overeenstemming is met redelijkheid en billijkheid. Een schuldeiser wordt slechts belet zijn rechten uit te oefenen, indien hij daardoor inbreuk maakt op de maatschappelijke betamelijkheid.

Art. 6.1.1.2 van het Ontwerp zal ook op borgtocht toepasselijk zijn. Welke toepassing daaraan door de rechtspraak zal worden gegeven, dient te worden afgewacht. Het lijkt echter niet gewaagd te voorspellen, dat de betekenis van het artikel voor borgtocht beperkt zal blijven tot zeer sterk sprekende gevallen. De wetgever dient zich daarom af te vragen, of bij de regeling van borgtocht behoefte bestaat aan bijzondere bepalingen welke een schuldeiser verplichten tot zekere zorg voor de belangen van den borg en die dezen bevrijden, wanneer de schuldeiser onvoldoende met zijn belangen rekening heeft gehouden.

Verhinderings van subrogatie door toedoen van den schuldeiser.

Het B.W. kent hiervan een voorbeeld in art. 1885: een borg is ontslagen, wanneer hij door toedoen van den schuldeiser niet meer kan treden in de rechten, hypotheeken en voorrechten van den schuldeiser.

Dit artikel heeft tot veel verschil van mening aanleiding gegeven⁸⁸.

De voornaamste controverse betreft de vraag, of een borg, die door toedoen van den schuldeiser niet meer in diens rechten kan treden, volledig is bevrijd dan wel uitsluitend voor zover hij daardoor wordt benadeeld. Eerstgenoemde sanctie gaat te ver. Niettemin heeft de Hoge Raad haar in een drietal arresten aanvaard⁸⁹.

Modernere wetgevingen ontheffen den borg slechts van zijn aansprakelijkheid voor zover hij door verhinderings van subrogatie schade lijdt⁹⁰.

⁸⁸ Vgl. ASSER-KAMPHUISEN p. 777 e.v. en de daar aangehaalde literatuur en rechtspraak, i.h.b. KORTHALS ALTES p. 105 e.v.

⁸⁹ Vgl. H.R. 31 december 1908 - W. 8791, H.R. 28 april 1911 - W. 9179 en H.R. 17 mei 1912 - W. 9365. Zie echter ook H.R. 9 januari 1930 - N.J. 1930, 996 (m.o. E.M.M.), W. 12089 (m.o.S.B.), waar de vraag uitdrukkelijk in het midden wordt gelaten. Overeenkomstig eerstgenoemde arresten VAN BRAKEL p. 408. Anders: ASSER-KAMPHUISEN p. 779, KORTHALS ALTES p. 106 e.v. en de door dezen geciteerde verdere literatuur en rechtspraak.

⁹⁰ Aldus § 776 B.G.B. en art. 503 Zwitserland.

Een andere oplossing zou kunnen zijn, dat de borg in dat geval volledig aansprakelijk blijft, doch daartegenover een recht op schadevergoeding jegens den schuldeiser verkrijgt⁹¹.

Beide oplossingen hebben het voordeel, dat de borg alleen wordt beschermd, voor zover hij werkelijk nadeel ondervindt doordat hij niet meer in de rechten van den schuldeiser kan treden. Bestaan en omvang van dit nadeel zullen echter veelal moeilijk te bepalen zijn op het moment, waarop de borg wordt aangesproken. Een vordering tot schadevergoeding van den borg zal diensgevolge welhaast nimmer voor dadelijke vereffening vatbaar zijn, waardoor dus volgens art. 1463 B.W. compensatie met zijn borgtochtverplichting zou zijn uitgesloten. Het Ontwerp stelt liquiditeit der wederzijdse vorderingen niet meer als matericel-rechtelijk vereist voor „verrekening”⁹². In plaats hiervan bepaalt art. 6.1.10.13, dat de rechter het beroep van een gedaagde op verrekening kan voorbijgaan, voor zover het onderzoek naar de gegrondheid van dit verweer tijdrovend zou zijn. De vordering, waartegen beroep op verrekening is gedaan, wordt dan toegewezen onder voorbehoud dat deze beslissing met terugwerkende kracht zal vervallen, voor zover de rechter naderhand het beroep op verrekening alsnog gegrond mocht verklaren.

In den regel zal het bewijs van een aan den borg toe te kennen tegenvordering tot schadevergoeding te tijdrovend zijn om toewijzing van de tegen hem ingestelde vordering uit borgtocht daarvan afhankelijk te stellen. Het resultaat zal dan zijn, dat de borg wordt veroordeeld en in een latere procedure of in reconventie zijn beroep op verrekening alsnog zou moeten geldend maken. Aldus zou een borg derhalve minder bescherming genieten dan hem thans door art. 1885 wordt verleend. Dit artikel is echter een bron van chicanes gebleken, die slechts ten dele worden voorkomen, indien men den borg slechts bevrijd acht, voor zover hij door verhindering van subrogatie nadeel ondervindt. In dit systeem zal over het bestaan en den omvang van dit nadeel

⁹¹ Deze oplossing geeft het Ontwerp in art. 6.1.2.7, lid 3 (voor subrogatie van een hoofdelijk schuldenaar) en in art. 6.2.8, lid 2 (voor subrogatie als bedoeld in art. 6.2.7 onder a, b en c) indien een schuldeiser vóór de subrogatie heeft bewilligd in een vermindering van zijn rechten ten koste van den subrogans.

⁹² Zie de Toelichting blz. 582 op art. 6.1.10.4 Ontw.

beslist moeten worden vóórdát de borg tot gehele of gedeeltelijke nakoming van zijn verplichting uit borgtocht kan worden veroordeeld. Procedures tegen een borg zouden daardoor aanmerkelijk worden vertraagd en in vele gevallen zal de rechter zijn beslissing over het nadeel, waarop de borg zich beroept, op onvoldoende gegevens moeten baseren, omdat dit nadeel eigenlijk eerst is vast te stellen nadat de borg heeft betaald en zich op den hoofdschuldenaar heeft trachten te verhalen.

Deze bezwaren worden goeddeels weggenomen door den borg slechts een recht op schadevergoeding toe te kennen. Aldus verkrijgt hij zijn nadeel uiteindelijk vergoed⁹³ en behoeft over den omvang van dit nadeel niet beslist te worden op een tijdstip, waarop dit nog niet met voldoende zekerheid mogelijk is. Ik meen daarom, dat dit stelsel de voorkeur verdient. Het is ook in overeenstemming met de artt. 6.1.2.7, lid 3 en 6.2.8, lid 2 Ontw., welke eveneens een recht op schadevergoeding geven tegen een schuldeiser, die in de daar bedoelde gevallen volledige subrogatie heeft verhinderd door in een vermindering van zijn rechten toe te stemmen.

Volgens rechtspraak en schrijvers beoogt art. 1885 slechts een sanctie te geven op het verloren gaan van zekerheidsrechten, welke aan de hoofdvverbintenis zijn verbonden. Het artikel beschermt den borg niet tegen onvoldoende diligentie in de uitoefening van zijn rechten tegen den hoofdschuldenaar⁹⁴. Te dezer zake behoort een borg ook niet een recht op schadevergoeding tegen den schuldeiser te verkrijgen, omdat dit te zeer afbreuk zou doen aan het zekerheidskarakter van borgtocht⁹⁵. Hoogstens zou de wetgever kunnen overwegen of, behalve verlies, ook waardevermindering

⁹³ Teneinde te voorkomen, dat deze vergoeding door insolventie van den schuldeiser wordt vrijdeld, zou men dezen een verplichting tot zekerheidsstelling kunnen opleggen; de borg zou dan de bevoegdheid moeten hebben betaling te weigeren, zolang de zekerheid niet is gesteld.

⁹⁴ Vgl. ASSER-KAMPHUISEN p. 778/9, KORTHALS ALTES p. 111, VAN BRAKEL p. 408.

⁹⁵ Bepalingen zoals § 777 B.G.B. en de artt. 1957 Italië, 510, 3e lid en 511 Zwitserland en 866—868 Griekenland, welke den schuldeiser in bepaalde gevallen - op straffe van verval van den borgtocht - verplichten den hoofdschuldenaar in rechte aan te spreken, passen m.i. alleen in een wetgeving welke het subsidiaire karakter van borgtocht streng handhaaft.

der zekerheidsrechten door schuld van den crediteur⁹⁶ grond voor een recht op schadevergoeding van den borg kan zijn. Voor de omstandigheid dat de schuldeiser niet tijdig of niet op een gunstig moment van de zekerheidsrechten heeft gebruik gemaakt, behoort hij echter slechts onder zeer bijzondere omstandigheden aansprakelijk te zijn.

De praktische betekenis van art. 1885 B.W. is veel geringer dan de omvangrijke jurisprudentie daarover doet vermoeden. In de meeste borgtochtakten pleegt een borg immers bij voorbaat afstand te doen van een beroep op het artikel. Volgens de rechtspraak en de meeste schrijvers is zodanige afstand geldig⁹⁷.

Zou de wetgever zijn regeling van deze materie geheel of gedeeltelijk tot dwingend recht maken, dan zou dit een zeer ingrijpende wijziging zijn van het bestaande recht met name voor banken, die een beroep op art. 1885 in al haar borgtochtformulieren uitsluiten.

Gewoonlijk bedingt een bank van haar credietnemers nog allerlei andere zekerheden dan borgtocht, zoals cessie van vorderingen, verpanding van celen en cognossementen, fiduciaire overdracht van voorraden en inventarisgoederen. Gedurende den looptijd van het crediet blijkt het telkens noodzakelijk bepaalde zekerheden vrij te geven zonder dat het credietsaldo gelijktijdig vermindert. Zekerheden kunnen ook op andere wijze verloren gaan, b.v. doordat debiteuren van gecedeerde vorderingen aan den credietnemer betalen, omdat de credietgever hen niet van de cessie in kennis heeft gesteld. Dat een borg door toedoen van den schuldeiser niet kan treden in al diens zekerheidsrechten, is dus i.h.b. bij bankborgtocht een dagelijks voorkomend verschijnsel. Indien de borg in al deze gevallen een recht op schadevergoeding jegens dien schuldeiser zou verkrijgen, zou borgtocht voor het credietwezen onbruikbaar worden.

Het moet dus m.i. mogelijk blijven, van dit recht in borgtochtakten bij voorbaat afstand te doen. Een crediteur, die

⁹⁶ Hoewel art. 1885 spreekt van „toedoen” van den schuldeiser, acht de jurisprudentie het artikel alleen toepasselijk als den schuldeiser van het verloren gaan van zekerheidsrechten een verwijt kan worden gemaakt. Aldus H.R. 9 januari 1930 - N.J. 1930 (E.M.M.), 996; W. 12089 (S.B.).

⁹⁷ Vgl. ASSER-KAMPHUISEN p. 780/1 en de daar vermelde rechtspraak en schrijvers. Anders alleen KORTHALS ALTES p. 119 en LEVENKAMP in W. 11849.

te kwader trouw ten koste van den borg zekerheidsrechten heeft prijsgegeven, zal zich op dien afstand toch niet kunnen beroepen, evenmin als dit naar bestaand recht mogelijk is in een geval waarin de borg afstand heeft gedaan van zijn recht ex art. 1885 B.W.⁹⁸. Het heeft ook geen zin dien afstand slechts geldig te verklaren, voor zover een borg heeft toegestemd in het verrichten of nalaten door den schuldeiser van *bepaalde met name genoemde* handelingen, waardoor zekerheidsrechten verloren kunnen gaan. In de practijk zouden dan alle denkbare handelingen van deze strekking in de meeste borgtochtakten worden opgesomd.

Indien de wetgever afziet van een dwingende regeling, zou men zich kunnen afvragen of een bepaling van regelend recht, waarvan veelal wordt afgeweken, dan nog wel voldoenden zin heeft. Ik meen, dat een dergelijke bepaling toch niet achterwege kan blijven. Men vindt haar in alle mij bekende wetgevingen en de jurisprudentie over art. 1885 B.W. leert, dat uitsluiting van een beroep op dit artikel tot dusver nog niet tot een bestendig gebruikelijk beding is geworden, zoals afstand van aan borgen toegekende voorrechten⁹⁹.

Borgtocht voor schade door wanbeheer en onrechtmatige daden.

Sommige wetgevingen bevatten een speciale bepaling voor het geval iemand zich borg heeft gesteld voor schade, veroorzaakt door wanbeheer of onrechtmatige daden van een derde, voor zover die schade door een redelijkerwijze van den schuldeiser te vergen toezicht voorkomen had kunnen worden. In dat geval wordt de borg daarvoor niet aansprakelijk geacht¹⁰⁰.

Een dergelijke bepaling lijkt inderdaad gewenst. Men zou

⁹⁸ Aldus H.R. 21 april 1933 - N.J. 1933, 867 (P.S.), W. 12627, ASSER-KAMPHUISEN p. 781, VAN BRAKEL p. 410.

⁹⁹ In afstand van aan borgen toegekende rechten en excepties ligt volgens rechtspraak en schrijvers nog niet opgesloten, dat ook een beroep op art. 1885 is uitgesloten. Aldus Hof den Haag 10 maart 1913 - N.J. 1913, 336 en 16 juni 1930 - N.J. 1930, 1559; Hof Amsterdam 28 maart 1934 - W. 12773.

¹⁰⁰ Vgl. art. 503, lid 2 Zwitserland (alleen voor „Amts- und Dienstbürgschaft) en iets ruimer art. 869 Griekenland. VAN BRAKEL p. 401 acht het reeds naar geldend Ned. recht mogelijk, dat gebrek aan toezicht op den schuldenaar wanprestatie van den schuldeiser tegenover den borg oplevert. Vgl. echter H.R. 16 januari 1941 - N.J. 1941 no. 508 (P.S.).

kunnen twifelen of de sanctie ook hier niet moet bestaan in een recht op schadevergoeding van den borg. In dit geval lijkt het mij echter gerechtvaardigd, dat de borgtocht geen gevolg heeft, voor zover de schade aan onvoldoende toezicht is te wijten ¹⁰¹.

Verzwarende van een borgtochtverplichting voor toekomstige schulden.

Art. 1956 van het Italiaanse B.W. beschermt den borg nog in een andere situatie tegen onvoldoende zorg van den schuldeiser. Het artikel bepaalt, dat degene die zich heeft borg gesteld voor toekomstige schulden wordt bevrijd, indien de schuldeiser zonder speciale toestemming van den borg crediet aan den hoofdschuldenaar verleent, hoewel hij wist dat de mogelijkheid van verhaal op den hoofdschuldenaar was verminderd.

Het doel van deze bepaling is stellig redelijk, al gaat de sanctie van algehele bevrijding van den borg stellig te ver. Indien een credietgever omstandigheden bekend zijn geworden, welke de mogelijkheid van verhaal op den hoofdschuldenaar aanmerkelijk verminderen, behoort hij de verplichtingen van den borg niet zonder dringende noodzaak te verzwaren.

Toch acht ik een dwingende bepaling, die den borg hier tegen beschermt, ongewenst omdat zij voor de praktijk van het credietwezen te grote moeilijkheden zou meebrengen ¹⁰². Wie een borgtocht aangaat, weet bij voorbaat, dat de hoofdschuldenaar te eniger tijd onvoldoende verhaal kan bieden. Dit geldt nog te meer voor credietborgtocht. Wanneer is nu de verhaalsmogelijkheid zó dubieus geworden, dat het onredelijk zou zijn het risico van den borg verder te verzwaren? In de praktijk zou het uiterst moeilijk zijn hier een grens te trekken, niet alleen achteraf voor den rechter, doch in de eerste plaats voor den credietgever zelf, die zich bij iedere verhoging van het crediet zou moeten afvragen of die grens is bereikt. Voor een credietgever die uitsluitend met zijn eigen belang heeft rekening te houden, is het reeds moeilijk te bepalen, wanneer het punt is bereikt, dat de cre-

¹⁰¹ Vgl. SCHOLTEN in zijn annotatie onder het in de vorige noot genoemde arrest.

¹⁰² Zou de bepaling enkel regelend recht zijn, dan zou zij een dode letter blijven, omdat daarvan dan in iedere credietborgtocht zou worden afgeweken.

dietkraan moet worden dicht gedraaid. Een besluit daartoe kan het risico beperken, doch evenzeer kan daardoor verlies ontstaan, dat door verdere credietverlening voorkomen had kunnen worden. Een juiste beoordeling van de situatie wordt nog bemoeilijkt doordat een credietgever naast borgtocht gewoonlijk ook andere zekerheidsrechten heeft. In hoeverre het risico van den borg onredelijk wordt verzwaaard, hangt dan mede af van den vaak wisselvalligen stand van die andere zekerheden. Een dwingende wetsbepaling in den geest van art. 1956 van het Italiaanse B.W. zal derhalve grote onzekerheid ten gevolge hebben en de deur wijd open zetten voor chicanes. Anderzijds bestaat daaraan geen dringende behoefte, indien een borg voor toekomstige schulden te allen tijde bevoegd is den borgtocht op te zeggen, zoals hieronder zal worden bepleit.¹⁰³

Bij dit alles bedenke men, dat een borg in sterk sprekende gevallen van kwade trouw bij den credietgever reeds wordt beschermd door art. 6.1.1.2 Ontw., hetwelk een schuldenaar belet zijn rechten uit te oefenen, voor zover hij onbetamelijk zou handelen door den schuldenaar aan diens verplichting te houden. Denkbaar is eveneens, dat een al te lichtvaardige credietverlening ten koste van een borg jegens dezen een onrechtmatige daad oplevert, welke aanspraak op schadevergoeding geeft, zoals een financiering onder omstandigheden ook onrechtmatig kan zijn tegenover crediteuren van de credietnemer, die daarvan de dupe worden.¹⁰⁴

VIII. Borgtocht voor toekomstige schulden.

Ondanks art. 1858, lid 1 B.W., dat voor het „bestaan” van een borgtocht een wettige hoofdschuld eist, is nimmer betwijfeld dat borgtocht ook voor toekomstige schulden kan worden aangegaan¹⁰⁵. Andere wetboeken bepalen dit uitdrukkelijk¹⁰⁶ om tot uiting te brengen, dat het accessoire karakter der borgtochtverbintenis zich geenszins verzet tegen de

¹⁰³ Zie hieronder blz. 139.

¹⁰⁴ Vgl. H.R. 28 juni 1957 - N.J. 1957 no. 514 (inz. Erba/Amsterdamsche Bank).

¹⁰⁵ Vgl. H.R. 10 januari 1913 - W. 9463, N.J. 1913, 411 en 14 april 1927 - W. 11665, N.J. 1927, 763 (E.M.M.), met correctie op blz. 800.

¹⁰⁶ Vgl. § 765, lid 2 B.G.B., art. 492, lid 2 Zwitserland, 1938 Italië en 848 Griekenland.

geldigheid van borgtocht voor nog niet bestaande schulden. Ook voor ons recht lijkt mij een dergelijke bepaling gewenst.

Voor het bestaande recht is wel betwijfeld, of een borgtocht voor *alle* toekomstige schulden, die iemand jegens een ander zal aangaan, voldoende bepaaldheid bezit¹⁰⁷. Voor dien twijfel bestaat m.i. geen reden. Een dergelijke borgtocht is in elk geval niet in strijd met art. 6.5.2.10 van het Ontwerp, hetwelk aan verbintenissen uit overeenkomst den eis stelt dat ze „bepaalbaar” zijn.

Wil men nadere begrenzing, dan moet deze m.i. niet worden gezocht in een dwingend voorschrift, inhoudend dat borgtocht voor toekomstige schulden slechts kan worden aangegaan voor zover deze schulden uit bepaaldelijk aangeduide rechtsverhoudingen voortvloeien. Een dergelijk voorschrift zou een bron van moeilijkheden zijn en geen enkel nut hebben. Banken en andere credietinstellingen zouden daardoor slechts genoodzaakt worden tot aanvulling van haar borgtochtformulieren met een uitputtende opsomming van alle denkbare schuldoorzaken, welke in het verkeer met haar credietnemers een rol kunnen spelen.

Wel behoeft borgtocht voor toekomstige schulden enige beperking naar tijdsduur. Voor zover hij niet voor bepaalde tijd of voor den duur van een bepaalde rechtsverhouding is aangegaan, moet hij door den borg kunnen worden opgezegd. Ook naar geldend recht wordt de opzegbaarheid van dergelijke borgtochten aangenomen¹⁰⁸. Een wetsbepaling, die opzegging in dit geval uitdrukkelijk toelaat en de gevolgen daarvan regelt, zou echter niet overbodig zijn omdat over die gevolgen onzekerheid bestaat. De heersende opvatting is, dat opzegging door een borg tengevolge heeft, dat hij niet wordt verbonden voor schulden, welke op het moment, waarop de opzegging den schuldeiser bereikt, nog niet door den hoofdschuldenaar waren aangegaan. In overeenstemming hiermede zou de wet m.i. moeten bepalen, dat een borg na opzegging aansprakelijk blijft voor de reeds aangegane schulden met alle gevolgen, welke daaruit ook na de

¹⁰⁷ Vgl. in verschillenden zin KORTHALS ALTES p. 77 en ASSER-KAMPHUISEN p. 767, LAND-LOSECAAT VERMEER p. 705 e.v. en VAN BRAKEL p. 388.

¹⁰⁸ Aldus in overeenstemming met de bankpraktijk: o.a. KORTHALS ALTES p. 79 en ASSER-KAMPHUISEN p. 768.

opzegging kunnen voortvloeien, zoals bedongen en wettelijke rente alsmede kosten ¹⁰⁹.

Indien na opzegging door den borg verder crediet aan den schuldenaar wordt verleend en deze dus nieuwe verbintenissen aangaat, kan de vraag rijzen, of nadien gedane betalingen van den hoofdschuldenaar in mindering moeten komen van de oudere schulden, waarvoor de borg aansprakelijk is gebleven. Evenals art. 1432 B.W. staat art. 6.1.6.13 van het Ontwerp op het standpunt, dat een schuldenaar van twee of meer verbintenissen in de eerste plaats zelf kan beslissen op welke schuld een betaling moet worden geïmputeerd. Van deze bevoegdheid zal een credietnemer wellicht gebruik maken om betalingen vooreerst in mindering te brengen op na opzegging van den borg verleend crediet. Hierdoor zal hij de bank immers eerder bereid kunnen vinden met credietverlening door te gaan. Moet de wetgever daarom in dit geval van art. 6.1.6.13 afwijken en dwingend voorschrijven, dat elke betaling van den hoofdschuldenaar na opzegging van een borgtocht in de eerste plaats strekt ter ontlasting van den borg? Een dergelijke bepaling komt mij niet gewenst voor, omdat zij onvoldoende zou rekening houden met de eisen van de praktijk. De betalingen kunnen zó nauw verband houden met het na de opzegging van den borgtocht verleende crediet en de daarvoor verstrekte zekerheden, dat het ongerechtvaardigd zou zijn die betalingen te imputeren op oudere schulden, waarvoor de borg na opzegging aansprakelijk is gebleven.

Ingeval een borgtocht voor toekomstige schulden is aangegaan voor den duur van een bepaalde rechtsverhouding, behoort zij m.i. niet opzegbaar te zijn. Een dwingend voorschrift, dat den borg na verloop van een door de wet bepaalde termijn (b.v. na 5 jaren) de bevoegdheid tot opzegging verleent, zou ernstige moeilijkheden medebrengen. De praktijk heeft behoefte aan borgtocht ter verzekering van verplichtingen uit rechtsverhoudingen, welke zich over een groot aantal jaren kunnen uitstrekken. Men denke b.v. aan voogdijborgtocht of aan borgtocht voor verplichtingen van een comptabelen werknemer.

Minder bezwaar bestaat tegen een dwingend voorschrift,

¹⁰⁹ Hetzelfde wordt aangenomen voor borgtocht, die voor bepaalde termijn is aangegaan. Vgl. H.R. 31 maart 1932 - W. 12429, N.J. 1932, 668

dat borgtocht voor toekomstige schulden na zekeren termijn opzegbaar zou maken niettegenstaande een langere termijn is overeengekomen, welke niet door den duur van een rechtsverhouding wordt bepaald. Hoewel de jurisprudentie enige voorbeelden van dergelijke borgtochten voor gefixeerden tijdsduur kent ¹¹⁰ komen ze bij mijn weten slechts sporadisch voor. M.i. bestaat dan ook weinig behoefte aan een dwingend gestelde tijdslimiet, welke borgen in deze gevallen tegen zichzelf zou beschermen.

Veel verschil van mening bestaat over de vraag, of een crediet-(bank-)borgtocht voor overdracht vatbaar is tezamen met het ten tijde der overdracht bestaande debetsaldo ¹¹¹. Ingeval de credietverhouding beëindigd is en een door borgtocht gedekte saldovordering wordt overgedragen, zie ik er geen bezwaar tegen den borg jegens den cessionaris verbonden te achten. Overneming van de gehele credietverhouding zal in den regel niet tot gevolg kunnen hebben, dat de borg ook aansprakelijk wordt voor verdere schulden, welke jegens den nieuwen credietgever worden aangegaan. De beantwoording van deze vragen hangt echter af van interpretatie van de borgtochtovereenkomst. Het lijkt daarom niet gewenst, dat de wetgever hiervoor een regel stelt.

IX. Het regres van den borg.

Verhaalsrecht uit eigen hoofde en/of bij wege van subrogatie.

Het B.W. verschaft een borg, die betaald heeft, tweemaal grondslag voor verhaal op den hoofdschuldenaar. Art. 1876 geeft hem een zelfstandig verhaalsrecht, dat hij uit eigen hoofde kan uitoefenen ¹¹². Daarnaast wordt hij krachtens art. 1877 van rechtswege gesubrogeerd in alle rechten, welke de schuldeiser jegens den hoofdschuldenaar kon uitoefenen.

De beide grondslagen leiden nagenoeg tot hetzelfde resul-

¹¹⁰ Vgl. b.v. H.R. 31 maart 1932 - N.J. 1932, 668, W. 12429.

¹¹¹ Vgl. in verschillenden zin de litteratuur en rechtspraak, vermeld bij ASSER-KAMPHUISEN p. 770, waaronder H.R. 14 april 1927 - N.J. 1927, 763 (m.o. E.M.M.), W. 11665.

¹¹² Vgl. H.R. 9 november 1917 - N.J. 1917, 1186; W. 10196, W.P.N.R. 2505 (E.M.M.).

taat, voor zover ze den borg beide recht geven al hetgeen hij krachtens den borgtocht heeft voldaan van den hoofdschuldenaar terug te vorderen. Men moet immers aannemen, dat de artt. 1878 en 1879, die het verhaal nader uitwerken, toepasselijk zijn onverschillig op welken van beide grondslagen het verhaal wordt uitgeoefend ¹¹³.

Elk van beide verhaalsmogelijkheden biedt echter zekere voordelen, die de andere mogelijkheid mist. De subrogatie versterkt het verhaalsrecht doordat daardoor de aan de hoofdvordering verbonden zekerheidsrechten en voorrechten op den borg overgaan. Anderzijds geeft het verhaal uit eigen hoofde weer rechten, die een borg niet bij wege van subrogatie aan den schuldeiser kan ontfangen: behalve hetgeen hij betaald heeft, kan hij immers krachtens art. 1876 tevens vergoeding van interessen, kosten en schade van den hoofdschuldenaar vorderen ¹¹⁴.

Afgezien van de rechten, welke elk van beide mogelijkheden meer geeft dan de andere, komt de wettelijke regeling hierop neer, dat de wet aan één rechtsfeit langs twee dogmatisch onderscheiden wegen eenzelfde rechtsgevolg verbindt.

Men kan zich daarom afvragen, of het gewenste resultaat niet eenvoudiger kan worden bereikt door in navolging van § 774 B.G.B. en art. 507 van het Zwitserse wetboek alleen het verhaal bij wege van subrogatie te behouden. Wil men den borg daarnaast nog rechten geven, welke hij niet aan den schuldeiser kan ontfangen — zoals vergoeding van rente, kosten en verdere schade —, dan kunnen deze rechten ook afzonderlijk worden toegekend, zonder een dubbelen grondslag voor verhaal van het betaalde te handhaven.

Op het eerste gezicht lijkt deze oplossing aantrekkelijk. Toch meen ik haar niet te kunnen aanbevelen. Vooreerst zou de wettelijke regeling daardoor nauwelijks aan eenvoud winnen. Weliswaar zou dan niet uitdrukkelijk bepaald behoeven te worden, dat de hoofdschuldenaar verweermiddelen, waarvan hij zich tegen den schuldeiser kon bedienen, ook aan het verhaal van den borg kan tegenwerpen. T.a.v.

¹¹³ Aldus ASSER-KAMPHUISEN p. 786, VAN BRAKEL p. 417. Vgl. ook H.R. 16 maart 1922 - N.J. 1922, 502, W. 10919.

¹¹⁴ Behalve de in den tekst aangeduide verschillen in rechtsgevolgen, bestaan nog enige andere verschilpunten tussen beide grondslagen van het verhaal, die hieronder ter sprake zullen komen.

een verhaalsrecht uitsluitend bij wege van subrogatie spreekt dit vanzelf ¹¹⁵. De wet zou echter ook t.a.v. dezen grondslag voor het verhaal een bepaling omtrent de verweermiddelen van den hoofdschuldenaar moeten inhouden, omdat deze — zoals hieronder zal blijken — niet onder alle omstandigheden aan het verhaal van den borg in den weg behoren te staan.

Uitsluitend op subrogatie gegrond verhaal van hetgeen een borg heeft betaald zou moeilijk in overeenstemming zijn te brengen met art. 135 Fw., hetwelk een borg de mogelijkheid geeft, zich reeds vóór betaling van den schuldeiser in het faillissement van den hoofdschuldenaar te doen verifiëren. Deze mogelijkheid veronderstelt immers het bestaan van enig vorderingsrecht van den borg reeds vóórdat hij betaald heeft, zij het onder de opschortende voorwaarde dat die betaling zal plaats vinden ¹¹⁶. Deze constructie is niet mogelijk, indien de borg slechts een afgeleid verhaalsrecht zou hebben, dat eerst door — en op het tijdstip van — zijn betaling zou ontstaan.

Tegen verhaal van het door een borg betaalde uitsluitend bij wege van subrogatie, bestaat ook een praktisch bezwaar, indien men hem daarnaast nog een verhaal uit eigen hoofde toekent voor rente, kosten en eventueel schadevergoeding. Het zou dan mogelijk zijn, dat beide vorderingen voor verschillende rechters moeten worden geldend gemaakt. Deze mogelijkheid kan zich voordoen in geval de hoofdvordering aan een speciale competentiebepaling is onderworpen, welke dan immers evenzeer toepasselijk zou zijn wanneer de vordering na subrogatie door den borg moet worden geldend gemaakt. Zo zou de borg terzake van een betaalde huurvordering voor den Kantonrechter moeten dagvaarden, doch een afzonderlijke procedure moeten voeren voor de Rechtbank tot verhaal van rente en kosten indien het totaal daarvan f 500,— te boven gaat.

¹¹⁵ Art. 6.2.4, lid 1 Ontw. bepaalt in het algemeen, dat overgang van een vordering de verweermiddelen van den schuldenaar onverlet laat. Deze bepaling is ook op overgang bij wege van subrogatie toepasselijk, voor zover de wet hiervoor geen uitzondering maakt. Vgl. de Toelichting p. 602. Zie ook art. 6.1.2.5.

¹¹⁶ Aldus H.R. 13 november 1903 - W. 7986, ASSER-KAMPHUISEN p. 782, MEYERS noot in W. 9624 onder H.R. 19 december 1913. Anders ASSER-LIMBURG III (2e dr.) p. 74 en KORTHALS ALTES p. 121.

Tenslotte lijkt het ook daarom gewenst de beide grondslagen voor het verhaal van den borg naast elkander te handhaven, omdat dit in het Ontwerp is geschied bij de regeling van het verhaal tussen hoofdelijke schuldenaren. Art. 6.1.2.4 bepaalt, dat hoofdelijke schuldenaren jegens elkander verplicht zijn in de schuld bij te dragen voor dat gedeelte, dat ieder van hen „aangaat”. Daarnaast laat art. 6.1.2.7 de vordering van den schuldeiser bij wege van subrogatie op den schuldenaar die betaald heeft overgaan, voor zover het betaalde hoger is dan het bedrag, waarvoor de schuld hem zelf aangaat ¹¹⁷.

Het ligt voor de hand deze regeling voor het verhaal van den borg tot uitgangspunt te nemen, zij het dat daarvan bij nadere uitwerking m.i. in verscheidene opzichten zal moeten worden afgeweken.

Ontstaan van verhaalsrecht.

Art. 1876 B.W. kent een verhaalsrecht toe aan den borg, die „betaald” heeft. Algemeen neemt men aan, dat onder „betaling” niet alleen nakoming doch ook andere wijzen van bevrediging van den schuldeiser zijn begrepen, zoals inbetalinggeving of verrekening ¹¹⁸. Het lijkt daarom juist een redactie te kiezen zoals § 774 B.G.B., welke bepaling verhaalsrecht geeft „soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt”. Hiermee wordt tevens tot uitdrukking gebracht, dat ook bij gedeeltelijke bevrediging van den schuldeiser een verhaalsrecht ontstaat en de omvang van dit recht afhankelijk is van de prestatie van den borg. Na inbetalinggeving zal de borg dus niet meer van den hoofdschuldenaar kunnen vorderen dan de waarde van hetgeen hij in betaling heeft gegeven ¹¹⁹.

Verhaalsrecht uit eigen hoofde.

Volgens art. 1876, lid 1 B.W. omvat het verhaal zowel „hoofdsom” als „interessen en kosten”. Over de betekenis

¹¹⁷ Vgl. de Toelichting p. 489, waar de verhouding tussen de beide verhaalsmogelijkheden wordt uiteengezet.

¹¹⁸ Vgl. ASSER-KAMPHUISEN p. 782, Hofmann p. 497, Land-LOSECAAT VERMEER p. 738.

¹¹⁹ Aldus voor verhaal tussen hoofdelijke schuldenaren ook de Toelichting op art. 6.1.2.4 Ontw. p. 481, alwaar ook de bewijslastverdeling bij verhaal na inbetalinggeving wordt besproken.

van deze bepaling bestaan verschillende opvattingen, welke vrijwel tot hetzelfde resultaat voeren ¹²⁰. Gewoonlijk verstaat men onder „hoofdsom” alles wat de borg aan den schuldeiser heeft moeten betalen, waaronder ook door den hoofdschuldenaar verschuldigde rente, schadevergoeding wegens wanprestatie en kosten kunnen zijn begrepen. De daarnaast in het eerste lid van art. 1876 genoemde „interessen” zijn dan wettelijke rente van het totaal betaalde bedrag, die volgens sommigen, in afwijking van art. 1286 B.W., beginnen te lopen vanaf den dag dat de borg den schuldeiser betaald heeft ¹²¹.

Dit alles zou ik in een nieuwe wettelijke regeling willen overnemen, hoewel aan een speciale bepaling t.a.v. rente minder behoefte zal bestaan dan in het B.W., nu het Ontwerp moratoire interessen van een geldschuld van rechtswege doet ingaan bij verzuim van den schuldenaar (art. 6.1.8.9, lid 1).

Men zal den borg eveneens verhaal moeten geven voor kosten, zowel voor zover hij deze aan den schuldeiser heeft moeten betalen, als voor zover hij zelf kosten heeft moeten maken ¹²². Terecht bepaalt echter art. 1876, lid 2, dat de hoofdschuldenaar voor zulke kosten alleen behoefte op te komen indien de borg hem tijdig in kennis heeft gesteld van tegen hem gerichte vervolgingen.

Lid 3 van art. 1876 geeft den borg ook nog recht op schadevergoeding, indien daartoe gronden zijn. Aan een dergelijke bepaling bestaat m.i., naast het verhaal van hoofdsom, rente en kosten, nauwelijks behoefte. Indien de goederen van een borg worden uitgewonnen en hij daardoor boven het beloop van de geëxecuteerde vordering schade lijdt, is dit het gevolg van het feit, dat hij niet aan zijn verbintenis heeft voldaan. Of het billijk is deze schade ten laste van den hoofdschuldenaar te brengen, lijkt mij tenminste

¹²⁰ Vgl. LAND-LOSECAAT VERMEER p. 738 e.v., HOFMANN p. 497 e.v., ASSER-KAMPHUISEN p. 783.

¹²¹ Aldus ASSER-KAMPHUISEN p. 783. Anders: VAN BRAKEL p. 413 n. 125.

¹²² Art. 6.1.2.4 Ontw. geeft tussen hoofdelijke schuldenaren alleen verhaal voor kosten „voor zover het redelijk was deze te maken”. Deze beperking lijkt mij voor het verhaalsrecht van een borg ook gewenst, doch het verhaalsrecht behoort niet alleen door den borg „gemaakte” kosten te omvatten, doch ook kosten die hij krachtens een kostenveroordeling aan den schuldeiser heeft moeten voldoen.

twijfelachtig, zeker wanneer de borgtocht niet op verzoek van den hoofdschuldenaar is aangegaan. Wellicht heeft de wetgever bij art. 1876, lid 3 ook gedacht aan het geval, dat een borg voor een niet in geld luidende schuld verbonden was en hij den schuldenaar anders dan in geld heeft voldaan. In dat geval behoort hij zijn prestatie m.i. ook in natura van den hoofdschuldenaar te kunnen terugvorderen¹²³. Dat dit recht bij verzuim van den schuldenaar wordt aangevuld met schadevergoeding wegens vertraging en kan worden omgezet in een recht op vervangende schadevergoeding, volgt reeds uit de algemene bepalingen betreffende het niet nakomen van verbintenissen (artt. 6.1.8.6 en 6.1.8.11).

Volgens art. 1878 B.W. kan een borg zijn verhaalsrecht tegen twee of meer schuldenaren, die hoofdelijk jegens den schuldeiser verbonden waren, elk voor het volle bedrag uitoefenen. Voor het door den borg betaalde bedrag volgt dit reeds zonder meer uit de omstandigheid, dat de rechten van den crediteur door subrogatie op hem overgaan. Toch kan een dergelijke bepaling niet gemist worden, omdat de hoofdelijke schuldenaren jegens een borg, die betaald heeft, ook hoofdelijk aansprakelijk behoren te zijn voor interesten en kosten, waarvoor den borg alleen verhaal uit eigen hoofde toekomt.

Verweermiddelen van den tot verhaal aangesproken hoofdschuldenaar.

De hoofdschuldenaar behoort tegenover den borg, die betaald heeft, in het algemeen niet in een ongunstiger positie te verkeren dan tegenover zijn oorspronkelijken schuldeiser. Hij moet dus in beginsel de bevoegdheid hebben alle verweren, die hij tegen den schuldeiser had, ook tegen den borg in te roepen, onverschillig of deze verhaal bij wege van subrogatie dan wel uit eigen hoofde uitoefent. Dit geldt eveneens voor verweermiddelen, welke den borg in zijn verhouding tot den schuldeiser niet ten dienste staan. Indien

¹²³ Anders art. 6.1.2.7, lid 2 Ontw. volgens hetwelk bij verhaal tussen hoofdelijke schuldenaren slechts een geldsom gevorderd kan worden, ook indien het verhaal een andere prestatie dan geld betrof. Vgl. ook de Toelichting op art. 6.1.2.4 p. 481. Bij verhaal tussen hoofdelijke schuldenaren kan echter — anders dan bij verhaal van een borg — slechts een „bijdrage" in de hoofdschuld gevorderd worden.

een borg jegens den schuldeiser geen beroep kan doen op een verweer, dat niet de schuld zelve doch uitsluitend de rechtsvordering betreft¹²⁴, behoeft dit den hoofdschuldenaar nog niet te beletten dit verweer op te werpen tegen verhaal van den borg. Zo zal b.v. de schuldenaar van een natuurlijke, door borgtocht verzekerde verbintenis aan den borg, die betaald heeft, kunnen tegenwerpen, dat nakoming der verbintenis niet kan worden afgedwongen. En zo zal de hoofdschuldenaar tegen den borg ook beroep kunnen doen op een tussen hem en den schuldeiser gemaakt arbitraal beding, al kan de borg daaraan tegen den schuldeiser geen verweer ontleen.

Slechts in één geval behoort het verhaal van een borg op den hoofdschuldenaar niet bloot te staan aan verweermiddelen, waarvan laatstgenoemde zich tegenover den schuldeiser kon bedienen. Dit geval doet zich voor, indien het aan den hoofdschuldenaar is te wijten, dat de borg geen gebruik heeft gemaakt van enig verweer, dat hij anders tegen een aanspraak van den schuldeiser had kunnen aanvoeren. Het ongebruikt laten van een dergelijk verweer zal alleen dan aan den hoofdschuldenaar verweten kunnen worden, indien hij heeft verzuimd den borg daarop tijdig te wijzen, nadat deze hem van de aanspraak des schuldeisers in kennis had gesteld. Van een borg mag immers verwacht worden, dat hij niet lichtvaardig zonder voorafgaand contact met den hoofdschuldenaar tot betaling overgaat.

Een regeling overeenkomstig het bovenstaande wijkt in verscheidene opzichten af van die, welke in het tweede lid van art. 1879 B.W. is vervat. Vooreerst spreekt deze weinig gelukkige bepaling alleen van een recht van den hoofdschuldenaar „om zijn schuld te doen vervallen verklaren”. Hieronder kan men bezwaarlijk dilatoire verweren (b.v. beroep op een tijdsbepaling) begrijpen, hoewel de hoofdschuldenaar ook deze verweren aan het verhaal van een borg moet kunnen tegenwerpen.

Geeft art. 1879, lid 2 derhalve een te enge formulering van den regel, dat een hoofdschuldenaar zich in het algemeen tegen den borg moet kunnen beroepen op *al* zijn verweren tegen den schuldeiser, anderzijds laat het artikel ten onrechte een uitzondering op dien regel toe voor het geval dat de

¹²⁴ Vgl. blz. 114 van dit praeadvies.

borg in rechte is aangesproken ¹²⁵. Ook het enkele feit, dat een borg den hoofdschuldenaar tijdig van een voorgenomen betaling heeft kennis gegeven, behoort niet voldoende te zijn om van den regel af te wijken. Hiervoor bestaat alleen grond, indien de hoofdschuldenaar na die kennisgeving heeft verzuimd den borg te wijzen op een verweer, hetwelk deze dientengevolge niet tegen den schuldeiser heeft kunnen aanvoeren.

Het eerste lid van art. 1879 B.W. noemt nog een bijzonder verweer, hetwelk de hoofdschuldenaar aan het verhaal van den borg kan tegenwerpen, doch dat niet aan zijn verhouding tot den schuldeiser is ontleend. Volgens deze bepaling verliest de borg zijn verhaalsrecht, indien hij den hoofdschuldenaar niet tijdig heeft kennis gegeven van de door hem gedane betaling en laatstgenoemde dientengevolge ten tweede male heeft betaald. Wel kan de borg dan hetgeen *hij* heeft voldaan van den schuldeiser terugvorderen. Deze terugvordering is niet een *condictio indebiti*, omdat in het veronderstelde geval niet de borg, doch juist de hoofdschuldenaar onverschuldigd heeft betaald. Aangezien het niet de bedoeling kan zijn, dat zowel de borg als de hoofdschuldenaar beiden een recht van terugvordering tegen den schuldeiser verkrijgen, behoort de wet dit recht aan den hoofdschuldenaar uitdrukkelijk te onthouden. Een omslachtiger, zij het wellicht dogmatisch juister oplossing zou zijn, dat de hoofdschuldenaar in het veronderstelde geval wordt verplicht *zijn* vordering uit onverschuldigde betaling of de opbrengst daarvan aan den borg af te staan.

Verhaal bij wege van subrogatie.

Het Ontwerp bevat bepalingen over subrogatie in Titel 6.2 betreffende „Overgang van vorderingen en schulden”. In dezen Titel worden echter slechts vier gevallen van subrogatie genoemd (art. 6.2.7). Daaronder valt niet de subrogatie van een borg, die betaald heeft, noch ook het in art. 1438, 3° B.W. vermelde geval dat een schuld wordt betaald door iemand, die met of voor anderen tot voldoening

¹²⁵ Deze uitzondering wordt dan ook algemeen door de schrijvers afgekeurd. Vgl. o.a. ASSER-KAMPHUISEN p. 787 en KORTHALS ALTES p. 95.

daarvan gehouden was. De toelichting bij art. 6.2.7 vermeldt, dat subrogatie bij borgtocht is geregeld in de afdeling over hoofdelijke verbintenissen (art. 6.1.2.7). Hieruit moet men afleiden, dat de ontwerpers zich de verbintenis van een borg als een hoofdelijke hebben voorgesteld ¹²⁶.

Op blz. 126 e.v. van dit praeadvies is uiteengezet waarom deze constructie m.i. geen aanbeveling verdient. Indien ze niet wordt aanvaard, moet in den Titel van borgtocht een afzonderlijke regeling betreffende subrogatie worden opgenomen, zoals het B.W. dit eveneens heeft gedaan in art. 1877.

Het eerste lid van art. 6.1.2.7, dat subrogatie regelt voor het geval dat een schuld door een hoofdelijken schuldenaar is voldaan, luidt als volgt:

- „1. Voor zover het door een hoofdelijke schuldenaar betaalde het bedrag waarvoor de schuld hem zelf aangaat, overtreft, gaat de vordering bij wijze van subrogatie op hem over, doch tegenover ieder der personen die de schuldeiser kan aanspreken, slechts naar evenredigheid van de bedragen waarvoor de schuld hun aangaat in hun onderlinge verhouding”.

Gelijk ook uit de toelichting blijkt, ondergaan de rechten van den schuldeiser, die krachtens dit artikel bij wege van subrogatie op een hoofdelijk schuldenaar overgaan, in dierlei opzicht wijziging.

In de eerste plaats zijn de hoofdelijke medeschuldenaren, op wie verhaal wordt uitgeoefend, niet *hoofdelijk* aansprakelijk jegens dengene die betaald heeft. De vordering wordt bij de overgang krachtens subrogatie gesplitst in afzonderlijke vorderingen „naar evenredigheid van de bedragen waarvoor de schuld hun aangaat in hun onderlinge verhouding”. Voor zodanige splitsing bestaat bij subrogatie van een borg, die betaald heeft geen reden. Integendeel behoort een borg — zoals wij zagen — twee of meer hoofdschuldenaren, die ieder

¹²⁶ Dit blijkt ook uit de Toelichting op art. 6.2.8, eerste lid (p. 621), alwaar men kan lezen: „Weliswaar merkt het Ontwerp de borg om technische redenen aan als hoofdelijke schuldenaar, maar dan toch als hoofdelijke schuldenaar van een bijzondere soort: de borg is niet in de eerste plaats een intern (gewoonlijk) niet draagplichtige hoofdelijke schuldenaar, maar vooral iemand die zich tegenover de schuldeiser en derden aandient als iemand wie de schuld uiteindelijk niet aangaat”.

voor het geheel van de schuld jegens den schuldeiser verbonden waren, ook hoofdelijk tot verhaal te kunnen aanspreken.

Verder behoeft bij borgtocht niet te worden bepaald, dat de vordering van den schuldeiser op den borg, die betaald heeft, slechts overgaat „voorzover het betaalde het bedrag, waarvoor de schuld hem zelf aangaat, overtreft”. Vrijwel steeds zal de schuld den borg in zijn verhouding tot den hoofdschuldenaar in het geheel niet „aangaan”. Hiervan behoort de wettelijke regeling van het verhaalsrecht dan ook uit te gaan. Weiswaar is het denkbaar, dat een borg jegens den hoofdschuldenaar een deel van de schuld voor zijn rekening behoort te nemen, doch dit kan alleen het gevolg zijn van een bijzondere rechtsverhouding tussen borg en hoofdschuldenaar, welke derogeert aan het verhaalsrecht zoals dit in de wet wordt geregeld. Van de wettelijke regeling van het verhaal moeten de daarbij betrokken partijen (i.e. borg en hoofdschuldenaar) kunnen afwijken, zoals dit ook onder het bestaande recht mogelijk wordt geacht¹²⁷. De wettelijke regeling zelve behoort den borg echter verhaal te geven voor het volle betaalde bedrag.

Een derde bijzonderheid van de subrogatie, zoals die in het geciteerde art. 6.1.2.7, lid 1 is geregeld voor een hoofdelijken schuldenaar die de schuld heeft betaald, is hierin gelegen, dat deze daardoor slechts rechten van den schuldeiser verkrijgt tegen personen, wien de schuld in hun onderlinge verhouding „aangaat”.

Zekerheidsrechten tegenover derden, wien de schuld in hun verhouding tot de hoofdelijke schuldenaren *niet* aangaat, zoals borgen en derden, die krachtens pand- of hypotheekrecht in enig goed aansprakelijk zijn, gaan dus door subrogatie niet over. Dit geldt niet alleen voor subrogatie van een hoofdelijk schuldenaar die betaald heeft, ook voor andere gevallen van subrogatie huldigt het Ontwerp hetzelfde systeem (art. 6.2.8, lid 1). Zulks in afwijking van het huidige recht, dat — naar gewoonlijk wordt aangenomen — ook zekerheidsrechten door subrogatie doet overgaan, welke

¹²⁷ Aldus: ASSER-KAMPHUISEN p. 784, LAND-LOSECAAT VERMEER p. 740 e.v. en VAN BRAKEL p. 413/4. Anders KORTHALS ALTES p. 96 e.v. die afstand door den borg van zijn verhaalsrecht niet mogelijk acht. Contractuele afwijkingen van het wettelijk verhaalsrecht *ten gunste* van den borg komen in de praktijk herhaaldelijk voor in contra-garanties, welke een bank haar client laat ondertekenen, indien zij voor hem een bankgarantie afgeeft.

niet tegen den schuldenaar zelf doch tegen derden moeten worden uitgeoefend, zij het dat op die derden slechts een deel van de oorspronkelijke vordering kan worden verhaald ¹²⁸.

Deze afwijking wordt in de toelichting op art. 6.2.8, lid 1 (p. 620) als volgt gemotiveerd:

„Gaaf de schuld uiteindelijk de schuldenaar aan — het normale geval —, en biedt deze voldoende verhaal, dan behoort de derde-gesubrogeerde geen andere verhaalsrechten te hebben. Zou in een dergelijk geval de gesubrogeerde ook de rechten van de schuldeiser tegen een andere derde verkrijgen, dan wordt langs een omweg verwezenlijkt wat beter rechtstreeks kan geschieden: de gesubrogeerde neemt verhaal op de andere derde, en deze neemt weer verhaal op de schuldenaar, eventueel zelfs met invoeging van nog meer tussenschakels.

In dit systeem kan het voorts gebeuren dat de keten van achtereenvolgens aangesproken personen tenslotte weer terugkomt bij de derde die oorspronkelijk de vordering had voldaan: indien bij voorbeeld krachtens de wet een verhaalsrecht voor de vordering rust op de goederen van gesubrogeerde, en hij na betaling verhaal zocht op een andere derde, zou ook deze weer in alle rechten worden gesubrogeerd, met inbegrip van het wettelijk verhaalsrecht, zodat deze op zijn beurt verhaal zou kunnen nemen op de eerstgenoemde.

Het ontwerp breekt daarom met de gedachte van onbeperkte subrogatie. Slechts jegens de schuldenaar (of hoofdelijke schuldenaren die niet borg zijn) verkrijgt de derde, die krachtens artikel 7 in de vordering wordt gesubrogeerd, steeds alle in artikel 1 genoemde rechten. Jegens alle andere personen die de schuldeiser kon aanspreken, dus borgen en personen die niet schuldenaar zijn, verkrijgt de derde, zo bepaalt het eerste lid van het onderhavige artikel, die rechten niet, behalve voor zover — bij uitzondering — de schuld die personen zelf aanging in hun verhouding tegenover de schuldenaar. In dit laatste geval immers komt het niet neer op een omweg indien

¹²⁸ Vgl. o.a. ASSER-LOSECAAT VERMEER-RUITEN p. 400-402, HOFMANN-DRION-WIERSMA p. 328, 330, VAN BRAKEL I § 127. Vgl. ook H.R. 16 maart 1922 - W. 10919, N.J. 1922, 502.

zodanige personen door de derde die de vordering heeft voldaan, wordt aangesproken voor het gedeelte waarvoor hij zelf uiteindelijk draagplichtig is en dat hij dus op de schuldenaar kan verhalen.”

Hoewel subrogatie dus volgens het Ontwerp geen rechten doet overgaan tegen borgen en derden, die — niet schuldenaar zijnde — jegens den schuldeiser krachtens een zakelijk pand- of hypotheekrecht aansprakelijk waren („z.g. zakelijke borgen”), bevat art. 6.2.9 een correctie op dit systeem voor het geval, dat het verhaal door subrogatie onmogelijk blijkt. In dat geval wordt het onbetaald gebleven gedeelte van de schuld omgeslagen over den gesubrogeerde en genoemde personen, tegen wie door subrogatie geen rechten overgaan, derhalve over hen, die op enigerlei wijze jegens den schuldeiser aansprakelijk waren doch wien de schuld niet „aangaat” in hun verhouding tot den schuldenaar.

Deze omslagregeling vindt echter volgens het Ontwerp alleen toepassing in de gevallen van subrogatie, welke in Titel 6.2 zijn geregeld, doch niet bij verhaal van een hoofdelijk schuldenaar, die de schuld heeft betaald. Deze moet genoeg nemen met verhaal tegen personen, wien de schuld in hun onderlinge verhouding „aangaat”, doch verkrijgt geen enkel verhaalsrecht jegens borgen en andere derden, wien de schuld intern niet „aangaat”¹²⁹.

Zou men dit systeem toepassen op het regresrecht van een

¹²⁹ De Toelichting op art. 6.1.2 (blz. 486/7) motiveert dit als volgt: „Een bepaling als art. 6.2.9 ontbreekt echter hier. Evenmin immers als een omslag krachtens art. 6.2.9, over derden wie de schuld uiteindelijk niet aangaat, redelijk zou zijn, zodra maar bij pluraliteit van schuldenaren, één van de schuldenaren voldoende verhaal biedt, zou in het onderhavige geval verhaal van de gesubrogeerde schuldenaar op zulk een niet draagplichtige derde redelijk zijn, nu op zijn minst één schuldenaar tot betaling in staat was, namelijk hij zelf. Bij insolventie van al zijn medeschuldenaren zal hij dus de gehele schade (voorlopig) zelf dienen te dragen”. M.i. verliezen de ontwerpers in deze passage uit het oog, dat de hoofdelijke schuldenaar, die na betaling van de schuld een verhaalsrecht heeft, zelf iemand is, wien de schuld naar de interne verhouding geheel of gedeeltelijk niet aangaat, daar anders blijkens de artt. 6.1.4 en 6.1.7 geen sprake zou zijn van enig verhaal. Waar een hoofdelijke schuldenaar, voor zover hij verhaal heeft in dezelfde positie verkeert als degenen, tussen wie de omslagregeling van art. 6.2.9 geldt, had het m.i. voor de hand gelgen, dat een dergelijke omslagregeling ook zou gelden voor het geval een hoofdelijke schuldenaar krachtens subrogatie geen verhaal kan vinden.

borg, dan zou daarvan het gevolg zijn, dat deze door subrogatie geen verhaal zou hebben op medeborgen en „zakelijke borgen”, behoudens het wel zeer uitzonderlijke geval dat die personen krachtens een bijzondere rechtsverhouding tot den hoofdschuldenaar jegens dezen verplicht waren de schuld geheel of gedeeltelijk voor hun rekening te nemen.

Dit resultaat komt mij hoogst onbevredigend voor. Behoudens het zoëven genoemde uitzonderingsgeval is bij borgtocht de hoofdschuldenaar degene, wie de schuld „aangaat”. Deze kan echter onvoldoende verhaal bieden. Wanneer een borg tot betaling is genoodzaakt zal de hoofdschuldenaar zelfs in den regel niet solvent zijn. De betaald hebbende borg heeft dan groot belang bij een verhaalsrecht jegens medeborgen en „zakelijke borgen”.

Dit verhaalsrecht is ook stellig in beginsel gerechtvaardigd. Weliswaar verkeren medeborgen en „zakelijke borgen” in hun verhouding tot den hoofdschuldenaar in de positie, dat de schuld hun in *die* verhouding niet aangaat, doch in deze positie verkeert ook de borg die betaald heeft. Het is daarom billijk dat al degenen die in dit opzicht gelijk staan *jegens elkander* verplicht zijn in de schuld bij te dragen. Zou men dit systeem niet aanvaarden, dan zou de toevallige omstandigheid, dat de schuldeiser één bepaalden borg aanspreekt en zich niet op andere persoonlijke of zakelijke zekerheden verhaalt, beslissend zijn voor de vraag, wie bij insolventie van den hoofdschuldenaar uiteindelijk de schuld krijgt te dragen.

M.i. behoort deze toevallige omstandigheid in beginsel juist niet van invloed te zijn op het onderlinge verhaal tussen degenen, die jegens den oorspronkelijken schuldeiser krachtens enig persoonlijk of zakelijk zekerheidsrecht aansprakelijk waren.

Wanneer men dit beginsel als uitgangspunt aanvaardt, zal echter bij nadere uitwerking blijken, dat het niet in alle consequenties kan worden doorgevoerd en dat in dit opzicht verschil moet worden gemaakt tussen het verhaal, dat een borg, die heeft betaald, kan uitoefenen 1° op medeborgen en 2° op personen die jegens den oorspronkelijken schuldeiser in enig goed aansprakelijk waren krachtens een zakelijk zekerheidsrecht.

Het is daarom nodig beide verhaalsrechten afzonderlijk te bezien.

Ten opzichte van medeborgen zou de wet een verhaalsrecht ook zonder subrogatie kunnen verwezenlijken door hen jegens den borg, die betaald heeft, te verplichten een aandeel in de schuld bij te dragen. Hiermede wordt echter niet bereikt, dat de betaald hebbende borg ook gebruik kan maken van een zekerheidsrecht, dat een medeborg aan den oorspronkelijken crediteur heeft verleend, zoals pand, hypotheek of achterborgtocht. Ik zie geen grond, waarom zulk een zekerheidsrecht niet op den borg die betaald heeft zou overgaan, zij het dat hij dit recht slechts behoort te kunnen uitoefenen voor een nader te bepalen aandeel in de door hem betaalde hoofdschuld. Dit is m.i. ook in overeenstemming met het huidige recht. De betaald hebbende borg heeft immers niet alleen krachtens art. 1881 B.W. een zelfstandig verhaalsrecht jegens medeborgen, doch wordt ingevolge art. 1438, 3° ook jegens hen tot het beloop van dit verhaalsrecht gesubrogeerd in de rechten van den schuldeiser¹⁸⁰.

Zou een borg, die betaald heeft, bij zijn verhaal op een medeborg geen gebruik kunnen maken van een door dezen gestelde zekerheid, dan zou in zóverre weer een ongerechtvaardigde invloed worden toegekend aan de keuze van den schuldeiser, die één van zijn borgen tot betaling heeft genoodzaakt doch een medeborg en de door dezen gestelde zekerheid ongemocid heeft gelaten. Deze keuze, die veelal op zuiver persoonlijke motieven zal berusten, behoort m.i. voor het onderlinge verhaal tussen medeborgen geen enkele betekenis te hebben. Het is trouwens alleszins billijk, dat een medeborg, die zijn verbintenis jegens den schuldeiser door het stellen van zekerheid heeft versterkt, ook in zijn verhouding tot andere borgen de gevolgen hiervan ondervindt. Ik meen derhalve, dat het verhaal op medeborgen, evenals dat op den hoofdschuldenaar, mede op subrogatie behoort te berusten. Slechts op deze wijze kan worden bereikt, dat zekerheidsrechten, welke medeborgen aan den oorspronkelijken schuldenaar hebben verleend, op den borg die betaald heeft overgaan, zij het uitsluitend tot verhaal van een aandeel in de schuld.

Om dezelfde redenen lijkt het mij niet gewenst aan een

¹⁸⁰ Aldus: ASSER-KAMPHUISEN p. 794 e.v., HOFMANN p. 505, LAND-LOSECAAT VERMEER p. 753 e.v., KORTHALS ALTES p. 159. Anders VAN BRAKEL p. 422 en een deel van de lagere rechtspraak geciteerd bij ASSER-KAMPHUISEN.

borg, die betaald heeft, slechts een *subsidiair* verhaal op zijn medeborgen toe te kennen, uitsluitend voor het geval het verhaal op den hoofdschuldenaar onmogelijk blijkt. Ook hierdoor zou het besluit van den schuldeiser om uitsluitend één der borgen aan te spreken een ongerechtvaardigde betekenis verkrijgen voor de verhouding tussen de medeborgen onderling.

Zoals reeds opgemerkt behoort de borg, die betaald heeft, niet meer dan een aandeel op zijn medeborgen te kunnen verhalen, onverschillig of dit verhaal uit eigen hoofde dan wel krachtens subrogatie wordt uitgeoefend. De vraag, voor welk aandeel ieder der medeborgen in de betaalde schuld moet bijdragen, zal in het volgende hoofdstuk worden besproken.

Moeilijker dan de regeling van het verhaal tussen medeborgen is het een sluitend systeem te ontwerpen voor het verhaal van een borg op personen, die slechts krachtens zakelijk zekerheidsrecht op enig goed jegens den oorspronkelijken schuldeiser aansprakelijk waren¹³¹. Het beginsel, dat het regresrecht van den borg niet beïnvloed behoort te worden door de toevallige omstandigheid, dat juist *hij* door den schuldeiser tot betaling is genoodzaakt, zou ertoe leiden, dat ook op deze personen eenzelfde verhaal moet bestaan als op medeborgen, zij het wellicht tot een anders te berekenen aandeel in de schuld. Dit lijkt ook daarom te verdedigen, omdat z.g. „zakelijke borgen” — zoals reeds opgemerkt — vrijwel steeds in dezelfde positie t.o.v. de hoofdschuld verkeren als de borg, die betaald heeft, in zóverre dat de schuld hun evenmin als dien borg „aangaat” in hun verhouding tot den hoofdschuldenaar.

Toch is het niet mogelijk het borgtochtheregres jegens z.g. „zakelijke borgen” op gelijken voet te regelen als het verhaal op medeborgen. In dit opzicht is de ontwerper van den Titel van borgtocht gebonden aan de regeling, welke de artt. 6.2.7 t./m. 6.2.9 van het Ontwerp bevatten voor het omgekeerde geval, dat een „zakelijke borg” door den schuldeiser is aange-

¹³¹ Vgl. over deze vraag naar huidig recht: ASSER-LOSECAAT VERMEER-RUTTEN p. 400-402, EGGENS W.P.N.R. 3134, J. C. VAN OVEN N.J.B. 1929 p. 393 en N.J.B. 1942 p. 205 e.v., 221 e.v., VAN VRIJBERGHE DE CONINGH, Subrogatie (1943) p. 130-134. Voor Frankrijk: PLANIOL-RIPERT-SAVATIER XI nos. 1545/6.

spraken en op zijn beurt verhaal wil uitoefenen, nadat een hem toebehorend goed is uitgewonnen of hij ter voorkoming daarvan de vordering heeft betaald. In dit geval wordt de „zakelijke borg” krachtens art. 6.2.7 sub *a* en *b* gesubrogeerd in de vordering van den schuldeiser, doch volgens art. 6.2.8, lid 1 verkrijgt hij door deze subrogatie *niet* de rechten van den schuldeiser jegens borgen en jegens personen die niet schuldenaar zijn. Zoals hierboven reeds is vermeld, bevat het Ontwerp echter een voorziening voor het geval, dat de aldus beperkte subrogatie niet tot haar doel kan leiden, b.v. door insolventie van degenen, die krachtens subrogatie primair verhaalsplichtig zijn. Voor dat geval bepaalt art. 6.2.9, lid 1:

„Wanneer het verhaal krachtens subrogatie onmogelijk blijkt, wordt het onbetaald gebleven gedeelte van de schuld omgeslagen over de gesubrogeerde en de in het eerste lid van het vorige artikel genoemde personen, ongeacht of de schuld hun aangaat, naar evenredigheid van hun aansprakelijkheid jegens de oorspronkelijke schuldeiser op het tijdstip waarop diens vordering is voldaan”.

De in dit artikel bedoelde omslagregeling geeft dengenen, die alleen met een bepaald goed jegens den oorspronkelijken schuldeiser aansprakelijk waren, een subsidiair verhaalsrecht tegen borgen en anderen, wien de schuld intern niet „aangaat”. Een consequentie van dit systeem is m.i. dat de omslag niet eenzijdig ten gunste van één van de daarbij betrokkenen behoort te werken, doch evenzeer toepassing moet vinden ten gunste van de andere betrokkenen, indien zij de schuld betaald hebben en in de positie verkeren, dat zij op andere wijze geen verhaal kunnen vinden. Zo behoort dus ook een borg, die de schuld betaald heeft, op overeenkomstige wijze gerechtigd te zijn het onverhaald gebleven deel van de schuld om te slaan over personen, wien de schuld in hun verhouding tot den schuldenaar niet „aangaat”, waaronder derden, die uitsluitend krachtens een zakelijk zekerheidsrecht jegens den oorspronkelijken schuldeiser aansprakelijk waren¹³². De door het Ontwerp gekozen omslagregeling zal m.a.w. wederkerig moeten werken.

Men houde intussen in het oog, dat deze regeling *niet* op

¹³² Het huidige recht kent een omslag van het op één der medeborgen onverhaalbare deel uitsluitend over de overige medeborgen. Vgl. art. 1881, lid 2 jto art. 1329, lid 2 B.W.

subrogatie berust en uitsluitend recht geeft tot het vorderen van bijdragen in de betaalde schuld, voor zover deze niet krachtens subrogatie verhaalbaar is. Ingevolge dit subsidiaire karakter van de regeling behoort zij alleen overeenkomstige toepassing te vinden ten gunste van een borg, voor zover het door hem betaalde bedrag niet krachtens subrogatie verhaalbaar is op den hoofdschuldenaar of medeborgen. Men verkrijgt aldus een verhaal in twee étapes, waarbij het verhaal op de medeborgen in de eerste étape is ingedeeld en het verhaal op degenen, die slechts in enig goed voor de schuld aansprakelijk waren, eerst subsidiair aan de orde kan komen. Bij den omslag zullen echter ook de solvente medeborgen weer betrokken zijn, zodat uit dezen hoofde een extra bijdrage van hen gevorderd kan worden, boven het aandeel dat in eerste instantie op hen kon worden verhaald.

Gezien de ingewikkeldheid der materie lijkt het mij nuttig, het in deze paragraaf besprokene in enkele punten samen te vatten. Ik kom daarbij tot de volgende conclusies:

- 1° De regeling, welke het Ontwerp in art. 6.1.2.7 geeft voor subrogatie van een hoofdelijk schuldenaar, die betaald heeft, behoort niet te worden overgenomen voor het regresrecht van borgen.
- 2° T.o.v. den hoofdschuldenaar zal de borg voor het volle door hem betaalde bedrag moeten treden in de rechten welke de schuldeiser bezat.
- 3° Krachtens subrogatie behoren ook de rechten van den schuldeiser jegens medeborgen op den betaald hebbenden borg over te gaan, doch uitsluitend voor een (hieronder te bespreken) aandeel in de schuld of het betaalde gedeelte daarvan.
- 4° De borg, die betaald heeft, kan krachtens subrogatie niet treden in de rechten van den schuldeiser tegen derden, die — geen schuldenaar zijnde — jegens den schuldeiser in enig goed voor de schuld aansprakelijk waren.
- 5° Voor zover het verhaal krachtens subrogatie (op hoofdschuldenaar en medeborgen) onmogelijk blijkt, behoort het onverhaald gebleven deel van de schuld overeenkomstig art. 6.2.9 Ontw. te worden omgeslagen over de in dit artikel bedoelde personen.
- 6° De wettelijke regeling van het borgtochtregres moet van regelend recht zijn en kan derhalve alleen toepassing

vinden, voor zover niet het tegendeel voortvloeit uit enige rechtsverhouding tussen den borg, die betaald heeft, enerzijds, en degenen jegens wie een verhaalsrecht bestaat, anderzijds.

Voor het geval men het bovenstaande rijkelijk gecompliceerd acht, moge ik verwijzen naar blz. 621 e.v. van de Toelichting op het Ontwerp en naar de op blz. 155 noot 131 genoemde litteratuur. Daaruit blijkt, dat noch de ontwerpers (m.b.t. de in Titel 6.2 geregelde gevallen van subrogatie), noch de doctrine over het huidige recht erin geslaagd zijn een eenvoudiger systeem voor deze moeilijke materie te bedenken.

Afgezien van het bovenstaande behoeft de Titel van borgtocht niet nader te regelen, welke rechten krachtens subrogatie op den borg overgaan. Het Ontwerp bevat een omschrijving dier rechten in art. 6.2.1, hetwelk op iederen overgang van een vordering toepasselijk is, voor zover niet uit de wet of een rechtshandeling het tegendeel blijkt¹³³. Dit artikel luidt als volgt:

- „1. Bij overgang van een vordering op een nieuwe schuldeiser verkrijgt deze, behoudens het in artikel 8, eerste lid bepaalde, tevens de rechten van pand en hypotheek, de rechten uit borgtocht en andere aan de vordering verbonden nevenrechten, alsmede de voorrechten.
2. Bij overgang onder bijzondere titel van een vordering verkrijgt de nieuwe schuldeiser het recht op bedongen rente of boete, behalve voor zover de rente achterstallig of de boete reeds verbeurd was op het tijdstip van de overgang. In geval van subrogatie verkrijgt hij het recht op bedongen rente slechts voor zover de rente betrekking heeft op het tijdvak na de overgang”.

De door mij voorgestelde subrogatieregeling bij borgtocht wijkt van dit artikel af, voor zover de rechten van den schuldeiser jegens medeborgen slechts voor een aandeel overgaan op den borg, die betaald heeft (hierboven sub 3°) en voor zover deze borg niet treedt in rechten van den schuldeiser jegens de hierboven sub 4° bedoelde derden, die niet schuldenaar zijn.

¹³³ Aldus de Toelichting blz. 602.

Verdere afwijkingen van art. 6.2.1 lijken mij niet noodzakelijk.

De Toelichting (blz. 603) verduidelijkt, wat onder „andere aan de vordering verbonden nevenrechten” is te verstaan. Daaronder valt niet de bevoegdheid tot opzegging van een huur of tot onthinding wegens wanprestatie, omdat deze rechten niet aan de overgegane vordering doch aan de gehele rechtsverhouding tussen den schuldenaar en den oorspronkelijken schuldeiser zijn verbonden¹³⁴. Daarentegen zal een gesubrogeerde borg m.i. wel gebruik kunnen maken van een tussen schuldeiser en hoofdschuldenaar gemaakt beding omtrent de wijze, waarop het bewijs van de vordering kan worden geleverd¹³⁵. Ook een arbitraal beding tussen de oorspronkelijke partijen zal tussen borg en hoofdschuldenaar van kracht zijn¹³⁶.

Voor subrogatie bij borgtocht is ook van belang art. 6.2.2 van het Ontwerp, luidende:

- „1. In geval van overgang van een vordering is de vorige schuldeiser verplicht de op de vordering betrekking hebbende bewijsstukken af te geven aan de nieuwe schuldeiser, tenzij hij zelf belang behoudt bij een bewijsstuk. In dat geval kan de nieuwe schuldeiser op zijn kosten een afschrift verlangen dat dezelfde bewijskracht heeft als het oorspronkelijke stuk.
2. In geval van overgang van de gehele vordering is de vorige schuldeiser verplicht de zich in zijn handen bevindende panden af te geven aan de nieuwe schuldeiser.
3. Indien door de overgang der vordering een recht van hypotheek overgaat, is de vorige schuldeiser verplicht desverlangd er toe mede te werken dat uit de openbare registers blijkt van de overgang van de gehele vordering of een gedeelte daarvan”.

¹³⁴ Aldus voor het huidige recht reeds H.R. 11 december 1863 - W. 2549, ASSER-KAMPHUISEN p. 786, HOFMANN p. 500, KORTHALS ALTES p. 101 en bij subrogatie in het algemeen: ASSER-LOSECAAT VERMEER-RUTTEN p. 377/8, HOFMANN-DRION-WIERSMA p. 330.

¹³⁵ Aldus ASSER-LOSECAAT VERMEER-RUTTEN p. 377.

¹³⁶ Aldus in geval van cessie: H.R. 2 december 1932 - N.J. 1933, 509, W. 12547 en H.R. 2 november 1933 - N.J. 1934, 302 m.o.P.S.

Ook dit artikel is blijkens de Toelichting (blz. 606) mede op subrogatie van toepassing, zodat een overeenkomstige bepaling in den Titel van borgtocht overbodig is.

Rechten van den borg vóórdat hij betaald heeft.

Art. 1880 B.W. noemt een aantal gevallen, waarin een borg reeds vóórdat hij betaald heeft rechten jegens den hoofdschuldenaar kan doen gelden. Volgens den aanhef van het artikel kan hij in deze gevallen „den schuldenaar aanspreken om door denzelfden schadeloos gesteld, of van zijn verbintenis ontheven te worden”. Daar een borg echter, zolang hij niet heeft betaald, nog geen schade lijdt, neemt men gewoonlijk aan, dat de wetgever, sprekende van schadeloosstelling, in werkelijkheid zekerheidsstelling heeft bedoeld ¹³⁷.

In de bij het artikel bedoelde gevallen zou dan op den hoofdschuldenaar een alternatieve verbintenis rusten: hetzij tot het stellen van zekerheid (waarop de borg zijn regresvordering kan verhalen indien hij tot betaling aan den schuldeiser moet overgaan), hetzij om den borg ontslag uit den borgtocht te bezorgen. Waar de keuze uit beide alternatieven volgens art. 1309 B.W. niet aan den borg doch aan den hoofdschuldenaar toekomt ¹³⁸, had de wet evengoed met een enkelvoudige verbintenis tot zekerheidsstelling kunnen volstaan. Het spreekt immers van zelf, dat de borg deze zekerheid niet meer kan verlangen nadat de schuldenaar zijn bevrijding uit den borgtocht heeft bewerkstelligd door de hoofdschuld te voldoen of door den schuldeiser te bewegen den borg te ontslaan.

Art. 1880 B.W. is in de Nederlandse rechtspraktijk vrijwel een dode letter gebleven ¹³⁹. Vermoedelijk is dit te wijten aan de onduidelijke bewoordingen van het voorschrift, die een daarop gebouwde vordering van den borg tot een hachelijk experiment maken. Het is immers duidelijk, dat een borg wel degelijk belang heeft bij een rechtsmiddel waarmee hij kan voorkomen dat bij stilzitten van den schuldeiser zijn risico voor onbepaalde tijd voortduurt, terwijl intussen

¹³⁷ Aldus LAND-LOSECAAT VERMEER V p. 748, HOFMANN p. 503, ASSER-KAMPHUISEN p. 789 en VAN BRAKEL p. 419. In gelijken zin voor Frankrijk (art. 2032 C.) PLANIOL-RIPERT-SAVATIER XI p. 996, BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL XXIV p. 581.

¹³⁸ Aldus alle Nederlandse schrijvers, geciteerd in de vorige noot.

¹³⁹ Vgl. KORTHALS ALTES p. 121.

wellicht de mogelijkheid van verhaal op den hoofdschuldenaar vermindert of dreigt verloren te gaan. Alle mij bekende wetgevingen kennen dan ook in bepaalde gevallen een dergelijk rechtsmiddel aan borgen toe¹⁴⁰. Ik meen derhalve dat een wettelijke voorziening op dit punt ook in ons nieuwe B.W. niet geheel achterwege kan blijven. Deze behoort evenwel in verschillende opzichten van het huidige art. 1880 B.W. af te wijken. Zoals ik reeds opmerkte, heeft de in dit artikel omschreven alternatieve verbintenis van den hoofdschuldenaar geen zin: volstaan kan worden met een eenvoudige verplichting om onder bepaalde omstandigheden zekerheid te stellen voor het verhaal, dat de borg na een door hem te verrichten betaling zou kunnen uitoefenen. Het is m.i. niet redelijk den hoofdschuldenaar deze verplichting op te leggen indien de borgtocht geheel buiten hem om is aangegaan. Slechts een borg die zich op verzoek of met toestemming van den hoofdschuldenaar heeft verbonden, behoort onder bepaalde omstandigheden zekerheid te kunnen verlangen¹⁴¹.

Bij het toekennen van een aanspraak op zekerheid moet de wetgever echter uiterst voorzichtig zijn, omdat daardoor de belangen van den schuldeiser ernstig in het gedrang kunnen komen. Een schuldenaar, die zekerheid heeft moeten stellen ten behoeve van den borg, zal aan den schuldeiser minder verhaal bieden dan te voren. Reeds de enkele *verplichting* tot zekerheidsstelling kan de solventie van den hoofdschuldenaar aanmerkelijk verminderen, omdat een veroordeling om die verplichting na te komen bij vonnis kan worden gesanctioneerd door een dwangsom voor iederen dag dat niet aan die veroordeling wordt voldaan. Bij niet voldoening zal de borg dan een steeds oplopende dwangsomvordering verkrijgen, welke concurreert met de vordering van den schuldeiser. De borgtocht, die bedoeld is als zekerheid, zou aldus juist de verhaalbaarheid van de hoofdvordering in den weg kunnen staan. Een aanspraak van den borg op zekerheidsstelling is dus alleen onder zeer bijzondere

¹⁴⁰ Vgl. Duitsland § 775 en de artt. 1953 Italië, 506 Zwitserland, 861 Griekenland en 2032 Frankrijk en België.

¹⁴¹ Vgl. § 775 B.G.B. waarin een „Befreiungsanspruch” jegens den hoofdschuldenaar slechts wordt gegeven aan een borg, die zich in opdracht van den hoofdschuldenaar heeft verbonden of die deze verbintenis heeft aangegaan ter waarneming van de zaken van den hoofdschuldenaar.

omstandigheden gerechtvaardigd. Ik zou haar slechts in twee gevallen willen toekennen, n.l.:

- 1° indien de schuldeiser geruimen tijd heeft laten verlopen zonder zijn rechten geldend te maken ¹⁴².
- 2° indien de schuldenaar zich jegens den borg heeft verbonden, dezen binnen zekeren termijn ontslag uit den borgtocht te bezorgen doch deze verbintenis niet is nagekomen ¹⁴³.

X. Medeborgen.

Wanneer verscheidene personen zich tot borgen hebben gesteld voor dezelfde schuld is ieder van hen voor de gehele schuld verbonden. Deze regel, die in art. 1873 B.W. is neergelegd ¹⁴⁴, zal ook onder een nieuwe wettelijke regeling moeten gelden voor zover daarvan niet bij overeenkomst is afgeweken. Of hiervoor een afzonderlijk wettelijk voorschrift is vereist, hangt af van de wijze, waarop de verbintenis van een borg in het algemeen wordt omschreven. Indien in het algemeen wordt bepaald dat een borg — behoudens afwijkend beding — met den hoofdschuldenaar is verbonden tot voldoening van de *gehele* schuld, behoeft m.i. niet nog eens bepaald te worden, dat hetzelfde geldt voor elk van twee of meer medeborgen.

In navolging van § 769 B.G.B. nemen sommige schrijvers aan, dat naar geldend recht tussen medeborgen hoofdelijk-

¹⁴² Art. 1880 B.W. geeft de daarin bedoelde aanspraak onder 4° reeds bij het opeisbaar worden van de hoofdschuld, indien deze onder tijdsbepaling is aangegaan, en onder 5° na verloop van tien jaren, indien de hoofdschuld *zonder* tijdsbepaling is aangegaan. Het lijkt mij redelijk in beide gevallen een termijn van vijf jaren te stellen, die in het eerste geval op het tijdstip van opeisbaarheid van de hoofdschuld en in het tweede geval bij het ontstaan van de hoofdschuld (of van den borgtocht) zou moeten ingaan.

¹⁴³ Vgl. aldus ook art. 1880 sub 3° B.W.

¹⁴⁴ Art. 1873 B.W. spreekt van medeborgen niet alleen „voor dezelfde schuld”, doch ook „voor denzelfden schuldenaar”. Deze toevoeging zou slechts betekenis hebben, indien het artikel niet zou gelden wanneer meerdere hoofdschuldenaren hoofdelijk voor dezelfde schuld verbonden zijn en de medeborgen zich elk voor een anderen hoofdschuldenaar aansprakelijk hebben gesteld. Ook in dit geval is echter iedere borg voor het geheel van de hoofdschuld verbonden, zodat de toevoeging m.i. redelijken zin mist.

heid bestaat ¹⁴⁵. Deze opvatting is weliswaar verenigbaar met het ontbreken van hoofdelijkheid tussen borg en hoofdschuldenaar, doch zou m.i. alleen dan aanvaard moeten worden, indien men daarmee de bepalingen van hoofdelijkheid rechtstreeks toepasselijk wil maken. Voor zover ik zie, bestaat hieraan t.a.v. de verhouding tussen medeborgen evenmin behoefte als t.a.v. de verhouding tussen borg en hoofdschuldenaar ¹⁴⁶.

Art. 1874 B.W. regelt het voorrecht van schuldsplitsing. Aangezien van dit voorrecht in de praktijk steeds afstand wordt gedaan, behoort het evenmin als het voorrecht van uitwinning in een nieuwe wettelijke regeling te worden overgenomen.

Hetzelfde geldt m.i. voor art. 1875 B.W., hetwelk bepaalt dat een schuldeiser, die zijn vordering tegen medeborgen vrijwillig verdeeld heeft, daarop niet meer kan terugkomen. Deze bepaling is overbodig voor zover zij niet meer betekent dan dat de schuldeiser een borg niet voor het volle bedrag der schuld kan aanspreken, indien hij hem van een deel van zijn verplichtingen heeft ontslagen. Vermoedelijk heeft de wetgever echter willen bepalen dat een schuldeiser, die een der medeborgen slechts voor een deel der schuld heeft aangesproken, per se geacht moet worden zijn aanspraak voor het meerdere te hebben prijsgegeven. Deze regel behoort m.i. niet in de wet te worden opgenomen. Of in een handeling afstand van recht is gelegen, is een vraag van interpretatie, die op grond van alle omstandigheden van een bepaald geval door den rechter moet worden beoordeeld.

De onderlinge verhouding tussen medeborgen wordt in het B.W. geregeld door art. 1881, dat wel als het minst geslaagde voorschrift van den Titel van borgtocht kan worden aangemerkt ¹⁴⁷. Aan den borg, die betaald heeft, geeft dit artikel slechts verhaal op zijn medeborgen, indien de be-

¹⁴⁵ Aldus KORTHALS ALTES p. 142 (die zelfs hoofdelijkheid aanneemt indien geen afstand van het voorrecht van schuldsplitsing is gedaan), ASSER-KAMPHUISEN p. 799 e.v. Adv.-Gen. BESIER, conclusie voor H.R. 9 januari 1931 - N.J. 1931, 378 (E.M.M.); W. 12256 (S.B.). Anders DIEPHUIS XIII p. 350 en HOFMANN p. 493 noot 4.

¹⁴⁶ Vgl. wat dit laatste betreft hierboven blz. 126 e.v.

¹⁴⁷ Vgl. de uitvoerige kritiek op het artikel bij KORTHALS ALTES p. 155 e.v. Aldus ook ASSER-KAMPHUISEN p. 791.

taling is geschied nadat hij zelf in rechte is aangesproken of nadat de hoofdschuldenaar in staat van faillissement is verklaard. Voor deze beperkende voorwaarden bestaat geen redelijke grond. De wetgever heeft klaarblijkelijk willen voorkomen, dat een borg zonder noodzaak tot betaling zou overgaan en vervolgens een deel van het betaalde op zijn medeborgen zou kunnen verhalen¹⁴⁸. In werkelijkheid zal geen enkele borg geneigd zijn een nodeloze betaling te doen. Samenspanning tegen medeborgen is dan ook m.i. niet te duchten en kan trouwens ook niet worden voorkomen door het verhaal op medeborgen van de in art. 1881 genoemde voorwaarden afhankelijk te maken. Voor dit verhaal behoort de wet dan ook geen verderen eis te stellen dan dat een der medeborgen den schuldeiser geheel of gedeeltelijk heeft bevredigd. Daarbij is onverschillig of de medeborgen zich bij dezelfde akte dan wel afzonderlijk hebben verbonden. De borg die betaald heeft hoeft zelfs niet te hebben geweten dat er nog andere borgen waren¹⁴⁹.

Evenals bij het regres op den hoofdschuldenaar kan men zich afvragen, of de wet ook voor het verhaal op medeborgen tweërlei grondslag moet geven, t.w. subrogatie in de rechten van den schuldeiser en tevens een zelfstandig verhaalsrecht, dat niet van den schuldeiser wordt afgeleid.

Dit zelfstandig verhaalsrecht kan, naast subrogatie, nauwelijks betekenis hebben, wat het daarmee te bereiken resultaat betreft¹⁵⁰. Uit een oogpunt van wetstechniek is het echter toch wel gewenst het te handhaven, omdat daarbij de draagplicht van medeborgen in hun onderlinge verhouding geregeld kan worden en deze draagplicht vervolgens maatschap kan zijn ter bepaling van het aandeel, waarvoor de betaald hebbende borg jegens elk van zijn medeborgen wordt gesubrogeerd in de rechten van den schuldeiser.

Voor zover de medeborgen de grootte van ieders bijdrageplicht niet contractueel hebben geregeld, zal elk van hen

¹⁴⁸ Vgl. VOORDUIN V p. 422.

¹⁴⁹ Vgl. H.R. 26 juni 1925 - N.J. 1925, 967, W. 11427. In gelijken zin KORTHALS ALTES p. 161 e.v. en ASSER-KAMPHUISEN p. 792. Anders COEBERGH W.P.N.R. no. 2905.

¹⁵⁰ Anders dan jegens den hoofdschuldenaar (zie hierboven blz. 143) behoort een borg m.i. jegens medeborgen geen verhaal te hebben voor kosten van een procedure, waarin hij door den schuldeiser is aangesproken. Tot dit doel bestaat dus aan een zelfstandig verhaalsrecht naast subrogatie geen behoefte.

in beginsel een gelijk aandeel moeten bijdragen. Dit geldt echter alleen, indien alle borgen jegens den schuldeiser gelijkelijk waren verbonden. Het B.W. bevat geen regeling van het onderling verhaal van medeborgen, ingeval zij zich voor ongelijke bedragen van dezelfde schuld aansprakelijk hebben gesteld. In dat geval behoort de omvang van hun aansprakelijkheid ten tijde der betaling m.i. bepalend te zijn voor de onderlinge verdeling van het betaalde bedrag ¹⁵¹. Een borg, die slechts voor 50% van de hoofdschuld aansprakelijk was, zal half zoveel moeten bijdragen als medeborgen, die zich voor de gehele schuld hadden verbonden ¹⁵². Ook een gedeeltelijke betaling van de hoofdschuld zal volgens deze evenredigheid voor verhaal op medeborgen in aanmerking komen. Een borg verkrijgt dus niet eerst verhaal op zijn medeborgen voor zover hij meer heeft betaald dan zijn aandeel in de gehele schuld zou hebben belopen, zo deze volledig door hem was voldaan ¹⁵³.

Zoals gezegd, behoort de onderlinge bijdrageplicht van medeborgen tevens het aandeel te bepalen, waarvoor de betaald hebbende borg jegens elk van zijn medeborgen in de rechten van den schuldeiser wordt gesubrogeerd. Ieders bijdrage kan echter verhoogd worden, indien de aandelen van één of meer der borgen niet verhaalbaar blijken en de hoofdschuldenaar ook geen verhaal biedt. Alsdan dient immers de reeds op blz. 156 e.v. besproken omslagregeling van art. 6.2.9 Ontw. overeenkomstige toepassing te vinden. Slechts op deze wijze wordt bereikt, dat het bij insolventie van den hoofdschuldenaar en van een der borgen uiteindelijk geen verschil maakt, wie der overige borgen door den schuldeiser tot betaling is genoodzaakt.

Voor het verhaal tussen hoofdelijke schuldenaren bepaalt art. 1330 B.W., dat ook een schuldenaar, die door den schuldeiser van zijn verbintenis was ontslagen, in den bij

¹⁵¹ Men lette erop, dat de omvang van de aansprakelijkheid van ieder der medeborgen niet gelijk behoeft te zijn aan het *maximum* waarvoor zij zich borg hebben gesteld. Dit maximum komt voor den omvang van ieders draagplicht slechts in aanmerking indien het de aansprakelijkheid op het tijdstip van betaling *bepert*.

¹⁵² Aldus KORTHALS ALTES p. 168 e.v., ASSER-KAMPHUISEN p. 792.

¹⁵³ In gelijken zin: DE KAT W.P.N.R. 3847 en 3867 en VAN BRAKEL p. 421 noot 152. Anders KORTHALS ALTES W.P.N.R. 3859 en Rb. Haarlem 24 februari 1942 - N.J. 1942, 849.

art. 1329 B.W. bedoelden omslag betrokken kan worden. Het Ontwerp heeft dezen regel overgenomen in art. 6.1.2.4, lid 2. Daarentegen geldt de omslagregeling van art. 6.2.9 Ontw. uitsluitend tussen personen, die jegens den oorspronkelijken schuldeiser aansprakelijk waren op het tijdstip waarop diens vordering werd voldaan.

Dit laatste systeem behoort eveneens voor de onderlinge verhouding tussen medeborgen te worden aanvaard. Indien ieders aansprakelijkheid jegens den schuldeiser op het tijdstip van betaling maatstaf is voor hun onderlingen bijdrageplicht, kan van een borg die tevoren door den schuldeiser was ontslagen geen enkele bijdrage worden verlangd.

De borg, die aan zijn bijdrageplicht jegens een medeborg voldoet, behoort zijnerzijds weer verhaal te hebben op den hoofdschuldenaar. Voor dit verhaal in de tweede hand is in het B.W. geen duidelijke grondslag te vinden. Art. 1438 sub 3° is hier niet toepasselijk en de artt. 1876 en 1877 m.i. evenmin. Men moet immers aannemen, dat beide laatstgenoemde artikelen, welke regres op den hoofdschuldenaar toekennen aan een borg „die (de schuld) betaald heeft”, uitsluitend het oog hebben op betaling aan den schuldeiser, doch *niet* op betaling aan een medeborg.

De doctrine heeft aan deze wettelijke leemte opvallend weinig aandacht besteed. Men stelt wel, dat een borg in de rechten van een medeborg wordt gesubrogeerd, voor zover hij aan dezen krachtens art. 1881 een aandeel in de schuld voldoet¹⁵⁴, doch geen enkele schrijver vermeldt waarop *deze* subrogatie kan worden gebaseerd.

Waar de subrogatiebepalingen van het Ontwerp daarin ook niet voorzien, bestaat behoefte aan een voorschrift in den Titel van borgtocht, bepalende dat een borg, die aan zijn bijdrageplicht jegens een medeborg voldoet, tot het aldus betaalde bedrag bij wege van subrogatie treedt in de rechten van dien medeborg jegens den hoofdschuldenaar.

¹⁵⁴ Aldus KORTHALS ALTES p. 148, 152 en 167. Vgl. ook Rb. Groningen 4 april 1930 - N.J. 1930, 1609; W. 12177 betreffende een geval, waarin een borg die zijn medeborg had betaald in de tweede hand regres uitoefende op den hoofdschuldenaar. De regresvordering werd afgewezen, omdat de verhaal zoekende borg volgens art. 1881 B.W. niet verplicht was geweest aan zijn medeborg te betalen.

XI. Slothoofdstuk.

In de voorgaande hoofdstukken zijn niet alle artikelen van het B.W. betreffende borgtocht ter sprake gekomen. De niet besproken bepalingen zijn m.i. zonder uitzondering overbodig of ongewenst. Het is niet nodig dit t.a.v. elk dier bepalingen te motiveren¹⁵⁵. Slechts met betrekking tot de artt. 1864—1867 B.W. zou ik een enkele opmerking willen maken. Deze artikelen geven enige regels betreffende de verplichting van een schuldenaar om een borg te stellen. Het Ontwerp bevat echter reeds in art. 6.1.6.21 een regeling van de verplichting tot het stellen van persoonlijke of zakelijke zekerheid, voor zover deze verplichting door een wetsebepaling wordt opgelegd. Daarnaast is m.i. geen plaats voor een afzonderlijke regeling als vervat in de artt. 1864—1867 B.W. Weliswaar wordt een *contractuele* verplichting tot zekerheidsstelling in het Ontwerp niet geregeld, doch uit de Toelichting op art. 6.1.6.21¹⁵⁶ blijkt, dat de ontwerpers zulk een regeling opzettelijk achterwege hebben gelaten omdat de inhoud der overeenkomst en de omstandigheden bepalend zijn voor de gevolgen van een dergelijke verplichting. Het zal trouwens nauwelijks voorkomen, dat een overeenkomst uitsluitend verplicht tot het stellen van een borg; vrijwel steeds zal de schuldenaar de keuze hebben tussen het stellen van persoonlijke of zakelijke zekerheid. Reeds daarom behoort een regeling van deze materie in den Titel van borgtocht niet thuis.

Tot besluit van dit praeadvies is het gewenst, de voornaamste conclusies, welke in de vorige hoofdstukken zijn vervat, zo kort mogelijk samen te vatten. Met weglating van details kunnen deze als volgt worden geresumeerd:

1. De wettelijke regeling behoort uit te gaan van het bestaande begrip borgtocht, met dien verstande dat een overeenkomst, waarbij iemand zich jegens een schuldeiser verbindt uitsluitend tot voldoening der schadevergoeding, welke diens schuldenaar bij niet-nakoming

¹⁵⁵ Niet besproken zijn de artt. 1860, 1863, 1864-1867 (verplichting van een schuldenaar om een borg te stellen), 1869-1872 (regeling van het voorrecht van uitwinning), 1874 (regeling van het voorrecht van schuldplitsing), 1882, 1883, 1886 en 1887 B.W.

¹⁵⁶ Vgl. de Toelichting p. 523.

van zijn verbintenis verschuldigd mocht worden, eveneens als borgtocht is aan te merken (p. 90 e.v.).

2. De wet behoort behoudens blijk van het tegendeel te veronderstellen, dat een borg zich uitsluitend voor de sub 1 bedoelde schadevergoeding aansprakelijk heeft gesteld, indien de borgtocht is aangegaan voor een verbintenis van den hoofdschuldenaar, strekkende tot een doen of niet-doen of tot het geven van een bepaalde zaak (p. 90/93).
3. Voor het aangaan van een borgtochtverbintenis behoort de wet den vorm van geschrift voor te schrijven. Een borgtochtverbintenis, welke niet in dezen vorm is aangegaan, behoort echter geldig te zijn, voor zover zij wordt nagekomen (p. 99/100).
4. De wet bepale, dat borgtocht slechts tot een in geld uitgedrukt maximum kan worden aangegaan. Bij borgtocht voor een verbintenis tot betaling van een bepaalde geldsom kan deze som gelden als maximum, indien niet een ander maximum is uitgedrukt (p. 100/1).
5. Een wettelijk voorschrift, volgens hetwelk een borg boven het maximum aansprakelijk is voor de gevolgen van eigen wanprestatie, is niet gewenst (p. 101/2).
6. Behoudens het gestelde maximum of andere overeengekomen beperkingen behoort borgtocht zich uit te strekken tot alle uit de hoofdschuld voortvloeiende verplichtingen (p. 94/5).
7. De wet behoort dwingend voor te schrijven, dat een borg voor gevolgen van niet-nakoming van de hoofdschuld eerst kan worden aangesproken indien hij zelf in verzuim is, en dat hij niet door het enkele verstrijken van een termijn (p. 95 e.v.).
8. Een borg behoort slechts gehouden te zijn tot voldoening van door den hoofdschuldenaar verschuldigde kosten van rechtsvervolgning, indien hij tijdig door een aanmaning in de gelegenheid is gesteld die kosten te voorkomen (p. 98).
9. Het wettelijke voorrecht van uitwinning behoort te vervallen (p. 103/4).
10. De wet behoort niet te bepalen, dat een borg hoofdelijk met den hoofdschuldenaar is verbonden (p. 126 e.v.).
11. Indien een derde zich tot voldoening van eens anders

schuld verbindt en het den schuldeiser bij de totstand-koming dier verbintenis bekend is dat de schuld den derde in diens verhouding tot den schuldenaar niet aangaat, zijn de bepalingen van borgtocht en *niet* die van hoofdelijkheid toepasselijk, ook al verklaart de derde zich hoofdelijk te verbinden (p. 129/130).

12. De wet bepale uitdrukkelijk, dat de verbintenis van een borg afhankelijk is van het bestaan van een hoofdschuld (p. 106).
13. De wet behoort de mogelijkheid van borgtocht voor natuurlijke verbintenissen te erkennen en enkele afwijkende gevolgen daarvan te regelen (p. 106/7).
14. Van het accessoire karakter van borgtocht behoort de wet niet af te wijken in geval de hoofdschuld wegens onbekwaamheid van den hoofdschuldenaar wordt vernietigd, noch ook in geval de hoofdschuldenaar door overmacht wordt bevrijd. Na te niet gaan van de hoofdschuld behoort de borg slechts verbonden te blijven, indien dit te niet gaan het gevolg is van insolventie van den hoofdschuldenaar, zoals bij dwangackoord (p. 108 e.v.).
15. De wet bepale, dat men zich niet *als borg* onder bezwarender voorwaarden dan de hoofdschuldenaar kan verbinden. Een bij een borgtocht aangegane verbintenis behoort, voor zover zij bezwarender is dan die van den hoofdschuldenaar, niettemin geldig te zijn indien blijkt dat de borg zich niet uit onbekendheid met de voorwaarden van de hoofdschuld aldus heeft verbonden (p. 113).
16. Eveneens geldig zijn bij een borgtocht gemaakte bedingen, welke uitsluitend de rechtsvordering tegen den borg betreffen, ook al zijn zulke bedingen niet tussen den schuldeiser en den hoofdschuldenaar gemaakt (p. 113/4).
17. Een borg behoort zich te kunnen bedienen van verweren, welke den hoofdschuldenaar toekomen, voor zover deze niet uitsluitend de rechtsvordering tegen den hoofdschuldenaar betreffen (p. 114/5).
18. Zolang de hoofdschuld niet geheel of gedeeltelijk door verrekening met een tegenvordering van den hoofdschuldenaar ten laste van den schuldeiser is teniet gegaan, behoort de borg zich op die tegenvordering al-

leen te kunnen beroepen, voor zover de schuldeiser de bevoegdheid heeft of heeft gehad zijn door borgtocht verzekerde vordering daarmee te verrekenen. De borg kan in dat geval bevrijding van zijn aansprakelijkheid inroepen, tenzij de schuldeiser aantoonst, dat hij deze bevoegdheid op redelijken grond ongebruikt laat of heeft doen verloren gaan (p. 115 e.v.).

19. Zolang de hoofdschuldenaar bevoegd is tot vernietiging van de hoofdschuld en van deze bevoegdheid geen gebruik heeft gemaakt, behoort de aansprakelijkheid van den borg te worden opgeschort. Deze regel behoort eveneens te gelden in het geval dat de hoofdschuld vernietigbaar is wegens onbekwaamheid van den hoofdschuldenaar (p. 119 e.v.).
20. Nadat de hoofdschuldenaar afstand heeft gedaan van enig hem toekomend verweer, behoort de borg zich daarop niet meer te kunnen beroepen (p. 121/2).
21. In plaats van art. 1885 B.W. dient te worden bepaald, dat een schuldeiser, aan wien het te wijten is dat zekerheidsrechten of voorrechten, die de betaling van zijn vordering verzekerden, zijn te niet gegaan, jegens den borg is verplicht tot vergoeding der schade, welke deze daardoor lijdt. Deze regel behoort niet van dwingend recht te zijn (p. 132 e.v.).
22. De wet schrijft dwingend voor, dat degene die zich heeft borg gesteld voor schade, veroorzaakt door wanbeheer of onrechtmatige daden van een derde, niet aansprakelijk is voor zover die schade door een redelijkerwijze van den schuldeiser te vergen toezicht voorkomen had kunnen worden (p. 136/7).
23. De wet behoort niet te bepalen, dat een borg voor toekomstige schulden niet aansprakelijk is voor een verbintenis, voortvloeiende uit een rechtshandeling, welke de schuldeiser zonder dringende noodzaak met den hoofdschuldenaar verricht nadat hem omstandigheden bekend zijn geworden, die het verhaal op den hoofdschuldenaar onmogelijk of in hoge mate twijfelachtig maken (p. 137 e.v.).
24. De wet bepale uitdrukkelijk, dat men zich ook voor toekomstige verbintenissen kan borg stellen (p. 138/9).
25. Een borgtocht voor toekomstige verbintenissen, welke niet voor bepaalden tijd of voor den duur van een

- rechtsverhouding is aangegaan, moet te allen tijde door den borg kunnen worden opgezegd. Na opzegging behoort de borg aansprakelijk te blijven voor de reeds aangegane schulden met de gevolgen welke daaruit ook na de opzegging voortvloeien (p. 139 e.v.).
26. De wet behoort den borg, zowel uit eigen hoofde als bij wege van subrogatie in de rechten van den schuldeiser, een verhaalsrecht jegens den hoofdschuldenaar toe te kennen voor zover hij den schuldeiser heeft bevredigd (p. 142 e.v.).
 27. Uit eigen hoofde behoort de borg voorts verhaal op den hoofdschuldenaar te hebben voor de wettelijke rente van al hetgeen hij den schuldeiser heeft voldaan berekend vanaf den dag der betaling. Indien hij in rechte is aangesproken en den hoofdschuldenaar tijdig hiervan in kennis heeft gesteld, behoort hij ook verhaal te hebben voor aan den schuldeiser verschuldigde en door hem zelf gemaakte proceskosten, wat de laatste betreft echter alleen voor zover het redelijk was deze te maken (p. 145).
 28. Een borg behoort zijn verhaalsrecht tegen twee of meer schuldenaren, die hoofdelijk jegens den schuldeiser waren verbonden, elk voor het volle bedrag te kunnen uitoefenen (p. 146).
 29. Den hoofdschuldenaar moet de bevoegdheid worden gegeven, tegen verhaal van den borg beroep te doen op verweren, waarvan hij zich tegen den schuldeiser kon bedienen. Uitgezonderd zijn slechts verweren, welke den borg door verzuim van den hoofdschuldenaar onbekend waren toen hij tot betaling aan den schuldeiser overging (p. 146 e.v.).
 30. Het bepaalde in art. 1879, lid 1 B.W. behoort met enige aanvulling te worden overgenomen (p. 148).
 31. Het door een borg bij wege van subrogatie uit te oefenen verhaal behoort te worden geregeld overeenkomstig de samenvatting op p. 157 van dit praeadvies (p. 148 e.v.).
 32. Voor zover het verhaal krachtens subrogatie onmogelijk blijkt, behoort het onverhaald gebleven deel van de schuld door overeenkomstige toepassing van art. 6.2.9 van het Ontwerp te worden omgeslagen over de in dit artikel bedoelde personen (p. 156).

33. In enkele bijzondere gevallen behoort een borg, die zich op verzoek of met toestemming van den hoofdschuldenaar heeft verbonden, jegens dezen aanspraak te hebben op zekerheidsstelling vóórdát hij betaald heeft (p. 160 e.v.).
34. Wanneer verscheidene personen zich tot borgen voor dezelfde schuld hebben gesteld, behoort ieder van hen behoudens overceengekomen beperkingen jegens den schuldeiser verbonden te zijn voor de gehele schuld. Het voorrecht van schuldplitsing behoort te vervallen (p. 162/3).
35. Ook een bepaling als vervat in art. 1875 B.W. dient niet te worden overgenomen (p. 163).
36. In afwijking van art. 1881 B.W. stelle de wet voor verhaal van een borg op zijn medeborgen geen ander vereiste dan dat hij den schuldeiser geheel of gedeeltelijk heeft bevredigd (p. 164).
37. Voor zover de onderlinge bijdrageplicht tussen borgen niet contractueel anders is geregeld, behoort de borg, die betaald heeft, op elk van zijn medeborgen een bijdrage in het betaalde bedrag der schuld te kunnen verhalen, naar evenredigheid van den omvang van ieders aansprakelijkheid jegens den schuldeiser op het tijdstip waarop de betaling aan dezen plaats vond. Tot het bedrag van deze bijdrage behoort de betaald hebbende borg jegens elk van zijn medeborgen in de rechten van den schuldeiser te worden gesubrogeerd (p. 164/5).
38. De borg, die aan zijn bijdrageplicht jegens een medeborg voldoet, behoort tot het aldus betaalde bedrag te worden gesubrogeerd in de rechten van dien medeborg jegens den hoofdschuldenaar (p. 166).

INHOUD

Inleiding	87
I. Begrip borgtocht	88
II. Verplichtingen van den borg	94
III. Vorm van borgtocht	99
IV. Subsidiaire karakter van borgtocht	102
V. Accessoire karakter van borgtocht	105
VI. Borgtocht en passieve hoofdelijkheid	122
VII. Zorgverplichtingen van den schuldeiser	130
VIII. Borgtocht voor toekomstige schulden	138
IX. Het regres van den borg	141
X. Medeborgen	162
XI. Slothoofdstuk	167

Op welke wijze dient de wet de overeenkomst van borgtocht te regelen? *

Prae-advies van Mr. W. F. de Gaay Fortman

Hoofdstuk I: Inleiding

Wie aan anderen mededeelt — meestal om duidelijk te maken, dat hij voorshands geen andere verplichtingen op zich kan nemen —, dat hij bezig is met de voorbereiding van een prae-advies over de wettelijke regeling van de borgtocht, doet een merkwaardige ervaring op. De aangesprokene geeft meestal blijk van een geringe waardering voor dit instituut en adstrueert dit met voorbeelden van voor de borg ongelukkig afgelopen overeenkomsten van borgtocht, hetzij ten aanzien van zichzelf, hetzij ten aanzien van anderen. Men krijgt de indruk, dat met name predikanten en andere geestelijken verstrikt geraken (of geraakten?) in gevaarlijke overeenkomsten van borgtocht. Ik heb een vroege jeugdherinnering uit de advocatenjaren van mijn vader, dat hij mij de financiële moeilijkheden van iemand uit de kennissenkring van mijn ouders waarschuwend aldus verklaarde: „Hij heeft plotseling veel moeten betalen, omdat hij borg was; denk er om, dat je dat nooit wordt.”

Het is opmerkelijk, dat het bijbelboek, dat vrijwel uitsluitend bestaat uit levenlessen, het boek der Spreuken, op zes plaatsen waarschuwt voor het zich als borg verbinden. In Spreuken 6:1-5 heet het:

„Mijn zoon, indien gij borg zijt geworden voor uw naaste, voor een vreemde uw handslag heb gegeven; als gij verstrikt zijt door de woorden van uw mond, gevangen zijt door de woorden van uw mond — doe dan toch dit, mijn zoon, en red u, want gij zijt in den greep van uw naaste gekomen: ga, klamp uw naaste aan en bestorm hem; gun uw ogen geen slaap en uw oogleden geen sluimering; red u als een gazelle van de vangst; als een vogel uit de hand van den vogelaar.”

* Bij de samenstelling van dit prae-advies heb ik veel steun ondervonden van mijn assistent Mr. C. A. Terwee-van Hilten. Ik stel er prijs op haar daarvoor ook te dezer plaatse mijn erkentelijkheid te betuigen.

Spreuken 11:15 constateert:

„Slecht vergaat het hem die borg is voor een vreemde, maar wie den handslag vermijdt, gaat veilig.”

Spreuken 22:26-27 waarschuwt:

„Behoor niet tot hen, die handslag geven en zich borg stellen voor schulden; als gij niets hebt om te betalen, waarom zou men uw bed onder u wegnemen?”¹

Men ontmoet zelfs mensen, die menen, dat de wetgever de overeenkomst van borgtocht behoort te verbieden. Minder ver ging een lid van het bestuur der Nederlandse Juristen-Vereniging, die mij zeide: „Wanneer iemand je vraagt voor f 1.000,— borg te zijn en je kunt die op dat ogenblik missen, leen ze hem dan liever rechtstreeks. Tien tegen een, dat je ze niet hebt, wanneer je als borg tot betaling wordt aangesproken.”

Intussen, het maatschappelijk verkeer blijkt de borgtocht niet te kunnen missen. Dat blijkt mede uit de omvangrijke jurisprudentie, die over de artikelen 1857-1887 B.W. bestaat. Dit is ook begrijpelijk. Credietverlening is een noodzakelijke schakel in het economisch verkeer. De credietgever zoekt natuurlijkerwijze naar zekerheid. Niet ieder kan pand of hypotheek geven of goederen tot zekerheid in eigendom overdragen. Dan is het aangewezen naast de zekerheid, die de schuldenaar in zijn persoon biedt, te zoeken naar een tweede of volgende zekerheid in de persoon van iemand, die voor de schuldenaar wil instaan.

Uit de aanhalingen uit het boek der Spreuken en uit het feit, dat de borgtocht in het Romeinse recht reeds een zich over een langdurige periode uitstrekkende ontwikkeling doormaakte², blijkt, dat wij hier te maken hebben met een oeroud rechtsinstituut. De geschiedenis van de rechtsregeling van de borgtocht beweegt zich steeds tussen twee componenten. Enerzijds het inzicht, dat de borgtocht voor de borg een gevaarlijke overeenkomst is; daaruit vloeien dan pogingen voort

¹ Vgl. ook Spreuken 17 : 18; 20 : 16; 27 : 13. Het lijkt mij niet onwaarschijnlijk, dat de omstandigheid, dat blijkbaar in de wereld van het Oude Testament de borg restloos instond voor de schuld van een ander, een verklaring vormt voor het hanteren in de theologie van het begrip Borg in de leer der verzoening. Zie Job 17 : 3; Psalm 119 : 122; Jesaja 38 : 14; Jeremia 30 : 21; Hebreëen 7 : 22.

² J. C. VAN OVEN, Leerboek van Romeins Privaatrecht, 3e dr., blz. 404 e.v.

de borg zoveel mogelijk te beschermen. Anderzijds de noodzakelijkheid de borgtocht aan haar economisch doel: een voor de crediteur van de hoofdschuldenaar aanvaardbare vorm van zekerheid, te doen beantwoorden. Deze beide componenten schijnen reeds in de ontwikkeling van het Romeins recht hun invloed geoefend te hebben³. Bij een nieuwe wettelijke regeling zal men hen niet kunnen ontlopen.

Is evenwel een nieuwe wettelijke regeling nodig? R. Korthals Altes eindigt zijn dissertatie over de borgtocht aldus: „Aan het slot van mijn beschouwingen over borgtocht spreek ik de hoop uit dat deze regelen mogen leiden tot een beter inzicht in de rechten en verplichtingen van borgen en dat daardoor op dit gebied in alle opzichten recht geschiede: veelal zal de rechter deze taak kunnen vervullen, slechts een enkele maal (art. 1881 B.W.) zal de wetgever moeten ingrijpen.”⁴

Inderdaad kan in grote lijnen de rechtspraak naar aanleiding van de bestaande wettelijke bepalingen bevredigend worden genoemd. Juist is ook, dat de regeling van artikel 1881 B.W. inzake het verhaal van de borg, die betaald heeft op zijn medeborgen zo onbevredigend is, dat op dit punt zeker wetswijziging gewenst is.

Maar het lijkt mij duidelijk, dat wij in onze omstandigheden daarmee niet kunnen volstaan. Wij hebben gekozen — terecht m.i. — voor het tot stand brengen van een nieuw Burgerlijk Wetboek. Dat houdt mede in het tot stand brengen van een nieuwe regeling van de borgtocht. De door het bestuur geformuleerde vraagstelling voor dit prae-advies laat overigens op dit punt geen discussie meer toe. Niet *of* de wetgever moet regelen, maar *hoe* hij moet regelen, is de vraag, die ons voorgelegd is.

Het lijkt mij niet nodig een uitvoerige schets te geven van het ius constitutum. Kamphuisens bewerking daarvan in de Asserserie dateert van 1960⁵. Hernieuwde bestudering daarvan heeft mij als steeds met eerbied vervuld voor de klaarte van zijn betoog en de scherpzinnigheid van zijn oordeel. Het

³ VAN OVEN t.a.p. blz. 406 e.v.

⁴ R. KORTHALS ALTES, *Borgtocht naar hedendaagsch Nederlandsch recht*, prfchr. Amsterdam G.U. 1933, blz. 170.

⁵ ASSER-KAMPHUISEN-VAN ANDEL, *Bijzondere Overeenkomsten*, 3e dr. blz. 750 e.v.

is een gemis, dat hij niet aan onze beraadslagingen zal deelnemen. Ik zal volstaan met de aandacht te vestigen op de punten, waar in het huidige recht, leemten, onduidelijkheden en tegenstellingen zijn.

Daarna zal ik de borgtocht in enkele ons omringende rechtsstelsels behandelen. Tenslotte volgen dan bouwstoffen voor een nieuwe wettelijke regeling.

Hoofdstuk II: Kernpunten en knelpunten van het huidige recht

§ 1. De inhoud van de borgtocht.

Wat de borgtocht inhoudt bepaalt artikel 1857 B.W. duidelijk: „Borgtocht is een overeenkomst, waarbij een derde zich ten behoeve van den schuldeiser verbindt om aan de verbintenis van den schuldenaar te voldoen, indien deze niet zelf daaraan voldoet.”

De borg is gehouden tot hetzelfde als de hoofdschuldenaar. Hij verplicht zich datgene te praesteren wat de hoofdschuldenaar moet praesteren.

Principieel bestreden is deze opvatting door A. J. M. Hendrix⁶, in de hoofdzaak bijgevallen door Hofmann⁷. Zich baserende op de in de Duitse dogmatiek naar voren gekomen onderscheiding tussen „Schuld” en „Haftung”, is Hendrix na een uitvoerig historisch onderzoek tot de conclusie gekomen, dat de borg alleen aansprakelijk is, doch niet verplicht tot een eigen praestatie.

Tot staving van zijn standpunt heeft Hendrix zich ook beroepen op P. Scholten⁸. Toegegeven moet worden, dat het betoog van Scholten opmerkingen bevat, die in Hendrix' richting schijnen te gaan. Ik meen echter, dat Korthals Altes gelijk heeft, als hij zegt, dat Hendrix uit het oog verloren heeft, dat Scholten in de artikelenreeks in quaestie alleen beoogde het verschil tussen borgtocht en hoofdelijkheid te doen gevoelen door het geven van een dieper inzicht in het wezen van deze instituten dan tot nu toe door andere

⁶ Bouw-borgtocht tevens Onderzoek naar het Wezen van den Borgtocht in het Algemeen, prfchr. Amsterdam G.U. 1919. HENDRIX, literatuurlijst geeft niet de indruk, dat hij de Duitse literatuur diepgaand bestudeerd heeft. De handboeken ontbreken.

⁷ L. C. HOFMANN, Het Nederlandsche verbintenissenrecht II, 1936, blz. 471 e.v.

⁸ De hoofdelijke met den schuldenaar verbonden borg, W.P.N.R. 2470—2473; Verzamelde Geschriften IV, blz. 310 e.v.

schrijvers was gegeven. Scholten geeft in deze artikelen meer een beschouwing over de borgtocht in existentiële zin dan een juridische verhandeling over de borgtocht als zodanig⁹.

Hendrix' opvatting lijkt mij met Kamphuisen en de door deze genoemden onaanvaardbaar. De wet gaat duidelijk van een ander standpunt uit. Zie de artikelen 1857 en 1882. Voorts laat de wet de achterborg toe — artikel 1860, lid 2 — en betwist niemand, dat de borg pand en hypotheek kan geven. Indien hij geen verplichtingen heeft, zijn zowel het stellen van een achterborg, als het geven van pand en hypotheek zinloos. De wetsgeschiedenis leidt tot hetzelfde resultaat en er is dan ook, totdat een bepaalde Duitse doctrine hier invloed begon te krijgen, aan de juistheid van de opvatting, dat de borg gehouden is tot hetzelfde als de hoofdschuldenaar niet getwijfeld.

In de nieuwere Duitse opvattingen komt men terug op de scheiding tussen „Schuld” en „Haftung” en aanvaardt men, dat de borg niet alleen „Haftung”, doch ook „Schuld” heeft. Volgens Staudinger is de inhoud van de verplichting van de borg: „Er verspricht . . . als Einständer mit seinem Vermögen dem Gläubiger soweit als möglich das Gleiche zu verschaffen wie die Erfüllung der Hauptschuld.”

De borg heeft een eigen verbintenis, die naar rechtsgrond en soms ook naar inhoud van de verbintenis van de hoofdschuldenaar onderscheiden is. Dit laatste blijkt vooral bij de borgtocht voor verplichtingen, die alleen de hoofdschuldenaar persoonlijk kan vervullen. Deze borgtocht heeft van het begin af aan alleen betrekking op het geldelijk belang, dat de crediteur bij de hoofdschuld heeft¹⁰.

De laatste opmerking brengt ons bij de vraag, die in Nederland een uitgebreide discussie heeft uitgelokt, nl. hoe borgtocht mogelijk is voor verplichtingen, die alleen de hoofdschuldenaar zelf kan vervullen. Met de oudere schrijvers meen ik, dat men het zo moet zien, dat crediteur en borg de borgtocht dan zo bedoeld hebben, dat de borg zijnerzijds moet doen wat in zijn vermogen is, opdat de hoofdschuldenaar zijn verbintenis nakome.

⁹ Pikant is de opmerking van Kamphuisen, dat Korthals Altes een „waarschijnlijke authentieke” interpretatie van Scholten geeft. Scholten was de promotor van Korthals Altes. Echter ook van Hendrix!

¹⁰ J. VON STAUDINGER, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 4. Teil, Lfg. 2, 1959, blz. 2466 e.v.

staat de verplichting van de borg in vergoeding van schade, kosten en interessen, uit de wanprestatie van de hoofdschuldenaar voortvloeiende.

Als zo vaak maakt de eenvoudige wijsheid van Pothier later uitgewerkte, ingewikkelde redeneringen overbodig.

„On peut se rendre caution même de l'obligation d'un fait personnel, dont la prestation ne peut se faire que par le débiteur principal, car cette obligation se convertit par son inexécution, en une obligation de damages et intérêts que la caution peut payer; ce qui suffit pour que le cautionnement soit utilement contracté.”¹¹

Er zijn aanwijzingen, dat de Hoge Raad de leer huldigt, dat de inhoud van de verplichting van de borg dezelfde is als die van de crediteur. Het duidelijkst is H.R. 1 December 1939, N.J. 1940, 445, nt. E.M.M. Uit de regeling van de wet volgt, dat de verplichting van de borg inhoudt om, als er een schuld van de hoofdschuldenaar tegenover de crediteur bestaat, *die* te voldoen. H.R. 9 Januari 1931, N.J. 1931, 378 en 13 Januari 1961, N.J. 1961, 364 wijzen in dezelfde richting, doch men kan verdedigen, dat het daar alleen *ius in causa positum* betrof, vaststelling van de inhoud van de litigieuze borgtocht.

§ 2. *Borgtocht is subsidiair en accessoir.*

Hoewel de verplichtingen van hoofdschuldenaar en borg identiek zijn, gaat de schuld principieel alleen de hoofdschuldenaar aan. Artikel 1857 drukt dit niet geheel duidelijk uit door te zeggen, dat de borg zich verbindt aan de verbintenis van de hoofdschuldenaar te voldoen, „indien deze niet zelf daaraan voldoet”. De verbintenis van de borg is echter geen voorwaardelijke, maar een subsidiaire. Dit blijkt uit het de borg toegekende voorrecht van uitwinning en uit het regresrecht van de borg. Ook het voorrecht van schuldplitsing geeft aan de borgtocht een subsidiair karakter.

Juridisch treedt het subsidiair karakter van de borgtocht op de achtergrond, omdat het regel is, dat de borg afstand

¹¹ *Traité des Obligations* no. 397. In gelijke zin *DIEPHUIS XIII*, blz. 277; *S. VAN BRAKEL*, *Leerboek van het Nederlandse Verbintenissenrecht II*, 2e dr., blz. 398 e.v. *KAMPHUISEN*, blz. 753 e.v., bereikt hetzelfde resultaat langs de weg van een redenering, die m.i. niet wezenlijk verschilt van die van Diephuis en van Brakel.

doet van de voorrechten van uitwinning en schuldsplitsing. Maatschappelijk wordt de borgtocht echter duidelijk als subsidiair gezien. Men rekent er op, dat men eerst als borg zal worden aangesproken, nadat duidelijk gebleken is, dat de hoofdschuldenaar niet zal presteren ¹².

Het accessoire karakter is neergelegd in artikel 1858, lid 1: „Geen borgtocht kan bestaan, of er moet een wettige hoofdverbintenis zijn.” Dit geldt van af het ontstaan tot het einde van de borgtocht. Het accessoire karakter kan niet worden teniet gedaan door het beding, dat men zich verbindt als borg en hoofdelijk medeschuldenaar. Op de betekenis van dit beding kom ik in het vervolg terug.

Een uitzondering op het accessoire karakter vormt de bepaling van artikel 1858, lid 2. Zij is onduidelijk geredigeerd. Men zal haar in de eerste plaats zo moeten verstaan, dat geldig is een borgtochtsovereenkomst, waarbij de borg op zich neemt borg te blijven, ook wanneer de hoofdverbintenis vernietigd wordt tengevolge van een exceptie, welke alleen de persoon van de hoofdschuldenaar raakt. De borg moet dan met de mogelijkheid van vernietiging bekend zijn en daartegen een garantie willen geven.

Artikel 1858, lid 2 spreekt van excepties, welke alleen de verbundene in persoon betreffen. Als voorbeeld noemt de wet zelf minderjarigheid. Niet betwist is, dat ook andere vormen van onbekwaamheid er onder vallen en de gevallen, waarin bepaalde functionarissen tot zekere handelingen onbevoegd zijn. Excepties op grond van dwang, dwaling en bedrog vallen m.i. niet onder het artikel.

§ 3. *Ontstaan en uitlegging van de borgtocht.*

Voor het aangaan van de borgtocht gelden in de eerste plaats de algemene bepalingen omtrent het aangaan van overeenkomsten. Geschrift is niet voorgeschreven. Een borgtocht kan derhalve ook mondeling worden aangegaan. Is hij, zoals vaak geschiedt, neergelegd in een eenzijdige, door de borg ondertekende akte, dan is op die akte artikel 1915 B.W. van toepassing ¹³.

¹² Vgl. KAMPHUISEN, blz. 756; KORTHALS ALTES, blz. 22.

¹³ H.R. 13 October 1921, N.J. 1921, 1203, W. 10836; 1 Mei 1930, N.J. 1930, 1368, nt. E.M.M., W. 12152.

Artikel 1861 bepaalt, dat borgtocht niet wordt voorondersteld, maar uitdrukkelijk moet worden aangegaan. Houdt dit artikel een bijzondere ontstaansvoorwaarde in, wil borgtocht aanwezig kunnen worden geacht? M.i. kan de bepaling geen andere zin hebben. Borgtocht zal uitdrukkelijk in woorden moeten worden aangegaan. Aldus ook de Hoge Raad 7 April 1898, W. 7110 ¹⁴. Onjuist lijkt het mij dan ook uit een bestaand gebruik een borgtochtsverplichting af te leiden, zoals enkele hoven hebben gedaan ¹⁵.

Bevat het eerste deel van artikel 1861 een voorschrift over het ontstaan van borgtocht, het tweede deel geeft aan, hoe een borgtocht, als deze eenmaal is tot stand gekomen, moet worden uitgelegd ¹⁶. Bij arrest van 28 Februari 1924, N.J. 1924, 504, beslist de Hoge Raad, dat het laatste deel van artikel 1861 een uitlegging in beperkte zin van de borgtocht gelast KAMPHUISEN oppert twijfel, of de Hoge Raad deze interpretatie van het artikel in twee latere arresten — 21 November 1929, N.J. 1930, 369, W. 12077; 31 Maart 1932, N.J. 1932, 668, W. 12429 — gehandhaafd heeft ¹⁷. Ik deel die twijfel niet. In het arrest van 1929 ging het niet om het vaststellen van de inhoud van een borgtocht en om de uitlegging, maar om de vraag, of een borgtocht, als in de dagvaarding omschreven, was tot stand gekomen. De vraag, of artikel 1861, laatste deel, een beperkte uitlegging van de borgtocht voorschrijft, kon de Hoge Raad dus op goede gronden „daarlaten”. Bij het arrest van 1932 sprak de Hoge Raad uit, dat artikel 1861, laatste deel, wel bedoelt te voorkomen, dat de bezwarende verbintenis van borgtocht worde uitgebreid tot onderwerpen, waaromtrent de borg niet uitdrukkelijk zijn wil om gebonden te zijn heeft uitgesproken, doch dat dit niet betekent, dat, wanneer de borg zich, zoals in casu, in duidelijke bewoordingen heeft gebonden, die duidelijke wilsverklaring in meer beperkte zin dan haar bepalingen meebrengen, zou moeten worden uitgelegd.

Uit het arrest van 1932 volgt, dat men de twee in artikel 1861 vervatte bepalingen in onderling verband moet uit-

¹⁴ Met betrekking tot het overeenkomstige artikel 2015 C.C. in dezelfde zin LAURENT, XXVIII, no. 157.

¹⁵ Hof Amsterdam 19 Maart 1931, W. 12310; Hof Arnhem 7 Juni 1933, N.J. 1933, 1353.

¹⁶ Aldus ook het in de tekst aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 28 Februari 1924.

¹⁷ T.a.p. blz. 762.

leggen. Er is alleen borgtocht, wanneer de borg zich uitdrukkelijk daartoe heeft verbonden. Die borgtocht wordt vervolgens begrensd door datgene, waartoe de borg zich uitdrukkelijk heeft verbonden, zodat bij onduidelijkheid der bewoordingen een enge interpretatie geboden is. Zo bezien scherpt artikel 1861, laatste deel, partijen en de rechter het voorschrift van artikel 1385 nog eens extra in voor de borgtocht¹⁸. De misschien iets te algemeen gestelde uitspraak van de Hoge Raad in het arrest van 1924 wordt in dat van 1932 nader uitgewerkt en verfijnd.

Een tweede interpretatievoorschrift bevat artikel 1862. Heeft men zich borg gesteld voor een bepaalde hoofdbverbintenis zonder de omvang van de borgtocht nader te omschrijven, dan strekt deze zich uit tot alle gevolgen van de schuld, zelfs tot de proces- en executiekosten van een tegen de hoofdschuldenaar aangespannen geding, echter alleen, indien de borg van het voornemen van de crediteur tegen de hoofdschuldenaar te gaan procederen in kennis gesteld is¹⁹. Zijn partijen anders overeengekomen, dan geldt artikel 1862 uiteraard niet.

§ 4. *Krediet- en bankborgtocht.*

Borgtocht voor toekomstige verplichtingen is mogelijk. Zo lang de hoofdschuld niet is ontstaan, is de verbintenis van de borg er een onder een opschortende voorwaarde. Bij arrest van 14 April 1927, N.J. 1927, 763, nt. E.M.M., W. 11665, heeft de Hoge Raad de mogelijkheid van borgtocht voor toekomstige verplichtingen implicite erkend.

Dit soort borgtocht komt het meest voor in het bankwezen. Men onderscheidt in de literatuur de kredietborgtocht, de bankborgtocht en de saldoborgtocht²⁰. Het meest komt voor de bankborgtocht, in de regel een borgtocht voor alle toekomstige vorderingen op de hoofdschuldenaar zonder beperking in omvang en in tijdsduur. Dat een dergelijke borgtocht voor de borg zeer gevaarlijk kan zijn, is duidelijk.

¹⁸ P. A. J. LOSECAAT VERMEER, Over het aangaan en de uitlegging van borgtocht, N.J.B. 1932, blz. 321 e.v., drukt het zo uit, dat artikel 1861 de rechter wil manen tot voorzichtigheid.

¹⁹ Vgl. H.R. 27 November 1891, W. 6115. De tekst van artikel 2016 C.C. is duidelijker dan die van artikel 1862.

²⁰ Zie uitvoerig KORTHALS ALTES, blz. 77 e.v.

Men heeft op verschillende manieren geprobeerd dergelijke borgtochten beperkt te interpreteren, of zelfs ze voor ongeoorloofd te verklaren ²¹. Zij worden echter in de regel gesloten door middel van door de banken opgestelde standaardovereenkomsten en terecht hebben KAMPHUISEN ²² en VAN BRAKEL ²³ er op gewezen, dat, als de borgtocht werkelijk algemeen luidt, beperking niet mogelijk is, ook omdat moet worden aangenomen, dat partijen een onbeperkte borgtocht hebben gewild.

Met name bij de bankborgtochten doet zich de vraag voor, of zij eenzijdig door de borg kunnen worden beëindigd. Zijn zij voor een bepaalde tijd aangegaan, dan is er geen probleem; niet de borg, de tijd maakt dan aan de borgtocht een einde. Is de borgtocht voor onbepaalde tijd aangegaan, doch uitdrukkelijk opzegbaar verklaard, dan is er evenmin een probleem. Hoe echter te oordelen, als geen tijdsbepaling is opgenomen en evenmin bepaald is, dat de borg kan opzeggen? Volgens KAMPHUISEN heeft de borg dan „ongetwijfeld” het recht de borgtocht op te zeggen ²⁴. De kwalificatie „ongetwijfeld” lijkt mij te sterk. De borgtocht is in de wet geregeld en deze zwijgt over de mogelijkheid van opzegging van een voor onbepaalde tijd aangegane borgtocht. Uit het stelsel der wet vloeit niet een algemene bevoegdheid tot het opzeggen van voor onbepaalde tijd aangegane overeenkomsten voort. Een aantal bijzondere gevallen zijn geregeld maar steeds aangepast aan het karakter van de overeenkomst in quaestie ²⁵. Wel kan een recht tot opzegging naar de aard der overeenkomst naar billijkheid daarin liggen opgesloten (artikel 1375). Een voorbeeld daarvan in het geval van een borgtocht voor een doorlopend crediet biedt Hof 's-Gravenhage 15 December 1941, N.J. 1942, 176 ²⁶.

²¹ Zo KORTHALS ALTES, blz. 77 e.v.

²² T.a.p. blz. 768.

²³ T.a.p. blz. 388.

²⁴ T.a.p. blz. 768.

²⁵ Vgl. de redenering, door de Hoge Raad gevolgd in het arrest in zake de ongerechtvaardigde verrijking, 30 Januari 1959, N.J. 1959, 548, nt. D.J.V., *Ars Aequi* VIII, 173, nt. J.H.B.

²⁶ In gelijke zin: VAN BRAKEL I, 2e dr., blz. 553; L. J. HIJMANS VAN DEN BERGH, Bestaat er behoefte aan een wettelijke regeling voor de beëindiging van duurzame contractuele rechtsbetrekkingen, in de opzegging waarvan niet is voorzien?, *Handelingen N.J.V.* 1952 I, blz. 134, II, blz. 71 e.v. Anders: H. WINKEL, *prae-advies N.J.V.* 1952, *Handelingen* 1952 I, blz. 196 e.v., II, blz. 90 e.v.; ASSER-

Indien de borgtocht door opzegging of door verloop van de vastgestelde tijd is geëindigd, is de borg aansprakelijk voor hetgeen de hoofdschuldenaar schuldig is geworden op grond van op de einddatum bestaande, onder de borgtocht vallende rechtsverhoudingen. In hoeverre betalingen door de hoofdschuldenaar aan de crediteur gedaan na de einddatum ten gunste van de borg werken, is een vraag, die aan de hand van de inhoud van de borgtocht moet worden beslist. Uit artikel 1861, laatste deel valt een aanmaning aan de rechter tot een voor de borg gunstige uitlegging af te leiden ²⁷.

Ook de overdracht van bankborgtocht stelt voor moeilijkheden. Op zichzelf is zij mogelijk, maar of dit in concreto zo is, zal telkens aan de hand van de aangegane borgtocht en van de omstandigheden moeten worden beoordeeld. De Hoge Raad staat terughoudend tegenover een dergelijke overdracht: 14 April 1927, N.J. 1927, 763, W. 11665. Zoals MEIJERS in zijn noot bij dit arrest opmerkt, gaat de Hoge Raad uit van een vermoeden van niet-overdraagbaarheid. A. F. VISSER daarentegen meent, dat, tenzij aangetoond kan worden, dat overdracht bij het aangaan van de borgtocht is uitgesloten, men moet uitgaan van het normale geval, dat bij overdracht van een schuld ook de accessoria overgaan ²⁸. LYON-CAEN wijst beide opvattingen af: „En cette matière, il n'y a de présomption en faveur . . . ; il y a lieu d'examiner les faits et les termes des conventions” ²⁹. Deze laatste opvatting is ook de mijne.

§ 5. *De verhouding schuldeiser-borg.*

De borg heeft de voorrechten van uitwinning en schuldsplitsing. Van beide rechten doet hij in de practijk regelmatig afstand. KAMPHUISEN is daarom van mening, dat deze afstand een bestendig gebruikelijk beding is, zodat deze voorrechten geacht moeten worden slechts dan te bestaan, als zij

RUTTEN, De overeenkomst en de verbintenis uit de wet, 2e dr., blz. 253. Enigermate een tussenstandpunt neemt, als ik het goed zie, VAN OPSTALL in: HOFMANN-VAN OPSTALL I, 8e dr., blz. 418 e.v.

²⁷ Vgl. LOSECAAT VERMEER t.a.p.

²⁸ Crediet- en Bankhypotheek, prfscr. R.U. Leiden 1922, blz. 105 e.v.

²⁹ LYON-CAEN et RENAULT, IV, no. 731.

uitdrukkelijk zijn overeengekomen ³⁰.

Uit artikel 1874, lid 1 zou men kunnen afleiden, dat, wanneer het voorrecht van schuldsplitsing wordt ingeroepen, de schuld tussen de borgen verdeeld wordt. Algemeen neemt men echter aan, dat het inroepen van dit voorrecht alleen werkt ten voordele van de borg, die er zich op beroept, zodat de anderen voor het geheel aansprakelijk blijven. Uiteraard kunnen ook zij het voorrecht inroepen.

Artikel 1884, lid 1 bepaalt, dat de borg zich tegenover de schuldeiser van alle excepties kan bedienen, die aan de hoofdschuldenaar toekomen. Het tweede lid van dat artikel zondert die excepties uit, „welke alleen den persoon van den schuldenaar betreffen”. Men is het er over eens, dat excepties gelezen moeten worden als: verweermiddelen.

Voorts nam men vroeger aan, dat het tweede lid van artikel 1884 alleen betrekking had op onbekwaamheid. De nieuwere schrijvers verstaan onder de verweermiddelen, die de persoon van de schuldenaar betreffen, die, welke hun rechtvaardiging vinden in zijn persoonlijke omstandigheden.

Op grond van artikel 1884, lid 1 staat vast, dat de borg zich kan beroepen op het gezag van gewijsde van een rechterlijke uitspraak, waarbij een vordering van de crediteur tegen de hoofdschuldenaar is afgewezen.

Lang is gestreden over de vraag, of het gezag van gewijsde ook kan worden ingeroepen tegen de borg, indien de eis tegen de hoofdschuldenaar is toegewezen. Bij arrest van 1 December 1939, N.J. 1940, 445, nt. E.M.M., heeft de Hoge Raad beslist, dat, aangezien de borg in het hoofdgeding geen partij is geweest, het gewijsde niet tegen hem geldt. Met betrekking tot verificatie van de vordering in het faillissement van de hoofdschuldenaar en diens bekentenis geldt hetzelfde ³¹.

Artikel 1877 bepaalt, dat de borg, die betaald heeft, gesubrogeerd wordt in de rechten, van de schuldeiser op de hoofdschuldenaar. Het artikel is een toepassing van artikel 1438, 3^o ³². Volgens artikel 1885 is de borg ontslagen, wan-

³⁰ T.a.p. blz. 770 e.v.

³¹ Zie de uitvoerige behandeling van deze vraag bij KORTHALS ALTES, blz. 59 e.v. Vgl. voorts ASSER - ANEMA - VERDAM, 5e dr., blz. 372 e.v.

³² Vgl. H. D. PIERSON, De subrogatie in het burgerlijk recht, prfchr. R.U. Utrecht 1941, blz. 79 e.v.; A. W. J. VAN VRIJBERGHE DE KONINGH, Subrogatie, Zwolle 1943, blz. 103 e.v.

neer hij door toedoen van de schuldeiser niet meer kan treden in de rechten, hypotheken en voorrechten van de crediteur.

Er bestaat geen verschil van mening, dat het artikel ziet op het geval, dat de crediteur anders dan door de normale uitoefening van zijn rechten subrogatie van de borg in zijn rechten onmogelijk maakt³³. Het betreft hier rechten, waarin de borg gesubrogeerd kan worden, niet uit eigen hoofde toekomende rechten.

Het artikel spreekt er niet over, dat de borg benadeeld moet zijn, wil het toepassing kunnen vinden. KAMPHUISEN meent, dat deze aangetoond moet worden. De Hoge Raad besliste in 1912 anders³⁴. Aan KAMPHUISEN kan worden toegegeven, dat in het arrest van 9 Januari 1930, N.J. 1930, 996, een aanwijzing ligt opgesloten, dat de Hoge Raad de eis van benadeling wellicht in de toekomst zal aanvaarden, evenzeer als KAMPHUISENS tweede stelling, dat bij gedeeltelijke benadeling de borg slechts in overeenkomstige mate is ontslagen³⁵.

KORTHALS ALTES neigt er toe artikel 1885 van openbare orde te achten, zodat bij de borgtocht niet zou kunnen worden bedongen, dat de borg op het artikel geen beroep zal doen³⁶.

Bij arrest van 21 April 1933, N.J. 1933, 867, nt. P.S. heeft de Hoge Raad uitgesproken, dat de crediteur zich niet op het beding tot afstand van het uit artikel 1885 voortvloeiende recht kan beroepen, indien hij te kwader trouw zekerheidsrechten, waarin de borg gesubrogeerd zou kunnen worden, heeft prijsgegeven³⁷.

Veelvuldig verbindt de borg zich jegens de crediteur als borg en hoofdelijk medeschuldenaar. De wet bevat wel zeer krachtige aanwijzingen, dat dan de bepalingen in zake de borgtocht wijken voor die van de hoofdelijkheid. Zie de artikelen 1869, 2° en 1331. De leer van de Hoge Raad is, dat

³³ Vgl. de noot van MEIJERS onder H.R. 9 Januari 1930, N.J. 1930, 996.

³⁴ H.R. 17 Mei 1912, W. 9365.

³⁵ De arresten van 31 December 1908, W. 8791 en 28 April 1911, W. 9179 luiden in andere zin.

³⁶ T.a.p. blz. 119.

³⁷ Anders KAMPHUISEN, die meent, dat de afstand van kracht blijft, doch de crediteur gehouden is tot schadevergoeding op grond van wanprestatie.

de zgn. hoofdelijke borg borg blijft en dat de verschillende hoofdelijkheids clausules niet meer inhouden dan dat de borg afstand doet van de voorrechten van uitwinning en schuld-splitsing. De quaeſtie is van belang, omdat de hoofdelijke medeschuldenaar in het algemeen een minder gunſtige poſitie heeft dan de borg ³⁸.

§ 6. *De verhouding borg—hoofdschuldenaar.*

Artikel 1876, lid 1 geeft de borg, die betaald heeft, een recht van verhaal op de hoofdschuldenaar. Deze bepaling ſchept een verbintenis uit de wet. Mogelijk is ook, dat het verhaalsrecht beruſt op een overeenkomst van borg en hoofdschuldenaar. Het verhaalsrecht van de borg is een eigen recht; het ſtaat naast de ſubrogatie van artikel 1877. De opvatting, dat er tuiſſen borg en hoofdschuldenaar een verhouding van laſtgeving of zaakwaarneming zou beſtaan is onjuuſt. De borg handelt krachten een eigen verplichting, niet namens de hoofdschuldenaar.

Met betrekking tot de omvang van het verhaalsrecht is artikel 1876 onduidelijk geredigeerd. Langs verſchillende wegen verenigen de ſchrijvers zich op deze opvatting, dat de borg kan terugvorderen alles wat hij ter zake van de borgtocht betaald heeft, alſmede alle ſchade, die hij overigens ten gevolge van de borgtocht geleden heeft.

Algemeen aanvaardt men, dat de borg tegenover de ſchuldenaar afstand van het verhaalsrecht kan doen. Niet duidelijk is, waarom hij dat niet zou kunnen doen tegenover de crediteur, omdat het reſultaat van beide rechtshandelingen hetzelfde is. Afſtand van het verhaalsrecht tegenover de crediteur kan b.v. voor deze van belang zijn in geval van faillieſement van de hoofdschuldenaar.

Volgens artikel 1877 wordt de borg geſubrogeerd in alle rechten, die de crediteur jegens de ſchuldenaar gehad heeft, d.w.z. in het recht op de praeſtatie en de rechten, die voor het verkrijgen van de praeſtatie van belang zijn. Zeer betwift

³⁸ H.R. 2 Mei 1890, W. 5781; 21 Februari 1913, N.J. 1913, 577, W. 9492, nt. E.M.M. Over het laaſte arreſt P. SCHOLTEN t.a.p., o.m. met uitvoerige beſchouwingen over de verhouding van borgtocht en hoofdelijkheid in het Romeinſe recht. SCHOLTEN eindigt met de conluſie, dat „een beding van hoofdelijkheid met den hoofdschuldenaar, wel allerlei moeilijke vragen doet rijzen, maar van geenerlei nut is.”

is, of de borg ook treedt in fiduciaire eigendomsrechten. Met KAMPHUISEN ben ik van mening, dat zulks het geval is. Ik acht dit een consequentie van de erkenning van de fiduciaire eigendomsoverdracht. Artikel 1877 bedoelt ongetwijfeld, dat de borg gesubrogeerd zal worden in zakelijke zekerheidsrechten; de fiduciaire eigendomsoverdracht functioneert als een zakelijk zekerheidsrecht ³⁹.

De regeling van het verval van het verhaalsrecht in artikel 1879 is deels onvolledig, deels onduidelijk. Volgens het eerste lid vervalt het regresrecht, indien de borg verzuimt van een door hem gedane betaling aan de hoofdschuldenaar mededeling te doen en deze eveneens betaalt. Wel heeft de borg een recht tot terugvordering tegen de crediteur.

Niet geregeld is het geval, dat de hoofdschuldenaar betaalt zonder de borg daaromtrent in te lichten, waarna deze zijnerzijds eveneens betaalt. Strikt nodig is overigens een regeling van dit geval niet, omdat de borg in dat geval onverschuldigd betaalt — de hoofdverbintenis is teniet gegaan — en het betaalde van de crediteur kan terugvorderen. Een regresactie op de hoofdschuldenaar heeft hij niet, omdat de borgtocht door het tenietgaan der hoofdverbintenis eveneens tot een einde is gekomen.

Het tweede lid van artikel 1879 is onduidelijk. Men verstaat het zo, dat het regresrecht vervalt, als de borg zonder gedagvaard te zijn en zonder de schuldenaar gewaarschuwd te hebben, dat hij van plan is te betalen, betaalt, terwijl op het ogenblik van de betaling de schuldenaar over een verweermiddel beschikt, dat tot afwijzing van een vordering jegens hem zou hebben geleid.

In deze constructie bevindt zich dan nog deze moeilijkheid, dat de borg, die na dagvaarding zonder meer betaalt, zijn verhaalsrecht behoudt. Bij alle onduidelijkheid is de wet echter op dit punt duidelijk.

§ 7. *De verhouding van borgen onderling.*

Voor de verhouding der borgen onderling geeft de wet een ongelukkige regeling in artikel 1881 ⁴⁰. De medeborg, die in rechte tot betaling is aangesproken of in geval van faillissement van de hoofdschuldenaar betaald heeft, heeft verhaal

³⁹ Aldus ook KORTHALS ALTES, blz. 102 e.v.

⁴⁰ Een krachtige bestrijding van de in artikel 1881 vervatte regeling vindt men bij KORTHALS ALTES, blz. 155 e.v.

op de andere borgen, ieder voor hun aandeel. Artikel 1881, lid 2 verklaart artikel 1329, lid 2 toepasselijk, zodat bij onvermogen van een der borgen zijn aandeel pondsponds gewijze over de anderen wordt omgeslagen.

Het hoofdbezwaar tegen de regeling is, dat zij het verhaal tussen medeborgen afhankelijk maakt van de instelling ener procedure tegen de borg, die betaalt, waardoorodeloos procederen wordt bevorderd.

Vrijwel het enige goede, dat men van artikel 1881 kan zeggen is, dat het regelend recht bevat. Het staat medeborgen derhalve vrij hun onderlinge verhouding zelfstandig en naar goedgevonden te regelen. Men moet echter in het oog houden, dat artikel 1881 een regeling geeft voor de verhouding tussen medeborgen en dat alleen overeenkomsten, welke die verhouding regelen, aan het artikel derogeren. Een bepaling in een borgtochtakte, dat de borg op eerste schriftelijke aanmaning van de crediteur zal betalen, heft de eis, dat de borg gedagvaard moet zijn, wil hij op medeborgen verhaal hebben, niet op. Een dergelijke bepaling in een akte van borgtocht is immers geen beding tussen medeborgen. Wel is het mogelijk een dergelijke bepaling in een overeenkomst tussen medeborgen op te nemen en dan derogeert zij wel aan de dagvaardingseis van artikel 1881 ⁴¹.

Moeilijk te beantwoorden is de vraag, of de borg, die betaalt, gesubrogeerd wordt in de rechten van de schuldeiser. Artikel 1881 geeft in principe op deze vraag geen antwoord, omdat het een zelfstandige verhaalsvordering geeft en niet handelt over subrogatie. Op grond van artikel 1438, 3° juncto artikel 1439 zou men aanvankelijk geneigd zijn bevestigend te antwoorden. Dan zou echter langs de weg van subrogatie artikel 1881 omzeild kunnen worden. Bovendien leidt een onbeperkt aanvaarden van de mogelijkheid van subrogatie in de praktijk tot moeilijkheden. De meeste schrijvers staan daarom de opvatting voor, dat subrogatie plaats vindt, indien en voor zover de betaald hebbende borg een verhaalsrecht heeft op zijn medeborgen krachtens artikel 1881. In de rechtspraak is echter een duidelijke tendens de betaald hebbende borg een recht op subrogatie jegens zijn medeborgen te ontzeggen ⁴².

⁴¹ Te weinig genuanceerd op dit punt is KAMPHUISEN, blz. 793.

⁴² Van de schrijvers wijst VAN BRAKEL subrogatie af; t.a.p. blz. 442.

Contractuele subrogatie en cessie helpen niet. Contractuele subrogatie niet, omdat zich hier geen geval, als bedoeld in artikel 1437, voordoet. Cessie niet, omdat de vordering door de betaling te niet is gegaan en dus niet meer overgedragen kan worden.

§ 8. *Het einde van de borgtocht.*

Uit een oogpunt van wetgevingstechniek is op de regeling van het te niet gaan van borgtocht (artt. 1882-1887) het een en ander aan te merken.

Het eerste artikel van deze afdeling — artikel 1882 —, bepalende, dat de borgtochtverbintenis te niet gaat door dezelfde oorzaken als andere verbintenissen, is overbodig. Daarentegen ontbreekt een bepaling, dat de borgtocht te niet gaat, als de hoofdverbintenis te niet gaat. Men bedenke echter, dat dit niet altijd het geval is. Zo is het mogelijk, dat de borgtocht blijft bestaan, als de hoofdverbintenis nietig wordt verklaard wegens onbekwaamheid van de hoofdschuldenaar (artikel 1858, lid 2). Zo bepaalt artikel 160 Faillissementswet, dat in geval van faillissement van de hoofdschuldenaar zijn borgen jegens de crediteuren verbonden blijven.

Artikel 1883 noemt ten onrechte het samenvallen van borg en hoofdschuldenaar schuldvermenging⁴³ en is overigens overbodig. Het samenvallen van borg en hoofdschuldenaar in één persoon doet de borgtocht niet te niet gaan. Het is dus niet nodig te bepalen, dat in een dergelijk geval de achterborg gebonden blijft, zoals artikel 1883 doet.

Volgens artikel 1886 ontslaat inbetalinggeving door de hoofdschuldenaar de borg, zelfs als de in betaling gegeven zaak onder de crediteur wordt uitgewonnen. Of men nu aanneemt, dat inbetalinggeving schuldvernieuwing is⁴⁴ — hetgeen mij juist lijkt —, dan wel van oordeel is, dat op inbetalinggeving de regels van schuldvernieuwing moeten worden toegepast⁴⁵, in beide gevallen is artikel 1886 naast artikel 1460, lid 2 overbodig.

⁴³ Vgl. artikel 1472.

⁴⁴ VAN BRAKEL I, 2e dr., blz. 183 e.v.

⁴⁵ ASSER-RUTTEN I, 2e dr., blz. 113; HOPMANN-VAN OPSTALL, 8e dr., blz. 225. Zie ook § 422 B.G.B.

§ 9. *Mengelwerk.*

In deze paragraaf vermeld ik een aantal artikelen in de huidige regeling, die met wat men zou kunnen noemen kleinere gebreken behept zijn.

a. Artikel 1863 bepaalt, dat de borgtochtverbintenis overgaat op de erfgenamen van de borg. Dit vloeit reeds voort uit de algemene beginselen van het erfrecht. Het artikel is dus overbodig ⁴⁶.

b. Volgens artikel 1864 moet de verplichte borg o.m. aan de eis voldoen, dat hij binnen het koninkrijk woont. Daarmede is bedoeld het Rijk in Europa.

c. Artikel 1867 spreekt van een rechterlijk gewijsde. Beter ware: rechterlijke uitspraak.

d. In artikel 1869, 4°, moeten de woorden „of van kennelijk onvermogen” vervallen.

e. In artikel 1871, lid 2 is onverklaarbaar wat bedoeld is met goederen, „welke voor de schuld zijn gehypothekeerd, en waarvan de schuldenaar niet meer in het bezit is”.

In dezelfde bepaling betekent „koninkrijk” weer: Rijk in Europa.

f. In artikel 1875 moet „rechtsvordering” zijn: schuld-vordering.

g. De aanhef van artikel 1880: „De borg kan, zelfs voordat hij betaald heeft, den schuldenaar aanspreken om door denzelfden schadeeloos gesteld of van zijn verbintenis ontheven te worden:”, is niet exact geredigeerd. Bedoeld is, dat in de in artikel 1880 genoemde gevallen de borg aan de schuldenaar kan vragen maatregelen te nemen, zodat hij van de borgtocht geen schade zal lijden, of hem van de borgtocht te ontslaan.

h. Artikel 1887 regelt een geval, dat wetstechnisch beter aan de gevallen van artikel 1880 had kunnen worden toegevoegd.

⁴⁶ Zie voor de oorsprong van deze bepaling in het Romeinse recht VAN OVEN, blz. 406 e.v.

Hoofdstuk III: Buitenlands recht.

§ 1. *Frankrijk* ⁴⁷.

Inhoud. Krachtens artikel 2011 van de Code Civil neemt de borg als eigen verplichting op zich de vervulling van de verbintenis van de hoofdschuldenaar. „Celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même” ⁴⁸.

Accessoir en subsidiair. Zonder hoofdverbintenis is er geen borgtocht (artikel 2012). De verplichting van de borg kan de hoofdverbintenis in zwaarte niet overtreffen (artikel 2013). Is dit wel het geval, dan is de borgtocht echter niet nietig, maar „seulement réductible à la mesure de l'obligation principale”. Minder zwaar dan de hoofdverbintenis mag de borgtocht echter wel zijn.

De nietigheid van de hoofdverbintenis heeft de nietigheid van de borgtocht tengevolge. Ook op wilsgebreken, die de hoofdverbintenis vernietigbaar maken, kan de borg een beroep doen. Immers, hij mag zich niet in *duriorum causam* aan de hoofdschuldenaar verbinden en, indien hij op de wilsgebreken geen beroep zou mogen doen, zou hij na betaald te hebben geen verhaal hebben op de hoofdschuldenaar ⁴⁹.

Wanneer de vernietigbaarheid der verbintenis voortspruit uit onbekwaamheid van de debiteur, blijft de borgtocht geldig, mits de borg bij het aangaan van de borgtocht het gebrek gekend heeft (artikel 2012, lid 2 juncto artikel 2036, lid 2) ⁵⁰.

⁴⁷ Hoewel er onder de huidige omstandigheden veel voor te zeggen is België en Luxemburg in ieder geval in een rechtsvergelijkende studie te betrekken, heb ik daarvan in dit geval afgezien, omdat, voor zover ik heb kunnen nagaan, het Belgische en het Luxemburgse recht niet wezenlijk van het Franse afwijken en dit prae-advies een zekere omvang niet mag te buiten gaan.

⁴⁸ PLANIOL-RIPERT-SAVATIER, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, T. XI, blz. 965 e.v.

⁴⁹ MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, T. III, blz. 9 e.v.; aldus ook reeds DOMAT, *Loix civiles*, 1re partie, Li III, Pl. IV, Sect. X; POTHIER, *Traité des obligations*, no. 381.

⁵⁰ DOMAT t.a.p.; *Cours de Paris* 16 November 1892, D. 1893.2. 227.

De borg heeft de voorrechten van uitwinning (artikel 2021) en schuldsplitsing (art. 2026). In de practijk wordt daarvan altijd afstand gedaan.

Ontstaan. Artikel 2015 zegt omtrent het ontstaan van de borgtocht: „Le cautionnement ne se présume point; il doit être exprès.” Voldoende is, dat de wil van de borg om dit te zijn duidelijk blijkt ⁵¹.

De bekwaamheid zich borg te stellen wordt bepaald naar de algemene regels van het verbintenissenrecht. De artikelen 2018-2020 — waarvan de artikelen 2018 en 2020 overeenkomen met onze artikelen 1864 en 1866 ⁵² — bevatten eisen, waaraan de borg in geval van verplichte borgstelling moet voldoen.

Krediet- en bankborgtocht. De erkenning van de mogelijkheid van deze vorm van borgtocht heeft in Frankrijk geen moeilijkheden gegeven, wellicht omdat artikel 2012 lid 1 duidelijker is dan ons artikel 1858, lid 1 ⁵³.

Verhouding schuldeiser-borg. Op dit punt zijn er geen principiële verschillen met het Nederlandse recht, behalve dat artikel 2021 de hoofdelijke borg uitdrukkelijk noemt, „auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires”.

De doctrine is verdeeld over de gevolgen van de hoofdelijkheidsclausule ⁵⁴. Sommigen willen de hoofdelijke borg volstrekt gelijk stellen met de hoofdelijke schuldenaar. Anderen wijzen er op, dat partijen bedoeld hebben een overeenkomst van borgtocht in het leven te roepen. Krachtens deze overeenkomst heeft de borg een zelfstandige verbintenis jegens de crediteur. Artikel 1216 C.C. bepaalt, dat, als een hoofdelijke schuld slechts één der schuldenaren aangaat, de andere schuldenaren ten opzichte van hem als borgen worden beschouwd. Men mag dus ten aanzien van de dusgenaamde hoofdelijke borg niet de regels der hoofdelijkheid toepassen. De hoofdelijke borg heeft alleen afstand gedaan van de voorrechten van uitwinning en schuldsplitsing.

⁵¹ PLANIOL-RIPERT-SAVATIER t.a.p., no. 1520, vermeldt een voorbeeld van een borgtocht, die werd afgeleid uit een brief van een zoon aan de crediteur van zijn vader, waarin hij verklaarde, dat de verplichtingen van zijn vader voor hem heilig zouden zijn.

⁵² Artikel 1865 overeenkomende met artikel 2019 C.C. is ingetrokken bij de wet van 2 Juli 1934, S. 347.

⁵³ Vgl. KAMPHUISEN, blz. 767.

⁵⁴ Vgl. PLANIOL-RIPERT-SAVATIER t.a.p.

De rechtspraak is genuanceerd. Een rechterlijke uitspraak in een geding tussen de crediteur en de hoofdschuldenaar heeft gezag van gewijsde tegenover de hoofdelijke borg⁵⁵. Hetzelfde geldt met betrekking tot stuiting van verjaring. De hoofdelijke borg kan zich niet beroepen op compensatie, die tussen de crediteur en de hoofdschuldenaar heeft plaats gevonden.

Anderzijds kent men de hoofdelijke borg wel het „*bénéfice de cession d'actions*” van artikel 2037 toe, het ontslag uit de borgtocht, wanneer de borg door toedoen van de crediteur niet in diens rechten gesubrogeerd kan worden (artikel 1885 B.W.). Dit „*bénéfice*” wordt de hoofdelijke schuldenaar ontzegd.

Ook kan de hoofdelijke borg zich in tegenstelling tot de hoofdelijke schuldenaar beroepen op dwaling van de hoofdschuldenaar.

Verhouding schuldenaar-borg. Er zijn geen principiële verschillen met het Nederlandse recht. Men construeert het regresrecht als een gevolg van lastgeving of van zaakwaarneming.

Omtrent de *verhouding van borgen onderling* en omtrent het *einde van de borgtocht* vertoont het Franse recht geen bijzondere trekken.

§ 2. Duitsland.

De borgtocht is in het Duitse recht een overeenkomst en wordt geregeld bij de „*einzelne Schuldverhältnisse*” (B.G.B. boek II, 7e afdeling, titel 18)⁵⁶.

Inhoud. Par. 765, lid 1 B.G.B.: „Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen.” De borg neemt een schuld op zich; hij is dus niet alleen maar aansprakelijk. De aansprakelijkheid is evenals bij de andere verbintenissen uitvlocisel van de schuld⁵⁷.

⁵⁵ Cour de Cassation (Civ.) 1 December 1885, D. 1886, 1.251; 6 Januari 1919, D. 1923, 1.112.

⁵⁶ J. VON STAUDINGER, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 4. Teil, 11. Auflage, blz. 2463 e.v.; LUDWIG ENNECCERUS-HEINRICH LEHMANN, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 15. Auflage, blz. 785 e.v.

⁵⁷ ENNECCERUS-LEHMANN, blz. 785.

De inhoud van de verbintenis van de borg is, dat hij er voor instaat, dat de hoofdschuld zal worden voldaan. Voldoet hij de hoofdschuld, dan voldoet hij daarmee tevens zijn eigen schuld⁵⁸. Volgens het B.G.B. is de verbintenis van de borg dus niet dezelfde als die van de debiteur. Hij staat er voor in, dat de verplichting van de debiteur jegens de crediteur zal worden nagekomen. De moeilijkheid, die men te onzent wel aanwezig heeft geacht in het geval van borgstelling voor een hoogst persoonlijke verplichting van de debiteur⁵⁹, doet zich in het Duitse recht niet voor. Het verschil tussen enerzijds de Nederlandse en de Franse en anderzijds de Duitse omschrijving van borgtocht is overigens in overwegende mate van theoretische aard.

Accessoir en subsidiair. De gebondenheid van de borg is afhankelijk van het bestaan der hoofdschuld. Tenzij anders is overeengekomen staat de borg in voor de voldoening van de hoofdschuld, zoals deze is op het ogenblik, waarop hij aangesproken wordt (§ 767 I, 1). In het bijzonder geldt dit, wanneer de hoofdschuld veranderd of vermeerderd is door schuld of verzuim van de hoofdschuldenaar (§ 767 I, 2). De hoofdschuldenaar kan echter niet door rechtshandelingen, b.v. dading of schulderkenning, verricht na het tot stand komen van de borgtocht, de verplichtingen van de borg verzwaren (§ 767 I, 3).

De borg heeft het voorrecht van uitwinning (§ 771).

Het voorrecht van schuldsplitsing kent het B.G.B. niet.

Ontstaan. Borgtocht moet schriftelijk worden aangegaan (§ 766). De rechtspraak stelt omtrent de inhoud van de akte geen andere eis dan de wil tot borgstelling duidelijk blijkt⁶⁰.

Voldoet de borg de schuld, dan wordt de borgtocht met terugwerkende kracht voor geldig aangemerkt (§ 766, 2).

Is de borgtocht een daad van koophandel, dan is geen akte vereist (§ 350 H.G.B.).

Krediet- en bankborgtocht zijn toegelaten.

Verhouding schuldeiser-borg. In beginsel kan de borg

⁵⁸ ENNECCERUS-LEHMANN verwijst naar D. 17.1.28: solvit et suo nomine.

⁵⁹ Zie blz. 179 e.v. Gelijk daar ter plaatse opgemerkt acht ik deze moeilijkheid niet belangrijk.

⁶⁰ Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 76, 200; 140, 218.

ieder verweermiddel van de hoofdschuldenaar tegen de crediteur inroepen (§ 768 I, 1).

Deze regel lijdt uitzondering in de volgende gevallen:

a. Wanneer de erfgenaam van de hoofdschuldenaar slechts beperkt aansprakelijk is voor de hoofdschuld, kan de borg zich daarop niet beroepen (§ 768 I, 2).

b. De borg kan zich niet beroepen op een met de hoofdschuldenaar gesloten dwangakkoord (§ 193 KO; § 73 Vergl O).

De wet kent de borg het voorrecht van uitwinning toe (§ 771), doch de borg kan van dit voorrecht uitdrukkelijk of stilzwijgend afstand doen (§ 773). In de practijk gebeurt dit vaak. Verbindt de borg zich als hoofdelijke schuldenaar, „Selbstschuldner”, dan betekent dit niet meer dan dat hij afstand heeft gedaan van schuldsplitsing.

Voorts mist de borg het voorrecht van uitwinning:

a. Wanneer hij koopman is en de borgtocht voor hem een daad van koophandel is (§ 349 en § 351 H.G.B.).

b. Wanneer de instelling van een vordering tegen de hoofdschuldenaar belangrijk bemoeilijkt is door verandering van woonplaats en dergelijke gebeurtenissen.

c. Wanneer de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard.

d. Wanneer kan worden aangenomen, dat verhaal op het vermogen van de hoofdschuldenaar niet zal leiden tot genoegdoening van de crediteur.

In de gevallen, bedoeld onder b en c, kan de borg zich weer wel op het voorrecht van uitwinning beroepen, als de crediteur voldoening van de schuld kan bewerkstelligen door het uitoefenen van een pandrecht of een recht van retentie.

De borg heeft een dilatoire exceptie, wanneer de hoofdschuldenaar de beschikking heeft over een verweermiddel of zich door compensatie voldoening kan verschaffen (§ 770 I en II).

Verhouding hoofdschuldenaar-borg. Betaalt de borg de crediteur, dan wordt hij gesubrogeerd in diens vordering met alle daaraan verbonden zekerheden (§ 774 I, 1). Voorts heeft hij recht van verhaal.

Verhouding borgen onderling. Tenzij anders is overeengekomen, staan medeborgen voor de voldoening van de hoofdschuld in als hoofdelijke schuldenaren. Diensvolgens heeft de borg, die betaald heeft, verhaal op zijn medeborgen

overeenkomstig de voor hoofdelijke schuldenaren geldende bepalingen; in de regel dus voor een evenredig deel (§ 774 II).

Einde van de borgtocht. Naast de algemene regels van het verbintenissenrecht gelden de volgende bijzondere bepalingen (§ 776).

Tenietgaan van de hoofdschuld doet de borgtocht vervallen. Komen hoofdschuldenaar en borg in één persoon samen te vallen, dan vervalt de borgtocht, tenzij hij de crediteur bepaalde extra zekerheden verschaft, b.v. doordat voor de schuld van de borg een pandrecht gevestigd is of iemand zich tot achterborg heeft gesteld.

Tenzij anders is overeengekomen, is de borg niet bevoegd de borgtocht op te zeggen. In geval er twijfel is, of een recht tot opzegging is bedongen, wil ENNECCERUS-LEHMANN de borg voor een toekomstige vordering (krediet- of bankborgtocht) het recht geven de borgtocht voor wat betreft nog niet plaats gehad hebbende kredietverlening te herroepen, indien er een zodanige verslechtering in de vermogenstoestand van de hoofdschuldenaar optreedt, dat de regresaanpraak van de borg in gevaar komt⁶¹.

Bestaat voor de vordering een bijzondere zekerheid — privilege, pand, hypotheek, medeborg(en) — en kan de borg door een daad⁶² van de schuldeiser niet in deze rechten treden, dan is hij in zoverre bevrijd als hij zich door de uitoefening van deze rechten voldoening had kunnen verschaffen. Men neemt aan, dat deze bepaling de enige verplichting van de crediteur jegens de borg aangeeft; een algemene zorgvuldigheidsplicht bestaat er voor de crediteur niet, daar borgtocht een eenzijdige overeenkomst is⁶³.

§ 3. Oostenrijk.

Het bijzondere van het Oostenrijkse recht is, dat het de borgtocht niet regelt bij de bijzondere overeenkomsten, maar als een zekerheidsrecht. De regeling is neergelegd in boek III, hoofdstuk 1 van het Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch:

⁶¹ T.a.p. blz. 802.

⁶² RG 65, 397.

⁶³ Vgl. ENNECCERUS-LEHMANN, blz. 803 en de daar aangehaalde literatuur.

„Von Befestigung der Rechte und Verbindlichkeiten“ (§ 1346 e.v.) ⁶⁴.

Inhoud. De borg heeft de verplichting de praestatie te verrichten, waartoe de hoofdschuldenaar verplicht is (§ 1346). In gevolge § 1350, 3 staat, in geval van zeer persoonlijke verplichtingen van de hoofdschuldenaar de borg in voor de voldoening van de vordering tot schadevergoeding, die de crediteur heeft. KLANG acht dit niet in strijd met het begrip borgtocht, aangezien „der Bürge nicht etwa die Verbindlichkeit des Hauptschuldners auf sich erstreckt, sondern nur ihre Erfüllung- und diese liegt auch in der Ersatzleistung verspricht“ ⁶⁵.

Accessoir en subsidair. De borgtocht is afhankelijk van de hoofdschuld (§ 1351). Een uitzondering daarop vormt § 1352, welke bepaalt, dat borgtocht voor een onbekwame geldig is, zelfs al was de borg met de onbekwaamheid onbekend.

De borg kan eerst worden aangesproken, nadat de hoofdschuldenaar gerechtelijk of buitengerechtelijk door de schuldeiser is aangemaand (§ 1355).

De borg heeft niet de voorrechten van uitwinning en schuldspplitsing (§ 1360 en § 1359).

Ontstaan. Voor het rechtsgeldig bestaan van de borgtocht is een akte nodig (§ 1346, 2). De wil tot borgstelling moet uit de akte duidelijk blijken; de rechtspraak eist niet, dat de oorzaak en het bedrag der schuld in de akte worden opgenomen ⁶⁶.

De eis van geschrift geldt niet als de borgtocht voor de borg een daad van koophandel is (§ 350 H.G.B.).

Krediet- en bankborgtocht zijn mogelijk.

Verhouding schuldeiser-borg. Gelijk gezegd kan de borg eerst worden aangesproken, nadat de hoofdschuldenaar gerechtelijk of buitengerechtelijk tot betaling is aangemaand (§ 1355).

Dit voorschrift moet niet worden vereenzelvigd met het voorrecht van uitwinning. In de eerste plaats is aanmaning voldoende en behoeft de hoofdschuldenaar dus niet te worden uitgewonnen. Vervolgens is het niet voldoen van de

⁶⁴ HEINRICH KLANG, Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. VI, 2e Auflage, blz. 201 e.v.

⁶⁵ T.a.p. blz. 213.

⁶⁶ Zie de rechtspraak, vermeld bij KLANG, blz. 205.

schuld na de aanmaning voorwaarde voor het aanspreken van de borg. Het voorrecht van uitwinning daarentegen kan eerst worden ingeroepen, nadat de borg aangesproken is.

Bij faillissement van de hoofdschuldenaar of als zijn verblijfplaats onbekend is, kan de borg direct worden aangesproken, mits de crediteur geen nalatigheid te verwijten valt (§ 1356).

§ 1355 is regelend recht. Er wordt veelvuldig van afge-
weken.

Is ter verzekering van de hoofdschuld een pandrecht gevestigd en doet de crediteur dit verloren gaan, dan kan de borg van hem schadevergoeding vorderen (§ 1360). De borg wordt gesubrogeerd in alle zekerheidsrechten, die de crediteur heeft (§ 1358). Hoewel § 1360 alleen van pandrecht spreekt, brengt men in verband met § 1358 alle zekerheidsrechten onder de werking van § 1360⁶⁷.

Men kan zich ook verbinden als „Bürge und Zahler” (§ 1357). In dat geval kan de crediteur naar believen de borg of de hoofdschuldenaar als hoofdelijke schuldenaren aanspreken. Overigens blijven de bepalingen van borgtocht gelden.

Verhouding schuldenaar-borg. De borg heeft verhaal op de hoofdschuldenaar; men baseert dit op lastgeving of op zaakwaarneming. Voorts wordt hij gesubrogeerd in de rechten van de crediteur (§ 1358).

Ook al is de hoofdschuld nog niet openbaar, dan kan de borg toch van de debiteur zekerheid eisen, dat hij van de borgtocht geen schade zal ondervinden, „wenn ein gegründetes Besorgnis der Zahlungsunfähigkeit oder der Entfernung aus den Erbländern eintritt” (§ 1365).

Verhouding borgen onderling. Elke borg staat in voor het gehele bedrag (§ 1359).

Tenzij anders is overeengekomen, bestaat er regresrecht van de betaald hebbende borg op zijn medeborgen voor gelijke delen, overeenkomstig de regels, die bij hoofdelijkheid gelden (§ 896).

Einde van de borgtocht. Er zijn twee bepalingen, die voor wat betreft het einde van de borgtocht aandacht verdienen.

Ontslag uit de borgtocht tast het regresrecht van medeborgen op de ontslagen borg niet aan (§ 1363).

⁶⁷ KLANG, blz. 237.

De borgtocht gaat teniet door de dood van de borg, daar hij wordt aangemerkt als een verplichting van hoogst persoonlijke aard⁶⁸. In gevolge § 1367 blijft evenwel de borgtocht, waarvoor geen hypotheek of pand is gegeven, nog gedurende ten hoogste drie jaren na de dood van de borg bestaan.

§ 4. *Zwitserland.*

De borgtocht is geregeld in titel 20 van de Code des Obligations. Deze titel is ingrijpend gewijzigd bij de wet van 10 December 1941, welke wet op 1 Juli 1942 in werking getreden is.

Aan de nieuwe regeling liggen de volgende uitgangspunten ten grondslag:

- a. bescherming tegen lichtzinnige borgstelling;
- b. verlichting van de aansprakelijkheid van de borg;
- c. verruiming van zijn regresrecht.

Als consequentie van deze uitgangspunten bepaalt artikel 492, lid 4, dat de borg niet bij voorbaat van hem door de wet toegekende rechten afstand mag doen, tenzij de wet anders bepaalt. M.a.w. de bepalingen omtrent borgtocht in het Zwitserse recht zijn in principe dwingend recht⁶⁹.

Inhoud. Artikel 492 omschrijft de borgtocht als volgt: „Le cautionnement est un contrat par lequel une personne s'engage envers le créancier à garantir le paiement de la dette contractée par le débiteur.”

De borg heeft een eigen verplichting, die tot inhoud heeft het instaan voor de voldoening van eens anders schuld.

Nu eens zal de borg die verplichting nakomen door de hoofdschuld te voldoen, dan weer door de schade te vergoeden, die de crediteur lijdt door wanpraestatie van de hoofdschuldenaar⁷⁰.

Accessoir en subsidiair. Artikel 492, lid 2 drukt het accessoire karakter van de borgtocht op dezelfde wijze uit als artikel 2012 C.C.: „Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable.” Het accessoire karakter wordt strikt volgehouden. Wie zich verbindt in te staan voor de

⁶⁸ Vgl. § 548 A.B.G.B.

⁶⁹ THEO GUHL, Das schweizerische Obligationenrecht, 5. Auflage, blz. 410 e.v.

⁷⁰ GUHL, blz. 410.

nakoming van een overeenkomst, die wegens dwaling of onbekwaamheid vernietigbaar is, wordt als borg *beschouwd*, mits hij op het ogenblik dat hij zich bond het gebrek van de overeenkomst kende.

De borg staat nimmer voor meer in dan voor het maximum bedrag, dat in de akte van borgtocht is bepaald.

Binnen deze grens gelden voorschriften van aanvullend recht (artt. 499 en 500).

Het subsidiaire karakter van de borgtocht komt in hierna te bespreken voorschriften naar voren.

Krediet- en bankborgtocht. Uitdrukkelijk is bepaald, dat borgtocht voor toekomstige en voorwaardelijke verbintenissen mogelijk is (artikel 492, lid 2).

Ontstaan. Voor de totstandkoming van de borgtocht gelden verschillende vormvoorschriften (artikel 493).

Iedere borgtocht moet schriftelijk worden aangegaan en het maximum bedrag, waartoe de borg verplicht is, moet in de akte worden aangegeven.

Voor natuurlijke personen gelden bovendien de volgende voorschriften.

Bij borgtocht voor een bedrag van ten hoogste Zw.fr. 2.000,— moet de borg het maximum bedrag eigenhandig schrijven.

Hetzelfde geldt voor een beding, waarbij hij zich als hoofdelijke borg verbindt.

Voor een borgtocht van meer dan Zw.fr. 2.000,— is een authentieke akte nodig.

Dezelfde vormvoorschriften gelden voor het verlenen van een volmacht tot het aangaan van borgtocht (artikel 493, lid 6). Daarmede is een oude strijdvraag opgelost, n.l. of borgtocht door middel van vertegenwoordiging kan worden aangegaan.

Vormen van borgtocht. Het Zwitserse wetboek kent verschillende vormen van borgtocht.

Eenvoudige borgtocht. De verplichting is niet alleen accessoir, doch tevens in sterke mate subsidiair.

De schuldeiser kan de borg niet aanspreken, tenzij de debiteur in staat van faillissement is verklaard; een akkoord is tot stand gekomen; bij onherroepelijk gewijsde is beslist, dat goederen, waarop verhaal zou kunnen worden gezocht, niet aanwezig zijn; of de debiteur zijn domicilie naar het buitenland heeft overgebracht (artikel 495).

Bestaan er met betrekking tot de schuld zakelijke zekerheidsrechten, dan kan de borg eisen, dat de crediteur deze eerst benut, tenzij de debiteur in staat van faillissement is verklaard of een akkoord tot stand gekomen is.

In geval van faillissement van de debiteur is de crediteur verplicht zijn vordering te doen verifiëren en voorts alles te doen tot bewaring van zijn rechten (artikel 505, lid 2).

Tot de eenvoudige borgtocht worden gerekend de achterborg, de borg, die instaat voor de regresplicht van de debiteur tegenover de borg, die betaald heeft ⁷¹, en de borg, die voor een deel van de hoofdschuld instaat.

Hoofdelijke borgtocht. Bij deze borgtocht ontbreekt in beginsel het subsidiair karakter. Vóór 1941 kon de hoofdelijke borg worden aangesproken vóór de hoofdschuldenaar en voor de executie van zakelijke zekerheidsrechten op onroerend goed („gages immobiliers”). Bij de wet van 1941 is zijn positie versterkt, doordat de hoofdelijke borg slechts kan worden aangesproken, indien de hoofdschuldenaar in verzuim is en aanmaning geen resultaat heeft gehad of algemeen bekend is, dat hij niet solvabel is (artikel 496, lid 1).

Voorts kan de borg worden aangesproken, voordat pandrechten op roerende lichamelijke en onlichamelijke zaken zijn geëxecuteerd, indien en voor zover deze naar het oordeel van de rechter niet voldoende zullen zijn om de schuld te betalen. Deze bepaling is echter van aanvullend recht en haar toepasselijkheid wordt in de regel uitgesloten ⁷².

Tenslotte kan de hoofdelijke borg worden aangesproken in geval van faillissement van de hoofdschuldenaar of van een akkoord (artikel 496, lid 2).

⁷¹ Een voorbeeld van een zodanige borgtocht vindt men in Rb. Arnhem 28 April 1938, N.J. 1939, 515. De rechtbank merkt in dit vonnis op, dat niet de naam, die partijen aan haar overeenkomst hebben gegeven, doch het wezen daarvan beslissend is en dat het er daarom niet toedoeft, dat partijen haar overeenkomst „Rückbürgschaft” hebben genoemd, hoewel van achterborgtocht geen sprake is. In het Zwitserse, Duitse en Oostenrijkse recht is de achterborg echter niet een „Rückbürge” doch een „Nachbürge”. De naam, die partijen — één van haar was een Zwitserse naamloze vennootschap — aan haar overeenkomst hadden gegeven, was dus in overeenstemming met het wezen. Ook KAMPFUISEN stond het verschil tussen „Rückbürge” en „Nachbürge” blijkbaar niet duidelijk voor de geest, want hij vermeldt de aangehaalde uitspraak van de rechtbank met instemming, blz. 764.

⁷² GUHL, blz. 420.

Medeborgtocht. Ook hierbij kunnen zich verschillende gevallen voordoen. Hebben de medeborgen zich onafhankelijk van elkaar borg gesteld, dan staat ieder in voor het bedrag, waarvoor hij zich borg stelde. De borg, die betaald heeft, heeft naar evenredigheid een recht van verhaal op de andere borgen, tenzij anders is overeengekomen.

Hebben verschillende personen zich tezamen voor een deelbare hoofdschuld borg gesteld en bestaat er noch onderling, noch met de hoofdschuldenaar hoofdelijkheid, dan staan zij ieder voor een evenredig deel als eenvoudige borgen voor de hoofdschuld in.

Meestal zijn medeborgen hoofdelijke borgen. Elke borg kan echter weigeren meer dan zijn evenredig deel te betalen, zo lang de crediteur de andere borgen niet eveneens tot betaling heeft aangesproken. Hij kan eveneens betaling weigeren, indien er voor zover de medeborgen betaald hebben of zakelijke zekerheid hebben gesteld. De borg, die betaald heeft, heeft naar evenredigheid verhaal op de medeborgen, tenzij anders overeengekomen is. Hij kan dit verhaal zelfs uitoefenen, vóór hij verhaal zoekt op de hoofdschuldenaar (artikel 497).

Verhouding schuldeiser-borg. De borg is bevoegd en verplicht alle verweermiddelen, die de hoofdschuldenaar heeft, aan de schuldeiser tegen te werpen (artikel 502). Hij kan zich zelfs van de verweermiddelen bedienen, waarvan de hoofdschuldenaar afstand heeft gedaan.

Voorts heeft de borg een aantal eigen verweermiddelen, waarvan ik de voornaamste vermeld. In de eerste plaats het niet opeisbaar zijn van de borgtochtsverplichting, indien de termijn, voor de opeisbaarheid van de hoofdschuld gesteld, nog niet verstreken is.

Vervolgens het beroep op schending van de zorgvuldigheidsplicht van de crediteur ten aanzien van de rechten van de borg; de borg is dan bevrijd, indien en voor zover hij benadeeld is. Eindelijk kan de borg als verweer voeren, dat hem de noodzakelijke inlichtingen niet zijn gegeven, dat bewijsstukken niet zijn overgelegd en dat zaken, ten aanzien waarvan de crediteur pandrecht of recht van retentie had, hem niet zijn overgedragen. Ook in dit geval is de borg bevrijd, indien en voor zover hij benadeeld is.

De borg heeft tenslotte het recht aan de rechter te vragen zijn uitwinning stop te zetten tegen het stellen van zakelijke

zekerheid. Dit geldt bij iedere vorm van borgtocht. In dat geval kan de borg pas verder worden aangesproken, nadat alle zakelijke zekerheidsrechten zijn geëxecuteerd, de debiteur is uitgewonnen of een akkoord is gesloten (artt. 501, 503, 505).

Verhouding schuldenaar-borg. In een aantal gevallen, dat zijn rechtspositie is verzwakt, kan de borg van de schuldenaar het stellen van zekerheid vragen. Is bovendien de schuld opeisbaar, dan kan hij in die gevallen vragen van de borgtocht ontslagen te worden. De schuldenaar moet dan maar zien, hoe hij de medewerking van de crediteur daartoe verkrijgt (artikel 506) ⁷³.

De borg heeft een zelfstandig verhaalsrecht op de borg en wordt gesubrogeerd in de rechten van de schuldeiser.

Het verhaalsrecht gaat verloren, wanneer de borg de hoofdschuldenaar niet in kennis heeft gesteld van de betaling en deze te goeder trouw zijnerzijds betaalt (artikel 508). Eveneens gaat het verhaalsrecht verloren, wanneer de borg geen beroep doet op verweermiddelen van de hoofdschuldenaar, die tot bevrijding van de borgtocht hadden kunnen leiden, tenzij hij te goeder trouw met het bestaan van deze verweermiddelen niet bekend was (artikel 502, lid 3).

Verhouding borgen onderling. Zie onder vormen van borgtocht.

Einde van de borgtocht. De borgtocht eindigt in het algemeen op dezelfde wijze als alle verbintenissen eindigen, alsmede door het teniet gaan van de hoofdschuld.

Voor natuurlijke personen geldt als algemeen beginsel, dat de borgtocht niet langer dan twintig jaren kan duren. Deze termijn kan met ten hoogste tien jaren worden verlengd. Ook kan een nieuwe overeenkomst op dezelfde voorwaarden worden aangegaan (artikel 509).

De borg voor een toekomstige vordering kan, zo lang de hoofdschuld niet ontstaan is, de borgtocht herroepen, indien zijn risico sedert het aangaan van de borgtocht belangrijk vergroot is. De herroeping geschiedt schriftelijk aan de crediteur. Eventuele schade van de crediteur moet de borg vergoeden, wanneer de crediteur op de borgtocht heeft vertrouwd (artikel 510).

⁷³ GUHL, blz. 431.

§ 5. Italië.

Ook in Italië is een nieuwe regeling van de borgtocht tot stand gekomen met de invocring met ingang van 21 April 1942 van de nieuwe Codice Civile. De borgtocht is vervat in titel 22 van het vierde boek: verbintenissen (artikelen 1936-1959) ⁷⁴.

De nieuwe regeling sluit zich in grote lijnen aan bij de regelingen, die uitgaan van de borgtocht als een belangrijke instelling in het credietwezen, die voor de credietgevers aantrekkelijk moet blijven. Niettemin bevat zij enkele belangrijke verbeteringen in de positie van de borg.

Bij borgtocht voor toekomstige vorderingen kan te allen tijde worden opgezegd, indien de borgtocht voor onbepaalde tijd is aangegaan. In ieder geval kan een zodanige borgtocht na verloop van vijf jaar worden opgezegd.

Gaat bij een borgtocht voor toekomstige vorderingen de schuldeiser door met credietverlening, nadat hem bekend geworden is, dat de mogelijkheid van verhaal op de hoofdschuldenaar belangrijk verminderd is en zonder goedkeuring van de borg en zonder dat een dringende reden voor zijn handelwijze aanwezig is, dan wordt de borg niet verbonden.

Een borg wordt bevrijd, indien de schuldeiser binnen zes maanden na het opeisbaar worden der hoofdverbintenis noch de borg heeft aangesproken, noch een vervolging in rechte tegen de hoofdschuldenaar heeft aangevangen of deze vervolging niet met spoed voortzet.

Hoofdstuk IV: Het recht der toekomst.

Ik stel mij voor in dit hoofdstuk de voornaamste punten voor een nieuwe wettelijke regeling aan te geven. Uit de weergave van het contemporaine recht in Nederland en enkele andere landen in de hoofdstukken II en III is voldoende duidelijk geworden, welke vragen bij een wettelijke regeling van de borgtocht om voorziening vragen. Daardoor bevat dit hoofdstuk mede de conclusies, welke naar mijn mening uit het *ius constitutum* en uit de vergelijking met de ons omringende rechtstelsels kunnen worden getrokken.

⁷⁴ Voor het Italiaanse recht heb ik alleen de Codice Civile geraadpleegd.

1. In hoofdstuk I heb ik er reeds op gewezen, dat een regeling van de borgtocht rekening moet houden met twee aspecten. Enerzijds het gevaar, dat in de borgtocht blijkens de practijk voor de borg gelegen is; anderzijds de functie van de borgtocht in het geheel van het credietwezen.

De twee uitersten zijn een regeling met veel bepalingen van dwingend recht ter bescherming van de borg en een regeling, die zoveel mogelijk tegemoet komt aan de wensen en de belangen van de credietgevers.

Een voorbeeld van een regeling, als eerst bedoeld, is die van de Zwitserse Code des Obligations. De Italiaanse regeling, vervat in de Codice Civile, sluit zich meer aan bij regelingen als die van de Code Civil en ons B.W., die partijen ten aanzien van de inhoud van af te sluiten overeenkomsten van borgtocht grote vrijheid laten. Nochtans bevat de Italiaanse regeling enkele belangrijke versterkingen van de positie van de borg.

Het staat vast, dat de borgtocht nog steeds een belangrijk onderdeel is van het instrumentarium van zekerheden, waarvan het credietwezen gebruik maakt. Aan deze maatschappelijke behoefte zal een nieuwe regeling moeten tegemoet komen. Zij zal daarom moeten aansluiten bij de huidige regeling.

Wel is het gewenst op het voetspoor van het Italiaanse wetboek op enkele punten de positie van de borg te versterken.

2. Een tweede vraag, die beantwoord moet worden, is die van de plaats der regeling in de codificatie. Moet de borgtocht geregeld worden als een der bijzondere overeenkomsten of moet hij, als in Oostenrijk, bij de zekerheidsrechten een plaats vinden?

Voor Nederland is die vraag al beantwoord door de aanvaarding van de opzet der nieuwe codificatie, die de borgtocht in boek 5 — zakelijke rechten —, noch in boek 6 — algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht — een plaats geeft, doch hem verwijst naar boek 7 — bijzondere overeenkomsten —.

Ik acht die keus juist. De borgtocht schept geen zakelijk, doch een persoonlijk recht en vertoont duidelijk het type van een apart soort overeenkomst.

3. Wat de inhoud van de borgtocht betreft kan het huidige artikel 1857 practisch worden gehandhaafd. Borgtocht

is een overeenkomst, waarbij een derde zich tegenover een schuldeiser verbindt de verbintenis van een bepaalde schuldenaar van de schuldeiser te voldoen. De borg heeft een eigen verplichting, de schuld van de hoofdschuldenaar te voldoen. Zijn schuld is niet dezelfde als die van de schuldenaar; wel hebben beide schulden hetzelfde object. Voldoet de borg, dan betaalt hij de schuld van de schuldenaar en tevens zijn eigen schuld. *Solvit et suo nomine* ⁷⁵.

Ik acht het niet strikt nodig te bepalen, dat in geval van borgstelling voor verplichtingen van de hoofdschuldenaar, die hij alleen persoonlijk kan nakomen, de borg alleen aansprakelijk is voor het voldoen van de schade, vergoeding in geld, die bij niet-nakoming van de hoofdverbintenis verschuldigd is. Met **POTHIER** meen ik, dat in zulk een geval de verbintenis wordt omgezet in een tot vergoeding van kosten, schaden en interessen. Aan deze verbintenis kan de borg wel voldoen ⁷⁶.

Van de door ons besproken rechtstelsels bevat alleen het Oostenrijkse wetboek een bepaling in deze geest. Bezwaar tegen het opnemen van een dergelijke bepaling bestaat er m.i. niet. Men zal dan een omschrijving van het begrip „persoonlijke verplichtingen van de debiteur” moeten geven. Men benadert dit op aanvaardbare wijze, als men zegt, dat dit de verplichtingen zijn, die bestaan in iets anders dan de betaling van een geldsom.

4. Borgtocht legt op de borg een zware verplichting. Bij het aangaan van de borgtocht moet deze zich dit goed bewust zijn. Een middel daartoe is hem te dwingen mede te werken aan een exacte formulering van zijn verplichtingen door deze op schrift te stellen. Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland eisen een akte; Frankrijk en Italië niet.

Volgens het Duitse wetboek heeft het ontbreken van een akte geen nietigheid ten gevolge, indien de borg zijn verplichtingen nakomt. De Oostenrijkse praktijk is gemakkelijk voor wat betreft de inhoud der akte. De Zwitserse regeling is zeer streng.

Men moet de betekenis van de eis, dat een overeenkomst op schrift moet worden gesteld, niet overdrijven. De meeste mensen zijn gemakkelijk met het tekenen van een stuk in-

⁷⁵ D. 17.1.28; vgl. noot 58. Zie voorts J. EGGENS, Samenval van momenten in rechtshandelingen, *Themis* 1936 no. 4; Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen I, 2e dr., blz. 168 e.v.

⁷⁶ **POTHUIS** no. 397.

dien hun dat wordt voorgelegd door iemand, in wie zij vertrouwen hebben. Heel vaak zullen toekomstige borgen op de inhoud van de akte weinig of geen invloed kunnen oefenen, omdat van formulieren gebruik wordt gemaakt zoals bij de bankborgtocht.

Toch gevoel ik ervoor te bepalen, dat een borgtocht alleen bij geschrift kan worden aangegaan. Geschrift heeft in ieder geval deze werking, dat degene, die zich door middel daarvan gaat verbinden, zich realiseert, dat hij een ernstige zaak op zich neemt. De verplichtingen, uit borgtocht voortvloeiende, zijn voorts zo ingrijpend, dat zij de neerlegging daarvan in een geschrift rechtvaardigen.

Een onderhandse akte zij voldoende. Voorts ware aan te sluiten bij het Duitse wetboek in die zin, dat de voldoening van de schuld door de borg het vormgebrek, bestaande in afwezigheid van een akte, met terugwerkende kracht opheft.

De Italiaanse wet eist in artikel 1937, dat de wil van de borg om zich als zodanig te verbinden duidelijk moet blijken: „La volontà di prestare fideiussione deve essere espressa.” Dit artikel komt overeen met artikel 1861 B.W. en artikel 2015 van de Code Civil. Het opnemen van een dergelijke bepaling naast de eis van geschrift acht ik overbodig. Borgtocht is naar zijn aard alleen aanwezig, indien partijen het er over eens zijn geworden een borgtocht aan te gaan. Een dergelijke bepaling is een, het zij erkend zwakke, aanduiding, dat de wetgever niet geheel gerust is over de eisen, die voor de totstandkoming van de overeenkomst in quaestie gelden.

5. Nu de practijk de voorrechten van uitwinning en schuldsplitsing buiten werking heeft gesteld, moet de wet het niet doen voorkomen, alsof deze voorrechten voor de borgtocht fundamenteel zijn. Zij moeten dus uit de wet verdwijnen. Natuurlijk kunnen partijen ze uitdrukkelijk overeenkomen. Ook moet het mogelijk zijn te bedingen, dat de borg eerst na aanmaning zal kunnen worden aangesproken.

Bestaan de voorrechten van uitwinning en schuldsplitsing niet, dan staat het de crediteur vrij aan te spreken wie hij wil, de hoofdschuldenaar of de borg. Dit maakt het noodzakelijk de borgtocht af te grenzen tegenover de hoofdelijkheid.

Van belang zijn te dezer zake de artikelen 6.1.2., leden 1 en 2, en 6.1.9.8 van het ontwerp van het driemanschap voor boek 6 van het nieuwe B.W.

Artikel 6.1.2 bepaalt:

„1. Zijn twee of meer schuldenaren een ondeelbare praestatie verschuldigd, dan zijn zij hoofdelijk verbonden.

2. Zijn twee of meer schuldenaren een deelbare praestatie verschuldigd, dan zijn zij ieder voor een gelijk deel verbonden, tenzij uit wet, gewoonte, overeenkomst of uiterste wil voortvloeit dat zij voor ongelijke delen of hoofdelijk verbonden zijn.”

Artikel 6.1.9.8. bepaalt:

„Zijn twee of meer personen aansprakelijk voor dezelfde schade, dan zijn zij hoofdelijk verbonden.”

Naar mijn mening zullen op de borg, die de voorrechten van uitwinning en schuldsplitsing mist, de bepalingen over de hoofdelijkheid niet van toepassing zijn. Wie zich als borg verbindt wil, dat op zijn rechtsverhouding met de crediteur de regels van de borgtocht, niet die van hoofdelijkheid toepasselijk zullen zijn. Voorts geldt, dat de borg en de hoofdschuldenaar ieder een eigen verplichting hebben, zodat men niet kan zeggen, dat zij dezelfde prestatie verschuldigd zijn of aansprakelijk voor dezelfde schade. Zou men daarover echter anders oordelen, dan kan worden gesteld, dat uit het feit, dat de wet een uitgebreide regeling van de borgtocht bevat, krachtens welke de schuldeiser het recht heeft aan te spreken wie hij wil, een borg of de hoofdschuldenaar, afgeleid moet worden, dat ten aanzien van de verhouding van borg en hoofdschuldenaar de regels van de hoofdelijkheid niet gelden.

Komt men hoofdelijkheid overeen, terwijl in wezen een overeenkomst van borgtocht bedoeld is, dan zal de rechter, als hem dit aannemelijk wordt gemaakt, op de overeenkomst de bepalingen van de borgtocht toepassen. Niet de naam, die partijen aan haar overeenkomst geven, is beslissend, maar derzelver wezen.

Ter voorkoming van alle misverstand ware in de regeling de term hoofdelijkheid te vermijden.

6. Borgtocht is naar zijn aard een accessoire verbintenis. Hij is alleen bestaanbaar als er een geldige hoofdverbintenis is. Kan het subsidiaire karakter vervallen, het accessoire moet behouden blijven, anders is borgtocht geen borgtocht meer.

Artikel 1858, lid 2 maakt op dit accessoire karakter inbreuk door ook borgtocht toe te laten voor verbintenissen,

die op grond van een de schuldenaar persoonlijk betreffende exceptie vernietigd kunnen worden. De onzekerheid wat een de schuldenaar persoonlijk betreffende exceptie is ware op te heffen door dit begrip te vervangen door onbekwaamheid. Voorts zal de borg bij het aangaan van de borgtocht met de onbekwaamheid van de schuldenaar bekend moeten zijn geweest. Ik zie geen reden voor een wettelijk voorschrift, dat de borg gebonden houdt, wanneer de schuldenaar zich met een beroep op onbekwaamheid kan bevrijden, terwijl de borg met de onbekwaamheid niet op de hoogte was. In het maatschappelijk verkeer is het immers zo gesteld, dat de borg pas in tweede instantie voor het voetlicht treedt, ook al bestaan de voorrechten van uitwinning en schuldsplitsing niet ⁷⁷.

Rechtstheoretisch is het zuiverder het Zwitserse wetboek te volgen en de bepaling niet te construeren als een uitzondering op het accessoire karakter van de borgtocht, maar te bepalen, dat ten aanzien van een dergelijke overeenkomst de regels van de borgtocht van overeenkomstige toepassing zullen zijn.

In ieder geval zal een regeling nodig zijn van het regresrecht van de (zgn.) borg op de onbekwame hoofdschuldenaar. Immers de borg, die betaalt, voldoet niet een schuld van de hoofdschuldenaar. Voor de hand ligt een regresrecht, dat beperkt is tot het bedrag, waarmee de hoofdschuldenaar is gebaat. De actie uit ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6.4.3.1. ontwerp - driemanschap) baat niet, omdat de hoofdschuldenaar niet ten koste van de borg is verrijkt.

7. De borg verbindt zich de verbintenis van de schuldenaar te voldoen. Tot meer dan die verbintenis inhoudt, is hij niet verplicht. Volgens artikel 1859, lid 1, kan hij zich evenmin onder meer bezwarende voorwaarden verbinden. Het is gewenst deze bepaling te handhaven.

Onder het huidige recht neemt men aan, dat een borg zich niet onder meer bezwarende voorwaarden verbindt, indien in de borgtocht bewijsafspraken zijn opgenomen, die niet voor de schuldenaar gelden. Bij arrest van 21 Februari

⁷⁷ Zwitserland eist, dat de borg met de onbekwaamheid op de hoogte was (artikel 492, lid 2); Italië vermeldt deze eis niet (artikel 1939). KAMPHUISEN, blz. 758, neemt voor het huidige recht aan, dat de borg de onbekwaamheid moet kennen; evenzo krachtig LAND-LOSECAAT VERMEER V, blz. 708.

1913, N.J. 1913, 577, W. 9492, besliste de Hoge Raad, dat de borg, die zich verbindt om ten aanzien van het bedrag, waarvoor hij aansprakelijk zal worden gesteld, zich te gedragen aan dat, hetwelk de boeken van de schuldenaar uitwijzen als door de hoofdschuldenaar verschuldigd, zich niet tot meer of onder meer bezwarende voorwaarden dan de hoofdschuldenaar verbindt ⁷⁸.

Ik acht dit niet juist. Bewijsafspraken, die het gevolg hebben, dat tegen de borg gemakkelijker bewijs kan worden geleverd dan tegen de hoofdschuldenaar, hebben ten gevolge, dat de borg onder meer bezwarende voorwaarden dan de schuldenaar verbonden is ⁷⁹. Wil men dergelijke bewijsafspraken in de verhouding schuldeiser-borg mogelijk maken — naast het voorbeeld in het arrest van 1913 kan men de accountantsverklaring noemen —, dan zal men moeten bepalen, dat zij toegelaten zijn.

Maakt overtreding van artikel 1859, lid 1 de borgtocht nietig? Neen, zegt het tweede lid; de borgtocht bepaalt zich dan tot datgene, hetwelk in de hoofdverbintenis is begrepen. Om twijfel uit te sluiten lijkt het mij wijs deze bepaling te handhaven.

KAMPHUISEN wijst er op, dat het in dit geval mogelijk is, dat de borg toch voor het excedent aansprakelijk wil zijn, doch dan op grond van een andersoortige garantieovereenkomst ⁸⁰. Dat is een quaestie van interpretatie. Wordt uitdrukkelijk *borgtocht* voor een grotere schuld dan de hoofdverbintenis aangegaan, dan zal terugbrengen tot het bedrag van de hoofdschuld moeten volgen. Omtrent een eventueel toch op grond van een andere overeenkomst het excedent verschuldigd zijn ware niets te bepalen.

8. Voor het huidige recht neemt men vrij algemeen aan, dat borgtocht voor een natuurlijke verbintenis mogelijk is. Dit heeft alleen zin, wanneer de borg wel tot nakoming kan worden aangesproken. Dan is hier echter een geval, dat de borg zich wel onder meer bezwarende voorwaarden verbindt.

Artikel 6.1.1.4 van het ontwerp-driemanschap bepaalt, dat op natuurlijke verbintenissen de wettelijke bepalingen betreffende verbintenissen van overeenkomstige toepassing

⁷⁸ Zo ook KAMPHUISEN, blz. 759.

⁷⁹ Vgl. VAN BRAKEL II, blz. 396, nt. 58.

⁸⁰ T.a.p. blz. 759 e.v.

zijn, tenzij de wet of haar strekking medebrengt dat een bepaling geen toepassing mag vinden op een niet-afdwingbare verbintenis.

Men zou kunnen betogen, dat de strekking van de wettelijke bepalingen in zake de natuurlijke verbintenis met zich medebrengt, dat in geval van borgtocht voor een natuurlijke verbintenis niet toepasselijk is de bepaling, dat de borg zich niet onder meer bezwarende voorwaarden mag verbinden dan de hoofdschuldenaar. Beter lijkt het mij echter te bepalen, dat borgtocht voor een natuurlijke verbintenis toegelaten is. Logischerwijze zal daarop moeten aansluiten een bepaling, dat voor de hoofdschuldenaar eveneens slechts een natuurlijke verbintenis voor het verhaalsrecht van de borg bestaat.

9. Men neemt weliswaar de geldigheid van crediet- en bankborgtocht algemeen aan, maar het verdient aanbeveling, nu er een nieuwe regeling komt, dit buiten twijfel te stellen. Men gebruike een algemene formulering in deze zin, dat borgtocht voor toekomstige en voor voorwaardelijke verbintenissen mogelijk is.

Daarbij generlei beperking aan te leggen is intussen niet gewenst. Op dit punt moet de positie van de borg worden versterkt. Bij borgtocht voor de betaling van een onbepaalde geldsom of voor een prestatie, die niet in de betaling van een geldsom bestaat, moet de verplichting van de borg beperkt blijven tot een in de borgtocht genoemd bedrag.

Voor het huidige recht moet worden aangenomen, dat bij borgtocht voor toekomstige verbintenissen, indien geen opzegging is bedongen, en geen duur is bepaald, niet kan worden opgezegd⁸¹. De bevoegdheid daartoe zal uitdrukkelijk in de wet moeten worden opgenomen. Met het eenvoudig toekennen van deze bevoegdheid zal kunnen worden volstaan. Een voorschrift, als in artikel 1686, lid 2 B.W. voor de opzegging van een maatschap voor onbepaalde tijd is vervat, is niet nodig, mits artikel 6.1.1.2 van het ontwerp-driemanschap wet wordt. Volgens dit artikel zijn partijen bij een verbintenis jegens elkander verplicht zich als schuldenaar en als schuldeiser overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid te gedragen.

Men kan aarzelen, of het gewenst is een bepaling op te nemen, krachtens welke iedere borgtocht voor toekomstige

⁸¹ Zie blz. 184 e.v.

verbintenissen na een bepaalde tijd — vijf jaar b.v. — eindigt.

Ik ben geneigd een dergelijk voorschrift nuttig te achten. Borgtochtsverplichtingen moeten niet te lang duren.

10. De schuldenaar kan krachtens overeenkomst met de schuldeiser verplicht zijn borg te stellen. Hij zal dan iemand moeten aanwijzen, die bekwaam is, en voldoende vermogend om de borgtocht op zich te nemen en die in Nederland zijn woonplaats heeft. Hetzelfde moet gelden, wanneer de schuldenaar krachtens de wet of krachtens een rechterlijke uitspraak persoonlijke of zakelijke zekerheid moet stellen en daartoe een borgstelling kiest.

Wordt de krachtens verplichting gestelde borg onvermogend of vertrekt hij uit Nederland, dan zal de schuldenaar een nieuwe borg moeten stellen, tenzij voor wat de krachtens overeenkomst gestelde borg betreft in de overeenkomst een bepaald persoon was aangewezen.

Aldus ware de regeling, vervat in de artikelen 1864-1867, te moderniseren.

11. Heeft de borg het voorrecht van uitwinning bedongen, dan is het billijk, dat hij zich daarop alleen kan beroepen, wanneer hij kan aantonen, dat daartoe voldoende geëigende goederen van de hoofdschuldenaar aanwezig zijn. Indien de schuldeiser dit wenst, zal hij de kosten van de uitwinning moeten voorschieten.

12. Volgens artikel 1884 kan de borg zich tegen de schuldeiser bedienen van alle verweermiddelen, die aan de hoofdschuldenaar toekomen behalve die, welke de schuldenaar in persoon betreffen.

Een nieuwe regeling zal ook op dit punt duidelijk moeten zijn. Vooreerst vloeit uit het accessoire karakter van de borgtocht voort, dat bij een hoofdverbintenis, waarmede niets aan de hand is, de borg over deze verbintenis niet de baas mag gaan spelen. De bevoegdheden van de schuldenaar om tot opheffing over te gaan, zal hij dus niet kunnen uitoefenen. Daaronder vallen opzegging, ontbinding en ook verrekening door de schuldenaar.

Vervolgens zal hij ook niet moeten kunnen uitoefenen verweermiddelen, die niet de schuld als zodanig, maar de vordering betreffen. Men denke b.v. aan surséance van betaling, een terme de grâce, het verkeren in termen van beraad, ten aanzien van een erfenis, verjaring.

Dan zijn er de verweermiddelen, die leiden tot vernietiging van de hoofdvverbintenis. Zie boek 3, titel 2 van het regeringsontwerp. Zou men deze verweermiddelen zonder meer aan de borg toekennen, dan dreigt weer het gevaar, dat hij de baas gaat spelen over de hoofdvverbintenis.

Anderzijds zal men in het oog moeten houden, dat hij niet in *duriorem causam* gebonden wil zijn en gebonden mag zijn. Daarom ware te bepalen, dat hij een verweer tot vernietiging van de hoofdvverbintenis slechts mag voeren na verkregen goedkeuring van de schuldenaar.

Alle overige verweermiddelen moet de borg zonder meer kunnen gebruiken. Met name moet hij zich ook op overmacht kunnen beroepen. Borgtocht is *accessoir* en de borg moet niet verbonden zijn in *duriorem causam*. Ik zie geen reden, waarom de borg in geval van overmacht van de hoofdschuldenaar gebonden zou blijven. Is de overmacht slechts tijdelijk, dan herleeft zijn verplichting, zodra de hoofdvverplichting herleeft. Men zie de artikelen 6.1.8.1, 6.1.8.2, 6.1.8.4 en 6.1.10.3 van het ontwerp - driemanschap.

Een aparte bepaling zal nodig zijn voor wat betreft verrekening door de crediteur. Het ontwerp voor het zesde boek van het driemanschap onderscheidt de bevoegdheid tot verrekening en de verrekening zelve. Schuldvernietigende werking heeft slechts deze laatste. Daarom zal bepaald moeten worden, dat, indien de schuldeiser bevoegd is zijn vordering te verrekenen met een schuld aan de schuldenaar, de borg zal zijn bevrijd. Het zou onbillijk zijn de schuldenaar afhankelijk te maken van het *bon vouloir* van de crediteur, of deze van zijn bevoegdheid tot verrekening gebruik wil maken (artikel 6.1.10.4 e.v. ontwerp - driemanschap).

13. Artikel 1886 bevrijdt de borg in geval van inbetalinggeving. Voor hoofdelijke verbintenissen bepaalt artikel 6.1.2.2, lid 2, dat inbetalinggeving begrepen wordt onder nakoming. Artikel 6.1.6.15 bepaalt, dat inbetalinggeving alleen met toestemming van de schuldeiser kan geschieden — hetgeen vanzelf spreekt —, maar laat in het midden, of inbetalinggeving novatie of nakoming is. Wordt het artikel aangevuld met een bepaling, dat inbetalinggeving als nakoming wordt aangemerkt, dan is voor een aparte bepaling omtrent inbetalinggeving bij de borgtocht in het geheel geen reden meer.

14. De borg wordt gesubrogeerd in de rechten van de

schuldeiser jegens de schuldenaar: artikel 6.1.2.7 ontwerp-driemanschap. Krachtens artikel 6.2.1 gaan ook de aan de vordering verbonden nevenrechten op hem over.

Nuttig lijkt mij een bepaling, als vervat in het Zwitserse wetboek (artikel 503, lid 3) dat de schuldeiser verplicht is aan de borg de nodige documenten, de in pand gegeven zaken en de zaken, waarop hij retentierecht heeft, moet overdragen, opdat deze de rechten, waarin hij gesubrogeerd is, ook inderdaad zal kunnen uitoefenen.

Is ter verzekering van de schuld hypotheek gegeven, dan zal de crediteur tot overschrijving van de hypotheek moeten medewerken.

Wordt de voorgestelde regeling omtrent het registerpand aanvaard, dan geldt *mutatis mutandis* hetzelfde (vgl. de artikelen 3.9.3.1 e.v. regeringsontwerp).

Indien de bepaling wordt aangevuld met een voorschrift omtrent registerpand, voldoet artikel 6.2.2 ontwerp-driemanschap aan de in het voorgaande uitgedrukte wens.

15. Het komt meermalen voor, dat een werkgever borgstelling eist ter zake van schade, die hij zou kunnen lijden door wanbeheer of onrechtmatige daden van een employé. In dat geval is het billijk, dat de borg niet aansprakelijk zal zijn, indien de schade door behoorlijk toezicht van de werkgever had kunnen worden voorkomen. De crediteur moet zich hiervan niet kunnen vrij tekenen.

16. Bij credietborgtocht komt het herhaaldelijk voor, dat ondanks verslechtering van de positie van de debiteur de crediteur toch doorgaat met crediet geven, omdat hij zich gedekt weet door de borgtocht. Men kan redeneren, dat de borg zelf de vermogenstoestand van de hoofdschuldenaar maar in de gaten moet houden en de borgtocht moet opzeggen, als voortgaande credietverlening aan de debiteur voor hem te bezwaarlijk wordt. In ieder geval helpt hem dit echter niet, indien de borgtocht voor een bepaalde tijd is aangegaan en deze nog niet verstreken is. Voorts kan men tegenover het voorgaande stellen, dat de credietgever beter in staat is de vermogenstoestand van zijn cliënt te beoordelen.

Daarom is wenselijk een bepaling, dat bij aanzienlijke verslechtering van de vermogenspositie van de credietnemer de credietgever bij onverplichte voortgaande credietverlening de borg niet bindt, tenzij deze voor de desbetreffende rechts-

handeling afzonderlijk toestemming heeft verleend. Geeft de borg de toestemming niet, dan zal hij voor toekomstige vorderingen niet meer aansprakelijk zijn, zelfs indien bij een borgtocht voor bepaalde tijd die tijd nog niet is verstreken.

Een regeling als hier omschreven kent het Italiaanse wetboek (artikel 1956).

17. Naast de subrogatie in de rechten van de schuldeiser moet de borg een zelfstandig verhaalsrecht op de hoofdschuldenaar hebben. Immers hij heeft ter wille van deze een verplichting op zich genomen en vervuld. De hoofdschuldenaar moet hem in ieder geval schadeloos stellen voor het om zijnenwille geleden nadeel in zijn vermogen⁸².

Voor de grootte van de verhaalsvordering van de borg bestaan onder het huidige recht vele opvattingen⁸³. M.i. behoort deze vordering in de eerste plaats te bevatten alles wat de borg betaald heeft: hoofdsom, renten en kosten. Vervolgens rente vanaf de dag der betaling. Tenslotte eigen kosten, maar alleen indien hij de debiteur tijdig in kennis heeft gesteld, dat hij is aangesproken.

18. Artikel 1878: „Indien verscheiden hoofdschuldenaars van dezelfde schuld ieder voor het geheel verbonden waren, heeft degene, die zich voor alle borg gesteld heeft, op een ieder hunner zijn verhaal tot terugvordering van al hetgeen hij betaald heeft”, kan gemoderniseerd wat de redactie betreft behouden blijven.

19. Ook artikel 1879 moet worden gemoderniseerd. Het is billijk, dat het regresrecht vervalt, als de borg heeft betaald zonder de hoofdschuldenaar daarvan te verwittigen en deze daarna ook zijnerzijds betaalt. Wel behoort de borg het betaalde van de crediteur te kunnen terugvorderen.

Heeft de borg betaald zonder de hoofdschuldenaar tijdig in te lichten, dan moet deze tegen de regresvordering dezelfde verweermiddelen kunnen aanvoeren als tegen de crediteur, indien deze hem aangesproken had.

20. Berust de borgtocht op een overeenkomst tussen de hoofdschuldenaar en de borg, dan zijn er een aantal gevallen, waarin het billijk is, dat bevorderd wordt, dat de debiteur ook jegens de borg zijn verplichtingen nakomt. Daartoe

⁸² Mogelijk is, dat de borg bovendien een contra-prestatie van de hoofdschuldenaar heeft bedongen.

⁸³ Zie LAND-LOSECAAT VERMEER V, blz. 738; KAMPHUISEN, blz. 793.

zal de debiteur dan passende zekerheid moeten stellen.

Als zulke gevallen zie ik het opeisbaar worden van de schuld, nadat de daarvoor gestelde termijn verstreken is; bij een hoofverbintenis zonder tijdsbepaling het aanspreken van de borg in rechte of het verloop van een bepaalde tijd; het niet nakomen van een verbintenis om de borg binnen een bepaalde tijd ontslag van de borgtocht te bezorgen.

Wat het tweede geval betreft, artikel 1880 B.W., dat overigens niet geheel dezelfde casuspositie op het oog heeft, noemt een termijn van tien jaar. Dat lijkt mij te lang. Verkorting tot vijf jaar acht ik aanvaardbaar.

21. Dringend nodig is een regeling ter vervanging van de in artikel 1881 vervatte regeling van het onderling regres der borgen.

Vooreerst zij opgemerkt, dat de borgen dit kunnen regelen, zoals zij willen. De wet zal echter een regeling moeten geven, voor het geval de borgen geen regeling hebben getroffen. Enige eis voor haar toepasselijkheid zij, dat de borgen zich verbonden hebben voor dezelfde schuldenaar en voor dezelfde schuld. De borg, die betaald heeft, heeft een verhaalsrecht, echter niet voor het geheel, maar voor gelijke delen, daarbij ingecalculeerd zijn eigen deel. Is een der borgen onvermogen, dan komt zijn aandeel pondspondsgewijze ten laste van de overige borgen.

Behalve dat hij een recht van verhaal op zijn medeborgen heeft, wordt de borg, die betaald heeft ook gesubrogeerd in de rechten van de schuldeiser.

Integrale toepassing van het huidige recht ter zake zou zoals KAMPHUISEN terecht heeft opgemerkt, leiden tot een cirkelgang van vorderingen⁸⁴. Dit wordt voorkomen doordat artikel 6.1.2.7 ontwerp - driemanschap van toepassing zal zijn. Daardoor wordt de borg, die betaald heeft, slechts gesubrogeerd naar evenredigheid van het bedrag, waarvoor de schuld ieder zijner medeborgen aangaat.

22. Aandacht zal ook moeten worden geschonken aan de positie van de medeborg, die zijn aandeel betaalt aan de borg, die betaald heeft. Hij zal billijkheidshalve verhaal moeten hebben op de hoofdschuldenaar. Gesubrogeerd wordt hij niet, noch op grond van artikel 1438, 3^o B.W. nu, noch op grond van artikel 6.1.2.7 ontwerp - driemanschap straks. Een regresvordering heeft hij evenmin.

⁸⁴ T.a.p. blz. 794 e.v. VAN VRIJBERGHE DE CONINGH, blz. 118 e.v.

Daarom ware te bepalen, dat de borg, die zijn aandeel betaalt aan de medeborg, die de hoofdschuld voldaan heeft, voor het bedrag van dat aandeel regres heeft op de hoofdschuldenaar en voor dat bedrag gesubrogeerd wordt in de rechten van de medeborg tegen de hoofdschuldenaar ⁸⁵.

23. Het is gewenst ook de positie van de achterborg te versterken. De achterborgtocht is een gewone borgtocht, zodat voor wat de rechtsverhouding achterborg-hoofdborg betreft de bepalingen omtrent borgtocht toepassing zullen vinden.

Economisch gezien betaalt de achterborg echter de schuld van de schuldenaar. Daarom is het gewenst hem ook een regresrecht te geven tegen eventuele medeborgen van de hoofdborg en tegen de hoofdschuldenaar van de hoofdborg. Tevens ware hem door middel van subrogatie te doen treden in alle rechten, welke de hoofdborg door subrogatie zou hebben verkregen, hadde hij betaald.

24. In het voorgaande is ter wille van de gang van het betoog uitgegaan van de constructie van boek 6 ontwerp-driemanschap, dat de subrogatie bij borgtocht koppelt aan de subrogatie bij hoofdelijkheid ⁸⁶. Het zal duidelijk zijn, dat ik de voorkeur geef aan een bepaling in de titel borgtocht, waarbij artikel 6.1.2.7 met betrekking tot borgtocht van overeenkomstige toepassing wordt verklaard. Hoofdelijkheid en borgtocht behoren onderscheiden te worden.

⁸⁵ Zie Rb. Groningen 4 April 1930, N.J. 1930, 1609, W. 12177, waarbij een regresvordering, als hier bedoeld, werd afgewezen.

⁸⁶ Zie de toelichting op boek 6 ontwerp-driemanschap, blz. 616.

INHOUD

Praeadvies van Mr. W. F. de Gaay Fortman

Hoofdstuk I. Inleiding	175
Hoofdstuk II. Kernpunten en knelpunten van het huidige recht	178
§ 1. De inhoud van de borgtocht	178
§ 2. Borgtocht is subsidiair en accessori	180
§ 3. Ontstaan en uitlegging van de borgtocht	181
§ 4. Krediet- en bankborgtocht	183
§ 5. De verhouding schuldeiser-borg	185
§ 6. De verhouding borg-hoofdschuldenaar	188
§ 7. De verhouding van borgen onderling	189
§ 8. Het einde van de borgtocht	191
§ 9. Mengelwerk.	192
Hoofdstuk III. Buitenlandsrecht	193
§ 1. Frankrijk	193
§ 2. Duitsland	195
§ 3. Oostenrijk	198
§ 4. Zwitserland	201
§ 5. Italie.	206
Hoofdstuk IV. Het recht der toekomst	206