

Het is niet ter zake dienend om in te gaan op de overige ingeroepen middelen.

BNP Paribas Fortis moet worden veroordeeld in de kosten van het verzoekschrift tot hoger beroep, in alle kosten van de procedure voor het Hof van Cassatie, in de kosten van de dagvaardingsakte tot hervatting en voortzetting van het geding en tot het betalen aan A.V. van een rechtsplegingsvergoeding van 10.000 EUR voor de procedure in eerste aanleg en van een rechtsplegingsvergoeding van 11.000 EUR voor de procedure in hoger beroep.

(...)

Om deze redenen:

Het hof, rechtdoende na tegenspraak,

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken;

Verklaart het hoger beroep van A.V. ontvankelijk en gegrond.

Doet het bestreden vonnis van 17 oktober 2007 teniet, in zoverre de eis tegen haar gegrond werd verklaard en zij werd veroordeeld in de kosten.

Opnieuw beslissend.

Wijst de eis van BNP Paribas Fortis tegen haar af als ongegrond.

Veroordeelt BNP Paribas Fortis in de kosten van het door A.V. neergelegde verzoekschrift tot hoger beroep, door haar niet begroot, in alle kosten van de procedure voor het Hof van Cassatie, vastgesteld op 638,42 EUR in hoofde van A.V. en op 312,54 EUR in hoofde van BNP Paribas Fortis, in de kosten van de dagvaardingsakte tot hervatting en voortzetting van het geding, niet begroot door BNP Paribas Fortis, en tot het betalen aan A.V. van een rechtsplegingsvergoeding van 10.000 EUR voor de procedure in eerste aanleg en van een rechtsplegingsvergoeding van 11.000 EUR voor de procedure in hoger beroep.

Verklaart dit arrest gemeen en tegenstelbaar aan G.B.

Verklaart de vordering van BNP Paribas Fortis tegen Y.P.-M. onontvankelijk en veroordeelt BNP Paribas Fortis tot het betalen van een rechtsplegingsvergoeding van 82,50 EUR aan Y.P.-M.

(...)

## Noot

### *Borgtocht en fusie: enkele opmerkingen*

*Hans De Wulf<sup>1</sup>*

Het bovenstaande arrest van het hof van beroep van Brussel draait rond de gehoudenheid van een borg die zich “voor alle sommen” borg heeft gesteld ten voordele van een vennootschap die nadien bij een fusie betrokken wordt.

Het arrest ligt in de lijn van het cassatiearrest van 19 mei 2016 (C.15.0320.N), dat in nr. 2017/4 van dit tijdschrift gepubliceerd werd met een noot van Magali Servais. Voor een grondige bespreking van deze problematiek, inclusief de nodige literatuurverwijzingen, wordt dan ook naar die noot verwezen. Hier slechts enkele summieze bedenkingen.

**1.** De centrale vraag in beide arresten was of een borg die zich, minstens volgens de interpretatie van de feitenrechters, borg had gesteld voor alle schulden van een vennootschap, ook moet instaan voor alle schulden van de qua vermogen “nieuwe” vennootschap die voortkomt uit een fusie tussen de oorspronkelijke vennootschap hoofdschuldenaar (voor wier schulden de borg zich borg had gesteld) en een andere

vennootschap. Het Hof van Cassatie oordeelde al lang dat men zich borg mag stellen voor toekomstige schuldvorderingen voor zover de gewaarborgde schuldvorderingen bepaald of bepaalbaar zijn<sup>2</sup>. Daarmee sluit het Hof aan bij zijn eigen *Mengal*-rechtspraak die rond een pandovereenkomst draaide<sup>3</sup>. De vraag is hoe dit bepaalbaarheidsvereiste moet geconcretiseerd worden in geval van fusie; en of er andere regels zijn dan de bepaalbaarheid-regel die tot het resultaat zouden kunnen leiden dat de borg niet instaat voor alle schulden van de uit de fusie voortkomende vennootschap hoewel hij ondubbelzinnig wel instond voor alle schulden van één van de later bij de fusie betrokken vennootschappen.

**2.** Een eerste concretiseringspoging van het bepaalbaarheidsvereiste is de stelling dat de borg alleen schulden dekt die uit een bepaalde commerciële relatie voortkomen. Dit was een visie die onder meer door Van Quickenborne werd uitgedragen<sup>4</sup>, maar in ruimere kring steun leek te genieten.

<sup>1</sup> UGent.

<sup>2</sup> Bv. Cass. 27 oktober 2000, *Arr. Cass.* 2002, 1667, nr. 583.

<sup>3</sup> Cass. 28 maart 1974, *Arr. Cass.* 1974, 833.

<sup>4</sup> Zie bv. M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht in APR*, Mechelen, Kluwer, 1999, 103, nr. 193.

Algemener is het principe van artikel 2015 BW, waaruit traditioneel en nog steeds de verplichting tot een restrictieve interpretatie van de draagwijdte van de borgtochtovereenkomst wordt afgeleid. Een derde mogelijke lijn van argumenten zou kunnen zijn dat de borgtocht redelijkerwijze niet bepaalbaar kan zijn, als men niet kan weten wiens vermogen men als borg waarborgt. Dit sluit in werkelijkheid aan bij het eerste genoemde criterium. De kredietwaardigheid van de hoofdschuldnaar maar ook zijn activiteiten zijn elementen waarmee een borg rekening zal houden wanneer hij beslist of hij zich borg wil stellen en zo ja voor welke schulden. Bij een fusie zou dit impliceren dat wie alle schulden van een vennootschap waarborgt, alleen die schulden waarborgt die op het moment van de fusie bij de toen enige hoofdschuldnaar bestonden, en niet diegene die aan het gewaarborgde vermogen door de fusie worden toegevoegd. Het bepalende element is daarbij het vermogen van de rechtspersoon. Een verandering van rechtsvorm en zelfs van het statutaire doel heeft geen onmiddellijke, minstens geen noodzakelijke gevolgen voor de borg en zou niet mogen beschouwd worden als een verandering van de aard van de hoofdschuldnaar.

In het cassatiearrest van 19 mei 2016 werd de problematiek vanuit artikel 2015 BW benaderd. Het Hof oordeelde dat uit het beginsel van de beperkende interpretatie van de borgtocht voortvloeit dat verbintenissen redelijkerwijze voorzienbaar moeten zijn bij het sluiten van de borgtocht (zoals M. SERVAIS in haar geciteerde noot aangeeft, lijkt het Hof daarmee een formulering van Walter VAN GERVEN over te nemen). De feitenrechter die oordeelt dat de borg instaat voor alle schulden van vóór én van ná de fusie zonder te onderzoeken of de schuldenlast redelijkerwijze voorzienbaar was, schendt artikel 2015 BW. Het hof van beroep te Brussel beroept zich in bovenstaand arrest van 12 juli 2016 eveneens op artikel 2015 BW, blijkbaar zonder reeds kennis te hebben gehad van het cassatiearrest van 19 mei 2016, maar leidt daarnaast volgens mij terecht uit de samenlezing van de artikelen 2011 en 2013, eerste lid BW af dat de borg niet gehouden kan zijn voor de schulden van een andere persoon dan de schuldenaar waarvoor hij zich borg heeft gesteld.

3. Dat laatste brengt ons bij de vraag of het voor onze problematiek een verschil maakt of de borgtocht betrekking heeft op de schulden van een vennootschap die door de fusie wordt opgeslorpt, dan wel op de schulden van de overnemende vennootschap. Het cassatiearrest van 19 mei 2016 had betrekking op een situatie waarbij de borg instond voor de schulden van de overnemende vennootschap, terwijl het hof van beroep te Brussel moest oordelen over een borg die de schulden van een opgeslorpte vennootschap waarborgde. In beide gevallen oordeelden de rechtscollèges dat er een probleem van bepaalbaarheid was, minstens door de feitenrechter mocht vastgesteld worden. De overnemende vennootschap blijft formeel dezelfde schuldenaar, zodat men in

een eerste reactie zou kunnen denken dat er geen reden is om de borgtocht in gevaar te brengen. Maar het punt is vanzelfsprekend dat het vermogen van de overnemende vennootschap grondig wijzigt en nieuwe schulden bevat die de borg doorgaans niet kon voorzien. In geval van opsorping van de vennootschap wier schulden gewaarborgd werden, verdwijnt de oorspronkelijke schuldenaar maar niet zijn vermogen, dat evenwel vermengd wordt met dat van de opslopende vennootschap. In die situatie is niet echt meer maar wel evenveel te zeggen voor een gedegen onderzoek naar de voorzienbaarheid van de omvang van de borgstelling. Het lijkt *prima facie* twijfelachtig of het vaak kan voorkomen dat de omvang van de borgtocht voor alle sommen in het kader van een fusie als voldoende voorzienbaar wordt beschouwd, enkele uitzonderlijke situaties waarbij bijvoorbeeld een nauwe band bestaat tussen vennootschappen die allen door de borg beheerst worden niet te na gesproken.

4. Fusies komen vaak voor en zijn daarom, als dusdanig, een goed voorzienbaar risico. Expliciete contractuele clausules erover zijn dus goed denkbaar. Een interessante vraag is of een expliciete contractuele clausule waarin een bank bedingt dat de borgtocht zich in elk geval ook na fusie tot alle schulden zal uitstrekken, ook tot diegene van de overnemende vennootschap, de voorzienbaarheidstoets kan doorstaan. Aangezien de beginselen die hier spelen niet van openbare orde (lijken te) zijn, moeten dergelijke clausules wellicht hun volle effect krijgen. Toch lijken ze in strijd met de filosofie dat de borg alleen kan gehouden zijn in verband met redelijk voorzienbare schulden; dergelijke clausule draagt immers niet bij tot de concrete voorzienbaarheid van de schulden. Maar de borg die zulke clausule aanvaardt neemt de onzekerheid op de koop toe.

5. De ganse problematiek trekt de aandacht op de regel dat schuldeisers van vennootschappen die bij een fusie betrokken raken, van de Belgische wetgever het recht hebben gekregen om een bijkomende zekerheid te eisen. Borgen, die geen schuldeiser zijn maar net instaan voor betaling van schulden, genieten geen bescherming. Een gelijkaardige in de wet ingeschreven niet-wegbedingbare heronderhandelingsmogelijkheid ten gunste van de borg voor alle sommen valt misschien in overweging te nemen, hoewel niet zeker is dat dergelijk mechanisme vanuit economisch oogpunt zou werken. Indien men zou bepalen dat de borgtocht steeds beperkt is tot de schulden van vóór de fusie, zou dit voor de bankier-begunstigde misschien een legitieme reden kunnen zijn om zelf bijkomende zekerheden te eisen naar aanleiding van de fusie.

6. Tot slot: noch het Hof van Cassatie noch het hof van beroep lijken de bedoeling te hebben gehad volkomen absolute regels te formuleren. Het concrete feitenonderzoek rond de vraag of de schulden waarop de borgtocht slaat redelijk voorzienbaar waren, en naar de vraag of een uitgebreid geformuleerde borgtocht wel echt een borgtocht voor alle

sommen is, lijken centraal te staan. Voor de rechtszekerheid is dit wellicht niet goed, al draagt het wel bij tot meer rechtvaardigheid. Een wettelijke zwart-wit-regeling, waarbij de borgtocht bijvoorbeeld enkel geldt voor schulden van de

oorspronkelijke schuldeiser zou misschien meer aangewezen zijn als een compromis tussen inhoudelijke aangepastheid en rechtszekerheid.