

## Noot

**De voorzienbaarheid van de schulden als nieuwe geldigheidsvoorwaarde voor de borgstelling?**Magali Servais<sup>1</sup>

## INLEIDING

Het verlenen van een algemene borgtocht heeft tot gevolg dat de borg gehouden kan zijn voor alle toekomstige en eventuele schulden van de schuldenaar jegens zijn schuldeiser. Een dergelijke verbintenis is geldig voor zover het voorwerp van de algemene borgtocht bepaalbaar is. Dit betekent dat de borgtochtakte voldoende objectieve elementen moet bevatten om de schulden te kunnen bepalen waarvoor de borg moet instaan. In de beoordeling van de bepaalbaarheid moet men de nodige voorzichtigheid aan de dag leggen omdat een ruime interpretatie van deze voorwaarde tot gevolg zou hebben dat de borg aan ernstige risico's zou worden onderworpen, zeker als hij voor onbepaalde duur wordt aangegaan. De borg kan immers uiteindelijk voor substantiële bedragen worden aangesproken, veel hoger dan hij aanvankelijk vermoedde of kon vermoeden!

In dit opzicht rijst de vraag of de schulden, waarvoor verhaal wordt uitgeoefend op de borg, voldoende bepaalbaar en voor hem voorzienbaar waren in geval van latere fusies waarin de vennootschap-hoofdschuldenaar betrokken is met als gevolg dat de oorspronkelijke vennootschap, bijvoorbeeld *qua* structuur, portfolio of bedrijfsleven, niet vergeleken kan

worden met de nieuwe entiteit die het resultaat is van de fusieoperaties.

In de rechtsleer wordt algemeen verdedigd dat de verplichting van de borg om de schulden van de vennootschap-hoofdschuldenaar te garanderen afhankelijk is van het feit dat de betrokken vennootschap zelf tot overname overgaat dan wel wordt overgenomen of wordt gesplitst. De reden hiervoor is dat de overnemende vennootschap blijft bestaan met haar vermogen en, derhalve, haar schulden en zekerheden, terwijl de overgenomen vennootschap ontbonden wordt zonder vereffening.

Afgezien van enkele – eerder geïsoleerde – opvattingen werd in de rechtsleer geen rekening gehouden met de omstandigheid dat de verdere fusies van de vennootschap-hoofdschuldenaar al dan niet redelijkerwijze konden worden voorzien door de borg op het ogenblik van de borgtochtovereenkomst. De vraag of rekening dient te worden gehouden met de redelijke voorzienbaarheid van dergelijke fusies – in het bijzonder wanneer de schuldenaar tot *overname* overgaat – werd recentelijk door het Hof van Cassatie onderzocht in zijn arrest van 19 mei 2016 dat het voorwerp is van deze commentaar.

**I. DE FEITEN EN DE PROCEDURE DIE TEN GRONDSLAG LIGGEN AAN HET ARREST VAN 19 MEI 2016**

1. In 1982 werd een PVBA [X] opgericht met het oog op de uitoefening van activiteiten in de diamantsector. Deze vennootschap deed beroep op een bank gespecialiseerd in deze sector om kredieten te krijgen. Twee natuurlijke personen – met name de oprichters van de vennootschap – stelden zich borg voor de schulden van de PVBA aan de bank.

2. In 1990 werd de PVBA tot een BVBA omgevormd en in 1999 vond een fusie plaats door overname tussen de BVBA, als overnemende vennootschap, enerzijds, en twee andere vennootschappen (een NV en een BVBA) als overgenomen vennootschappen, anderzijds.

3. Begin 2000 werd de naam van de BVBA gewijzigd en werd deze rechtspersoon omgevormd tot een NV. Deze hervorming werd gevolgd, in 2001, door een fusie door de ver-

eniging van alle aandelen in één hand tussen de (nieuwe) NV, als overnemende vennootschap, en een andere NV, als overgenomen vennootschap.

4. In 2010 zegde de bank de aan de vennootschap toegestane kredietfaciliteiten op, met kennisgeving aan de twee borgen. De vennootschap werd kort daarop failliet verklaard. De bank deed aangifte van een (belangrijke) schuldvordering in dit faillissement en ging over tot dagvaarding van de borgen. De bank was immers van mening dat de NV de rechtsopvolgster was van de oorspronkelijke PVBA zodat de borgstelling vanwege de oprichters zich tot de schulden van de NV t.a.v. de bank uitstreckte.

5. De borgen riepen, onder andere, de ongegrondheid van de vordering in op grond van het motief dat zij zich niet borg

<sup>1</sup> Advocaat te Brussel.

hadden gesteld voor de NV en dat door de fusies en omvormingen de contractuele verhouding waarbij zij zich borg stelden voor de schulden van de PVBA niet meer bestond. De rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen verklaarde de vorderingen van de bank ontvankelijk en gegrond, met uitzondering van de vordering tot voorlopige tenuitvoerlegging van het vonnis<sup>2</sup>. De borggen stelden hoger beroep in tegen deze beslissing (één van hen overleed vóór de beslissing in hoger beroep).

6. Bij arrest van 20 april 2015 bevestigde het hof van beroep te Antwerpen het bestreden vonnis. Het besliste dat de borg zich voor alle sommen borg had gesteld voor de PVBA en dat de latere wijzigingen aan deze rechtspersoon geen invloed hadden op de borgstelling. Na te hebben vastgesteld dat de borgstelling “*een alle sommen borgtocht of een algemene borgtocht (is) voor het geheel van de bestaande en toekomstige schulden*” van de PVBA ten aanzien van de bank, besliste het appelgerecht dat “*in tegenstelling tot wat [de borg] beweert, (...) er volledige eensgezindheid (bestaat) in de rechtsleer dat de fusie van vennootschappen geen invloed heeft op de algemene borgtocht verleend voor de schulden van de opslorpande vennootschap*”, dat “*de borgtocht (...) dan (blijft) voortbestaan en (...) zich ook uit(strekt) tot de schulden die na de fusie ontstaan*” omdat “*ingevolge de fusie (...) de opslorpande of overnemende vennootschap immers onverminderd (blijft) voortbestaan*” zodat “*de borgtocht voor alle actuele en toekomstige schulden (...) dan ook zowel de bestaande als de toekomstige schulden (blijft) waarborgen, tenzij de borg zijn borgstelling voor de toekomst opzegt*”<sup>3</sup>.

De appelrechters preciseerden nog dat “*uit het accessoire karakter van de borgtocht (...) niet afgeleid (kan worden) dat de gewaarborgde verbintenis reeds moet bestaan op het ogenblik dat de borgtocht wordt aangegaan*”, dat de borgtocht “*zich voor alle sommen borg gesteld (heeft), voor de bestaande en de toekomstige schulden, ten aanzien van [de bank]*” en verder dat “*de borgstelling (...) ook voldoende bepaald (is), aangezien zij de objectieve gegevens bevat die toelaten het voorwerp van de verbintenis van [de borgtocht] te bepalen wanneer hij door [de bank] wordt aangesproken*” en, ten slotte, dat “*de latere fusie van de hoofdschuldenaar, door opslorping van andere vennootschappen, (...) niet voor gevolg (heeft) dat de borgtocht onbepaalbaar wordt*”<sup>4</sup>.

Rekening houdende met de borgstellingsovereenkomst beslisten de appelrechters dat “*het bestaan en de omvang van de borgtocht afdoende bewezen (wordt)*”, dat de borg “*zich voor alle sommen borg (heeft) willen stellen voor [de PVBA] omwille van het vertrouwen dat hij in deze rechtspersoon*

*had*” en dat “*de latere wijzigingen aan deze persoon (...) geen invloed (hebben) gehad op dat vertrouwen en de wil of wilsuiving van [de borg] om zich voor alle sommen borg te stellen*” en uiteindelijk dat “*nogmaals (...) benadrukt (moet) worden dat [de borg] zijn borgtocht kon opzeggen indien hij niet langer de schulden van deze rechtspersoon na fusie wilde waarborgen, maar dat hij dit niet heeft gedaan*”<sup>5</sup>.

7. De (overlevende) borg stelde een voorziening voor het Hof van Cassatie in tegen deze beslissing. Hij voerde één middel aan dat verdeeld was in twee onderdelen. Het *eerste onderdeel* verweet het appelgerecht het principe van de restrictieve interpretatie van de borgtochtovereenkomst, vervat in artikel 2015 BW, te hebben geschonden en op zijn middel, te weten dat een uitbreiding van zijn borgstelling tot alle schulden van de omgevormde en gewijzigde vennootschap strijdig was met voornoemd principe, niet te hebben geantwoord. Het *tweede onderdeel* riep eveneens een schending in van artikel 2015 BW, doch ditmaal omdat het appelgerecht niet had onderzocht of de omvormingen van de hoofdschuldenaar en latere fusies met andere vennootschappen door hem redelijkerwijze hadden kunnen worden voorzien.

8. Het Openbaar Ministerie adviseerde tot het verwerpen van het *eerste onderdeel* omdat het op een verkeerde lezing van het aangevochten arrest berustte. Volgens advocaat-generaal Van Ingelgem antwoordde het appelgerecht immers wel op het middel van de borg gesteund op het principe van de restrictieve interpretatie en is dit antwoord niet vatbaar voor wettelijke kritiek: “*de appelrechters (leiden) hun beslissing ter zake niet (louter) af (...) uit een vermoeden of de vermoede wil van de eiser, maar (steunen) deze wel degelijk (...) op de uitdrukkelijke bewoordingen van de door eiser aangegane borgtocht*”<sup>6</sup>.

Advocaat-generaal Van Ingelgem concludeerde echter tot de volledige cassatie van het aangevochten arrest op grond van het *tweede onderdeel*. Volgens hem volgt uit artikel 2015 BW dat de borg “*zich slechts heeft willen verbinden tot zekerheid van verbintenissen die voor hem redelijkerwijze voorzienbaar waren bij het sluiten van de borgtocht*” zodat de appelrechters nog moesten onderzoeken of “*de schulden waarvoor de borg wordt aangesproken voor hem redelijkerwijze voorzienbaar waren bij het aangaan van de borgtocht*”<sup>7</sup>. Het aangevochten arrest, dat dergelijke voorzienbaarheid niet vaststelt, is niet wettelijk gegrond.

9. Het Openbaar Ministerie werd in zijn advies gevolgd door het Hof van Cassatie dat, in zijn arrest van 19 mei 2016, het aangevochten arrest vernietigde op grond van het tweede

<sup>2</sup> Rb. Antwerpen, 6 oktober 2011, nr. 10/4995/A, *onuitg.*

<sup>3</sup> Antwerpen 20 april 2015, *TBO* 2015, 271.

<sup>4</sup> Antwerpen 20 april 2015, nr. 2011/AR/3105, *TBO* 2015, 271.

<sup>5</sup> Antwerpen 20 april 2015, nr. 2011/AR/3105, *TBO* 2015, 271.

<sup>6</sup> Cass. 19 mei 2016, nr. C.15.0320.N, concl. A. VAN INGELGEM, nr. 2.

<sup>7</sup> Cass. 19 mei 2016, nr. C.15.0320.N, concl. A. VAN INGELGEM, nr. 3.

onderdeel. Het Hof van Cassatie besliste dat uit artikel 2015 BW volgt dat “de borgtocht beperkend (...) geïnterpreteerd (moet worden) in die zin dat de borg enkel kan worden geacht zich te willen verbinden tot zekerheid van verbintenissen die hij redelijkerwijze kan voorzien bij het sluiten van de borgtocht”<sup>8</sup>.

Op grond van die interpretatie van artikel 2015 BW oordeelde het Hof van Cassatie dat “de appelerers die oorde-

len dat de borgstelling van 6 maart 1986 zich (...) tot alle schulden van de hoofdschuldenaar ten aanzien van de verweerster (uitstrekt), ongeacht of deze schulden voor of na de fusie van de hoofdschuldenaar door opslorping van andere vennootschappen zijn ontstaan, zonder te onderzoeken of deze schuldenlast bij het sluiten van de borgtochtovereenkomst redelijkerwijze voorzienbaar was voor de eiser, (...) artikel 2015 Burgerlijk Wetboek (schenden)”<sup>9</sup>.

## II. PRECISERINGEN IN VERBAND MET BORGTOCHTOVEREENKOMSTEN

**10.** De vraag of de contractuele verhouding tussen de borg en de schuldeiser beïnvloed wordt door de fusies en omvormingen in het raam waarvan de vennootschap-schuldenaar, voor wie de borg zich borg heeft gesteld, betrokken was, was reeds het voorwerp van een aantal commentaren.

Vooraleer die vraag te onderzoeken in het licht van het arrest van 19 mei 2016 (III.) moeten een aantal (algemene) principes in verband met borgtochtovereenkomsten herinnerd worden.

### A. Het accessoire karakter van borgtochtovereenkomsten

**11.** *Ten eerste* moet eraan herinnerd worden dat uit de artikelen 2011 *et seq.* BW volgt dat de borgtochtovereenkomst een bijkomstig of accessoir karakter heeft<sup>10</sup>. Als zekerheidsovereenkomst garandeert deze overeenkomst de nakoming van een hoofdverbintenis zodat er “een objectieve band” bestaat tussen de gewaarborgde verbintenis en de borgtocht<sup>11</sup>. Zoals door K. Swinnen gesteld zijn “*accessoire zekerheidsrechten (...) immers zo goederenrechtelijk vorm gegeven, dat zij enkel als accessoire rechten bij een hoofdrecht kunnen bestaan*” en dat “*zij (...) dus steeds een hoofdrecht – actueel dan wel toekomstig – nodig (hebben) dat hen de noodzakelijke ‘ruimte’ verschaft waarbinnen zij kunnen ontstaan en bestaan*”<sup>12</sup>.

**12.** Onder die “*accessoire zekerheidsrechten*” vallen, onder meer – naast de borgtochtovereenkomst die een persoonlijk zekerheidsrecht is, – het pandrecht en het hypotheekrecht die, daarentegen, zakelijke zekerheidsrechten zijn<sup>13</sup>.

**13.** Dit bijkomend karakter van de borgtochtovereenkomst impliceert, onder andere, dat (i) borgtocht niet kan bestaan voor een ongeldige verbintenis (art. 2012 BW), dat (ii) de borg zich jegens de schuldeiser kan beroepen op alle excepties die aan de hoofdschuldenaar toekomen en die tot de schuld zelf behoren (art. 2036 BW), dat (iii) de borgtocht niet kan worden aangegaan voor meer dan hetgeen de schuldenaar verschuldigd is (art. 2012 BW) en dat (iv) de ingebrekestelling van de hoofdschuldenaar, of de erkenning van de schuld door hem aangegaan, de verjaring jegens de borg stuit (art. 2250 BW)<sup>14</sup>.

### B. De bepaalbaarheid van de gewaarborgde schulden

**14.** *Ten tweede* moet het voorwerp van de borgtocht bepaalbaar zijn<sup>15</sup>. Dit is een geldigheidsvoorwaarde van de borgtochtovereenkomst: de borgtochtakte moet, op zichzelf, voldoende objectieve elementen bevatten om de schulden te kunnen bepalen waarvoor de borg moet instaan<sup>16</sup>. De reden hiervoor is dat de borg niet overgeleverd mag zijn aan de

<sup>8</sup> Cass. 19 mei 2016, C.15.0320.N.

<sup>9</sup> Cass. 19 mei 2016, C.15.0320.N.

<sup>10</sup> Cass. 5 februari 1998, C.94.0322.N, *Arr. Cass.* 1998, 173; Cass. 20 december 1850, *Pas.* 1851, I, p. 228; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, Kluwer, 2006, 264; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VI, Brussel, Bruylant, 1953, 807, nrs. 836 *et seq.*

<sup>11</sup> M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht in APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 8, nr. 18; R. VANDEPUTTE, *Bijzondere overeenkomsten – A. Verkoop, bewaargeving, borgstelling*, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1981, 267; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, Kluwer, 2006, 264; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VI, Brussel, Bruylant, 1953, 807, nrs. 836 *et seq.*; *RPDB*, v° *Cautionnement*, Brussel, Bruylant, 1977, 138, nrs. 12-16 (nr. 14 *ter* in het bijzonder).

<sup>12</sup> K. SWINNEN, *Accessoriteit in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 98, nr. 77.

<sup>13</sup> E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, Kluwer, 2006, 312, 446 en 456; F. T’KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Brussel, Larcier, 2004, 146 en 282.

<sup>14</sup> Voor meer ontwikkelingen op dit punt zie: E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, Kluwer, 2006, 264; F. T’KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Brussel, Larcier, 2004, 369-377 en het recent proefschrift van K. SWINNEN, *Accessoriteit in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014.

<sup>15</sup> K. SWINNEN, *Accessoriteit in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 103, nr. 81.

<sup>16</sup> M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht in APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 101, nr. 191; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VI, Brussel, Bruylant, 1953, nr. 854; L. SIMONT en A. BRUYNEEL, “Le cautionnement donné en garantie de toutes les obligations d’un débiteur envers son créancier”, *RCJB* 1974, (211) 221; Cass. 27 oktober 2000, C.98.0407.N, *Arr. Cass.* 2000, 1667.

willekeur noch van de schuldeiser noch van de schuldenaar<sup>17</sup>.

15. Wel wordt algemeen aanvaard dat “de hoofdschuld (...) niet (moet) bestaan en bepaalbaar zijn op het ogenblik dat de borgtocht wordt aangegaan” en dat “het volstaat dat deze voorwaarden vervuld zijn op het moment dat de borgtocht uitvoering moet krijgen”<sup>18</sup>. Het is de bodemrechter die op soevereine wijze beoordeelt of het voorwerp van de borgstelling voldoende bepaalbaar is in het licht van objectieve elementen<sup>19</sup>. Zo werd reeds beschouwd dat de vermelding van de identiteit van de schuldenaar en van de schuldeiser volstaat om aan de borgstelling een bepaald voorwerp te geven<sup>20</sup>.

16. Aangezien het voorwerp van de borgtochtovereenkomst bepaalbaar – en niet bepaald – moet zijn<sup>21</sup> kan de borgstelling een welbepaalde schuld als voorwerp hebben dan wel een algemene borgtocht zijn. In het eerste geval heeft de borgtocht “alleen betrekking op een welbepaalde (actuele of toekomstige) schuld”<sup>22</sup> terwijl in het tweede geval de borgtocht betrekking heeft op “alle toekomstige en eventuele schulden die een bepaald schuldenaar jegens een bepaald schuldeiser zal hebben (borgtocht voor alle sommen)”<sup>23</sup>.

17. Het bijkomende karakter van de borgtocht en zijn afhankelijkheid van het bestaan van een hoofdvordering vormen derhalve geen hinderpaal voor de borgstelling voor toekomstige schulden. Zoals reeds vermeld, volstaat het in werkelijkheid dat “de te waarborgen schuld bestaat, op het ogenblik dat de borg wordt aangesproken” omdat “het bijkomende karakter van een zekerheidsovereenkomst (...) geenszins op de noodzakelijke band (duidt) tussen het bestaan van het hoofdcontract (of hoofdverbintenis) en het

bestaan van een bijkomend contract, maar wel op een noodzakelijke band tussen het bestaan van een hoofdcontract (of hoofdverbintenis) en de uitvoering van het bijkomende contract”<sup>24</sup>.

18. Met andere woorden, het volstaat dat de hoofdverbintenis bestaat wanneer de borgtocht dient uitgevoerd te worden<sup>25</sup>. De zekerheidsovereenkomst heeft immers niet tot doel het bestaan van de hoofdverbintenis te waarborgen maar de betaling/uitvoering ervan<sup>26</sup>. Het Hof van Cassatie bevestigde deze stelling en erkende de geldigheid van een borgtocht verleend tot zekerheid van toekomstige schulden door te beslissen dat “uit het accessoire karakter van de borgtocht (...) niet afgeleid (kan worden) dat de gewaarborgde verbintenis reeds moet bestaan op het ogenblik dat de borgtocht wordt aangegaan”<sup>27</sup>.

19. Om volledig te zijn, kan opgemerkt worden dat hetzelfde principe geldt voor twee andere zekerheidsrechten, met name het hypotheekrecht en het pandrecht. In België – in tegenstelling tot andere rechtstelsels zoals Duitsland en Frankrijk<sup>28</sup> – kunnen beide zekerheden immers verleend worden voor “alle sommen” waarvoor de schuldenaar aansprakelijk is jegens zijn schuldeiser<sup>29</sup>. In dergelijke gevallen moeten “de gewaarborgde schuldvorderingen voor de vestiging van de hypotheek” en deze voor de vestiging van het pand “bepaalbaar zijn (...) op het ogenblik van realisatie” van die zekerheden<sup>30</sup>.

20. Bij arrest van 28 maart 1974 uitgesproken in verband met een pandrecht (het zogenaamde “Mengal-arrest”) besliste het Hof van Cassatie dat het aangevochten arrest “wettelijk (overweegt) dat krachtens artikel 1130, eerste lid BW, zekerheid kan worden gesteld tot waarborg van voorwaardelijke of toekomstige schulden, onder het enkele voor-

17. M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht in APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 101, nr. 191; K. SWINNEN, *Accessoriteit in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 101.

18. E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, 271.

19. A.M. STRANART, aangehaald in M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht in APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 101, nr. 191: “La sûreté peut être constituée dès lors que l’acte (d.i. de borgtocht) contient un élément quelconque, par exemple un critère général, relevant de l’appréciation souveraine du juge, dont l’application rend possible une détermination des créances, lors de l’exécution, fût-ce en faisant appel à des éléments extrinsèques de détermination.”

20. L. SIMONT en A. BRUYNEEL, “Le cautionnement donné en garantie de toutes les obligations d’un débiteur envers son créancier”, *RCJB* 1974, (211), 221; M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht in APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 101, nr. 191.

21. K. SWINNEN, *Accessoriteit in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 110, nr. 91.

22. M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht in APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 31, nr. 62.

23. M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht in APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 31, nr. 62.

24. M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht in APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 97, nr. 186 (benadrukking toegevoegd). In dezelfde zin: L. SIMONT en A. BRUYNEEL, “Le cautionnement donné en garantie de toutes les obligations d’un débiteur envers son créancier”, *RCJB* 1974, (211) 215, nr. 5; K. SWINNEN, *Accessoriteit in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 110, nr. 91; R. VANDEPUTTE, *Bijzondere overeenkomsten – A. Verkoop, bewaargeving, borgstelling*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1981, 270; R. DEMOGUE, “De la nature et des effets du droit éventuel”, *Rev. trim.dr.civ.* 1906, (231) 276; Brussel 23 februari 1973, *RW* 1973-74, 1054, noot A. BRUYNEEL.

25. K. SWINNEN, *Accessoriteit in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 110, nr. 91; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, Kluwer, 2006, 271; F. T’KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Brussel, Larcier, 2004, 109, nr. 195.

26. F. T’KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Brussel, Larcier, 2004, 109, nr. 195.

27. Cass. 27 oktober 2000, C.98.0407.N, *Arr.Cass.* 2000, 1667.

28. K. SWINNEN, *Accessoriteit in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 117-119.

29. K. SWINNEN, *Accessoriteit in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 117-119; I. MOREAU-MARGRÈVE, “L’hypothèque pour toutes sommes”, *JT* 1996, (181) 181-182.

30. K. SWINNEN, *Accessoriteit in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 118, nrs. 97 en 98.

behoud dat zij bepaald zijn of kunnen worden op het tijdstip van de zekerheidsstelling” en dat “toekomstige schuldvorderingen (...) voldoende bepaald (zijn) of (...) voldoende (kunnen) worden bepaald, indien de overeenkomst waarbij de zekerheid wordt gesteld, het mogelijk maakt die te bepalen, en indien blijkens de gegevens van de zaak de schuldvorderingen werkelijk die zijn welke partijen hebben willen waarborgen”<sup>31</sup>.

21. De rechtsleer leest in dit arrest het bestaan van twee voorwaarden, met name een objectieve en een subjectieve voorwaarde.

22. De eerste voorwaarde – volgens welke de zekerheidsovereenkomst het mogelijk maakt de toekomstige schuldvorderingen te bepalen – impliceert dat het “referentiekader” of “zakenverhouding”, waarbinnen de gewaarborgde

schuldvorderingen tot stand zullen komen, gespecificeerd dient te worden in de zekerheidsovereenkomst<sup>32</sup>.

23. De tweede voorwaarde – met name dat de gewaarborgde schuldvorderingen “werkelijk die zijn welke partijen hebben willen waarborgen” – komt volgens de rechtsleer, overeen met het criterium van de redelijkheid: de schuldvorderingen moeten redelijk voorzienbaar zijn<sup>33</sup>.

24. Gelet op de ruime bewoordingen van het *Mengal*-arrest is de rechtsleer van mening dat beide voorwaarden op elke zekerheidsovereenkomst van toepassing is, de borgtochtvereenkomst inbegrepen<sup>34</sup>. In het hypotheekrecht werd overigens de *Mengal*-rechtspraak uitdrukkelijk in artikel 51bis van de wet op het hypothecair krediet van 4 augustus 1992 hernomen<sup>35</sup>.

### III. ANALYSE VAN HET ARREST VAN 19 MEI 2016

25. Met inachtneming van de hierboven uiteengezette principes kan thans het arrest van het Hof van Cassatie van 19 mei 2016 en de hierin besproken vraag, of de verdere fusies of omvormingen van de vennootschap-hoofdschuldenaar een invloed hebben op de borgtocht, nader in detail worden onderzocht.

#### A. Staat van de rechtsleer

26. De vraag of de *omvorming* van de vennootschap-hoofdschuldenaar een invloed heeft op de borgtocht is relatief eenvoudig. De rechtsleer is van mening dat de borgstelling niet beïnvloed wordt door de omvorming omdat, krachtens artikel 775 W.Venn., de vennootschap haar rechtspersoonlijkheid onverminderd behoudt zodat de bestaande overeenkomsten onverminderd van kracht blijven<sup>36</sup>.

In de onderhavige zaak oordeelde het appelgerecht dan ook terecht dat de omvorming van de BVBA tot NV geen impact had op de borgtocht.

27. Wat de gevolgen van een *fusie* van de vennootschap-hoofdschuldenaar op de borgstelling betreft, is de situatie iets ingewikkelder omdat de rechtsleer een onderscheid maakt al naargelang de betrokken vennootschap-hoofdschuldenaar zelf tot overname overgaat dan wel wordt overgenomen of wordt gesplitst.

28. Wanneer de vennootschap-hoofdschuldenaar een andere vennootschap *overneemt*, blijft de vennootschap-hoofdschuldenaar – als overnemende vennootschap – bestaan terwijl de overgenomen vennootschap ontbonden wordt zonder vereffening. Hieruit volgt dat het vermogen van de overnemende vennootschap ongewijzigd blijft en dat het vermogen van de overgenomen vennootschap op haar overgaat<sup>37</sup>. Dit is een kenmerk van de fusie door overname<sup>38</sup>.

Aangezien de overnemende vennootschap – en derhalve haar vermogen – blijft bestaan, is de rechtsleer van mening dat de borg die een algemene borgtocht verleende aan de overnemende vennootschap *niet* bevrijd wordt. Zo stelt M. Van Quickenborne dat de borg “zowel de schulden van de

<sup>31</sup> Cass. 28 maart 1974, *Arr. Cass.* 1974, 833.

<sup>32</sup> M. GREGOIRE, “Le gage civil” in *Privilèges et hypothèques*, I, Antwerpen, Kluwer, 2004, 7; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, 457-458.

<sup>33</sup> M. GREGOIRE, “Le gage civil” in *Privilèges et hypothèques*, I, Antwerpen, Kluwer, 2004, 7; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, 457-458. Zie voor het pandrecht: Luik 10 juni 1999, *JT* 1999, (747) 748 en voor het hypotheekrecht: Gent 10 april 2006, *DAOR* 2006, (198), 2015 *et seq.*

<sup>34</sup> M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* in *APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 102, nr. 191; M. GRÉGOIRE, “Le gage civil” in *Privilèges et hypothèques*, I, Antwerpen, Kluwer, 2004, 7; F. T’KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Brussel, Larcier, 2004, 371, nrs. 744-745. De toepassing van de twee voorwaarden voortvloeiend uit het *Mengal*-arrest op borgtochtvereenkomsten zal hieronder verder besproken worden (zie nrs. 42 *et seq.*).

<sup>35</sup> I. MOREAU-MARGRÈVE, “L’hypothèque pour toutes sommes”, *JT* 1996, (181) 181-182.

<sup>36</sup> M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* in *APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 345-346, nr. 655.

<sup>37</sup> M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* in *APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 350, nr. 664; K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 127, nr. 166 en 130, nr. 169; T. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, Brussel, Kluwer, 1993, 278-279, nr. 408; F. T’KINT en I. CORBI-SIER, “La transmission des contrats” in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Brussel, Bruylant, 1994, (161) 172-173.

<sup>38</sup> K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 46, nr. 45.

hoofdschuldenaar *ontstaan vóór de fusie als diens schulden, ontstaan ná de fusie (waarborgt)*” maar ook “*de schulden van de overgenomen vennootschap(pen), ontstaan vóór de fusie*” omdat “*deze schulden (...) immers van rechtswege op de overnemende vennootschap (zijn) overgegaan, en (...) haar schulden (zijn) geworden*”<sup>39,40</sup>.

Deze stelling wordt bevestigd door advocaat-generaal Van Ingelgem in zijn conclusies bij het besproken arrest van het Hof van Cassatie. Hij merkt echter op dat, hoewel een fusie een algemene borgtocht in beginsel niet ongeldig maakt, dit slechts geldt voor zover het voorwerp van die borgtocht bepaalbaar was bij het aangaan van de borgtocht<sup>41</sup>.

**29.** Wanneer de vennootschap-hoofdschuldenaar *wordt overgenomen*, verliest zij haar rechtspersoonlijkheid: haar vermogen, met inbegrip van alle rechten en plichten, gaat van rechtswege over op de overnemende vennootschap, als gevolg van een ontbinding zonder vereffening<sup>42</sup>. De zekerheden die de overgenomen vennootschap had gesteld tot waarborg van haar schulden maken deel uit van haar vermogen. Hieruit volgt dat, in principe, deze zekerheden ook het voorwerp uitmaken van de integrale overgang van diens vermogen op deze van de overnemende vennootschap<sup>43</sup>.

Er bestaat echter een nuance met betrekking tot de borgtocht.

**30.** Het lijkt algemeen aanvaard te zijn dat de *borgtocht voor een welbepaalde schuld* blijft bestaan. Zo stelt M. Van Quickenborne dat “*de uit de fusie ontstane rechtspersoon (...) de schulden van de hoofdschuldenaar (erft), en de daarmee overeenstemmende schuldvorderingen, met de eraan gehechte zekerheden, (...) evenzeer behouden (blijven)*”<sup>44</sup>.

**31.** Daarentegen zijn de gevolgen op *de algemene borgtocht* minder duidelijk. In Frankrijk wordt aanvaard dat de overname van de vennootschap-hoofdschuldenaar door een andere vennootschap de beëindiging van de algemene borgtocht tot gevolg heeft<sup>45</sup>. Deze beëindiging wordt o.a. gemo-

tiveerd door de omstandigheid dat de borgtocht niet uitgebreid kan worden buiten de grenzen waarbinnen hij werd aangegaan<sup>46</sup>. In België is de rechtsleer verdeeld: een gedeelte volgt de Franse opvatting en is van mening dat de fusie de beëindiging van de borgtocht tot gevolg heeft<sup>47</sup>, terwijl een ander gedeelte van mening is dat de borgtocht blijft bestaan voor zover de overname niet tot gevolg heeft dat de door de overgenomen vennootschap uitgeoefende activiteiten substantieel veranderd worden<sup>48</sup>.

**32.** Opnieuw om volledig te zijn, kan gepreciseerd worden dat dergelijke vragen niet aan de orde zijn in het kader van een pandrecht of hypotheekrecht gelet op hun zakenrechtelijk karakter. De specificiteit van de borgtochtvereenkomst ziet immers in zijn persoonlijk karakter met als gevolg dat aan de belangen van een derde persoon geraakt wordt. Wijzigingen in de (juridische en/of financiële) situatie van de schuldenaar kunnen (ernstige) gevolgen hebben op de situatie van de borg. Van een dergelijke situatie is er geen sprake in het kader van zakelijke zekerheden: spijs eventuele wijzigingen in de relatie tussen schuldenaar en schuldeiser, blijven de zakelijke zekerheden die reeds bestonden vóór een eventuele fusie van de schuldenaar, mijns inziens, onveranderd.

## B. Het besproken arrest

**33.** In de zaak die aanleiding gaf tot het besproken arrest van het Hof van Cassatie van 19 mei 2016 betrof de borgtocht een *algemene borgtocht* voor een PVBA (hoofdschuldenaar). De PVBA (vooreerst omgevormd tot een BVBA) heeft twee andere vennootschappen, met name een NV en een BVBA, overgenomen, en nog later, ná een vormwijziging in een NV en een naamwijziging, nog een andere NV overgenomen.

**34.** De hoofdschuldenaar was dus de *overnemende* vennootschap.

<sup>39.</sup> M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* in *APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 350 nr. 664; in dezelfde zin: F. T’KINT en I. CORBISIER, “La transmission des contrats” in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Brussel, Bruylant, 1994, (161) 212, nr. 46; A. CUYPERS en P. ROORYCK, “Persoonlijke zekerheden en vennootschappen” in E. DIRIX, *Borgtocht en garantie. Persoonlijke zekerheden – Actualia*, Antwerpen, Kluwer, 1997, (89) 107, nr. 100.

<sup>40.</sup> Benadrukking toegevoegd.

<sup>41.</sup> Cass. 19 mei 2016, nr. C.15.0320.N, concl. A. VAN INGELGEM, nr. 3.

<sup>42.</sup> M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* in *APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 351, nr. 666; K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 127 en 130, nrs. 166 en 169; T. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, Brussel, Kluwer, 1993, 278-279, nr. 408; F. T’KINT en I. CORBISIER, “La transmission des contrats” in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Brussel, Bruylant, 1994, (161) 172-173.

<sup>43.</sup> K. BYTTEBIER, *Handboek fusies en overnames*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 133, nr. 177; F. T’KINT en I. CORBISIER, “La transmission des contrats” in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Brussel, Bruylant, 1994, 212, nr. 46; T. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, Brussel, Kluwer, 1993, 279 en 300, nrs. 408 en 443.

<sup>44.</sup> M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* in *APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 351, nr. 666.

<sup>45.</sup> G. MARTY, P. RAYNAUD en P. JESTAZ, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Parijs, Sirey, 1987, nr. 616; Ph. SIMLER, noot onder Cass. fr. 22 januari 1985, *JCP* 1986, II, 20591; Cass. fr. 25 oktober 1983, *JCP* 1984, IV, 7; Cass. fr. 17 juni 1990, *RPS* 1992, 70.

<sup>46.</sup> M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* in *APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 351, nr. 667.

<sup>47.</sup> G.-A. DAL en M. VAN DEN ABEELE, “Les fusions et scissions des sociétés commerciales”, *RPS* 1993, (189) 244; E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 244, nr. 381; A. VERBEKE en I. PEETERS, *Vijf jaar voorrechten, hypotheeken en andere zekerheden 1991-1995*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 172, nr. 89.

<sup>48.</sup> M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht* in *APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 352, nr. 668.

**35.** Dit impliceert dat het vermogen van deze vennootschap ongewijzigd bleef bestaan, maar werd aangevuld met het vermogen van de overgenomen vennootschappen. Zoals hierboven vermeld, is de borg die een algemene borgtocht verleende aan de overnemende vennootschap, in een dergelijk geval, in principe, niet bevrijd. Hij waarborgt zowel de schulden van de hoofdschuldenaar ontstaan vóór de fusie als diens schulden ontstaan ná de fusie, maar ook de schulden van de overgenomen vennootschappen ontstaan vóór de fusie.

**36.** In de geannoteerde zaak betekent dit dat de borgtocht, derhalve, niet bevrijd was door de fusies en omvormingen en dat, rekening houdend met de hierboven vermelde rechtsleer, het arrest van het hof van beroep te Antwerpen d.d. 20 april 2015 *a priori* niet vatbaar was voor redelijke wettelijke kritiek.

**37.** Hoe is dan het Hof van Cassatie tot een andere conclusie gekomen?

**38.** In het *eerste onderdeel* van zijn enig middel tot cassatie riep de borg de schending in van artikel 2015 BW, luidens welk het bestaan van een borgtocht niet vermoed kan worden, doch uitdrukkelijk dient te zijn aangegaan, en niet kan worden uitgestrekt buiten de perken waarbinnen het aangegaan werd.

Deze bepaling onderwerpt de borgtocht aan geen enkel vormvoorschrift, maar stelt als voorwaarde dat degene die zich verbindt op ondubbelzinnige wijze van die wilsuiting doet blijken<sup>49</sup>. De wilsuiting van de borg kan dus worden afgeleid uit een omstandig stilzwijgen<sup>50</sup> zolang er geen twijfel bestaat omtrent diens wil<sup>51</sup>.

Hieruit volgt dat de borgtocht niet vermoed kan worden<sup>52</sup> en dat het voorwerp ervan niet uitgebreid kan worden “*de re ad rem, de persona ad personam, de tempore ad tempus*”<sup>53</sup>.

De borg bekritiseerde het aangevochten arrest in zoverre het zijn wil, om zich borg te stellen voor de omgevormde en gewijzigde vennootschap, afleidde en derhalve vermoedde uit “*het vertrouwen*” dat hij had in de betrokken rechtspersoon en die onveranderd bleef bij de latere wijzigingen. Bovendien verweet hij het appelgerecht niet te hebben

geantwoord op zijn conclusies waar het principe van de restrictieve interpretatie van de borgtocht ingeroepen werd.

Zoals hierboven vermeld, was het Openbaar Ministerie van mening dat dit onderdeel feitelijke grondslag miste omdat “*de appelrechters hun beslissing ter zake niet (louter) afleiden uit een vermoeden of de vermoede wil van de eiser, maar deze wel degelijk (...) op de uitdrukkelijke bewoordingen van de door eiser aangegeane borgtocht (steunen)*”<sup>54</sup>.

**39.** In het *tweede onderdeel* van zijn enig cassatiemiddel voerde de borgtocht, andermaal, de schending aan van artikel 2015 BW doch, deze keer, om reden dat de borgtocht bepaalbaar dient te zijn hetgeen veronderstelt dat de schulden door de borg redelijkerwijze voorzienbaar moeten zijn.

Onder randnr. 14 *et seq.* van huidig commentaar werd gepreciseerd dat het voorwerp van de borgtocht bepaalbaar moet zijn<sup>55</sup>: de borgtochtakte moet, op zichzelf, voldoende objectieve elementen bevatten om de schulden te kunnen bepalen waarvoor de borg moet instaan<sup>56</sup>. Deze voorwaarde moet vervuld zijn wanneer de borgtocht dient uitgevoerd te worden.

In zijn conclusies vóór het becommentarieerde arrest herhaalt advocaat-generaal Van Ingelgem deze principes en preciseert hij dat “*het referentiekader waarbinnen de schuldvorderingen zullen tot stand komen*” bepaald moet zijn<sup>57</sup>. Hij verwijst desaan gaande naar een arrest van het Hof van Cassatie d.d. 27 oktober 2000<sup>58</sup>. Opvallend is dat een dergelijke vereiste zijn oorsprong lijkt te vinden in het *Mengal*-arrest (zoals geïnterpreteerd door de rechtsleer).

**40.** In het bestreden arrest van 20 april 2015 besliste het hof van beroep te Antwerpen dat de borgstelling voldoende bepaald was “*aangezien zij de objectieve gegevens bevat die toelaten het voorwerp van de verbintenis van [de borgtocht] te bepalen wanneer hij door [de bank] wordt aangesproken*” en dat “*de latere fusie van de hoofdschuldenaar, door opslorping van andere vennootschappen, (...) niet voor gevolg (heeft) dat de borgtocht onbepaalbaar wordt*”<sup>59</sup>.

Op het eerste gezicht lijkt deze beslissing in overeenstemming te zijn met de bestaande rechtsleer en rechtspraak.

<sup>49.</sup> Cass. 11 september 1986, RG 7487, *Arr.Cass.* 1986-87, 42.

<sup>50.</sup> Cass. 27 oktober 2000, C.98.0554.N, *Arr.Cass.* 2000, 1678.

<sup>51.</sup> M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht in APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 119, nr. 219.

<sup>52.</sup> M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht in APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 119, nr. 219.

<sup>53.</sup> M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht in APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 131, nr. 241.

<sup>54.</sup> Cass. 19 mei 2016, nr. C.15.0320.N, concl. A. VAN INGELGEM, nr. 2.

<sup>55.</sup> K. SWINNEN, *Accessoriteit in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 103, nr. 81.

<sup>56.</sup> M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht in APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 101, nr. 191; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VI, Brussel, Bruylant, 1953, nr. 854; L. SIMONT en A. BRUYNEEL, “Le cautionnement donné en garantie de toutes les obligations d’un débiteur envers son créancier”, *RCJB* 1974, (211) 221; Cass. 27 oktober 2000, C.98.0407.N, *Arr.Cass.* 2000, 1667.

<sup>57.</sup> Concl. Adv. Gen. A. VAN INGELGEM bij Cass. 19 mei 2016, nr. 3.

<sup>58.</sup> Cass. 27 oktober 2000, C.98.0407.N, *Arr.Cass.* 2000, 1667.

<sup>59.</sup> Antwerpen 20 april 2015, *TBO* 2015, 271.

41. De borg ging echter verder in zijn redenering door te stellen dat de voorwaarde van bepaalbaarheid ook impliceert dat de te waarborgen schulden zich *in het kader van de handelsbetrekkingen tussen de bank en de schuldenaar* moeten situeren en dat enkel die verbintenissen, die door de borg *redelijkerwijze konden worden voorzien*, onder het toepassingsgebied van de borgtocht vallen. In het voorliggende geval stelde de borg, meer bepaald, dat hij geenszins de schuldvorderingen ten aanzien van de nieuwe omgevormde vennootschap na fusies heeft willen waarborgen, dat de borgtochtovereenkomst slechts de PVBA vermelde en dat deze vennootschap niet vergeleken kan worden met de nieuwe NV. Met andere woorden, de verdere omvormingen en fusies konden door hem niet redelijkerwijze worden voorzien.

42. De borg lijkt dus beroep te doen op het *Mengal*-arrest en de hiernavolgende rechtsleer en rechtspraak. In dit opzicht zijn de geschriften van W. Van Gerven en P. Bouteiller<sup>60</sup> van overwegend belang omwille van meerdere redenen.

43. Ten eerste zijn deze auteurs van mening dat de algemene borgtocht slechts betrekking kan hebben op schulden die uit de handelsrelatie tussen de schuldenaar en de schuldeiser voortvloeien. Dit is, mijns inziens, de eerste voorwaarde van het “*Mengal*-arrest”. M. Van Quickenborne deelt deze mening en verwijst ter illustratie naar de borg die “*een verbintenis van persoonlijke aard waarborgt, de lening aangeaan ter financiering van de aankoop van een woning*” en die “*achteraf, onder het motto van een borg ‘voor alle schulden’, niet (aangesproken mag) worden ter aanzuivering van een aan dezelfde kredietnemer verstrekt krediet voor commerciële doeleinden*”<sup>61</sup>. Volgens deze laatste auteur moet evenmin “*de borg ‘voor alle schulden’ die zich verbond met het oog op één welbepaalde handelsactiviteit van de schuldenaar, instaan voor diens nadien aange-gane schuld in verband met een inmiddels gewijzigde handelsactiviteit*”<sup>62</sup>.

Meer recentelijk schreef K. Swinnen dat een dergelijke voor-

waarde verdedigbaar is vanuit een beschermingsperspectief van de borg<sup>63</sup>.

Ook in de rechtspraak vindt men sommige beslissingen waar beoordeeld werd dat de gewaarborgde schulden verband moeten houden met de handelsrelatie tussen de schuldeiser en de schuldenaar<sup>64</sup>.

44. Ten tweede zijn W. Van Gerven en P. Bouteiller verder van mening dat de algemene borgtocht enkel betrekking kan hebben op schulden die (binnen de hierboven gespecificeerde relatie) door de borg *redelijkerwijze konden worden voorzien*<sup>65</sup>. Dit is, mijns inziens, de tweede voorwaarde van het *Mengal*-arrest. Deze auteurs preciseren dat de schuldeiser geen misbruik kan maken van de borgtocht: “*Misbruik maken van de onkunde of van de benarde financiële toestand van een debiteur of van een door hem aangezochte borg, ten einde meer zekerheden te bekomen dan redelijk is, gelet op de door de kredietverstrekker beloofde prestaties, is handelen in strijd met de goede zeden*”<sup>66</sup>.

45. Het Hof van Cassatie en het Openbaar Ministerie lijken deze interessante opvattingen gevolgd te hebben en daardoor de oude *Mengal*-rechtspraak te hebben bevestigd. In navolging van de conclusies van het Openbaar Ministerie heeft immers het Hof van Cassatie het (aangevochten) arrest van het hof van beroep te Antwerpen vernietigd op grond van het motief dat dit laatste niet onderzocht of de schuldenlast “*bij het sluiten van de borgtochtovereenkomst redelijkerwijze voorzienbaar was*” voor de borg<sup>67</sup>.

In zijn conclusies lijkt advocaat-generaal Van Ingelgem inderdaad naar die rechtsleer te verwijzen wanneer hij schrijft dat “*maar zelfs wanneer een ‘alle sommen’-borgtocht geldig is tot stand gekomen, en er geen plafond werd voorzien, (...) de rechtsleer, in toepassing van de interpretatieregel van artikel 2015 BW of van de matigende werking van de goede trouw (art. 1134, derde lid BW) ervan uit(gaat) dat die borgtocht niet voor gevolg heeft dat de borg door de schuldeiser kan worden aangesproken voor schulden die redelijkerwijze niet voorzienbaar waren bij het aangaan van de borgtocht*”<sup>68</sup>.

60. W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, XIII, Handels- en economisch recht, I, Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Standaard, 1978, 502-504; P. BOUTEILLER, *Le cautionnement. Aspects généraux et pratiques bancaires*, Parijs, Ed. de l'Épargne, 1986, 28-30.

61. M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht in APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 103, nr. 193 (benadrukking toegevoegd).

62. M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht in APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 103, nr. 193.

63. Deze auteur stelt echter andere wijzen voor – dan het gebruik van het vereiste van bepaalbaarheid – om de borg te beschermen tegen een (te) ruime algemene borgtocht. Wij verwijzen naar zijn interessante ontwikkelingen op dit punt (K. SWINNEN, *Accessoriteit in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 112-116).

64. Luik 29 april 2004, *TBH* 2006 (86) 89: “*De waarborg ‘voor alle sommen’ is geoorloofd voor zover de schulden hun oorsprong vinden in de zakenrelaties tussen de bank en de hoofdschuldenaar.*”; Bergen 7 maart 1994, *JLMB* 1996, (1201) 1201: “*De borgstelling voor alle bedragen die de schuldenaar aan de schuldeiser verschuldigd is of zal zijn, is geoorloofd op voorwaarde dat de schulden op het ogenblik van de zekerheidstelling een bepaald of bepaalbaar karakter hebben. Er wordt aan deze voorwaarde voldaan door de verduidelijking dat het gaat om schulden uit handelsbetrekkingen tussen de bank en de hoofdschuldenaar.*”

65. W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, XIII, Handels- en economisch recht, I, Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Standaard, 1978, 502-504; P. BOUTEILLER, *Le cautionnement. Aspects généraux et pratiques bancaires*, Parijs, Ed. de l'Épargne, 1986, 28-30.

66. W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, XIII, Handels- en economisch recht, I, Ondernemingsrecht*, Antwerpen, Standaard, 1978, 502-504; Ook geciteerd in M. VAN QUICKENBORNE, *Borgtocht in APR*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 103, nr. 193.

67. Cass. 19 mei 2016, C.15.0320.N.

68. Cass. 19 mei 2016, nr. C.15.0320.N, concl. A. VAN INGELGEM, nr. 3.



46. Uit deze conclusies blijkt verder dat de grondslag van die voorwaarde van voorzienbaarheid niet terug te vinden is in artikel 1129 BW (bepaalbaarheid van het voorwerp van een overeenkomst – wat echter wel duidelijk het geval was in de *Mengal*-rechtspraak<sup>69</sup>) waarvan de schending overigens niet werd ingeroepen door de borg. Advocaat-generaal Van Ingelgem preciseert immers dat het bestreden arrest in de lijn ligt van de rechtspraak van het Hof van Cassatie wat het vereiste van bepaalbaarheid betreft. Dit lijkt ons niet verrassend te zijn omdat het hof van beroep had beslist dat “*de borgstelling (...) ook voldoende bepaald (is), aangezien zij de objectieve gegevens bevat die toelaten het voorwerp van de verbintenis van [de borgtocht] te bepalen wanneer hij door [de bank] wordt aangesproken*”<sup>70</sup>, hetgeen inderdaad in overeenstemming is met de rechtspraak van het Hof van Cassatie.

47. De voorwaarde van voorzienbaarheid vindt eerder haar grondslag in artikel 2015 BW en, meer bepaald, in het principe van restrictieve interpretatie van de borgtocht. Advocaat-generaal Van Ingelgem stelt immers dat “*uit die bepaling volgt dat de borgtocht restrictief moet worden geïnterpreteerd, in die zin dat de borg niet kan worden geacht schulden te hebben willen waarborgen die voor hem redelijkerwijze niet voorzienbaar waren bij het aangaan van de borgtocht*” en dat “*waar op grond van artikel 2015 BW de borgtocht echter zo dient te worden geïnterpreteerd dat de borg zich slechts heeft willen verbinden tot zekerheid van verbintenissen die voor hem redelijkerwijze voorzienbaar waren bij het sluiten van de borgtocht, (...) het bestreden arrest mijns inziens aldus evenwel nog (diende) na te gaan (te onderzoeken) of de schulden waarvoor de borg wordt aangesproken voor hem redelijkerwijze voorzienbaar waren bij het aangaan van de borgtocht*”<sup>71</sup>.

Het Hof van Cassatie bevestigt deze stelling: in zijn motivering verwijst het immers uitdrukkelijk naar artikel 2015 BW en naar het principe dat “*de borgtocht beperkend moet worden geïnterpreteerd*”.

48. De vraag of artikel 1134, derde lid BW ook een grond-

slag is voor de voorwaarde van voorzienbaarheid blijft open: aangezien geen schending ervan werd ingeroepen in de voorziening in cassatie, spreekt het Hof van Cassatie zich enkel uit op grond van artikel 2015. *A priori* volstaat het om dit laatste artikel in te roepen, hetgeen vanzelfsprekend niet uitsluit dat men ook artikel 1134, derde lid BW kan inroepen.

49. Volgens de rechtsleer maakt immers het principe van de goede trouw, vervat in artikel 1134, derde lid BW, een algemeen rechtsbeginsel uit dat betrekking heeft op alle verplichtingen en niet alleen op de uitvoering van contractuele verplichtingen<sup>72</sup>. Het principe van de goede trouw heeft verschillende functies, m.n. de aanvullende functie, de interpretatieve functie en de matigende functie<sup>73</sup>. *In casu* is deze laatste functie aan de orde zoals overigens door advocaat-generaal Van Ingelgem expliciet onderstreept.

Op grond van de matigende functie van de goede trouw kan het gedrag van de partijen “*bij de uitvoering van hun contractuele rechten (...) door de rechter (...) gematigd (worden) indien de rechtsuitoefening manifest de grenzen van de redelijke en billijke uitoefening te buiten gaat*”<sup>74</sup>. Met andere woorden “*legt de goede trouw als gedragsnorm aan de partijen een moderatie- of gematigdheidsplicht op*” en kan de rechter, in geval van schending van deze moderatieplicht, de uitoefening van het contractueel recht “*ontzeggen of deze gedeeltelijk (...) terugvoeren naar wat in de gegeven omstandigheden een redelijke en billijke rechtsuitoefening is*”<sup>75</sup>.

Het standpunt kan verdedigd worden dat de schuldeiser die beroep doet op de borg, in uitvoering van een algemene borgtochtovereenkomst, voor schulden die voor hem redelijkerwijze niet voorzienbaar waren bij het aangaan van de borgtocht, zijn recht uitoefent op een wijze die “*manifest de grenzen van de redelijke en billijke uitoefening te buiten gaat*”<sup>76</sup> zodat deze rechtsuitoefening dient gemachtigd te zijn.

In dit opzicht kan de voorwaarde van voorzienbaarheid ook haar grondslag vinden in het principe van de goede trouw. Gelet op het besproken arrest van het Hof van Cassatie is het

69. Het *Mengal*-arrest vermeldt enkel art. 1130, eerste lid BW en niet art. 1129 BW maar het Hof van Cassatie spreekt zich uitdrukkelijk uit omtrent de bepaalbaarheid.

70. Antwerpen 20 april 2015, nr. 2011/AR/3105, *TBO* 2015, 271 (benadrukking toegevoegd).

71. Cass. 19 mei 2016, nr. C.15.0320.N, concl. A. VAN INGELGEM, nr. 3.

72. Volgens een bepaalde rechtsleer maakt het principe van de goede trouw, vervat in art. 1134, derde lid BW, een algemeen rechtsbeginsel uit (P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, Brussel, Bruylant, 2010, 173). Opmerkenswaardig is echter dat het Hof van Cassatie dergelijk algemeen rechtsbeginsel nooit heeft erkend: zijn arresten verwijzen enkel naar art. 1134, derde lid BW (P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, Brussel, Bruylant, 2010, 173). De reden hiervoor is dat het Hof van Cassatie weigerachtig staat om een nieuw algemeen rechtsbeginsel te erkennen wanneer dit principe reeds in een wettelijke bepaling opgenomen is (P. MARCHAL, “Principes généraux du droit”, *RPDB*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 66-67).

73. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, Brussel, Bruylant, 2010, 175-178; P. WERY, *Droit des obligations*, I, Brussel, Larcier, 2010, 125; S. STIJNS, “De matigingsbevoegdheid van de rechter bij misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie” in *Inhoud en werking van de overeenkomsten naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, (79) 80.

74. S. STIJNS, “De matigingsbevoegdheid van de rechter bij misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie” in *Inhoud en werking van de overeenkomsten naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, (79) 80.

75. S. STIJNS, “De matigingsbevoegdheid van de rechter bij misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie” in *Inhoud en werking van de overeenkomsten naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, (79) 81-82.

76. S. STIJNS, “De matigingsbevoegdheid van de rechter bij misbruik van contractuele rechten in de Belgische rechtspraak van het Hof van Cassatie” in *Inhoud en werking van de overeenkomsten naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, (79) 80.

echter voorzichtiger voor de borg, die een schending van de voorwaarde van voorzienbaarheid wil inroepen, om (ook) artikel 2015 BW in te roepen.

**50.** Gepreciseerd dient te worden dat de matigende werking van de goede trouw een duidelijke link heeft met het verbod van rechtsmisbruik. Sinds een arrest van 10 september 1971 erkent het Hof van Cassatie het verbod van rechtsmisbruik als een algemeen rechtsbeginsel<sup>77</sup>. Volgens het Hof is er sprake van rechtsmisbruik wanneer een rechthebbende zijn recht uitoefent met de enkele bedoeling om te schaden, wordt aangewend voor een andere functie dan deze waarvoor het recht werd tot stand gebracht, of nog, op een wijze die *kennelijk* de grenzen van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtige en oplettende persoon te buiten gaat<sup>78</sup>.

Bij arrest van 19 september 1983 preciseerde het Hof van Cassatie dat dit algemeen rechtsbeginsel, in het raam van een overeenkomst, zijn grondslag vindt in artikel 1134, derde lid BW: “*dat het in artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek neergelegde beginsel dat de overeenkomst te goeder trouw ten uitvoer gebracht moeten worden, een contractpartij verbiedt misbruik te maken van de rechten die dit contract haar toekent*”<sup>79</sup>. Dit arrest is overigens het eerste arrest dat de matigende werking van de goede trouw erkende<sup>80</sup>.

In geval van rechtsmisbruik moet, in principe, de rechter het misbruik “*neutraliseren*”<sup>81</sup>. Daarvoor preciseert het Hof van Cassatie dat “*de sanctie op een rechtsmisbruik (...) niet het volledig verbeuren van dat recht (is), maar het opleggen van*

*de normale uitoefening ervan of het herstel van de schade die door het misbruik is teweeggebracht*”<sup>82</sup>.

De gelijkenissen met de matigende werking van de goede trouw zijn duidelijk.

In navolging van het arrest van 19 september 1983 was de rechtsleer verdeeld over de vraag of de matigende werking van de goede trouw verschillend was en autonoom was ten aanzien van de theorie van het rechtsmisbruik. Het Hof van Cassatie bracht meer duidelijkheid bij arrest van 17 mei 1990 waarbij beslist werd dat “*in artikel 1134, derde lid van het Burgerlijk Wetboek het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van de overeenkomsten (...) vastgelegd (is)*” en dat “*een partij dat artikel niet schendt en dat beginsel niet miskent wanneer zij het recht hanteert dat zij uit de wettelijk gesloten overeenkomst haalt en niet (...) vastgesteld (is) dat zij daarvan misbruik heeft gemaakt*”<sup>83</sup>.

De link wordt aldus duidelijk vastgesteld. S. Stijns en F. Auvray schrijven in een recente publicatie dat “*la Cour de cassation a mis fin à ce questionnement en soumettant le pouvoir modérateur du juge aux conditions et conséquences de l’abus de droit*” en verder dat “*le juge ne peut modérer l’exercice d’un droit contractuel que pour autant qu’il constate que le titulaire du droit contractuel en abuse*”<sup>84</sup>.

**51.** Hierbij kan de visie van W. Van Gerven en P. Bouteiller onderstreept worden: beiden waren van mening dat (i) de algemene borgtocht enkel betrekking kan hebben op schulden die door de borg *redelijkerwijze konden worden voorzien* en dat (ii) de schuldeiser geen *misbruik* kan maken van de borgtocht<sup>85</sup>.

## CONCLUSIE

Het geannoteerde arrest van het Hof van Cassatie moet worden toegejuicht omdat het aan de bodemrechter de mogelijkheid geeft om met de concrete situatie van de borg rekening te houden. In sommige gevallen, zoals de situatie die de aanleiding was voor het geannoteerde arrest van het Hof, zou het bijzonder onbillijk zijn om van de borg te verwachten dat hij

al de toekomstige schulden van de vennootschap-hoofdschuldenaar garandeert terwijl die vennootschap, ten gevolge van verschillende omvormingen en overnemingen, zich geenszins meer in dezelfde situatie bevindt als die ten tijde van de borgstelling.

<sup>77</sup>. Cass. 10 september 1971, *Pas.* 1970, I, p. 33; *RPDB*, v° *Principes généraux du droit*, Brussel, Bruylant, 2014, 242.

<sup>78</sup>. Cass. 20 november 1987, AR 5487, *Arr.Cass.* 1987-88, 359; Cass. 1 februari 1996, C.93.0532.N, *Arr.Cass.* 1996, 130; Cass. 10 juni 2004, C.02.0039.N, *Arr.Cass.* 2004, 1031; Cass. 9 maart 2009, C.08.0331.F, *Arr.Cass.* 2009, 762; Cass. 1 februari 2016, C.15.0250.F; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001, 59; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Groningen, Intersentia, 2000, 303.

<sup>79</sup>. Cass. 19 september 1983, AR 6694, *Arr.Cass.* 1983-84, 52; S. STIJNS en F. AUVRAY, “Abus de droits contractuels dans l’exécution du contrat: critères et sanctions” in *Les obligations contractuelles*, Brussel, Larcier, 2016, (269) 275, nr. 3.

<sup>80</sup>. S. STIJNS en F. AUVRAY, “Abus de droits contractuels dans l’exécution du contrat: critères et sanctions” in *Les obligations contractuelles*, Brussel, Larcier, 2016, (269) 275, nr. 3.

<sup>81</sup>. A. DE BOECK en F. VERMANDER, “Rechtsmisbruik in het contractenrecht: de rechtsuitoefening aan banden gelegd” in *Rechtsmisbruik*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 46-47; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, Brussel, Bruylant, 2010, 81, nr. 36.

<sup>82</sup>. Cass. 11 juni 1992, AR 9334, *Arr.Cass.* 1991-92, 965; ook in deze zin: Cass. 16 december 1982, AR 6720, *Arr.Cass.* 1982-83, 518; Cass. 18 februari 1988, AR 7965, *Arr.Cass.* 1987-88, 790; Cass. 8 februari 2001, C.98.0470.N, *Arr.Cass.* 2001, 245.

<sup>83</sup>. Cass. 17 mei 1990, AR 8685, *Arr.Cass.* 1989-90, 1188 (benadrukking toegevoegd).

<sup>84</sup>. S. STIJNS en F. AUVRAY, “Abus de droits contractuels dans l’exécution du contrat: critères et sanctions” in *Les obligations contractuelles*, Brussel, Larcier, 2016, (269) 276-277, nr. 4.

<sup>85</sup>. Zie *supra* nr. 44.

Het Hof van Cassatie verbindt de voorwaarde van redelijke voorzienbaarheid aan het principe van de restrictieve interpretatie van de borgstelling, vervat in artikel 2015 BW. Dit lijkt mij een wijziging te zijn ten aanzien van de *Mengal*-rechtspraak. Uit de lezing van de conclusies van het Openbaar Ministerie blijkt duidelijk dat deze voorwaarde niet uit artikel 1129 BW voortvloeit, maar eerder uit artikel 1134, derde lid BW.

De theorie van het rechtsmisbruik en van de matigende werking van de goede trouw kunnen inderdaad een (ander) instrument zijn om de borg te beschermen tegen een onredelijke uitbreiding van de borgtochtovereenkomst tot schulden die voor hem niet voorzienbaar waren. Ik ben echter van mening dat – gelet op de conclusies van advocaat-generaal Van Ingelgem en de bewoordingen van het geannoteerde arrest – artikel 2015 BW een zekerdere wettelijke rechtsgrond uitmaakt voor de bescherming van de borg.